

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo*

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos, a la vez como disciplina de estudio y como sistema normativo, han seguido un curso distinto al del derecho humanitario. Históricamente ello ha sido así y en la actualidad esta tendencia continúa.

Tal situación no implica, sin embargo, una ausencia de vínculos entre estas dos disciplinas. Muy por el contrario, ellas mantienen entre sí estrechos lazos.

Y es precisamente a partir de la constatación de dichos lazos que surge la pregunta por la conveniencia de mantener estas dos disciplinas, estos dos cuerpos normativos, como sistemas independientes.

El propósito de este apartado es caracterizar los puntos de encuentro básicos entre los derechos humanos y el derecho humanitario, así como las diferencias que ellos presentan. Asimismo, se pretende mostrar sus puntos de complementación, la manera en que ellos se apoyan y fundamentan, teórica y prácticamente, en forma recíproca.

La regulación de los conflictos armados internos por parte del derecho humanitario es estudiada con mayor detenimiento, considerando que se trata de un problema de importantes alcan-

* Este trabajo fue publicado originalmente en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, núm. 27, Universidad Diego Portales, 1993.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ces prácticos, donde la confluencia de estas dos disciplinas resulta sumamente relevante.

Por último, se discute la posibilidad de hacer confluir estos dos sistemas en un solo conjunto de normas.

Dado el amplio alcance de sus propósitos, este apartado no pretende ser exhaustivo. Así, en tanto se examinan de manera detenida algunos problemas que resultan especialmente relevantes, otros son tratados a título básicamente ilustrativo, a fin de ofrecer un panorama general del tema.

2. ASPECTOS GENERALES

2.1. Evolución histórica de los derechos humanos y del derecho humanitario

Elementos de derechos humanos y derecho humanitario pueden observarse desde la antigüedad en el desarrollo de los sistemas jurídicos.

En relación con los derechos humanos, ya en el derecho romano y en el derecho natural de inspiración religiosa, es posible hallar elementos recogidos posteriormente por la doctrina de los derechos humanos. Generalmente, la Carta Magna, de 1215, es vista asimismo como un antecedente de la moderna concepción de los derechos humanos.¹

No obstante, tales antecedentes, siendo de indudable importancia, carecían de algunos rasgos esenciales de la doctrina de los derechos humanos.

En primer lugar, antes del siglo xx los derechos humanos nunca fueron tratados de una manera sistemática. Es cierto que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1791) o en la Bill of Rights (Estados Unidos, 1791) se

¹ Para una exposición más detallada acerca de la evolución histórica de los derechos humanos y de por qué se trata de una formulación típicamente moderna, véase González, Felipe, *Los derechos humanos como fundamento crítico del orden jurídico interno*, Cuaderno de Trabajo núm. 10, Programa de Derechos Humanos, Santiago, 1989, p. 11.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

contienen extensas enumeraciones de derechos, pero no puede hablarse aún de una disciplina ni de un sistema de normas independiente. Este último fenómeno tiende a producirse solo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, consolidándose de manera más consistente con la promulgación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos abiertos para su suscripción en 1966.

En segundo término, el carácter internacional de los derechos humanos prácticamente surge solo a partir de los juicios de Núrenberg y Tokio y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asimismo, la implementación de órganos especializados en derechos humanos, dentro del contexto de la ONU como en otros sistemas para su protección, ha contribuido a fortalecer esta tendencia. Esta naturaleza internacional de los derechos humanos es esencial, puesto que uno de los rasgos distintivos de las violaciones a los derechos humanos es que de ellas se deriva una responsabilidad internacional para los Estados infractores.

De esta manera, no es solo que en las últimas décadas haya proliferado y se haya estructurado un sistema de normas para la protección de los derechos humanos, sino que además ciertos rasgos elementales de esta doctrina —como su carácter internacional y la responsabilidad correlativa que para los Estados ella conlleva— no existían en absoluto en el pasado.

A este respecto, la situación del derecho humanitario es diferente a la de los derechos humanos. Desde luego, la normativa del derecho humanitario se ha vuelto más rica y se ha visto notablemente favorecida durante el siglo xx. No obstante ello, el sistema normativo del derecho humanitario como tal ya existía. Menos elaborado y no tan difundido, claro está, pero existía.

En este sentido, el carácter internacional del derecho humanitario estuvo siempre fuera de dudas, porque su función consistía precisamente en regular los conflictos armados de carácter internacional. La aplicación de las normas del derecho humanitario a conflictos armados de carácter interno, en cambio, es de aplicación más reciente.

La sujeción de un Estado a las normas del derecho humanitario nunca fue vista como una intromisión en los asuntos internos

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

de ese Estado. En este particular, la aplicación de estas normas nunca fue entendida como una amenaza al derecho de autodeterminación de un pueblo.

Más aún, el concepto de soberanía, de tan amplio alcance hasta muy avanzado este siglo, no se vio en pugna con la implementación del derecho humanitario. Muy probablemente, la razón básica para ello fue que el derecho humanitario siempre tuvo efectos benéficos muy concretos para todos los Estados. De hecho, es difícil concebir una guerra en la que incluso al Estado victorioso no le sean tomados prisioneros y exija, por lo mismo, un adecuado trato para ellos. O, lo que es tanto o más importante, todo Estado envuelto en un conflicto bélico ha perseguido siempre proteger a su población civil. De esta forma, los efectos benéficos para los Estados derivados de la aplicación del derecho humanitario parecen haber sido decisivos para su eficacia práctica.

La pregunta es en qué medida el derecho humanitario y los derechos humanos se han equiparado en este respecto, considerando el desarrollo experimentado por los derechos humanos en los últimos decenios. Para responder a esta pregunta es necesario analizar una serie de problemas, generales y específicos, cuestión que haremos en las próximas páginas.

La pregunta, acaso se han equiparado ambas disciplinas, es también relevante para determinar la conveniencia de hacer confluir el derecho humanitario y los derechos humanos en una sola disciplina.

2.2. Bases y principios

Por lo que se refiere a sus bases y principios, el derecho humanitario y los derechos humanos se encuentran estrechamente ligados. Esto queda en evidencia desde el comienzo del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. El impulso para crear una normativa internacional surgió como consecuencia de las atrocidades acontecidas durante la Segunda Guerra Mundial. Por cierto, el derecho humanitario ya se encontraba bastante desarrollado para la época de la Segunda Guerra Mundial, y muchas

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

de sus disposiciones fueron infringidas en el transcurso de ese conflicto armado. La concepción de un sistema internacional de protección de los derechos humanos, entonces, aparece como una consecuencia de la necesidad de transformar en una práctica permanente de los Estados el respeto a principios básicos que subyacían desde antes en el derecho humanitario.

