Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos

por Louise Doswald-Beck y Sylvain Vité

Introducción

El derecho internacional humanitario es considerado cada vez más como parte del derecho de los derechos humanos aplicable en los conflictos armados. Se puede seguir el rastro de esta tendencia hasta la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Teherán¹ en 1968, que no solo impulsó el desarrollo del derecho humanitario en sí mismo, sino que marcó el inicio de un mayor uso del derecho humanitario por las Naciones Unidas al examinar la situación de los derechos humanos en determinados países o en el marco de sus estudios temáticos. La mayor conciencia de la importancia del derecho humanitario para la protección de las personas en los conflictos armados, junto con la creciente referencia a los derechos humanos en los asuntos internacionales, hace que las dos ramas del derecho tengan ahora mucha más relevancia internacional y que tanto las organizaciones internacionales como las no gubernamentales recurran a ambas con regularidad.

Sin embargo, dado que el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario tienen orígenes históricos completamente diferentes, su codificación ha seguido hasta hace muy poco caminos completamente distintos. Este documento tiene por objeto examinar la 'filosofía' de estas dos ramas del derecho a la luz de sus orígenes; cómo coinciden, con todo, en muchos aspectos esenciales; de qué manera han influido una en la otra últimamente y, por último, cómo sus similitudes y diferencias podrían determinar su uso en el futuro.

¹ Resolución XXIII «Derechos humanos en los conflictos armados», aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 12 de mayo de 1968.

Origen e índole del derecho de los derechos humanos y del derecho humanitario

Los principios del derecho humanitario

Las restricciones a las actividades hostiles hay que buscarlas en muchas culturas y tienen su origen característico en valores religiosos y en el desarrollo de las concepciones militares. La medida en que estas costumbres se asemejan reviste especial interés y las similitudes suelen estar relacionadas tanto con el comportamiento que se espera de los combatientes entre ellos como con la necesidad de respetar a los no combatientes. Los manuales tradicionales de derecho humanitario citan como fundamento de este derecho los principios de necesidad militar, humanidad y caballerosidad. Este último criterio parece fuera de lugar en el mundo moderno, pero es importante para comprender el origen y la índole del derecho humanitario.

El primer factor importante es que el derecho humanitario se elaboró en un época en que el recurso a la fuerza no constituía un instrumento ilícito de política nacional. Aunque es verdad que uno de los conceptos que influyeron en el desarrollo del derecho en Europa fue la doctrina de la guerra justa de la Iglesia, que también incluía la posibilidad del recurso a la fuerza, las bases del derecho internacional humanitario se sentaron cuando no era deshonroso iniciar una guerra. El motivo de que se restringiera el comportamiento durante la guerra tenía su origen en las nociones de lo que se consideraba honorable y, especialmente en el siglo diecinueve, lo que se consideraba civilizado. Por consiguiente, el derecho se basaba, en gran medida, en el respeto debido a otro ejército profesional. Emplearemos aquí, como buen ejemplo de los principios en que se funda el derecho consuetudinario de la guerra, el Código Lieber

² Un estudio interesante sobre estas costumbres en distintas partes del mundo, se encuentra en la parte 1 del *International Dimensions of Humanitarian Law*, UNESCO, París, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1988.

 $^{^3}$ V., p. ej., L. Oppenheim, *International Law*, Volumen II, *Disputes, War and Neutrality*, $7^{\underline{a}}$ edición, Longmans and Green, Londres, 1952, pp. 226-227.

⁴ Para un buen resumen de esta doctrina, v. S. Bailey, *Prohibitions and Restraints in War*, Oxford University Press, Londres, 1972, capítulo 1.

⁵ En los preámbulos de los instrumentos de derecho humanitario del siglo XIX hay muchas referencias a las restricciones exigidas en la guerra por la civilización, como la Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra: «Considerando que los progresos de la civilización deben tener por efecto mitigar lo que sea posible las calamidades de la guerra ...»; el Convenio II de La Haya de 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre: «Animados del deseo de servir ... los intereses de la humanidad y las siempre crecientes exigencias de la civilización ...».

de 1863,6 dado que este código se usó como base principal para elaborar los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, que influyeron, a su vez, en textos ulteriores.

La importancia de que la guerra fuese considerada una actividad lícita en esa época queda reflejada en el artículo 67 del Código Lieber:

«El derecho de gentes permite que cada Gobierno soberano haga la guerra contra otro Estado soberano, y, por lo tanto, no admite normas o leyes diferentes de las de la guerra regular, por lo que respecta al trato de los prisioneros de guera, aunque éstos pertenezcan al ejército de un gobierno que el captor pueda considerar un agresor cruel e injusto».

La ley se basaba, pues, en lo que se juzgaba necesario para vencer al enemigo y prohibía lo que se consideraba una crueldad innecesaria:

«La necesidad militar, tal como la entienden las naciones modernas y civilizadas, consiste en la necesidad de tomar las medidas indispensables para garantizar el final de la guerra, y que son legítimas de conformidad con el moderno derecho y los usos de la guerra» (Art. 14).

«La necesidad militar no admite la crueldad —es decir, infligir sufrimientos por hacer sufrir o como venganza o, lisiar o herir a alguien fuera del combate, o torturar para conseguir confesiones. No admite, de ningún modo, la utilización de veneno ni la devastación deliberada de un distrito...» (Art. 16).

Dos normas básicas del derecho internacional humanitario, a saber la protección de los civiles y el trato decoroso a los prisioneros de guerra, se describen en los términos siguientes:

«No obstante, así como la civilización ha avanzado durante estos últimos siglos, también ha evolucionado constantemente —especialmente en la guerra terrestre— la distinción entre el ciudadano individual de un país hostil y el país hostil en sí, con sus hombres armados. Se reconoce cada vez más que se ha de respetar la vida, los bienes y el honor del civil desarmado en la medida en que lo permitan las exigencias de la guerra» (Art. 22).

⁶ Instructions for the Government of Armies in the Field, 24 de abril de 1863, preparadas por Francis Lieber durante la Guerra Civil Norteamericana y promulgadas por el presidente Lincoln como Órdenes Generales nº 100. Reproducidas por Schindler y Toman, dirs., *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1988.

La importancia del trato respetuoso a los prisioneros de guerra se explica como sigue:

«Un prisionero de guerra no ha de sufrir castigo por ser un enemigo público ni ser objeto de venganza ni se le ha de infligir intencionadamente sufrimientos o penalidades, como un cruel cautiverio, privación de alimentos, mutilación, muerte o cualquier otra violencia» (Art. 56).

«Los hombres de honor, cuando son capturados, se abstendrán de dar al enemigo información concerniente a su propio ejército y el moderno derecho de guerra ya no permite el uso de cualquier tipo de violencia contra los prisioneros, para obtener la información deseada o para castigarlos por haber dado falsa información» (Art. 80).

Con respecto a la protección de los hospitales, el Código Lieber estipula que:

«Los beligerantes de honor solicitan con frecuencia que se señalen los hospitales situados en territorio enemigo, para que sean respetados...» (Art. 116).

«Se considera con justicia acto de mala fe, infame o perverso, el hecho de engañar al enemigo mediante banderas de protección...» (Art. 117).

En el capítulo relativo a los territorios ocupados se indican las acciones que puede emprender un ocupante con fines bélicos, en particular recaudar impuestos y medidas similares, pero se especifican muy claramente los tipos de atropellos que quedan prohibidos.

«Toda violencia desenfrenada contra personas en el país invadido, toda destrucción de bienes no ordenada por el oficial autorizado, todo robo, pillaje o saqueo, incluso tras haber tomado un lugar por la fuerza, toda violación, heridas, mutilaciones o matanzas contra esos habitantes, quedan prohibidas con la pena de muerte u otro castigo que pueda ser adecuado a la gravedad del delito.

Un soldado, oficial o particular, que cometa semejantes actos de violencia y desobedezca al superior que le ordene abstenerse de ello podrá ser muerto legalmente in situ por ese superior»⁷ (Art. 44).

⁷ Huelga decir que esta pena sería considerada hoy como una violación del derecho a un juicio justo, estipulado en el art. 75 del Protocolo I de 1977, y se aplicaría del mismo modo al trato debido a los propios soldados.

