

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PROTOCOLO II ¹

por Sylvie Junod

Los derechos humanos y especialmente los derechos civiles y políticos han influenciado la reciente evolución del derecho internacional humanitario. Esta comprobación es válida sobre todo para el Protocolo II, relativo a los conflictos armados no internacionales. El año 1978, en la Conferencia celebrada en Teherán, las Naciones Unidas asociaron por primera vez estas dos ramas del derecho internacional. A partir de ese momento, el derecho internacional humanitario se denomina también « derechos humanos en período de conflicto armado ». Esta relación se concretó ulteriormente con la inclusión, en los Protocolos adicionales, de ciertas normas fundamentales, idénticas a las de las Convenciones de los derechos humanos; contribuye a reforzar la protección de la persona humana en las situaciones de conflicto armado.

En el segundo considerando del Preámbulo del Protocolo II se establece una relación con los derechos humanos, « recordando, asimismo que los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental ». Se trata de una toma de posición importante, si se tiene en cuenta que la función de un preámbulo es orientar, mediante directrices, la interpretación de un tratado. Por primera vez, en un instrumento de derecho internacional humanitario, se incluyó una mención explícita a los derechos humanos. Ello no significa necesariamente que no haya habido antes relaciones entre las dos ramas del derecho internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 influyó, sin duda, en cierta medida, en los negociadores de 1949; varias propuestas de preámbulo para los Convenios, en las que se hacía referencia directa a la misma, testifican ese

¹ Ponencia presentada en 1981, en la mesa redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario. Las opiniones expresadas son las de la autora.

hecho, pero no fueron aprobadas ². Por falta de acuerdo, los Convenios de 1949 carecen de preámbulo.

El profesor D. Schnidler ³, en particular, puso de relieve ciertas semejanzas entre los Convenios de Ginebra y los derechos humanos; pero, como destacó, no resultan realmente de una técnica jurídica concertada. Además, las dos Convenciones más importantes de derechos humanos, que aplican la Declaración, a saber, los dos Pactos de las Naciones Unidas relativos, uno a los derechos civiles y políticos y el otro a los derechos económicos, sociales y culturales, se aprobaron mucho más tarde, en 1966.

Hay una correlación entre los derechos humanos y los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas en la que se prohíbe recurrir a la fuerza y tiende, por consiguiente, al mantenimiento de la paz. El secretario general de las Naciones Unidas definió claramente su cometido a ese respecto, ya que en su Informe sobre el respeto de los derechos humanos en períodos de conflicto armado, presentado a la Asamblea General en 1969, declaró que hay una estrecha relación entre la actitud indignante de un Gobierno para con sus propios ciudadanos y la agresión que comete contra otras naciones y, por consiguiente, entre el respeto de los derechos humanos y el mantenimiento de la paz ⁴. Podemos, así, establecer una relación entre el respeto de los derechos humanos y el derecho que prohíbe recurrir a la fuerza o *ius ad bellum*. En cambio, el derecho internacional humanitario, no tiene, evidentemente, ninguna función en ese ámbito, ya que se aplica cuando las normas del *ius ad bellum* no han podido evitar la guerra. Tiende a limitar el empleo de la fuerza sin investigar las causas del conflicto, basándose en consideraciones humanitarias. Por supuesto, yo sólo deseaba indicar aquí los diferentes ámbitos de aplicación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sin entrar en consideraciones juricótécnicas.

También hay que destacar que la Declaración Universal no contiene ninguna referencia específica al respeto de los derechos humanos en períodos de conflicto armado. Además, siendo el objetivo primordial de las Naciones Unidas el mantenimiento de la paz, la Comisión de Derecho Internacional había decidido desde el principio, en 1949, no ocuparse del derecho de los conflictos armados.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre derechos humanos mencionada antes, que se celebró, el año 1968, en Teherán, para conme-

² Veáanse las *Actas* de la Conferencia de 1949, vol. II A, págs. 761-766. Vol. III (Anexos) págs. 96-100.

