

Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

**Derechos
humanos**

EDITORIAL

Sin lugar a dudas, el derecho internacional humanitario está estrechamente vinculado al derecho internacional de los derechos humanos. Inicialmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 debía aplicarse en tiempo de paz, y tuvo escasa influencia en la redacción de los Convenios de Ginebra, adoptados un año más tarde; sin embargo, el artículo 75 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra adoptado en 1977, introdujo en el “derecho de la guerra”, como se solía denominar entonces y a veces también hoy, no sólo garantías fundamentales, sino también normas de procedimiento dimanantes de los tratados de derechos humanos. Pese a las diferencias en sus orígenes y en su evolución, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos “han convergido, se están fusionando con relativa rapidez...; en varios casos concretos, el régimen de los derechos humanos define la orientación y los objetivos generales de la revisión del derecho de la guerra”, como afirmaba el eminente historiador militar y tratadista Gerald I. A. D. Draper.

Hoy, nadie pone en tela de juicio el hecho de que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se aplican en caso de conflicto armado y que estos dos ordenamientos jurídicos son complementarios y se influyen mutuamente. Los diferentes órganos de las Naciones Unidas, así como la jurisprudencia y la doctrina nacionales e internacionales, reconocen el principio según el cual “los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflicto armado”.

En este número de la *Revista*, se examina la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado, a la luz del criterio recientemente establecido por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. La Corte señala que

“... pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho

internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario.”

Si bien el derecho internacional humanitario sigue siendo el derecho especial aplicable en los conflictos armados, a veces es necesario interpretar normas o reglas divergentes a fin de determinar si, en un caso determinado, se aplica el derecho humanitario o el derecho de los derechos humanos. En este debate de fondo, algunas de las principales cuestiones son aquellas que se vinculan con la detención en los conflictos armados no internacionales y con la aplicación de la ley en las situaciones de ocupación.

Estos aspectos esenciales de la relación entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos son eclipsados por la cuestión, más política aún, de si los mecanismos de aplicación de los derechos humanos han de aplicarse también en las situaciones de conflicto armado. Se considera a veces que los mecanismos previstos en el derecho humanitario son menos rigurosos, que se aplican únicamente en casos excepcionales (sobre todo en relación con el procesamiento penal) y que su desarrollo en las situaciones de conflicto armado no internacional es solo rudimentario. En contraste, los mecanismos del derecho de los derechos humanos permiten esperar un examen más abierto —a menudo por la vía judicial— de las violaciones graves de los derechos humanos en los conflictos armados. En particular, los procedimientos judiciales relacionados con situaciones de conflicto armado han evolucionado considerablemente en los últimos años, poniendo de relieve cuestiones fundamentales del ámbito de los derechos humanos, como la prohibición de la tortura, de la detención arbitraria o de la expulsión forzada (“no devolución”) en los conflictos armados, y en la denominada “guerra contra el terrorismo”. Esta evolución ha ayudado a que las violaciones de los derechos humanos sean llevadas ante los tribunales como cuestiones de derecho y no de política, reafirmando así el imperio de la ley en los contextos de la guerra y del terrorismo, dos ámbitos particularmente delicados que constituyen una prueba de fuego para el derecho y sus mecanismos.

Casi todos los Estados occidentales son partes en algún convenio regional de derechos humanos. En los últimos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, ha pronunciado varias sentencias que tienen repercusiones en la lectura jurídica de las situaciones de conflicto armado y del derecho aplicable a ellas. En especial, el Tribunal se ha declarado competente para juzgar causas incoadas por civiles chechenos contra Rusia por violaciones de los derechos humanos durante la segunda guerra de Chechenia y, hasta hoy, ha pronunciado 31 sentencias. En contraste con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo ha

aplicado exclusivamente las normas del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos en situaciones que eran claramente de conflicto armado. Se ha abstenido incluso de nombrar el derecho humanitario, probablemente para evitar posibles problemas de competencia material. Aun así, el Tribunal Europeo no ha evitado referirse a nociones que dimanaban directamente del derecho humanitario, como la noción de distinción entre combatientes y civiles.

Esta cuestión tiene aún más importancia, si se tiene en cuenta que los tratados de derechos humanos pueden aplicarse no sólo dentro de las fronteras nacionales de un Estado parte, sino también a los actos que él cometa en otros países, incluso en situaciones de conflicto armado. La Corte Internacional de Justicia ha refrendado el principio de aplicación extraterritorial de los derechos humanos, subrayando que es inadmisibles que los Estados cometan en otro país actos que están prohibidos en su territorio. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular por lo que atañe al concepto del “control efectivo” y a la cuestión de saber si su aplicación se limita a la detención de personas, muestra la incertidumbre que reina en esta “zona gris”. Las diferentes competencias y jurisprudencias de los órganos creados por los tratados pueden afectar en forma directa la conducción de las hostilidades y la distribución de funciones entre las partes aliadas en un conflicto, sobre todo porque los actos de algunos beligerantes no están sujetos al control de los organismos encargados de los derechos humanos.