Por último, en esta pequeña selección de artículos, habría que mencionar la advertencia de Lieber a los Estados en cuanto al recurso a las represalias que entonces aún se consideraban, por lo general, ilícitas:

«No se recurrirá a represalias como medida de pura venganza, sino como medio de justo castigo protector y de manera prudente y cuando es inevitable; es decir, se ha de recurrir a las represalias únicamente tras indagación pormenorizada de lo que realmente ocurrió y de la índole de los delitos que requieren un justo castigo.

Las represalias injustas o desconsideradas alejan, a los beligerantes de las normas moderadoras de la guerra regular y los acercan, cada vez más rápidamente, a destructivas guerras de salvajes» (Art. 28).

El Código Lieber era considerado en su época como el reflejo general del derecho consuetudinario, aunque ciertas partes hacían especial hincapié en la importancia del trato humanitario, que, de hecho, no siempre se practicaba. Este código se empleó en la Conferencia de Bruselas de 1874 como base para el primer intento de codificación de estas costumbres. Aunque en esta conferencia no se logró suscribir ningún tratado, la declaración que aprobó era muy parecida a los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907. Estas reglamentaciones son mucho menos completas que el Código Lieber y, al igual que otros tratados posteriores, no incluyen una explicación explícita de las normas como se hace en el Código Lieber.

Los conceptos fundamentales del derecho de la guerra no han cambiado esencialmente y se basan todavía en el equilibrio entre necesidad militar y humanidad, aunque se haga menos referencia a la caballerosidad. Sin embargo, la característica principal del derecho humanitario que suele impresionar primero a los juristas que se ocupan de derechos humanos, es que la normativa tiene en cuenta en sus disposiciones las acciones necesarias para lograr los fines militares. Por consiguiente, gran parte de este derecho puede no parecer muy «humanitario» y, de hecho, muchos juristas y militares prefieren seguir llamándolo con su nombre tradicional, a saber «derecho de la guerra» o «derecho de los conflictos armados». La forma en que el derecho humanitario incorpora la necesidad militar en sus disposiciones reviste especial interés si comparamos la protección que brinda esta rama del derecho con la del derecho de los derechos humanos.

La necesidad militar ha sido definida de la siguiente forma:

«Medidas de fuerza regulada, no prohibidas por el derecho internacional, que son indispensables para asegurarse de la pronta sumisión del enemigo, con el menor gasto posible de recursos económicos y humanos».⁸

El Código Lieber describe la necesidad militar como sigue:

«La necesidad militar admite toda destrucción directa dando muerte o hiriendo a los enemigos armados y a otras personas, cuya destrucción es incidentalmente inevitable en los enfrentamientos armados de la guerra; permite la captura de todo enemigo armado y de todo enemigo importante para el Gobierno hostil, o especialmente peligroso para el captor; permite toda destrucción de bienes y obstrucción de caminos y redes de tráfico, viaje o comunicación, y retener los medios de sustento o de vida del enemigo; la apropiación de todo lo que un país enemigo pueda necesitar para la subsistencia y la seguridad de su ejército, y todo engaño que no implique el abuso de la buena fe, sean promesas positivas, por lo que atañe a acuerdos firmados durante la guerra, sean vigentes según el moderno derecho de la guerra. Quienes se levanten en armas en una guerra pública no dejan de ser por ello seres morales, responsables ante los otros y ante Dios» (Art. 15).

El hecho de que la necesidad militar se incluya en las disposiciones del derecho humanitario se explica así en el manual militar alemán:

«La necesidad militar ya ha sido tomada en consideración por los convenios sobre el derecho de la guerra, porque el derecho de la guerra constituye un compromiso entre lo que se necesita para lograr los fines de la guerra y los principios de humanidad.» 9

Este equilibrio entre necesidad militar ¹⁰ y humanitarismo se logra, en términos generales, de cuatro formas diferentes. ¹¹ En primer lugar, algunas acciones no tienen ningún valor militar y, por consiguiente, quedan simplemente prohibidas, como sucede con los actos sádicos de crueldad, saqueos y otros desmanes privados perpetrados por soldados

⁸ Manual de derecho de la guerra de las Fuerzas Aéreas de los EE.UU. El manual FM 27-10 de los EE.UU. y el Manual alemán ZDv 15/10 contienen definiciones similares.

⁹ ZDv 15/10.

¹⁰ V. un excelente análisis del concepto de necesidad militar en E. Rauch, «Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre», Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre, 1980, p. 205.

¹¹ V. G. Schwarzenberger, International Law as applied by International Courts and Tribunals, vol. II, The Law of Armed Conflict, Stevens, Londres, 1968, pp. 10-12. No se trata de categorías jurídicas, sino más bien de una forma conceptual de agrupar los distintos métodos empleados con este fin.

que, lejos de contribuir al logro del objetivo militar del ejército, tienden a socavar una conducta profesional disciplinada. Conviene recordar a este respecto que muchas de las primeras costumbres de guerra, consignadas en instrucciones escritas para los ejércitos, ¹² estaban motivadas por el deseo de fomentar la disciplina.

En segundo lugar, algunos actos pueden tener cierto valor militar, pero se ha aceptado que prevalecen las consideraciones humanitarias. Por este motivo se prohibió el uso de venenos y gases tóxicos.

En tercer lugar, algunas disposiciones son un verdadero compromiso, porque, para una determinada acción, se consideran tan importantes las necesidades militares como las humanitarias y, por consiguiente, la consideración de ambas se limita en cierta medida. Un ejemplo es la norma de proporcionalidad en los ataques, por la que se acepta que los civiles sufran «daños incidentales» (restricción por lo que atañe a las necesidades humanitarias), pero estos ataques no deben emprenderse si el daño incidental es excesivo con respecto al valor del objetivo (restricción por lo que concierne a las necesidades militares).

Por último, algunas disposiciones permiten que, en una situación especial, las necesidades militares predominen sobre las normas humanitarias aplicables normalmente. Conceptualmente, estas disposiciones se parecen más a las cláusulas restrictivas que se encuentran comúnmente en los tratados de derechos humanos. Algunas disposiciones introducen la restricción en el cuerpo de la cláusula de protección, como, por ejemplo, que el personal médico no puede ser atacado a menos que observe una conducta militar hostil. En segundo lugar, determinadas acciones protectoras exigidas por el derecho están mitigadas por la situación militar. Por ejemplo, las partes en conflicto «tomarán sin tardanza todas las medidas posibles para buscar» a los heridos ¹³ y los muertos, y «siempre que las circunstancias lo permitan», concertarán armisticios que permitan la recogida de los heridos. Por ejemplo, podrá suspenderse la inmunidad de un bien cultural bajo protección especial en «casos excepcionales de necesidad militar ineludible». 14 Otros ejemplos se encuentran en el artículo 53 del IV Convenio de Ginebra, que prohíbe que la potencia ocupante destruya bienes muebles o inmuebles en los territorios ocupados «excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas», y el artículo 54 del Protocolo I de 1977, que

¹² *Ibíd*, pp. 15-16.

¹³ Art. 15, I Convenio de Ginebra de 1949.

¹⁴ Art. 11 de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

permite la destrucción de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil en el propio territorio de la parte cuando «lo exija una necesidad militar imperiosa».

A diferencia de lo que sucede con el derecho de los derechos humanos, el derecho humanitario no admite el concepto de derogación. La mayor parte de los tratados permiten la derogación del derecho de los derechos humanos en épocas de guerra o en otro tipo de urgencia que amenace la vida de una nación. ¹⁵ El derecho humanitario fue creado precisamente para estas situaciones y las normas se definieron de forma de no limitar la capacidad de un ejército de ganar la guerra. Por consiguiente, un ejército no puede, por ejemplo, alegar que está perdiendo para dejar de respetar este derecho, porque infringir estas disposiciones no resultaría en una ventaja militar que pudiese invertir la situación.

Los principios básicos del derecho de los derechos humanos

Pasando ahora a la naturaleza del derecho de los derechos humanos, vemos que el origen de este derecho es, en realidad, muy distinto y que esto ha afectado a su formulación.