En este sentido, en el primer instrumento internacional de amplio alcance concerniente a derechos humanos, esto es, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se expresan precisamente esos principios, que están también en la raíz del derecho humanitario. Así, la dignidad humana y la igualdad básica entre los seres humanos son los pilares de los derechos humanos, según se expresa en el preámbulo de la Declaración Universal. Estos dos criterios elementales continuarán siendo las bases de la normativa de derechos humanos en los tratados subsecuentes.

Por lo que concierne al derecho humanitario, un criterio fundamental es el principio de humanidad. Como ha escrito Siordet, “todas las disposiciones de este derecho (el derecho humanitario) no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos son antes que nada seres humanos y que nada, ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige”.² Esto significa que los seres humanos deben ser tratados con el respeto que es inherente a su dignidad. De esta forma, la confluencia con los principios subyacentes a los derechos humanos es clara.

El principio de no discriminación ha adquirido progresivamente fuerza en el derecho humanitario. De hecho, fue solamente en 1949 que se eliminó la posibilidad de discriminar entre soldados rendidos fuera de combate sobre la base de su raza, religión, sexo, nacimiento, riqueza u otro criterio similar. Se advierte aquí el estrecho paralelo que han llevado en su evolución en las últimas décadas los derechos humanos y el derecho humanitario. En efecto, el énfasis en el principio de no discriminación apareció en la década de los cuarenta en los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos.

² Frederic Siordet, *Inter Arma Caritas*, Ginebra, ICRC, 1947.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por el trascendental papel que le ha correspondido en el desarrollo del derecho humanitario, el propósito fundamental perseguido por el Comité Internacional de la Cruz Roja resulta relevante. Este propósito está designado por el aserto *inter arma charitas*. La expresión latina *charitas* no está tomada en este contexto en su acepción cristiana o religiosa, sino que se refiere justamente al principio de humanidad al que antes nos hemos referido.

2.3. Soberanía y autodeterminación

Como hemos señalado, el problema de la soberanía estatal y la autodeterminación de los pueblos continúa en alguna medida vigente en relación con los derechos humanos.

En el presente, en el nivel de la normativa de los derechos humanos, este es un conflicto mucho más aparente que real, puesto que numerosas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos autorizan de manera explícita la investigación y el pronunciamiento de organismos internacionales respecto de la situación interna de los Estados en materia de derechos humanos.

En la práctica, sin embargo, el problema subsiste. Es cierto que la noción tradicional de soberanía, que la concebía como un bastión infranqueable para la comunidad internacional, ha perdido fuerza, pero usualmente los Estados que cometen las más graves violaciones de los derechos humanos continúan invocando el concepto tradicional de soberanía para evitar el escrutinio de la comunidad internacional.

No obstante, parece altamente probable que la tendencia a restringir el concepto de soberanía continuará, y que cada vez será más difícil en la práctica excusarse sobre estas bases.

La reducción de la soberanía de los Estados no ha sido tarea fácil para la comunidad internacional. Tradicionalmente, este concepto jugaba un papel muy importante. Para Donnelly, ello obedece a que “los derechos humanos son primariamente un problema nacional, esto es, los derechos humanos están relacionados antes que nada con cómo el gobierno trata a sus propios

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

habitantes”.³ El problema de la expresión “nacional” es que puede resultar algo equívoca en este contexto, como si justificase en alguna medida las tradicionales resistencias de los Estados al control internacional en materia de derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos implicó un importante cambio de perspectiva respecto del tema de la soberanía. Sin embargo, en un comienzo la Declaración no tenía bases muy fuertes. Habiendo sido aprobada por unanimidad, no obstante, fue objeto de algunas abstenciones, como en el caso de la Unión Soviética, Arabia Saudita y Sudáfrica. Estas abstenciones podrían haber causado eventualmente un problema respecto del estatus de la Declaración como parte del derecho consuetudinario internacional. No obstante, en las décadas siguientes la Declaración llegó a ser considerada, al menos en sus partes más importantes, como derecho consuetudinario.

El otro problema de la Declaración es que en un comienzo era considerada una suerte de conjunto de propósitos o fines a alcanzar. Esta situación también evolucionó, y así, la Declaración es considerada ahora jurídicamente vinculante. Un ejemplo de esta evolución es el hecho de que solo cinco años después de la Declaración, la Comisión de las Naciones Unidas sobre la situación racial en Sudáfrica señalara que “como resultado (de la Carta de la ONU), la frontera entre la jurisdicción interna y las regulaciones internacionales ha llegado a ser difusa”.⁴ La Comisión añadió en esa oportunidad que “las Naciones Unidas están incuestionablemente justificadas para decidir que una materia está esencialmente fuera de la jurisdicción interna de un Estado cuando dicha materia envuelve una sistemática violación de los principios de la Carta relativos a derechos humanos, y muy especialmente cuando se refiere a problemas de no discriminación...”.⁵

Los dos pactos de 1966 vinieron a consolidar la restricción del concepto de soberanía. El punto más relevante al respecto es

³ Donnelly, Jack, “International Human Rights: A Regime Analysis”, en *International Organizations*, vol. 40, núm. 3, 1986, p. 599.

⁴ Report of the United Nations Commission on the Racial Situation in the Union of South Africa, 3 oct 1953.

⁵ *Idem*.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

el hecho de que estos pactos no permiten asomo de duda acerca de su carácter jurídicamente vinculante. Por tanto, las limitaciones a la soberanía quedan explícitamente establecidas mediante la suscripción de estos convenios. En este sentido, resulta acertada la observación de Henkin, cuando anota que “en virtud del principio *pacta sunt servanda*, las partes de un Tratado no solo renuncian al derecho a *non-performance*, sino que adquieren el derecho a pedir cuentas a cualquier otra parte si existen bases para creer que las disposiciones del Pacto no están siendo total y efectivamente implementadas. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una intervención ilegítima...”.⁶

De esta manera, la reducción del concepto de soberanía en la normativa internacional de derechos humanos ha llegado a un punto tal que parece irreversible en las relaciones entre los Estados.