Otra cuestión que ha cobrado mayor importancia en los últimos años es el principio de “no devolución”, ya mencionado, según el cual está prohibida la transferencia de personas de un Estado a otro si corren riesgo de sufrir violaciones de sus derechos humanos fundamentales. Este principio se encuentra enunciado en el derecho de los refugiados y en los tratados de extradición, así como en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional de los derechos humanos, y es una muestra de la complementariedad de estas dos ramas del derecho. La transferencia de personas durante las operaciones multinacionales realizadas en conflictos armados es un fenómeno cada vez más frecuente. En esas operaciones tan complejas, pueden producirse transferencias entre países que aportan tropas o fuerzas policiales, las Naciones Unidas, las organizaciones regionales y el Estado donde tienen lugar las operaciones. La idea básica es que no se debe transferir a una persona si hay motivos sustanciales para creer que corre el riesgo de ser víctima de persecución, tortura, trato cruel, inhumano o degradante, o privación ilícita de la libertad. En las operaciones militares que actualmente se despliegan en Afganistán, Irak, Sudán o Chad, la dificultad reside en encontrar soluciones prácticas para conciliar el objeto y la finalidad de esas operaciones y sus limitaciones intrínsecas. Las fuerzas internacionales carecen de capacidad para detener a personas, no se inclinan a hacerlo, y tienen dificultades para hacer cumplir todas las normas relativas a los derechos humanos fundamentales en un país extranjero afectado por la guerra, pero desde el punto de vista jurídico, se les puede impedir entregar a los detenidos al país que las acoge. En todo caso, las obligaciones jurídicas que deben cumplirse en esas situaciones no deberían tener el efecto pernicioso de incitar a no tomar prisioneros.

La creación del Consejo de Derechos Humanos en las Naciones Unidas, hace dos años, alimentó la esperanza de que los debates multilaterales sobre los derechos humanos serían más eficientes y menos politizados. El año 2008 toca a su fin y el Consejo prácticamente ha terminado de organizar sus instituciones. Ahora, el mecanismo del Examen Periódico Universal favorece un enfoque más imparcial y cooperativo. Sin embargo, el Consejo sigue tropezando con importantes obstáculos cuando dirige su atención a cuestiones y situaciones urgentes en el plano de los derechos humanos. Además, la universalidad de los derechos humanos se cuestiona cada vez más en el propio seno del Consejo, porque muchos países señalan la necesidad de tener en cuenta las idiosincrasias culturales y religiosas en la interpretación de los derechos humanos. En particular, las sesiones extraordinarias del Consejo de Derechos Humanos han demostrado que, al igual que la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las profundas divisiones políticas que siguen afectando a este órgano son tan profundas que incluso Estados Unidos ha abandonado su condición de observador en el Consejo.

Las posiciones de los Estados también difieren con respecto a la medida en que el Consejo y, sobre todo, los mecanismos que rigen los procedimientos especiales, deben tener en cuenta el derecho internacional humanitario. Algunos Estados temen que la forma selectiva de abordar ciertas situaciones de conflicto armado, particularmente en Oriente Próximo, acentúen la politización del Consejo, mientras que otros, conociendo la posición de fuerza que ocupan en este foro, promueven el debate sobre la aplicación del derecho internacional humanitario. Sea como fuere, el Consejo no debería asumir la función de los diversos organismos creados en virtud de los instrumentos de derechos humanos, que garantizan cierta medida de imparcialidad en ese debate tan a menudo politizado.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tiene el cometido de asumir las tareas que le encomiendan los Convenios de Ginebra y trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario. No ha recibido un cometido similar en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, aunque su derecho de iniciativa humanitaria, de alcance más amplio, así como su reconocido papel en las situaciones de violencia interna, lo hayan inducido a intervenir en muchas situaciones que no alcanzan el umbral de un conflicto armado. Al igual que las fuerzas armadas, el CICR se siente más cómodo, sin duda alguna, con el derecho internacional humanitario porque éste ha evolucionado paralelamente a la Institución y a sus actividades operacionales.

En la práctica, en vez de referirse en forma explícita al derecho internacional de los derechos humanos, el CICR ha recurrido con frecuencia a expresiones generales como “las normas internacionalmente reconocidas” o “los principios humanitarios”. El CICR teme la politización que podría causar la referencia directa al derecho de los derechos humanos. Así ha sucedido y sigue sucediendo en los foros

multilaterales, estrechamente vinculados con el inevitablemente politizado sistema de las Naciones Unidas. Del mismo modo, si el CICR interviene en favor de los derechos humanos, corre el riesgo de que se lo asocie o asimile con las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, cuyos métodos de trabajo difieren del suyo, en particular el de la denuncia pública. Esos métodos contrastan con el que privilegia el CICR: las gestiones bilaterales confidenciales. Otra preocupación es que el derecho de los derechos humanos confiere a las personas derechos que los Estados deben respetar, en tanto que el derecho humanitario rige las relaciones entre los Estados y las otras partes en un conflicto armado.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta el peso cada vez mayor del derecho de los derechos humanos —a causa de su carácter complementario, de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, y de la aplicación extraterritorial— pues aporta una nueva dimensión a las obligaciones jurídicas de las partes en conflictos armados y a los derechos de las víctimas de los conflictos. Las normas fundamentales del derecho de los derechos humanos, en especial las que protegen a las personas en situaciones de violencia (por ejemplo, las disposiciones sobre el derecho a la vida y a la integridad física y psicológica y a la dignidad, sobre el uso de la fuerza para garantizar el respeto de la ley, sobre las personas dadas por desaparecidas, etc.), son comparables a las normas del derecho internacional humanitario, tienen orígenes similares y se aplican, en gran medida, a muchas de las actuales actividades del CICR. Por lo demás, en situaciones que no llegan a ser conflictos armados, en las que las fuerzas policiales, a veces respaldadas o reemplazadas por las fuerzas armadas, intervienen para mantener o restablecer el orden, sólo se aplican el derecho nacional y el derecho de los derechos humanos, que contienen los puntos de referencia y las normas comunes que se necesitan para intervenir ante las autoridades. En este caso, el CICR puede hacer referencia explícita a las normas enunciadas en los tratados relativos a los derechos humanos o a normas del derecho indicativo (*soft law*) para mejorar la protección de las personas en el contexto específico de sus actividades, a la vez que reafirma su identidad, que es indisoluble del derecho internacional humanitario.

Toni Pfanner
Redactor jefe