Lo primero que se observa al leer los tratados de derechos humanos es que están redactados como una serie de afirmaciones, cada una de las cuales enuncia un derecho que tienen todas las personas por el mero hecho de serlo. Por eso, el derecho se centra en el valor de la persona en sí misma, que tiene derecho a gozar determinadas libertades y formas de protección. Observamos de inmediato una diferencia en la forma en que el derecho humanitario y los tratados sobre los derechos humanos están redactados. El primero indica cómo debe comportarse una parte en un conflicto con las personas en su poder, mientras que el derecho de los derechos humanos se centra en los derechos de quienes reciben determinados tratos.

La segunda diferencia en el aspecto de los textos de los tratados es que el derecho humanitario parece largo y complejo, en tanto que los tratados sobre los derechos humanos son comparativamente cortos y simples.

En tercer lugar, en el derecho de los derechos humanos se observa un fenómeno muy ajeno al derecho humanitario, a saber, la existencia simultánea de tratados universales y zonales, así como el hecho de que

¹⁵ Art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; Art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950; Art. 27 del Convenio Americano de Derechos Humanos, 1969. Curiosamente, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos no contiene ninguna cláusula de derogación, pero tiene, en general, cláusulas de limitación de mayor alcance.

la mayor parte de estos tratados hacen una distinción entre los denominados «derechos civiles y políticos» y los derechos «económicos, sociales y culturales». La diferencia jurídica en estos tratados es que los derechos «civiles y políticos» exigen un respeto inmediato, mientras los derechos «económicos, sociales y culturales» requieren que el Estado adopte las medidas necesarias para lograr que se cumplan progresivamente. La situación se complicó aún más con la aparición de los denominados derechos humanos «de la tercera generación», es decir, de derechos universales tales como el derecho al desarrollo, a la paz, etc.

Hemos visto que el derecho humanitario hunde sus raíces en las nociones de una conducta honorable y civilizada, que cabe esperarse de los ejércitos profesionales. Los orígenes de los derechos humanos, en cambio están menos claramente definidos. Son varias las teorías sobre los fundamentos del derecho de los derechos humanos, incluidos los basados en la religión (esto es, la ley de Dios, que obliga a todos los seres humanos), la ley de la Naturaleza, que es permanente y que debe ser respetada, el utilitarismo positivista y los movimientos socialistas. ¹⁶ Las más citadas, sin embargo, son las teorías de escritores de gran influencia, como John Locke, Thomas Paine o Jean-Jacques Rousseau, como impulsores de los desarrollos más importantes de los derechos humanos en las constituciones revolucionarias de los siglos XVIII y XIX. Estos teóricos de la escuela del derecho natural estudiaron la relación entre el Gobierno y el individuo para definir las bases de una sociedad justa. Basaron sus teorías en el análisis de la naturaleza de los seres humanos y de sus relaciones entre ellos, y sacaron conclusiones acerca de la mejor manera de asegurar el respeto y la protección entre los hombres. El abogado «clásico» de la escuela del derecho natural más citado es Locke, cuya premisa es que la paz, la buena voluntad, la asistencia mutua y la conservación son el estado natural. En su opinión, la protección de los derechos privados asegura la protección del bien común, porque las personas tienen derecho a protegerse y la obligación de respetar el mismo derecho de los demás. Sin embargo, dado que el estado de la naturaleza carece de organización, Locke veía en el Gobierno el resultado de un «contrato social», por el cual el pueblo confiere el poder en la inteligencia de que el Gobierno sólo seguirá justificado si defiende los derechos naturales. En general, para Locke, éstos eran «la vida, la libertad y la propiedad».

¹⁶ Una buena presentación de las distintas teorías sobre los derechos humanos se encuentra en «The Jurisprudence of Human Rights» de J. Shestack, publicado por T. Meron en *Human Rights in International Law*, Oxford University Press, Londres, 1984, vol. 1, p. 69.

Los teóricos positivistas de los derechos humanos ¹⁷, por otra parte, no se sienten obligados por ninguna ley natural absoluta, sino que basan su defensa de la protección de los derechos humanos en motivos que demuestran que la cooperación y el respeto mutuo constituyen las conductas más beneficiosas tanto para el individuo como para la sociedad.

El otro factor importante que hay que tener en cuenta en el desarrollo de los derechos humanos es la existencia de diferentes tradiciones culturales y defensores del desarrollo social. ¹⁸ Aunque parten de distintos puntos, estas influencias subrayan la importancia de otorgar los medios necesarios para mantener la vida y asegurar la protección contra la explotación económica y social. Un acontecimiento especialmente importante que influyó luego en el derecho de los derechos humanos fue la fundación en 1919, de la Organización Internacional del Trabajo, que realizó grandes esfuerzos para mejorar las condiciones económicas y sociales —incluida la salud— de los trabajadores ¹⁹, mediante la aprobación de tratados y la constitución de mecanismos de supervisión.

A medida que los derechos humanos fueron evolucionando y pasaron de teorías de organización social a un verdadero derecho, no sorprende que los abogados hayan comenzado a analizar su índole desde el punto de vista jurídico. Por consiguiente, existen muchísimos artículos en los que se debate si los derechos humanos constituyen realmente derechos legales si el beneficiario no puede exigir su aplicación ante los tribunales. ²⁰ Esta teoría se centra en la índole de los derechos económicos y sociales que, según muchos jurisconsultos, hace que no puedan considerarse derechos legales.

Sin embargo, el primer instrumento internacional importante en que se definieron los «derechos humanos», a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, comprende no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos y

¹⁷ En especial, J. Bentham y J. Austin, en T. Meron ed., *ibíd.*, p. 79.

¹⁸ Marx es considerado generalmente como el precursor de esta evolución social, pero no fue el único teórico de este período que subrayó la importancia de los derechos sociales y económicos. Podríamos citar, en particular, a Thomas Paine, que propuso en *The Rights of Man*, un plan que se asemeja a un sistema de seguridad social, incluidos subsidios familiares, pensiones de vejez, subsidios por maternidad, matrimonio y defunción, así como la creación por el Estado de puestos de trabajo para los pobres.

¹⁹ Para un artículo general sobre la labor de la OIT, v. F. Wolf «Human Rights and the International Labour Organizations» publicado por T. Meron en *Human Rights and International Law, obr. cit.*, nº 16, vol. II, p. 273.

²⁰ V. en particular, M. Cranston, What Are Human Rights?, 1973. V. también F. E. Dowrick, Human Rights, Problems, Perspectives and Texts, Saxon House, Farnborough, 1979.

sociales. Al redactarla, se hizo un esfuerzo deliberado por tomar en cuenta las diferentes concepciones acerca del contenido apropiado de los derechos humanos. Las dificultades jurídicas antes señaladas solo surgieron cuando se trató de transformar este documento en una normativa internacional convencional. Cada Estado Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto CP) de 1966 se compromete a «respetar y garantizar a todos los individuos ... los derechos reconocidos en el presente Pacto ...». ²¹ Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto ESC) de 1966, estipula que cada Estado Parte deberá «adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de recursos de que disponga para lograr progresivamente, ... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos». ²² La principal diferencia es que no se considera que los derechos civiles y políticos requieran un nivel de desarrollo económico determinado, ya que se trata en su mayoría de libertades individuales. Pero no sería exacto decir que el cumplimiento del Pacto CP no implica la creación de determinadas estructuras estatales. En particular, el derecho a un juicio justo requiere ciertas infraestructuras y formación profesional, como sucede con los derechos políticos detallados en el artículo 25. Sin embargo, es un hecho que el cumplimiento de la mayor parte de los derechos económicos exige algunos recursos y una reflexión acerca de las medidas económicas más adecuadas para lograr el mejor nivel de vida posible. Por eso, la verdadera dificultad con que se tropieza al tratar de interpretar correctamente el Pacto ESC en las circunstancias particulares de cada Estado tiene un efecto directo en la índole de los derechos económicos del individuo. ²³ En 1987 se formó un comité para examinar los informes presentados por los Estados de conformidad con el Pacto. Originariamente, este comité no estaba previsto y aunque su creación parezca demostrar la voluntad de examinar más cuidadosamente la aplicación de este instrumento, el comité está descubriendo que los Estados siguen siendo algo reacios a que un órgano internacional analice a fondo sus políticas económicas para verificar si son compatibles con el Pacto. 24

²¹ Art. 2.