Sin embargo, en la práctica, aunque menguada, esta excusa no ha desaparecido por completo. Más aún, los gobiernos que cometen masivas violaciones de los derechos humanos continúan buscando nuevas fórmulas para excusarse, excusas que en el fondo están muy relacionadas con el antiguo concepto de soberanía.

La excusa que ha llegado a ser más recurrente está supuestamente basada en el derecho de los pueblos a autodeterminarse. Esta justificación, por cierto, es espuria. Ella distorsiona completamente el concepto de autodeterminación. Esto resulta palmario desde el momento en que los instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren a la autodeterminación lo hacen precisamente buscando la protección de esos derechos.

Bien entendido, el concepto de autodeterminación de los pueblos no implica una limitación para el escrutinio de la comunidad internacional acerca de la situación interna de los Estados. En cambio, dicho concepto está dirigido a garantizar la participación de la población interna en la generación de sus autoridades, así como a combatir una interpretación absolutista de los derechos humanos, que no atendiera a las características y peculiaridades de cada país (en el sentido de que la normativa internacional de derechos humanos no provee una completa regulación para el

⁶ Henkin, Louis, *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, 1981, p. 1.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

derecho interno de cada Estado, sino solo sus pautas más importantes).

La situación del derecho humanitario difiere en este respecto a la de los derechos humanos. Como hemos señalado, el concepto de soberanía nunca ha significado un serio obstáculo para la implementación del derecho humanitario.

El derecho humanitario se consolidó durante siglos en el derecho consuetudinario y, a partir del siglo pasado y especialmente en el presente siglo, ha adquirido gran vigor por medio de numerosos tratados, que abordan de manera muy detallada su regulación. Además, se trata de convenciones que han sido suscritas por prácticamente la totalidad de los Estados del orbe, lo que indudablemente las dota de una especial fuerza.

2.4. La intervención humanitaria

La tensión extrema entre los asuntos internos de un Estado y el papel de la comunidad internacional de velar por la protección de los derechos humanos se manifiesta de manera palmaria en el dilema de la intervención humanitaria. Este problema, además, demuestra en la práctica la ligazón indisoluble entre los derechos humanos y el derecho humanitario.

Donnelly ha señalado que “la esencia de la intervención es el involucramiento foráneo en los asuntos internos de un país; la violación —fuera del caso de guerra— de los derechos de soberanía; la infracción de la independencia política de un Estado”.⁷

Sin embargo, lo que ha variado y continúa variando es lo que se entiende por “asuntos internos” o por “soberanía” de un Estado, en una época como la actual en la que se considera que todos los países, sea que hayan o no suscrito los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, están obligados por el derecho consuetudinario al respeto de estos últimos.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la reducción de la soberanía de un Estado no es en favor de otro Estado

⁷ Donnelly, Jack, *op. cit.*

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

en particular, sino de la comunidad internacional como conjunto. Por lo mismo, la intervención por parte de un Estado en particular o de un grupo de Estados no puede ser determinada por ellos solos. La protección de los habitantes de un Estado respecto de su propio gobierno no es suficiente justificación cuando los Estados particulares no representan a la comunidad internacional.

A ello se suma el problema de que las decisiones de Estados en particular suelen ser extremadamente subjetivas en este respecto, careciendo generalmente de pautas definidas que guíen sus decisiones. Una de las más recurrentes prácticas ha sido la apelación a un “interés nacional” para intervenir. Históricamente este ha demostrado ser un concepto muy flexible, que permite emprender toda clase de acciones, incluyendo intervenciones colonialistas.

El interés nacional, por tanto, debe subordinarse a la comunidad internacional como conjunto cada vez que hay un problema que trasciende las fronteras de un Estado. En la situación presente de la comunidad internacional —con su fortalecimiento como un sistema de instituciones, normas y prácticas— pareciera claro que el interés nacional no puede continuar siendo una materia aislada de esa comunidad. En consecuencia, un Estado en particular o grupo de Estados no puede desempeñar un papel que hoy en día le corresponde a la comunidad internacional.

Ahora bien, si existen ciertas bases para una intervención humanitaria por parte de la comunidad internacional, ellas no podrían ser sino gravísimas y masivas violaciones de los derechos humanos. El derecho consuetudinario concerniente a los derechos humanos puede proporcionar pautas a este respecto: gravísimas y masivas violaciones de las normas básicas del derecho consuetudinario podrían ser el criterio. Las más importantes son el genocidio —el cual es un crimen grave y masivo por definición— y la trata de esclavos.

A mi juicio, estándares de esta naturaleza debieran quedar establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin de evitar al máximo posible cualquier riesgo de arbitrariedad o discrecionalidad. Asimismo, sería indispensable revisar las normas relativas a los órganos de la ONU que participan en estas decisiones. Otros elementos deberían quedar también

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

asegurados adecuadamente, como que la intervención no ocurra mucho tiempo después de las violaciones de derechos humanos, y que ella sea tan corta como resulte posible.

Pero más allá de los requerimientos de carácter procedimental y orgánico, lo que resulta claro a estas alturas del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es que la única justificación para una intervención humanitaria podría radicar en la protección de esos derechos en circunstancias muy extremas.

3. CONTENIDO Y APLICACIÓN

3.1. Materias reguladas por cada disciplina

A. Dado que las bases y principios del derecho humanitario y los derechos humanos son similares, las normas de una y otra disciplina apuntan a la protección de ciertos derechos básicos comunes.

Lo anterior es especialmente claro en lo que se refiere a los derechos civiles y políticos. Esta clase de derechos constituye probablemente el núcleo de la normativa de derechos. Las primeras declaraciones nacionales de derechos humanos contenían únicamente disposiciones relativas a derechos civiles y políticos. Fue justamente a partir de estos derechos que se estructuraron los primeros instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se desarrollaron más tarde.