³ « El CICR y los derechos humanos », *Revista Internacional de la Cruz Roja*, enero-febrero de 1979.

⁴ Informe A 7720, 1969.

morar el vigésimo aniversario de la Declaración Universal, es un hito importante en el acercamiento entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Al aprobar una Resolución relativa «al respeto de los derechos humanos en período de conflicto armado»⁵, en la que se instaba a la elaboración de nuevas normas y a una mejor aplicación del derecho existente, la Conferencia situó al derecho humanitario como prolongación de los derechos humanos y, por lo tanto, en el ámbito de las preocupaciones de las Naciones Unidas. Los informes del secretario general y las Resoluciones de la Asamblea General dieron desde ese momento un nuevo impulso al desarrollo del derecho internacional humanitario. Podemos considerar, que la protección de las víctimas de los conflictos armados está estrechamente relacionada con los derechos humanos: se trata de reforzar la protección de las personas particularmente amenazadas en circunstancias excepcionales.

No obstante, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario siguen siendo dos sistemas jurídicos distintos, con sus finalidades respectivas, sus ámbitos de aplicación y sus mecanismos propios.

Los derechos humanos tienden a garantizar a cada persona el respeto de sus libertades y sus derechos, tanto civiles como políticos, económicos, sociales y culturales, así como a defender el ejercicio de sus derechos contra los abusos de los órganos del Estado. Su objetivo es proteger al individuo y crear las condiciones de vida que favorezcan su plena expansión en la colectividad; por ello, si bien los instrumentos de derechos humanos se aplican en toda circunstancia en tiempo de paz o de conflicto armado, no pueden alcanzar plenamente sus objetivos sino en período de paz. Es tanto más cierto cuanto que en su reglamentación se prevén posibilidades de derogación en situaciones de urgencia, sobre todo en los conflictos armados, cuando se aplica el derecho internacional humanitario. En esas situaciones sólo se exige la observancia absoluta de las normas esenciales de protección; se trata de normas que, como lo veremos, pueden compararse con el derecho internacional humanitario. Este derecho, a su vez, fue especialmente concebido para los conflictos armados, a fin de garantizar un mínimo de protección a las víctimas de esas situaciones y de limitar la violencia, estipulando una serie de normas que deben respetarse durante las hostilidades.

Para ello, se incluyen normas específicas de las que la protección a heridos y enfermos, la protección de los transportes sanitarios y también

⁵ Resolución XIII, 12 de mayo de 1968.

el principio de la salvaguardia del adversario fuera de combate son ejemplos concretos.

Aunque manteniendo su especificidad, el derecho humanitario y los derechos humanos tienen ciertos puntos comunes importantes, evidentes, sobre todo en la reglamentación de los conflictos armados no internacionales. Por una parte, utilizan técnicas jurídicas similares y, por otra parte, sus ámbitos de aplicación se superponen parcialmente.

Constituyen la zona de convergencia, como veremos a continuación, normas de protección mínima de la persona humana que rigen en toda circunstancia, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado.

Al igual que los tratados y Convenciones de derechos humanos, la aplicación del artículo 3, común a los Convenios de Ginebra, y del Protocolo II relativo a los conflictos armados no internacionales compete a los Estados, ya que rigen las relaciones con algunos de los propios nacionales.

Para la elaboración del Protocolo II, era indispensable tener en cuenta las normas existentes en materia de derechos humanos, especialmente el Pacto relativo a los derechos civiles y políticos a fin de garantizar cierta unidad a esas normas de protección internacionales en las que se prescriben limitaciones por lo que respecta al orden jurídico interno.

Antes de analizar esa zona de convergencia que relaciona directamente el Protocolo II a los derechos civiles y políticos, quisiera referirme brevemente a la técnica jurídica sobre la que se basan tanto el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra como el Protocolo II, ya que también permite establecer una relación con los instrumentos de derechos humanos.