²² Art. 2.

²³ Ilustrativo de este problema es el amplio análisis de cómo aplicar el derecho al alimento en P. Alston y K. Tomasevski, *The Right to Food*, SIM, Utrecht, 1984.

²⁴ V. P. Alston, «The Committee on Economic, Social and Cultural Rights», publicado por P. Alston, ed, en *The United Nations and Human Rights*, 1992.

Otro acontecimiento que revistió importancia para los principios básicos de los derechos humanos es la aparición de los comúnmente denominados derechos de la «tercera generación». ²⁵ Los Estados del tercer mundo han señalado, en particular, que para poder respetar debidamente los derechos económicos y sociales se necesitan los recursos económicos apropiados y que, por ese motivo, tienen derecho al desarrollo. Otros derechos de esta categoría son, por ejemplo, el derecho a la paz o el derecho a un medio ambiente decoroso. Está claro que estos factores afectan directamente la calidad de vida de los individuos e incluso a su misma existencia, pero los juristas puristas insisten en que no se les puede considerar como derechos humanos, ya que los tribunales no pueden hacerlos respetar y también porque los correspondientes deberes jurídicos concretos no están claros.

Lo que es cierto, sin embargo, es que estas diferencias doctrinales en relación con los derechos económicos y sociales, así como con los derechos de la tercera generación, han llevado a una grave divergencia en la interpretación de las obligaciones en materia de derechos humanos, tanto por lo que realmente suponen (económica y socialmente) como por la medida en que existen, si es que existen (tercera generación). Recientemente se han expresado algunas dudas con respecto a la universalidad de los derechos civiles y políticos. 26 Aunque es verdad que existen ciertas diferencias a la luz del Pacto de las Naciones Unidas, de la Convención Europea, de la Convención Interamericana y de la Carta Africana, los autores creen que las semejanzas son mucho más evidentes, y que, son esencialmente idénticos en cuanto a la protección de los derechos civiles y de las libertades básicas. Además, la forma en que las Naciones Unidas investigan actualmente determinadas violaciones contra los derechos humanos. tanto si el Estado interesado es parte en uno de esos tratados como si no, indica que consideran los derechos en cuestión como consuetudinarios.

²⁵ V. el artículo general sobre este tema de K. Drzewicki, «The Rights of Solidarity — the Third Revolution of Human Rights», 53 Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1984, pág. 26.

²⁶ Hay varios artículos sobre este tema en *Interculture*, vol. XVII nº 1-2, 1984. El doctor Shashi Tharoor presentó una ponencia muy interesante acerca de «The universality of human rights and their relevance to developing countries» en la *Conferencia de la Fundación Friederich Naumann sobre Derechos Humanos* en Sintra, Portugal, 14-16 de noviembre de 1988 (el texto puede conseguirse en el ACNUR).

Semejanzas conceptuales entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos actuales

Tras haber examinado los orígenes y la formulación de estos dos ámbitos del derecho, podemos ocuparnos ahora de los métodos actuales para interpretarlos y aplicarlos.

Por lo que se refiere al derecho humanitario, el cambio más importante es que el recurso a la guerra ya no constituye un medio lícito para solucionar un conflicto. En general, el derecho humanitario se percibe menos hoy en día como un código de honor para los combatientes que como un medio para proteger a los no combatientes de las atrocidades de la guerra. Desde una interpretación purista de los derechos humanos, basada en el respeto de la vida y el bienestar, el uso de la fuerza es en sí mismo una violación de los derechos humanos. Así lo proclamó, en efecto, la Conferencia sobre los Derechos Humanos de Teherán de 1968 en los siguientes términos:

«La paz es la condición para el pleno cumplimiento de los derechos humanos, y la guerra es su negación». ²⁸

Sin embargo, la misma conferencia recomendó que se desarrollase ulteriormente el derecho humanitario con el fin de asegurar una protección mejor a las víctimas de la guerra. ²⁹ Se reconocía, por lo tanto, que el derecho humanitario es un mecanismo eficaz para proteger a las personas en los conflictos armados y que esta protección sigue siendo necesaria, porque, lamentablemente, la prohibición jurídica del recurso a la fuerza no ha acabado de hecho con los conflictos armados.

Una cuestión conceptual importante es saber si los derechos humanos pueden aplicarse en todo momento, es decir, también en los conflictos armados, dado que su base filosófica es que las personas, por el hecho de ser seres humanos, los poseen siempre. La respuesta, en un sentido, es que siguen siendo aplicables. La dificultad con respecto a los tratados de derechos humanos es que la mayoría de ellos permite que los países deroguen la mayor parte de las disposiciones en tiempo de

²⁷ La principal justificación de la aplicabilidad permanente del derecho humanitario es que la mayor parte de sus normas tienen como fin la protección de las personas vulnerables en los conflictos armados y que esas normas solo pueden cumplirse en la práctica si se aplican a ambas partes. Además, tal como sucede con principios básicos de los derechos humanos, el derecho humanitario tiene como premisa fundamental la aplicabilidad de la protección de todas las personas, independientemente de si son consideradas «buenas» o «malas».

²⁸ V. n. 1.

²⁹ Ihídem.

guerra, excepto las que se refieren al comúnmente denominado «núcleo duro» de esos derechos, es decir, los que todos esos tratados enumeran como no derogables. Se trata del derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la legislación criminal o las penas retroactivas. Sin embargo, los demás derechos no cesan por eso de ser aplicables, sino que deben respetarse en la medida en que las circunstancias lo permitan. La jurisprudencia reciente y la práctica adoptada por los mecanismos de aplicación de los derechos humanos han hecho hincapié en la importancia de esta afirmación, así como en la continua aplicabilidad, en particular, de determinadas garantías judiciales que son fundamentales para proteger eficazmente los derechos esenciales. ³⁰ Sin embargo, la mayor dificultad para aplicar el derecho de los derechos humanos, tal como está enunciado en los tratados, es el lenguaje muy general que se emplea en los tratados. Aún en las situaciones que no son de conflicto armado, se advierte que esos textos intentan ocuparse de la relación entre el individuo y la sociedad por medio de cláusulas de limitación. Por eso, la forma en que pueden aplicarse los derechos debe ser interpretada por los órganos constituidos para dar cumplimiento al tratado en cuestión. Aunque la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha hecho algunas declaraciones generales sobre el significado de determinados artículos, 31 el método normal de interpretación tanto de las Naciones Unidas como de los sistemas zonales ha sido una decisión u opinión acerca de si una determinada serie de hechos constituve una violación contra el artículo en cuestión. Un estudio de esta jurisprudencia demuestra que, aunque a primera vista la declaración de un derecho individual pueda parecer muy favorable al individuo, su inter-

³⁰ V. en particular, por lo que respecta a:

la Comisión de Derechos Humanos: Lanza de Netto, Weismann y Perdomo c. Uruguay, com. nº R.2/8, A/35/40, anejo VI, párr. 15; Camargo c. Colombia, com. nº R.11/45, A/37/40, anejo XI, párr. 12.2.
la Corte Europea de Derechos Humanos: Lawless Case (Merits), fallo del

[—] la Corte Europea de Derechos Humanos: Lawless Case (Merits), fallo del 1º de julio de 1961, párrs. 20 y sigs.; Ireland v. United Kingdom, fallo del 18 de enero de 1978, serie a nº 25, párrs. 202 y sigs.

[—] la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Habeas Corpus in emergency situations, opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987; Judicial guarantees in states of emergency, opinión consultiva OC -9/87 del 6 de octubre de 1987.