Este proceso es concordante con la evolución del contenido del derecho humanitario. Históricamente, los derechos civiles y políticos fueron el contenido fundamental del derecho humanitario y continúan siéndolo hasta la actualidad. La protección de estos derechos durante conflictos armados ha sido el objetivo elemental del derecho humanitario. Sin embargo, en las últimas décadas se han incorporado algunas normas que tienden a proteger ciertos derechos económicos y sociales básicos en conflictos armados. Por ejemplo, en el marco de la protección de la población civil se incluyen algunas disposiciones para evitar la hambruna entre las personas afectadas por la guerra.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

De cualquier modo, los derechos civiles y políticos siguen siendo el núcleo básico del derecho humanitario. Entonces, en el fondo, lo que ocurre es que son los mismos derechos fundamentales los que son protegidos bajo distintas circunstancias a través de los derechos humanos y por medio del derecho humanitario. Como ya veremos, sin embargo, la clásica asociación entre derechos humanos y tiempo de paz por una parte y derecho humanitario y tiempo de guerra por la otra envuelve una simplificación de la realidad de estas disciplinas.

B. El carácter de las disposiciones del derecho humanitario es mucho más específico que el de las disposiciones de los derechos humanos. Pareciera haber dos razones básicas para ello.

Primero, como ya hemos apuntado, el interés recíproco de los Estados en el cumplimiento de las normas del derecho humanitario es mucho más claro y evidente que en el caso de los derechos humanos.

Segundo, el derecho humanitario regula básicamente situaciones de carácter internacional (salvo los casos del art. 3 Común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II), lo que permite abordar de manera más homogénea los problemas. En cambio, la normativa internacional de derechos humanos, en la medida en que se dirige en definitiva a velar por su protección en el orden interno de los Estados, resulta más compleja y heterogénea, toda vez que las realidades internas de los países son diferentes.

En cierta medida, podría decirse que lo que hace el derecho humanitario con las normas generales de derechos humanos guarda similitud con lo que hacen los ordenamientos jurídicos nacionales. En efecto, el derecho humanitario desarrolla elementos específicos y detallados, generalmente a partir de ciertas normas generales de derechos humanos. El derecho humanitario cumple esta tarea haciendo las adaptaciones necesarias, ya que se trata de normas para la regulación de conflictos armados.

C. Muchas regulaciones del derecho humanitario son en el fondo aplicación de derechos civiles a tiempo de guerra. Considérese de partida el contenido de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. El primer Convenio persigue el mejoramiento de la condición de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en tierra.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

El segundo apunta al mismo objetivo, pero en el mar. El tercero regula el trato que se les debe dar a los prisioneros de guerra. Y el cuarto protege a la población civil. Es claro que los cuatro Convenios, bases del derecho humanitario actual, se dirigen en último término a la protección de derechos civiles.

En el Protocolo II, complementario a los Convenios de Ginebra, se contienen asimismo importantes regulaciones relativas a derechos civiles. Así, el artículo 4 del Protocolo enumera un listado de garantías fundamentales, establece la prohibición de una serie de acciones y protege a los niños.

Lo propio ocurre en el artículo 6 del mismo Protocolo, que se refiere al debido proceso en situaciones de guerra. Se trata de una disposición del mayor interés. El debido proceso es la clave para la protección de los demás derechos. Sin él, los demás derechos pueden volverse fácilmente ilusorios o su protección ser solo parcial.

A este respecto, el Protocolo II viene a incorporar importantes regulaciones sobre el debido proceso que habían ido desarrollándose en la normativa de los derechos humanos.

El artículo 6.2 establece que los tribunales deberán reunir características esenciales de independencia e imparcialidad. Para su aseguramiento, seis requisitos en particular son exigidos, incluyendo el carácter personal de la responsabilidad penal; la irretroactividad de la ley penal —excepto cuando sea en beneficio del acusado—, la presunción de inocencia; el derecho a no ser compelido a testificar contra sí mismo o a confesar culpa, etcétera.

Impone además el artículo 6 ciertas restricciones a la aplicación de la pena de muerte⁸ y exige que el acusado sea notificado acerca de los recursos y plazos de que dispone, entre otras regulaciones.

Otros derechos civiles elementales contenidos en las normas de derechos humanos se encuentran también en el derecho humanitario. Por ejemplo, el derecho a la vida, que aparece con-

⁸ Ella queda prohibida para los menores de 18 años y las mujeres embarazadas o con niños pequeños.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

templado no solo en los instrumentos de la ONU, sino además en diversos textos regionales —Convención Americana, Convención Europea—, se halla desarrollado en detalle en el derecho humanitario.

Con respecto al derecho a la vida hay una diferencia básica entre ambas disciplinas, toda vez que mientras que en los textos de derechos humanos solo se reconocen como excepciones la pena de muerte y la muerte de otra persona en legítima defensa, en el derecho humanitario dar muerte a un combatiente enemigo, cumplidas ciertas condiciones, no es un acto que merezca sanción.

De ahí que el derecho humanitario deba entrar a una regulación mucho más pormenorizada, comenzando por la distinción básica entre personas protegidas y no protegidas. El derecho humanitario regula además otras prohibiciones, como la de dar muerte a personas indefensas, a personas que se han rendido y otras condiciones complejas, como la prohibición de efectuar ataques indiscriminados.

Por lo que se refiere al derecho a la libertad personal, los instrumentos de derechos humanos solo contemplan como excepciones el caso de quienes hayan cometido delitos, además de las restricciones que se autorizan para casos de estados de excepción. Y de hecho, tales textos no regulan con exhaustivo detalle la situación de los prisioneros, materia que queda entregada a las normas internas de cada Estado (las que, claro está, deberán respetar las pautas básicas contenidas en los textos de derechos humanos).

Por el contrario, el derecho humanitario contiene vastas regulaciones referidas a restricciones a la libertad personal. Las más exhaustivas de ellas se refieren al tratamiento debido a los prisioneros de guerra. El derecho humanitario comprende además la prohibición de tomar rehenes y deportar civiles, entre otras.

3.2. Ámbito de aplicación

Cuando se habla del ámbito de aplicación de los derechos humanos y del derecho humanitario, la primera idea que se viene a la

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

mente es que ellos corresponden, respectivamente, al tiempo de paz y al tiempo de guerra.

Esta extendida noción puede dar lugar a confusiones. El derecho humanitario, es cierto, se aplica en forma prácticamente exclusiva en tiempo de conflictos armados. La aplicación de los derechos humanos, en cambio, es mucho más compleja y, en realidad, corresponde tanto a tiempo de paz como de guerra.