1. El enfoque jurídico

Los Convenios de 1949 y los instrumentos relativos a los derechos humanos, universales o zonales, adoptan un enfoque jurídico diferente.

Por una parte, en los Convenios se estipulan las categorías de personas protegidas, tales como heridos y enfermos, náufragos o prisioneros de guerra; por otra parte, los derechos humanos son aplicables a todas las personas sin atribuirles un estatuto especial. No obstante, en su reciente evolución, el derecho humanitario se acerca a la sistemática jurídica de los derechos humanos tratando de proteger, de igual manera, a todas las personas que no participan en las hostilidades, sin prever categorías especiales. La única diferencia que mantiene a ese respecto con el enfoque universal de los derechos humanos es que concierne principalmente a las personas afectadas por los conflictos armados.

Este método ya se había adoptado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y se aplicó y confirmó en el Protocolo II. Es menester señalar que hay una evolución similar en el Protocolo I que, aunque mantiene las categorías de personas previstas en los Convenios, establece garantías fundamentales de trato para todas aquellas a las que se aplica el Protocolo y que no se beneficien de una mayor protección ⁶. Por otra parte el enunciado de esas garantías fundamentales se inspira en el Pacto relativo a los derechos civiles y políticos.

Además, los derechos humanos estipulan normas directamente aplicables a los individuos. En este aspecto también, la reglamentación de los conflictos internos presenta cierta similitud. Los derechos que emanan de ella no dependen de las disposiciones contractuales entre las partes en conflicto, sino que, en favor de cada uno de los beneficiarios eventuales, derivan directamente del artículo 3 común y del Protocolo II. Son, pues, *de facto* derechos individuales al igual que los que otorgan los instrumentos de los derechos humanos.

2. Zona de convergencia

Como ya señalamos, los objetivos de los derechos humanos sólo pueden alcanzarse plenamente en período de paz. A partir del momento en que el Estado se enfrenta con problemas de seguridad o de orden público, se admite que puede suspenderse el ejercicio de ciertos derechos, como, por ejemplo, el derecho de asociación. Dichas limitaciones pueden intervenir cuando, en virtud del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, « situaciones excepcionales pongan en peligro la vida de la nación » ⁷, es decir, en período de disturbios graves o de conflicto armado. La protección del individuo depende entonces de las posibilidades y de las circunstancias, lo que no significa por ello que esté desprovisto de toda protección. Hay una serie de derechos que no puede suspenderse; son las garantías fundamentales de trato humano que tienden esencialmente a preservar la integridad física y mental de cada uno. Se trata de un mínimo irreductible, totalmente necesario para la persona humana, sin el cual el individuo deja simplemente de existir física, moral y jurídicamente.

Ese núcleo irreductible de derechos, que forma la base de los derechos humanos, constituye también la protección mínima que procuran garan-

⁶ Artículo 75 del Protocolo I.

⁷ Artículo 4, párr. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

tizar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo II y representa la zona de convergencia entre los dos sistemas jurídicos.

Es el nivel inferior de protección que todo individuo puede exigir en todo momento. Como el Protocolo II tiene su propio ámbito de aplicación, era importante que figuraran esas garantías fundamentales, adaptadas y completadas en función de las circunstancias a las que se aplican. Además, el CICR ya se había inspirado para su proyecto de Protocolo II en las normas del Pacto, especialmente para la elaboración del Título II relativo al trato humano.

Durante los debates de la Conferencia Diplomática, algunos delegados se refirieron sistemáticamente a las normas correspondientes del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que deseaban incluir en el Protocolo II, tomándolas, en cierto modo, como base para el debate. Dicha tendencia respondía a la preocupación de establecer en el Protocolo garantías que fueran por lo menos equivalentes a las de los instrumentos de derechos humanos, para no correr el riesgo de que quedasen rezagadas.