³¹ V., sobre todo, las observaciones generales siguientes:

⁵⁽¹³⁾ sobre el art. 4 del Pacto, A/36/40, Anejo VII;

⁷⁽¹⁶⁾ sobre el art. 7 del Pacto, A/37/40, Anejo V;

⁸⁽¹⁶⁾ sobre el art. 9 del Pacto, A/37/40, Anejo V;

¹³⁽²¹⁾ sobre el art. 14 del Pacto, A/39/40, Anejo VI.

pretación en la práctica reduce considerablemente su aplicación para tener en cuenta las necesidades de los demás. 32 Si trasladamos ahora esto a una situación de conflicto armado, se advierte enseguida el inconveniente de tener que esperar la decisión sobre si cada acción que se emprende es justificable o no, dado que la protección de las personas en los conflictos armados es, por lo general, literalmente una cuestión de vida o de muerte en ese preciso instante. Por tanto, lo que se necesita es un código de medidas aplicables de antemano. Los juristas especializados en derechos humanos han vuelto, por consiguiente, su atención al derecho humanitario, porque, a pesar de sus orígenes y formulaciones diferentes, su cumplimiento tiene por resultado la protección de los derechos humanos tanto «civiles» como «económicos y sociales» más esenciales. La diferencia jurídica más importante es que el derecho humanitario no está formulado como una serie de derechos, sino más bien como una serie de obligaciones que los combatientes deben cumplir. Desde el punto de vista de la teoría jurídica, esto tiene una clarísima ventaja, porque el derecho humanitario no es objeto del tipo de debates que siguen complicando la aplicación de los derechos económicos v sociales.

Dado que el espacio disponible no nos permite analizar detalladamente las similitudes entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, nos limitaremos a un breve resumen de las disposiciones más importantes del derecho humanitario que ayudan a proteger, en la práctica, los derechos humanos más fundamentales.

La observación general más importante que hay que hacer es que, al igual que el derecho de los derechos humanos, el derecho humanitario se basa en la premisa de que la protección brindada a las víctimas de la guerra debe ser sin discriminación. Se trata de una norma tan fundamental de los derechos humanos que se especifica no sólo en la Carta de las Naciones Unidas, sino también en todos los tratados de derechos humanos. Uno de los muchos ejemplos de derecho humanitario es el Artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949:

« ... todas las personas protegidas serán tratadas por la Parte en conflicto en cuyo poder estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas».

³² V. a este respecto: A. P. Higgins, «Derogations under Human Rights Treaties», *British Yearbook of International Law*, 1976-1977, p. 281.

Habida cuenta del obvio peligro de muerte en los conflictos armados, gran parte del derecho humanitario se ocupa de la protección de la vida y tiene, por consiguiente, un efecto directamente beneficioso en el derecho a la vida. Primero y ante todo, no se puede matar a las víctimas de la guerra, es decir, a las personas directamente en poder del enemigo, ya que esto sería un acto de crueldad innecesario. Estas personas están protegidas sobre todo por el Convenio de Ginebra de 1949, y también por algunas disposiciones del Protocolo adicional I de 1977. Por lo que se refiere a la protección de la vida durante las hostilidades, es obvio que no se puede proteger las vidas de los combatientes mientras están peleando. Sin embargo, el derecho humanitario contiene algunas disposiciones al respecto, ya que la norma que prohíbe el empleo de armas que puedan causar heridas superfluas o sufrimientos innecesarios está orientada, en parte, a proscribir las armas que provocan una mortalidad excesiva entre los soldados. ³³ Con respecto a los civiles, hemos visto que el derecho consuetudinario del siglo XIX exigía que se les protegiese en la medida de lo posible. Las tácticas bélicas de la época lo permitían y los civiles se veían menos afectados por los ataques directos que por el hambre padecida durante los asedios o las penurias debidas a que las tropas de ocupación usaran sus recursos. Sin embargo, la evolución bélica del siglo XX, en particular los bombardeos con aviones o misiles, puso seriamente en peligro esta norma consuetudinaria.

La contribución más importante del Protocolo I de 1977 es la definición cuidadosa de lo que puede hacerse durante las hostilidades para proteger lo más que se pueda a los civiles. El equilibrio entre las necesidades militares y humanitarias, explicado en el Código Lieber, sigue constituyendo la base de este derecho, y los Estados que negociaron este tratado lo tuvieron claramente presente con el fin de codificar un derecho aceptable para el personal militar. El resultado es una reafirmación de las restricciones de los ataques a los objetivos bélicos y una definición de lo que esto significa³⁴, aceptando, sin embargo, la posibilidad de una «pérdida incidental de vidas civiles», sujeta al principio de

³³ La codificación más reciente de la prohibición del empleo de armas de tal índole que causen sufrimientos innecesarios se encuentra en el artículo 35(2) del Protocolo I de 1977. Este razonamiento, sin embargo, se expresa más claramente en la declaración de San Petersburgo de 1868: «... el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares de enemigo este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o haría su muerte inevitable...».

³⁴ Arts. 48 y 52.

proporcionalidad. 35 Esta es probablemente la disposición que más molesta a los juristas de los derechos humanos, no solamente porque permite, de hecho, matar a civiles, sino también porque estipula que será el jefe militar interesado quien determinará si un ataque puede provocar pérdidas incidentales excesivas y, por consiguiente, no debería emprenderse. Por otra parte, el Protocolo protege la vida de una forma que va más allá del derecho tradicional a la vida. En primer lugar, prohíbe hacer pasar hambre a los civiles como método de guerra y, por consiguiente, prohíbe destruir los medios de supervivencia³⁶ (lo que representa un progreso con respecto al derecho consuetudinario anterior). En segundo lugar, ofrece medios para aumentar las probabilidades de supervivencia, permitiendo, por ejemplo, que se delimiten zonas especiales sin objetivos militares y que, por consiguiente, no pueden ser atacadas. 37 En tercer lugar, en varias disposiciones de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales se estipula que hay que recoger a los heridos y proporcionarles los cuidados médicos que necesitan. En los tratados sobre derechos humanos, esta disposición pertenecería a la categoría de «derechos económicos y sociales». ³⁸ En cuarto lugar, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos especifican con mucho detalle las condiciones materiales necesarias para mantener la vida en las mejores condiciones posibles en un conflicto armado. Así, por ejemplo, el III Convenio de Ginebra describe las condiciones de vida establecidas para los prisioneros de guerra, así como requisitos similares para los civiles internados en los territorios ocupados. Por lo que respecta a la población en general, la potencia ocupante debe garantizar que todo el mundo disponga de los medios de supervivencia necesarios y debe aceptar los envíos de socorros necesarios para lograr este fin. ³⁹ Hay también disposiciones para socorrer a la propia población de las partes, pero no tienen un carácter tan absoluto como las que se aplican en los territorios ocupados. 40 Una vez más, los especialistas en derechos

³⁵ Art. 52(5)(b).

³⁶ Art. 54.

³⁷ Arts. 14 y 15 del IV Convenio de Ginebra y Arts. 59 y 60 del Protocolo adicional I de 1977. Obsérvese, sin embargo, que el derecho consuetudinario protegía las zonas no defendidas.

³⁸ El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que todos tienen el derecho «de gozar del más alto nivel de salud física y mental posible». Por supuesto, esta disposición tiene un alcance mucho más amplio que las del derecho humanitario, pero es la única disposición en materia de derechos humanos bajo la que podría clasificarse el derecho a recibir cuidados médicos.

³⁹ Art. 55 del IV Convenio de Ginebra y art. 69 del Protocolo adicional I.

⁴⁰ Art. 23 del IV Convenio de Ginebra y art. 70 del Protocolo adicional I.

humanos clasificarían estas disposiciones como «económicas y sociales». ⁴¹ Por último, por lo que se refiere a esta selección de disposiciones sobre el derecho a la vida, el derecho humanitario establece restricciones a la pena de muerte, exigiendo, en particular, un plazo de seis meses, por lo menos, entre la sentencia y su ejecución, estableciendo mecanismos de supervisión y prohibiendo que se condene a muerte a los menores de dieciocho años o sean ejecutadas mujeres embarazadas o madres de niños pequeños. Es interesante también el hecho de que una potencia ocupante no puede aplicar la pena de muerte en un país en el que ésta haya sido abolida. ⁴²

Otro derecho «del núcleo duro» es que nadie debe ser sometido a tortura u a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El derecho humanitario también contiene la absoluta prohibición de este tipo de conducta y no solamente la prohíbe explícitamente en todos los lugares apropiados, ⁴³ sino que va aún más allá, puesto que puede decirse que gran parte de los Convenios de Ginebra no es otra cosa que una descripción detallada de cómo cumplir con el deber de tratar humanamente a las víctimas.