El derecho humanitario resulta aplicable en tiempo de paz exclusivamente en el caso de ocupación de un territorio. En esta circunstancia, la Cuarta Convención de Ginebra es aplicable. Esta es la presente situación, por ejemplo, de la ocupación israelí en la margen occidental del río Jordán.⁹ Ello no significa que el derecho de los derechos humanos no tenga aplicación. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha enviado monitores a los territorios ocupados por Israel basándose en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Quigley cita el ejemplo de una resolución que solicitó a Israel “cumplir con sus obligaciones de acuerdo a la Convención de Ginebra relativa a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás resoluciones pertinentes adoptadas por diversos organismos”.¹⁰

Pero la regla general en tiempo de paz es que únicamente los derechos humanos tengan aplicación. En este contexto, ellos operan con pleno vigor, sin perjuicio de las limitaciones permanentes a esos derechos y las transitorias derivadas de estados de excepción.¹¹

⁹ Véase Quigley, John, “The Relation between Human Rights and the Law of Belligerent Occupation. Does an Occupied Population Have a Right to Freedom of Assembly and Expression?”, en *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 12, núm. 1, 1989.

¹⁰ Cit. por Quigley, John, “David v. Goliath: Humanitarian Law and Human Rights Law in light of the Palestinian right of self-determination and right to recapture territory taken by force”, en *Journal of International Law and Politics*, vol. 21, núm. 2, 1989, p. 500.

¹¹ Véase González, Felipe; Mera, Jorge y Vargas, Juan Enrique, *Protección Democrática de la Seguridad Interior: estados de excepción y derecho penal político*, 1991, pp. 141-221.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En situaciones de perturbación del orden público, el derecho humanitario no tiene aplicación. Ello no obsta que el Comité Internacional de la Cruz Roja pueda visitar detenidos. Sin embargo, al hacerlo, obra conforme a sus propios Estatutos, no a las Convenciones de Ginebra. Así ocurrió, sin ir más lejos, en el caso de Chile durante la dictadura de Pinochet.

Valga la observación de que los gobiernos autoritarios suelen invocar la presencia de un estado de guerra interna en circunstancias en que a lo sumo existe una alteración de la tranquilidad pública —a menudo causada por los “ímpetus” de las propias autoridades—. Curiosamente, sin embargo, en el contexto de esta falacia las autoridades no aplican el derecho humanitario, al tiempo que pretenden justificar sus violaciones a los derechos humanos.

En circunstancias de verdaderas alteraciones internas, los derechos humanos pueden legítimamente ser objeto de ciertas restricciones. En el derecho internacional, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos proporciona pautas para ello. El Pacto establece, en efecto, que solo una amenaza actual e inminente para la vida de una nación justifica restricciones a los derechos humanos.¹² Este provee, además, que nos hallamos en presencia de una amenaza a la vida de la nación cuando concurren copulativamente dos elementos: 1. dicha amenaza afecta a la población como conjunto y al todo o parte del territorio de un Estado, y 2. ella implica una amenaza a la integridad física de la población, a la independencia política o a la integridad territorial del Estado o a la existencia o funcionamiento básico de las instituciones indispensables para la protección de los derechos contenidos en el Pacto.

Estos criterios para la restricción de los derechos humanos han sido objeto de análisis en diversas conferencias y seminarios de expertos. Una de las más importantes fue la reunión de Siracusa, Italia, en 1984, convocada por la Comisión Internacional de Juristas.¹³

¹² Art. 39, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³ Véase “Principios de Siracusa sobre disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. En lengua castellana, fueron publicados en *La Revista*, núm. 36, Comisión Internacional de Juristas, 1986.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

La situación se vuelve más compleja en el caso de conflictos internos armados de baja intensidad, por ejemplo, cuando aparecen movimientos insurgentes. En este contexto operan simultáneamente el derecho humanitario y los derechos humanos. Lo propio sucede en los conflictos armados internos de alta intensidad. Estas situaciones y sus alcances se estudiarán con mayor detalle en el numeral 1.4 de este trabajo, pero desde ya vale la pena dejar asentados algunos criterios.

En conflictos armados de baja intensidad, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra es aplicable. Este artículo se refiere, sin definirlo, “a un conflicto armado de carácter no internacional”. Al respecto, Goldman ha anotado: “En los hechos y en la práctica, este es aplicable a las confrontaciones armadas abiertas que tengan baja intensidad entre fuerzas armadas relativamente organizadas o grupos armados, que se suscitan exclusivamente dentro del territorio de un Estado en particular”.¹⁴

Existen también ciertas reglas del derecho consuetudinario humanitario aplicables a la especie, que expondremos más adelante.

Respecto de los derechos humanos, estos pueden ser objeto de mayores restricciones. Eventualmente, algunos derechos podrían ser derogados si el conflicto se intensificase. De suyo, la sola vigencia del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra no significa que exista una amenaza para la vida de la nación. Por lo mismo, no es incompatible la vigencia del artículo 3 común, que no es por sí solo base para declarar un estado de excepción, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el caso de conflictos armados de alta intensidad, tanto el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra como el derecho consuetudinario humanitario continúan en aplicación y además, en tanto el Estado sea parte, se aplicará asimismo el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. Por lo demás, el

¹⁴ Goldman, Robert, “Algunas reflexiones sobre derecho internacional humanitario y conflictos armados internos”, ponencia presentada al Segundo Seminario de la Comisión Andina de Juristas, seccional colombiana, Bogotá, 1990.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Protocolo II es relevante también para aquellos Estados que no son formalmente parte, como analizaremos después.

En el ámbito de los derechos humanos, la posibilidad de limitarlos continúa acrecentándose, sin perjuicio de que subsista un núcleo básico de derechos inderogables.

En este sentido, la conexión entre el derecho humanitario y los derechos humanos es de mucha importancia, puesto que incluso sucede que en ciertos aspectos la protección ofrecida a los derechos humanos por los instrumentos de derecho humanitario es incluso superior a la que los propios instrumentos de derechos humanos garantizan. Como ha observado Lysaght, “el Protocolo II ha hecho algunos avances significativos. Su enumeración, en términos generales, de la prohibición de tortura y la exigencia de un trato menos duro a los detenidos y la regulación detallada que da a estas materias deberían ayudar a su observancia. Además, el Protocolo II anticipó la decisión de la Corte Europea en el *Caso Tyrer*, que declaró ilegal el castigo corporal”.¹⁵ Lysaght añade otros elementos que aparecen detalladamente regulados en el Protocolo II.