Esa posición no era compartida por todos; algunos no veían la necesidad de que coincidiesen las normas de dos sistemas jurídicos independientes, con distintas finalidades. A pesar de esa controversia, aquellos que podemos llamar los partidarios de la « armonización » de las normas del Protocolo II con las de los derechos humanos en materia de trato humano ejercieron una importante influencia sobre los resultados de los debates. Algunas normas del Pacto fueron incluidas textualmente en el Protocolo, mientras que otras se inspiran en él.

En sus escritos, el señor Jean Pictet pone de relieve tres grandes principios comunes a los derechos humanos y al derecho humanitario: 1) la no discriminación, 2) la inviolabilidad, 3) la seguridad de la persona. Las normas del Protocolo II que se avienen con esos tres principios llevan la impronta del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ya contiene implícito lo que el Protocolo II explicita y completa, inspirándose en la reglamentación de los derechos humanos.

La no discriminación

La igualdad de trato que se basa en la no discriminación es uno de los principios básicos, tanto de los derechos humanos como del derecho internacional humanitario. Se enuncian en el artículo 2 del Protocolo II, en los mismos términos que en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Esta formulación única permite que se evite una interpretación restrictiva o divergente de un principio fundamental de protección.

La inviolabilidad

El principio de la inviolabilidad de la persona humana se basa en el respeto de la vida y de la integridad física y mental. Cabe señalar que, de conformidad con los instrumentos de derechos humanos, hasta el derecho a la vida no es un derecho absoluto; está limitado por el derecho público, sobre todo por el derecho penal. Por ejemplo, en la situación actual, no se prohíbe la ejecución capital de personas que se beneficiaban de garantías judiciales.

Dadas las circunstancias en las que se aplica, no se puede pretender que el derecho humanitario establezca una garantía general del respeto a la vida. En el artículo 4 del Protocolo II se prevé el respeto a la vida y a la integridad física y mental de las personas que no participan, o ya no participan, en las hostilidades y que deben ser tratadas humanamente. Se consagra, pues, la inviolabilidad de los no combatientes y de los combatientes fuera de combate. El principio del trato humano se especifica, como en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, mediante una serie de prohibiciones que recogen las normas del Pacto que no pueden suspenderse. Nos referimos a la prohibición de la tortura, de penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 4, parr. 2.a) y de la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos bajo todas sus formas (art. 4, parr. 2.f).

Otro derecho que no puede suspenderse, relacionado con el principio de inviolabilidad de la persona, consta en el artículo 5, parr. 2.e, del Protocolo relativo a las condiciones de detención; se trata de la prohibición de someter a una persona a experiencias médicas o científicas.

La seguridad

Se garantiza la seguridad del individuo, sobre todo mediante garantías judiciales. El artículo 6 (diligencias penales) del Protocolo II se inspira en el Pacto, sobre todo por lo que respecta a garantías judiciales. En primer lugar, en el artículo 6 del Protocolo II se reafirma el principio de la legalidad ya consagrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra: todo individuo tiene el derecho a ser juzgado por un tribunal que ofrezca garantías esenciales de independencia y de imparcialidad. Además, se estipula el principio de la no retroactividad de la ley transcribiendo íntegramente el enunciado del artículo 15 del Pacto. Finalmente, se prevé que la pena de muerte no podrá dictarse contra las personas menores de 18 años en el momento de la infracción, y que no se aplicará a las mujeres encintas ni a las madres de niños pequeños. La edad límite de 18 años consta en el Pacto y en los Convenios. La norma se inspira en el artículo 6, parr. 5, del Pacto. Es menester señalar que el

texto del Protocolo es más amplio en cuanto a la protección, ya que no se prevé en el Pacto la protección de las madres con niños pequeños. Esas tres normas: el principio de la legalidad, el principio de la no retroactividad y la limitación de la aplicación de la pena de muerte, forman parte del núcleo de los derechos que no pueden suspenderse.