En lo que respecta a la esclavitud, su prohibición está explícitamente estipulada en el Protocolo II de 1977. ⁴⁴ La posibilidad de la esclavitud está, además, excluida por las distintas formas de protección otorgadas en otras partes de los Convenios de Ginebra. Es interesante observar que esta prohibición estaba bien establecida en el derecho consuetudinario, como evidencian los artículos del Código Lieber sobre el trato debido a los prisioneros de guerra, de quienes se estipulaba que no deben considerarse como propiedad de quienes los capturan ⁴⁵, así como sobre el trato debido a la población en los territorios ocupados. ⁴⁶

Como ya se ha mencionado, ⁴⁷ los órganos que se ocupan de derechos humanos están reconociendo ahora la importancia de las garantías judiciales en la protección de los derechos esenciales, aunque haya que lamentar que no diga explícitamente que son inderogables, excepto la Convención Interamericana. Si los especialistas en derechos

⁴¹ El Art. 11 del Pacto ESC reconoce el derecho de toda persona a «un nivel de vida adecuado ... incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados».

⁴² Art. 68 y 75 del IV Convenio de Ginebra.

⁴³ Por ejemplo, el art. 3 común a todos los Convenios de Ginebra prohíbe «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».

⁴⁴ Art. 4(2)(f).

⁴⁵ Art. 74, en particular.

⁴⁶ En particular, los arts, 42 v 43.

⁴⁷ Pág. 112.

humanos se hubiesen interesado antes en el derecho humanitario, se hubieran percatado de la frecuente mención de las garantías judiciales en los Convenios de Ginebra. Esto se debe al hecho de que quienes redactaron los tratados de derecho humanitario conocían por experiencia la importancia fundamental del control judicial para evitar las ejecuciones arbitrarias y los demás tratos inhumanos.

El derecho humanitario otorga también mucha importancia a la protección de los niños y de la vida familiar. Esta protección se brinda de muchas formas, como son las normas relativas a la educación y al cuidado de los niños, la separación de los niños cuando están internados (a no ser que se trate de miembros de una misma familia) y las disposiciones especiales para los niños huérfanos o separados de sus familias. ⁴⁸ La familia está protegida, en la medida de lo posible, por las disposiciones que contribuyen a impedir su separación, manteniendo informados a los miembros de familias dispersas sobre sus respectivos paraderos y situación y transmitiendo la correspondencia entre ellos. ⁴⁹

El derecho humanitario tiene en cuenta el respeto por la fe religiosa, estipulando no solamente que los prisioneros de guerra y los civiles detenidos pueden practicar su religión, ⁵⁰ sino también concediendo protección especial a los ministros de los cultos. ⁵¹ Además, los Convenios de Ginebra especifican que, de ser posible, se entierre a los muertos según los ritos de la religión a la que pertenecían. ⁵²

Este brevísimo resumen no es en modo alguno una lista exhaustiva de los casos en que el derecho humanitario coincide con las normas de los derechos humanos. Sin embargo, cabe señalar que varios derechos humanos, como el derecho de asociación y los derechos políticos, no están comprendidos en el derecho humanitario, porque no se consideran relevantes para la protección de las personas contra los peligros especiales de los conflictos armados.

⁴⁸ Para más detalles, v. D. Plattner, «La protección de los niños en el derecho internacional humanitario», *RICR*, nº 63, mayo-junio de 1984.

⁴⁹ Los artículos son demasiados como para citarlos uno por uno, pero la mayoría se encuentran en el III y IV Convenio de Ginebra y sus Protocolos adicionales.

⁵⁰ Art. 34, III Convenio de Ginebra, y art. 27 y 38(3), IV Convenio de Ginebra.

 $^{^{51}}$ Arts. 33 y 35-37, III Convenio de Ginebra y arts. 38(3), 58 y 93, IV Convenio de Ginebra.

 $^{^{52}}$ Art. 17, I Convenio de Ginebra; art. 120, III Convenio de Ginebra; art. 130, IV Convenio de Ginebra.

La influencia recíproca de los derechos humanos y el derecho humanitario

El desarrollo por separado de estas dos ramas del derecho internacional ha limitado siempre las posibilidades de influencia recíproca. Sin embargo, su actual convergencia, que acabamos de exponer, permite concebir el establecimiento de vínculos más estrechos entre estos dos ámbitos jurídicos.

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra es revelador al respecto. Este artículo, que constituye un verdadero mini tratado dentro de los Convenios, establece las normas básicas que los Estados están obligados a cumplir al enfrentarse con grupos armados en su propio territorio. Esta disposición se aparta así del ámbito tradicional del derecho humanitario que, en principio, no se ocupaba de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos. Esta norma más fácil de vincular el ámbito de los derechos humanos que, en 1949, acababan de aparecer en el derecho internacional con su mención en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948.

El verdadero momento decisivo, cuando el derecho humanitario y los derechos humanos se empezaron a acercar paulatinamente, fue en 1968, durante la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos de Teherán, en la que la Organización de las Naciones Unidas consideró por primera vez la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados. Los delegados aprobaron una resolución exhortando al secretario general de las Naciones Unidas a examinar el desarrollo del derecho humanitario y a estudiar las medidas necesarias para promover su cumplimiento. ⁵⁴ El derecho humanitario se apartó, por tanto, de su camino habitual y halló acogida en la ONU, que hasta ese momento lo había desatendido, al contrario de los derechos humanos, a los que la ONU había prestado atención desde un principio.

La convergencia que empezó en 1968 continuó lentamente en el transcurso de los años y sigue hoy en día. Los textos sobre los derechos humanos expresan cada vez más ideas y conceptos típicos del derecho humanitario. También se produce el fenómeno inverso, aunque es mucho más raro. Dicho de otro modo, va disminuyendo el desfase que

⁵³ Aunque en el Código Lieber se mencionaban ciertos tipos de protección que podrían otorgarse durante las guerras civiles, esta cuestión no apareció en el derecho convencional hasta el art. 3 común a los Convenios de Ginebra.

⁵⁴ V. nº 1.

aún existe entre los derechos humanos y el derecho humanitario. La influencia mutua tiende a aproximar progresivamente los dos ámbitos. ⁵⁵

En el presente capítulo se citan algunos ejemplos que muestran la tendencia que hemos esbozado.

Algunos de estos ejemplos se pueden encontrar en los textos de los tratados. Por ejemplo, la aprobación, en 1977, de los dos Protocolos adicionales de los Convenios de Ginebra de 1949 fue, en cierto sentido, un reflejo de lo que había sucedido en Teherán nueve años antes. El mundo del derecho humanitario rindió homenaje al mundo de los derechos humanos. De hecho, el contenido y los términos del artículo 75 del Protocolo I, titulado «Garantías fundamentales», se inspiran directamente en los instrumentos principales de los derechos humanos, ya que estipulan el principio de no discriminación, las principales prohibiciones relativas al bienestar físico o mental de las personas, la prohibición de realizar detenciones arbitrarias y las garantías judiciales esenciales. Lo mismo se podría decir de los artículos 4, 5 y 6 del Protocolo II que, en las situaciones de conflictos armados no internacionales, es el equivalente del mencionado artículo del Protocolo I.

Otro ejemplo aparece en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. El procedimiento de aprobación de esta Convención, el contenido de sus normas y los mecanismos previstos para su aplicación demuestran claramente que pertenece al conjunto de tratados sobre derechos humanos. Esto no impidió, sin embargo, que se haga alusión en él al derecho de los conflictos armados, como sucede en el artículo 38, en que, por un lado, hay una referencia general a las disposiciones del derecho humanitario aplicables a los niños (párrafo 1) y, por otro, se establecen normas que son aplicables en caso de conflicto armado. ⁵⁶

Esta tendencia puede apreciarse también en los instrumentos internacionales de menor obligatoriedad jurídica que los convenios que acabamos de mencionar. En particular, en varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas se entremezclan en un mismo texto referencias al derecho humanitario y a los derechos humanos. La Asamblea General declara con frecuencia que «se guía por los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Humanos y las normas humanitarias aceptadas, tal como están

⁵⁵ V. T. Meron, «The protection of the human persons under human rights law and humanitarian law», *Bulletin of Human Rights* 91/1, Naciones Unidas, Nueva York, 1992.