Es interesante además otra conexión, que analiza Buergenthal, entre las Convenciones de Ginebra y los Protocolos por una parte y los instrumentos de derechos humanos por la otra: los instrumentos de derechos humanos que autorizan derogaciones en unas dadas circunstancias prohíben que tales derogaciones sean inconsistentes con otras obligaciones internacionales asumidas por el Estado, incluidas las regulaciones humanitarias.¹⁶

En el caso de conflictos armados internacionales se aplican en plenitud las disposiciones de las Convenciones de Ginebra,

¹⁵ Lysaght, Charles, “The scope of Protocol II and its relation to Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and other Human Rights instruments”, en *American University Law Review*, núm. 33, p. 22. Sobre este particular, véanse también las proposiciones de Meron, Theodor, notas y comentarios: “On the Inadequate Reach of Humanitarian Law and Human Rights Law and the Need for a New Instrument”, en *The American Journal of International Law*, núm. 77, 1983, pp. 589 y ss.

¹⁶ Buergenthal, Thomas, “To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations”, en Henkin, Louis (ed.), *The International Bill of Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981, pp. 72 y ss.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

conforme a lo regulado en el artículo 2 común a esos Convenios. Se aplica también el Protocolo I, en atención a lo establecido en el artículo 1.3 de dicho instrumento. Además, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I, las situaciones reguladas en el artículo 2 común incluyen “los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas”.¹⁷

Respecto de los derechos humanos, su aplicación es, en términos generales, similar a la de guerra civil. Sin perjuicio de ello, en el caso de conflictos internacionales desarrollados sin peligro para la seguridad del Estado, como el caso de la seguridad de Estados Unidos durante la Guerra del Golfo Pérsico, no se justifican derogaciones de derechos humanos.

Por último, es interesante considerar respecto de los conflictos armados internacionales y la relación entre las dos disciplinas que venimos estudiando, que el artículo 75 del Protocolo I contiene una extensa enumeración de garantías fundamentales.

3.3. Supervisión de la aplicación

No es mi propósito el estudiar aquí de manera detallada los mecanismos de supervisión de la aplicación de las normas internacionales de derecho humanitario y de derechos humanos. En cambio, lo que me propongo es ofrecer una relación general de sus aspectos comunes y complementarios así como de sus diferencias básicas.

En el control y supervisión del cumplimiento de las normas del derecho humanitario, la Cruz Roja ha jugado un papel fundamental desde su creación en el siglo pasado. Gracias a ella no solo ha sido posible estructurar todo un cuerpo positivado de normas de derecho humanitario —en parte basadas en el derecho consuetudinario previo y en parte correspondiente a nuevos desarrollos—, sino que además se han establecido mecanismos de control a nivel mundial.

¹⁷ Art. 1.4, Protocolo Adicional I.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sin perjuicio de lo anterior, y como ha anotado Weissbrodt, “recientemente ella (la Cruz Roja) ha empezado también a referirse al derecho de los derechos humanos en situaciones de conflicto o tensiones que el derecho internacional humanitario no cubre”.¹⁸

Como contrapartida, organizaciones que nacieron básicamente para vigilar el cumplimiento de las normas de derechos humanos han derivado también hacia la tutela del derecho humanitario. Así ha ocurrido, sin ir más lejos, con muchas ONG, tales como Amnistía Internacional, Americas Watch, la Comisión Internacional de Juristas y otras más. La estrecha ligazón entre los derechos humanos y el derecho humanitario, así como la ocurrencia de casos en que de graves violaciones a los derechos humanos se pasa a situaciones de conflicto armado (por ejemplo, Nicaragua, donde tras las violaciones a los derechos humanos por parte del gobierno de Somoza, surgió un conflicto armado de gran intensidad) han conducido a las ONG por esta ruta.

Asimismo, organizaciones intergubernamentales, creadas primariamente para velar por la protección de los derechos humanos, se han visto obligadas en la práctica a llenar el vacío dejado por la ineficacia del Consejo de Seguridad de la ONU para actuar en tiempo de guerra. De ahí que, como señala Weissbrodt, “organismos intergubernamentales como la Asamblea General de la ONU, la Corte Internacional de Justicia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y varias otras han intentado ocasionalmente ejercer su influencia buscando la protección de los derechos humanos durante conflictos armados y además han hecho referencia ocasional al derecho humanitario en tales situaciones”.¹⁹

Un mecanismo específico de supervisión del cumplimiento de las normas del derecho humanitario lo constituye el Sistema de Potencias Protectoras. Esta institución se originó en el siglo xvi,

¹⁸ Weissbrodt, David S., “The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in situations of Armed Conflict”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, p. 315.

¹⁹ *Ibidem*, p. 316.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

cuando algunos Estados comenzaron a tomar la representación de terceros países. Con el tiempo llegó a transformarse en costumbre que los poderes neutrales asumieran esta tarea. En las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 se estructuró una cierta regulación del sistema. Subsecuentemente, en la Primera Guerra Mundial, Suiza, Suecia, España y Holanda fueron aceptados como poderes neutrales y en la Segunda Guerra Mundial solo a Suiza le fue aceptado ese estatus.

Pero fue en las Convenciones de Ginebra de 1949 cuando se estructuró un sistema propiamente de potencias protectoras.²⁰ En ellas se incluye también la posibilidad de sustitución de dichas potencias.²¹ Ello no es impedimento, desde luego, para que la Cruz Roja desempeñe las actividades que le son propias.²²

En lo que difiere de manera sustancial el enfoque de los organismos de derechos humanos y aquellos encargados de la supervigilancia del derecho humanitario es en el problema de la publicidad. En efecto, mientras los organismos de derechos humanos basan en gran medida su efectividad en la publicidad de sus informes, sus equivalentes en el derecho humanitario se caracterizan por la confidencialidad de su proceder.

La Cruz Roja, por ejemplo, apela a la opinión pública solo en situaciones de extrema gravedad, cuando tiene la certeza de que los medios confidenciales son ineficaces. En el fondo, la Cruz Roja, así como el Sistema de Potencias Protectoras operan sobre la base de la aceptación, como un hecho dado, de una situación de beligerancia, más allá de las causas que la originaron. Ellas no entran a distinguir entre agresores y agredidos, por ejemplo, sino que se abocan a que las partes en conflicto cumplan con las normas humanitarias.