En el artículo 6 del Protocolo II constan también otras garantías judiciales que se inspiran directamente en el Pacto. No forman parte del núcleo irreductible, pero tienen una importancia especial en situaciones de conflictos armados. Es importante a *fortiori* hacerlos figurar en el Protocolo II; se trata de la presunción de inocencia, del derecho de estar presente en su proceso y del principio según el cual no se puede obligar a nadie a testificar contra sí mismo (párrs. 2.d, e y f, del artículo 6).

Este breve análisis es, por supuesto, incompleto. Nos limitamos a poner de relieve, por una parte, aquellos derechos humanos que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia y que figuran en el Protocolo II; por otra parte, las normas inspiradas en el Pacto durante la negociación. Podría ser interesante comparar también el Protocolo II con el núcleo irreductible de los instrumentos zonales de derechos humanos, el Convenio Europeo, el Convenio Interamericano que, por ser más reciente, es más completo. Esta comparación debiera ser objeto de un estudio aparte. Durante los debates de la Conferencia Diplomática, se evocó el Pacto relativo a los derechos civiles y políticos como instrumento universal de los derechos humanos.

Podemos comprobar que el Protocolo II contiene prácticamente todos los derechos del Pacto que no pueden suspenderse. Ese núcleo de derechos, reafirmado por el derecho humanitario, está consagrado en las constituciones de la mayoría de los Estados. Tratándose de prescripciones fundamentales de valor universal, esos derechos a menudo son considerados por la doctrina como derechos suprapositivos oponibles a los Estados, incluso en ausencia de toda obligación convencional o de todo compromiso explícito por parte de los mismos.

Podemos admitir que forman parte del *ius cogens*. Para algunos de ellos, esta opinión puede ser controvertida, pero no presenta duda alguna, por ejemplo, en el caso de la prohibición de la esclavitud y de la tortura. Recordemos, al pasar, que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, define, en su artículo 53, el *ius cogens* como « una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter ».

Resultó indispensable que en el Protocolo II, que tiene su ámbito de aplicación específico, se las confirme y se las complete, en función de las situaciones específicas a las que está destinado.

El profesor Karel Vasak decía, en uno de sus cursos en La Haya, que el conflicto interno es el período más peligroso para los derechos humanos, durante el cual el derecho humanitario y los derechos humanos parecen dos muletas sobre las que puede apoyarse el individuo para huir de las consecuencias del conflicto.

Efectivamente, el Protocolo II y los instrumentos de derechos humanos pueden aplicarse cumulativa y simultáneamente. Tal como puntualizó de manera explícita la Asamblea General de las Naciones Unidas, los derechos humanos siguen siendo plenamente aplicables en caso de conflicto armado (AG 2675, XXV). Esa posibilidad de superposición refuerza la protección de la persona humana.

Además, el Protocolo II, al proceder a una cierta unificación de la terminología empleada para enunciar las reglas fundamentales de protección comunes a los derechos humanos, contribuye a fortalecer y garantizar la unidad de las normas de protección.

No obstante, sigue siendo un instrumento independiente de la reglamentación de los derechos humanos, la cual no condiciona su aplicación. La concordancia de las normas de protección estipuladas en dichos instrumentos, aunque son diferentes, responde al interés de las personas protegidas.

Para concluir, es menester señalar que el derecho humanitario es a menudo mejor aceptado que los derechos humanos, ya que no plantea problemas ideológicos. La publicidad es un elemento importante de la promoción de los derechos humanos, pero entraña inevitablemente una cierta politización de los problemas y no deja de provocar ciertas reticencias contra los derechos humanos por parte de los Estados que son objeto de la crítica internacional. El derecho humanitario no tropieza con ese obstáculo. Así, la comparación entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario ahora forma parte, a menudo, de los programas de difusión del derecho humanitario, no sólo para cotejar esas dos ramas del derecho internacional, como lo hicimos hoy, sino también para poner de relieve las diferencias que hay entre ellas. Presentar las diferencias y las analogías contribuye, a la vez, a que se acepte el derecho humanitario y a comprender mejor la naturaleza de los derechos humanos.

Sylvie Junod
Consejera-jurista
en el CICR