⁵⁶ «Convención sobre los Derechos del Niño», *Derechos Humanos y derecho internacional. Textos básicos*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1991.

estipuladas en los Convenios de Ginebra del $\,12\,$ de agosto de $\,1949\,$ y sus Protocolos adicionales de $\,1977$ ». 57

Un organismo más restringido que las Naciones Unidas, es decir la Conferencia Islámica de Ministros de Relaciones Exteriores, aprobó una Declaración Islámica de los Derechos Humanos en abril de 1990. Sa Aunque se presente expresamente como un instrumento de derechos humanos, esta declaración contiene disposiciones inspiradas directamente en el derecho humanitario. Estipula, por ejemplo, que «en caso de empleo de la fuerza o de conflicto armado», se protegerá a las personas que no participan en el combate, tales como los ancianos, las mujeres y los niños, los heridos, los enfermos y los prisioneros. Regula también los métodos y medios de combate.

Esta declaración es uno de los documentos de trabajo empleados para preparar la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos que se celebrará en Viena en junio de 1993. Como tal, es un indicio de que el derecho humanitario y los derechos humanos podrían acercarse aún un poco más durante esta conferencia.

La convergencia de los derechos humanos y el derecho humanitario también puede apreciarse en la labor de los órganos encargados de controlar y aplicar el derecho internacional.

Es interesante recordar a este respecto que, durante los últimos años, el Consejo de Seguridad ha citado cada vez con mayor frecuencia el derecho internacional para apoyar sus resoluciones. El último ejemplo de esta tendencia puede encontrarse en la Resolución 808 (1993) sobre el conflicto de la ex Yugoslavia, en la que el Consejo de Seguridad decide establecer un tribunal internacional «para perseguir a las personas responsables de violaciones contra el derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991». ⁶⁰

⁵⁷ Resolución 46/136 sobre la situación de los derechos humanos en Afganistán. V. también la Resolución 46/135 sobre la situación de los derechos humanos en Kuwait bajo la ocupación irakí y la Declaración 47/133 sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

 $^{^{58}}$ Este documento fue publicado por las Naciones Unidas con el nº de referencia A/CONF.157/PC/35.

⁵⁹ Declaración Islámica de Derechos Humanos, art. 3.

⁶⁰ V. también las Resoluciones del Consejo de Seguridad nº 670 (1990) y 674 (1990) sobre la ocupación de Kuwait por Irak y la Resolución 780 (1992) que establece una Comisión de Expertos para investigar las violaciones contra el derecho humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. V. asimismo el Informe Intermedio de la Comisión de Expertos que se elaboró en cumplimiento de la Resolución nº 780 (1992) del Consejo de Seguridad: S/25274.

Un órgano específicamente interesado en la aplicación de los derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos, tampoco vacila en invocar el derecho humanitario para fundamentar sus recomendaciones. ⁶¹ El «Informe sobre la situación de los derechos humanos en Kuwait bajo la ocupación irakí» presentado en su 48ª reunión, es un claro ejemplo. ⁶²

Para establecer el derecho aplicable a la situación en Kuwait, el relator especial empieza señalando, en un capítulo titulado «Interacción entre los derechos humanos y el derecho humanitario, que «existe consenso en la comunidad internacional en cuanto a que deben respetarse y protegerse los derechos humanos fundamentales de todas las personas, tanto en tiempo de paz como durante los períodos de conflicto armado«. 63 El derecho consuetudinario internacional proporciona al relator algunas de las normas que desea aplicar. Existen, entre otras, tres normas fundamentales del derecho humanitario que el relator considera como principios consuetudinarios de la protección de los derechos humanos. En estas tres normas se estipula: «(i) que el derecho de las partes a escoger los medios y los métodos de combate, es decir, el derecho de las partes implicadas en un conflicto sobre los medios de agresión al enemigo no es ilimitado; (ii) que debe distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y la población civil, de forma que esta última sea preservada tanto como sea posible; y (iii) que se prohíbe lanzar ataques contra la población civil como tal». 64 El relator considera, además, que, entre las normas de derecho consuetudinario aplicables a la ocupación de Kuwait, están el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 75 del Protocolo adicional I de 1977 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Por lo que respecta al derecho positivo, considera que también pueden aplicarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles v Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶¹ Entre los ejemplos más recientes, v. en particular el *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias* (E/CN.4/1993/25 párr. 508-510) y su *Anejo* sobre la situación en Sri Lanka (E/CN.4/1993/25/Add.1 párr. 40.42) y el *Informe sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias* (E/cN.4/1993/46 párr. 60, 61, 664 y 684).

⁶² Informe sobre la situación de los derechos humanos en Kuwait bajo la ocupación irakí, preparado por el Sr. Walter Kälin (E/CN.4/1992/26).

⁶³ *Ibíd.*, párr. 33.

⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 36.

Esta breve reseña del marco jurídico así definido demuestra que la Comisión de Derechos Humanos ya no se preocupa por hacer una distinción demasiado estricta entre los derechos humanos y el derecho humanitario. Aunque la Comisión se formara para promover la aplicación de los derechos humanos, no duda en invocar el derecho humanitario cuando la situación lo requiere. Actualmente, parece pensar que su cometido ya no se limita a los derechos humanos, sino que comprende un ámbito más amplio que abarca «los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública». Esta manera de considerar su cometido le permite, por tanto, recurrir a las normas del derecho humanitario para pronunciarse acerca de las situaciones que debe examinar.

Fuera de las Naciones Unidas, hay que dirigirse a la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos para encontrar algún indicio de una tendencia similar. En 1983, la organización *Disabled People's International* presentó una denuncia ante la Comisión, acusando a los Estados Unidos de violar el derecho a la vida, garantizado por el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Durante la invasión de Granada de ese año, los Estados Unidos bombardearon un hospital psiquiátrico, matando a varios pacientes. En su petición, la citada organización solicitó a la Comisión que interpretase el artículo 1 de la Declaración Americana a la luz de los principios del derecho humanitario. La Comisión declaró que la demanda era admisible. Al tratar los aspectos fundamentales de la cuestión, por tanto, la Comisión tuvo que basar su decisión en una disposición inspirada en el espíritu de los derechos humanos para aplicarla a un conflicto armado. ⁶⁶

También fuera de los círculos oficiales se pone cada vez más de manifiesto la convergencia del derecho de los derechos humanos y del derecho humanitario, en forma de iniciativas privadas. Los especialistas se preocupan cada vez más por las situaciones de mucha violencia, pero que no pueden calificarse de conflictos armados, en los cuales es posible aplicar el derecho humanitario. Situaciones de este tipo inducen a menudo al Estado afectado a declarar el estado de emergencia y a suspender la mayoría de los derechos humanos que se había comprome-

⁶⁵ Según lo estipulado en los artículos 63, 62, 142 y 158 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra. El relator considera que los principios establecidos en estos artículos son pertinentes al caso que está examinando y que pertenecen tanto a los derechos humanos como al derecho humanitario.

⁶⁶ Para más detalles sobre la cuestión de Granada, v. D. Weissbrodt y B. Andrus, «The Right to Life During Armed Conflict: Disabled Peoples' International v. United States» 29, Harvard Int. L.J., 1988, p. 59.

tido a respetar. ⁶⁷ Aunque, como hemos visto, estas derogaciones deben seguir siendo la excepción y están, de todas formas, excluidas para ciertos derechos, existe el peligro de un vacío jurídico en ese ámbito. Para llenarlo, se necesita un nuevo enfoque de la protección de la persona. Se está evidenciando la necesidad de elaborar instrumentos jurídicos que combinen elementos del derecho humanitario y del derecho de los derechos humanos a fin de promulgar normas que puedan aplicarse tanto en tiempo de paz como de guerra.