Se advierte, en consecuencia, que no solo hay una diferencia de enfoque entre los organismos de supervisión en uno y otro campo, sino también una diferencia de roles. Lo importante, en todo caso, es que a ambos tipos de organismos les sea posible

²⁰ Véase art. 8 común de las Convenciones de Ginebra.

²¹ Véase art. 10 común de las Convenciones de Ginebra.

²² Véase art. 9 común de las Convenciones de Ginebra.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ejercer una vigilancia efectiva, de manera que puedan cumplir a cabalidad sus roles y que no se pierda el control sobre un aspecto de la situación.

En general, los organismos humanitarios tienen una mayor facilidad de acceso a las situaciones de conflicto que los organismos internacionales de derechos humanos. Esto es particularmente complejo en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, cuando no hay un conflicto armado y la Cruz Roja se limita a paliar la gravedad de la situación y a emitir recomendaciones reservadas. Desde luego, el papel de la Cruz Roja es importante en tales situaciones, pero es asimismo indispensable reforzar a nivel internacional la presión para que los organismos de derechos humanos puedan ejercer su rol y así tener una perspectiva completa de la situación.

4. LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS Y EL PROBLEMA DEL SUJETO ACTIVO

Los conflictos armados internos son actualmente de la mayor importancia para las relaciones entre el derecho humanitario y los derechos humanos. Conforme a la doctrina tradicional de los derechos humanos, el único sujeto activo posible, esto es, el único sujeto capaz de violar esos derechos es el Estado. Ello es la consecuencia de que son los Estados los que se obligan internacionalmente al suscribir instrumentos de derechos humanos o al afianzar con su práctica el derecho consuetudinario en estas materias.

Hay una determinada deformación del concepto de derechos humanos que, desde luego, corresponde rechazar de plano. Existen ciertos grupos que pretenden ampliar el concepto de derechos humanos a tal punto que el mismo llegue a abarcar los atentados por unos individuos contra los derechos de otros. De aceptarse tal tesis, todo el derecho penal sería derechos humanos y muchas otras normativas también.

Es relevante hacer claridad al respecto, por lo que ello conlleva para el trabajo de las ONG y de las instituciones intergubernamentales y gubernamentales en materia de derechos humanos.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

Dicha deformación tiende a oscurecer el hecho de que el mayor peligro para la efectiva vigencia de los derechos de las personas proviene de la actividad estatal. Ello puede comprender incluso casos en que el Estado favorece o tolera la impunidad de ciertos sectores dentro de una sociedad para atacar los derechos de terceros. Pero técnicamente la violación proviene del Estado que permite esa impunidad, y no de los particulares que atacan a terceros.

Sin perjuicio de lo anterior, la situación de los conflictos armados que reúnan ciertas características importa un punto de convergencia entre el derecho humanitario y los derechos humanos y, lo que es más, podría redundar en que no solo el Estado formalmente constituido podría ser el sujeto violador de derechos humanos. Esta es una tesis muy polémica y que merece un cuidadoso análisis.

En conflictos armados internos, las fuerzas rebeldes están vinculadas, desde el punto de vista del derecho humanitario, a lo menos por el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra. La cuestión es si acaso en guerras civiles prolongadas podrían ellas estar vinculadas asimismo por los instrumentos internacionales suscritos por el Estado respectivo en materia de derechos humanos. Esta es una pregunta fundamental por varias razones.

En primer lugar, porque la respuesta es relevante a la hora de considerar las relaciones y puntos de complemento del derecho humanitario y los derechos humanos.

En segundo lugar, porque una respuesta afirmativa conllevaría en cierta medida un importante cambio de perspectiva en la concepción de los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere al sujeto activo, potencial violador de dichos derechos.

En tercer término, pero por cierto no menos importante, una respuesta afirmativa implicaría un cambio de enfoque en el trabajo que las organizaciones no gubernamentales y otras instituciones desempeñan en el monitoreo y análisis de la situación de los derechos humanos en distintas regiones del globo.

El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra es una disposición pertinente a este respecto. Él regula aquellos casos de un “conflicto armado que no sea de índole internacional, que sur-

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ja en el territorio de una de las altas partes contratantes”.²³ Añade que en tales casos “cada una de las partes en conflicto” tendrá la obligación de aplicar, a lo menos, las disposiciones que luego enumera.

Dicha obligación comprende, en primer término, la protección de las personas que no participan directamente en las hostilidades. En segundo lugar, abarca el deber de recoger y asistir a los heridos y enfermos.

Concerniente a la protección de aquellas personas no involucradas directamente en las hostilidades, el artículo 3 señala que ellas incluyen a “los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”.²⁴ El artículo 3 establece de manera específica una serie de prohibiciones respecto de las personas recién señaladas.²⁵

El artículo 3 añade que la aplicación de sus disposiciones no altera el estatuto jurídico de las partes en conflicto. Con ello se pretende eliminar un típico obstáculo para la aplicación de las normas del derecho humanitario al derecho interno, puesto que el gobierno respectivo no estará compelido a reconocer a sus oponentes el carácter de prisioneros de guerra. El Estado puede, en consecuencia, enjuiciar a los autores de conductas consideradas delitos por el derecho interno. No existe, al respecto, el “privilegio del combatiente”, característico de los conflictos armados de carácter internacional.

Es interesante considerar además que en el mismo artículo se dispone que “las partes en conflicto harán todo lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte

²³ Art. 3, común a las Convenciones de Ginebra.

²⁴ *Idem*.

²⁵ En efecto, el art. 3 prohíbe: “a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

de las otras disposiciones del presente convenio”.²⁶ Esto es importante porque el artículo 3 no contiene normas que regulen los medios y métodos de guerra. Tampoco hace explícita referencia a la distinción entre civiles y combatientes, que recorren enteros los Convenios de Ginebra. En este particular, por lo tanto, el artículo 3 común resulta ser una plataforma para la aplicación del derecho humanitario de la manera más extensa posible a los conflictos armados internos.

De cualquier modo, no es solo a través de la suscripción de otros acuerdos por las partes en conflicto que otras obligaciones propias del derecho humanitario pueden aplicarse a los conflictos armados internos. Ello puede lograrse asimismo por medio de la aplicación del derecho consuetudinario internacional.