Esto era lo que se pretendía al aprobar, en 1990 la Declaración sobre las Normas Humanitarias Mínimas, la denominada Declaración de Turku. 68 En este texto se aclara desde el principio que sus redactores están decididos a no adoptar ninguna posición con respecto a la dicotomía entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos. En la declaración se afirman normas «aplicables en todas las situaciones, incluidas las de violencia interna, disturbios, tensiones y emergencia pública, y no pueden ser derogadas en ninguna circunstancia». 69 Esta decisión halla su expresión en una serie de disposiciones basadas, alternativamente, en el espíritu del derecho de los derechos humanos (por ejemplo, la prohibición de la tortura y el principio del habeas corpus) y en el del derecho humanitario (por ejemplo, la prohibición de atacar a las personas que no participan en las hostilidades y la obligación de tratar con humanidad a los heridos y los enfermos).

La Declaración de Turku es el fruto de la labor de un grupo de expertos que se reunieron a título privado. Por consiguiente, carece de la fuerza que tendría si hubiese sido aprobada por un órgano internacional. Pero esto no significa que no tenga valor: por un lado, algunas de sus disposiciones forman parte desde entonces del derecho internacional general; por otro, se trata de una declaración elaborada por especialistas calificados que responde a una necesidad reconocida por la comunidad internacional. No se puede descartar, por tanto, que diversas instituciones jurídicas internacionales vayan tomando progresivamente en cuenta la Declaración. La Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías ya ha dado el

⁶⁷ V. el art. 4(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 15(2) del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y el art. 27(2) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁶⁸ V. el texto de la Declaración en E/CN.4/Sub.2/1991/55 o la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 105, mayo-junio de 1991, pp. 353-359.

⁶⁹ Ibíd., art. 1.

primer paso en este sentido, refiriéndose a la Declaración en su Resolución 1192/106 sobre la situación de los derechos humanos en Irak. ⁷⁰

Conclusión

Es muy probable que la actual tendencia continúe en el futuro. La obvia ventaja de que los órganos que se ocupan de derechos humanos empleen el derecho humanitario es que tanto quienes toman las decisiones como el público en general lo conocerán cada vez mejor y, cabe esperar que ejerzan cada vez más presión para que se respete. Por otra parte, la creciente politización de los derechos humanos por parte de los órganos gubernamentales podría afectar el derecho humanitario, lo que puede representar un problema. Sin embargo, esto es poco probable por varias razones. En primer lugar, los tratados sobre el derecho humanitario son todos universales y no hay un sistema zonal que pueda hacer pensar que el derecho varía de un continente a otro.

En segundo lugar, hemos visto que el derecho humanitario no plantea el tipo de dificultades teóricas que presentan el derecho de los derechos humanos por lo que se refiere a derechos de «primera», «segunda» y «tercera» generación. En tercer lugar, el derecho humanitario carece totalmente del aspecto más políticamente sensible del derecho de los derechos humanos, es decir, los derechos políticos y las formas de Gobierno.

Lo que probablemente no se podrá evitar son las influencias políticas que inducen a los Estados a insistir en que el derecho se aplique en algunos conflictos y no en otros. Esto, sin embargo, no es una novedad y es de esperar que un mayor interés por el derecho humanitario haga que se respete en todos los conflictos.

No cabe duda de que la creciente importancia de los derechos humanos en las últimas décadas se debe en gran medida al activismo de las organizaciones no gubernamentales que se ocupan de los derechos humanos. Muchas de ellas han empezado a valerse del derecho humanitario en su labor⁷¹ y podrían ejercer una influencia considerable en el

⁷⁰ En los últimos tiempos se han tomado otras iniciativas comparables a la Declaración de Turku entre las que cabe mencionar las siguientes:

Hans-Peter Gasser, «Código de conducta para los casos de disturbios y tensiones interiores», *RICR*, nº 85, enero-febrero de 1988, pp. 52-54.

Theodor Meron, «Proyecto de declaración-tipo sobre los disturbios y tensiones interiores», *RICR*, enero-febrero de 1988, pp. 71-79.

⁷¹ En especial el *Human Rights Watch*, que se ha valido del derecho humanitario en varios informes, como en *Needless Deaths*, 1992, sobre la Segunda Guerra del Golfo.

futuro. Este interés puede fomentar tanto la aplicación como el futuro desarrollo del derecho. Dado que uno de los mayores factores en el desarrollo del derecho humanitario, a saber, la noción del honor en el combate, ha perdido influencia en la sociedad moderna, es preciso llenar este vacío con una fuerza motivadora. La defensa de los derechos humanos así lo ha hecho y seguirá revistiendo importancia en el futuro. Otro ámbito en que el interés por los derechos humanos podría ayudar a desarrollar el derecho humanitario es el de los conflictos armados internos. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo II de 1977 tienen un alcance muy inferior al del derecho aplicable en los conflictos armados internacionales a pesar de que los conflictos internos son mucho más numerosos y causan sufrimientos y estragos indecibles. Dado que los derechos humanos están primordialmente relacionados con la conducta dentro de un Estado, es posible que la presión en favor de ellos vaya venciendo la resistencia a asumir una mayor responsabilidad en los conflictos armados internos. Ya hemos visto cómo hay tendencias hacia una mayor reglamentación de los estados de emergencia⁷² que ha sido influenciada por el derecho humanitario, aunque no pertenezcan a su campo de acción.

Podría suceder, sin embargo, que los Estados se percaten de que les interesa respetar el derecho humanitario y dejen de pensar, en el futuro, que se les induce a respetarlos solamente a causa del activismo en favor de los derechos humanos. Las ventajas que reporta el respeto del derecho humanitario son evidentes, especialmente para evitar graves estragos y penalidades, facilitando así una paz duradera. 73 Si no puede restaurarse la caballerosidad de antaño, convendría alentar en los militares cierto orgullo por demostrar su profesionalismo actuando de conformidad con el derecho humanitario. 4 Dado que este derecho está en gran parte enraizado en sus orígenes tradicionales, no es ajeno al pensamiento militar y tiene la ventaja de constituir un código de conducta militar realista, protegiendo a la vez los derechos humanos en la mayor medida permitida por las circunstancias. Cabe esperar que, el

Muchas de estas organizaciones han iniciado recientemente una campaña para combatir los graves problemas causados por el uso indiscriminado de minas, haciendo un llamamiento en favor del respeto del derecho humanitario existente y de la eventual prohibición de las minas antipersonal.

⁷² V. p. 123.

⁷³ La importancia del derecho humanitario para facilitar el retorno a la paz ya estaba consignada en instrumentos del siglo XIX, como la Declaración de Bruselas de 1874.

Tentre la confection de la confection

reconocimiento de la índole específica del derecho humanitario, así como los múltiples esfuerzos dedicados a la aplicación del derecho de los derechos humanos, tengan como consecuencia el reforzamiento de la protección de la persona humana en las situaciones de violencia.

Louise Doswald-Beck y Sylvain Vité

Louise Doswald-Beck, LLM (Londres), abogada, fue profesora de derecho internacional en la Universidad de Exeter y en el «University College» de Londres, donde se especializó en el derecho del recurso a la fuerza, el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos. Es asesora jurídica del CICR desde 1987 y se ha especializado, sobre todo, en el derecho internacional humanitario relativo a la conducción de las hostilidades. Ha publicado numerosos artículos, entre ellos uno sobre «El desarrollo de las nuevas armas antipersonal», en colaboración con Gérald C. Cauderay, en la Revista, nº 102, de noviembrediciembre de 1990.

Sylvain Vité es licenciado en derecho de la Universidad de Ginebra. Prosiguió sus estudios en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, donde acaba de obtener un diploma de Estudios Superiores en Relaciones Internacionales, con especialización en derecho internacional, para lo cual escribió una tesis sobre la Comisión Internacional de Encuesta. Es profesor adjunto de derecho constitucional en la Universidad de Ginebra y está actualmente realizando una pasantía en la División Jurídica del CICR.