A este respecto, como ha escrito Goldman, es particularmente importante “el principio consuetudinario de la inmunidad civil y su principio complementario que requiere a las partes combatientes distinguir siempre entre civiles y combatientes”.²⁷

El Comité Internacional de la Cruz Roja ha sostenido desde largo tiempo atrás que se trata de elementos básicos del derecho consuetudinario internacional, aplicables a toda clase de conflictos armados.

En 1969, la ONU, a través de la resolución 2444 de la Asamblea General, recogió la misma tesis. En dicha resolución, denominada “Respeto a los derechos humanos en conflictos armados”, se observa en sus pasajes pertinentes: 1) no es ilimitado el derecho de las partes de un conflicto el adoptar medidas que dañen al enemigo; 2) está prohibido lanzar ataques teniendo como único objeto a la población civil; 3) siempre debe hacerse una distinción entre las personas que participan activamente en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de proteger debidamente la vida de estos últimos.²⁸

Las disposiciones del artículo 3 común se aplican en forma automática en caso de conflictos armados internos. Las obliga-

²⁶ Art. 3, común a las Convenciones de Ginebra.

²⁷ Goldman, Robert, *op. cit.*, p. 12.

²⁸ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, resolución 2444.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ciones de él emanadas son absolutas para cada una de las partes, es decir, no están condicionadas al hecho de que la contraparte las cumpla o no. Cada una de las partes tiene el deber absoluto de llevar a la práctica las obligaciones sin importar la conducta de la otra parte al respecto.

Las obligaciones emanadas del artículo 3 comportan básicamente un tratamiento humanitario de aquellos no envueltos de manera directa en las hostilidades. En cuanto a los deberes específicos allí señalados, ellos se hallan vinculados claramente a la protección de los derechos humanos, como cuando se prohíbe la tortura.

No obstante, es relevante considerar que el artículo 3 también hace referencia a las garantías de un debido proceso. En consecuencia, ellas deben ser respetadas incluso en el caso de un conflicto armado interno. Ello hace que resulte un contrasentido el que, bajo ciertos estados de excepción, en las constituciones de ciertos Estados se suspendan muchas de las garantías de un debido proceso, en circunstancias menos graves que un conflicto armado interno.

El otro cuerpo legal pertinente para la situación de los conflictos armados internos lo constituye el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Dicho Protocolo, en efecto, está dedicado específicamente a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter no internacional.

Es interesante destacar que en su preámbulo, el Protocolo contiene una explícita referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en cuanto que estos ofrecen una protección fundamental a la persona humana. El vínculo entre las dos disciplinas, derechos humanos y derecho humanitario, aparece claramente indicado.

En su artículo 1.1, el Protocolo II establece su carácter de complementario respecto del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, al señalar que su propósito es el de desarrollar y completar ese artículo.

El artículo 1.1 indica asimismo ciertas condiciones para la aplicación del Protocolo II. En efecto, el conflicto armado interno debe:

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

1. Tener lugar en el territorio de una parte contratante, y
2. darse entre las fuerzas armadas de esa parte contratante “y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de ese territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.²⁹

En consecuencia, las fuerzas del Estado deben intervenir en el conflicto y las fuerzas rebeldes deben poseer el suficiente grado de desarrollo como para cumplir con las obligaciones humanitarias impuestas por el Protocolo. En el fondo, debe tratarse de fuerzas rebeldes que estén en condiciones materiales de hacerse responsables de llevar a cabo esas acciones.

Esta disposición se basa en la idea de que en determinadas zonas del territorio de un Estado, el gobierno de ese Estado no se encuentra en situación de poder aplicar las normas del derecho humanitario: simplemente ocurre que está más allá de su alcance hacerlo, puesto que carece de un dominio efectivo, de un control material de esas zonas. Como contrapartida, las fuerzas rebeldes ocupantes de tales territorios con un grado importante de organización, sí se hallan en condiciones de dar cumplimiento al derecho humanitario en tales regiones.

Se desprende entonces del artículo 1.1 que el Protocolo II se aplicará a las fuerzas rebeldes de un Estado contratante, no obstante que dichas fuerzas rebeldes, en cuanto tales, nunca lo hayan suscrito. Este es un punto a considerar luego para la pregunta acerca de si las fuerzas rebeldes podrían eventualmente cometer violaciones a los derechos humanos a pesar de no haber suscrito los instrumentos respectivos.

En su artículo 1.2, el Protocolo II añade que el mismo “no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

De acuerdo con lo que ha escrito Goldman, “las condiciones objetivas que deben cumplirse para poner en acción la aplicación

²⁹ Art. 1.1, Protocolo II.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

del Protocolo II constituyen una situación de guerra civil esencialmente comparable a un estado de beligerancia bajo el derecho consuetudinario internacional”.³⁰ Es en este mismo sentido que el artículo 1.2 distingue los conflictos armados de aquellos otros conflictos que no lo son, a fin de evitar las frecuentes confusiones que se producen al respecto.

Otro punto que merece atención es el de la importancia del Protocolo II para aquellos casos en que se aplica el artículo 3 común. Una vastísima mayoría de Estados ha suscrito los Convenios de Ginebra y se halla, en consecuencia, obligada por el artículo 3 común para el caso de conflictos armados internos. En cambio, la cifra de Estados que ha ratificado el Protocolo II es muy inferior. De ahí la relevancia que tiene el preguntarse si acaso el Protocolo II puede influir en aquellos Estados que formalmente solo han suscrito los Convenios de Ginebra.

El Preámbulo del Protocolo II contiene un párrafo que señala: “Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguarda de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Este párrafo, que está basado en la cláusula Martens —una cláusula de contenido similar contenida en el Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1907—, reafirma la vigencia del derecho consuetudinario humanitario cuando el mismo no ha sido modificado en forma expresa por los tratados.

De esta forma, podría concluirse que, teniendo el Protocolo II raíces en el derecho consuetudinario, el mismo vendría a reforzar y ampliar las obligaciones de aquellos Estados formalmente vinculados tan solo por el artículo 3 común respecto de los conflictos armados internos.

Desembocamos así en nuestra pregunta original acerca de si las fuerzas rebeldes, reunidas ciertas condiciones, podrían encontrarse vinculadas por el derecho internacional de los derechos humanos.

A primera vista, ello parece una contradicción. ¿Cómo podrían hallarse vinculados los rebeldes por instrumentos acor-

³⁰ Goldman, Robert, *op. cit.*, p. 14.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

dados precisamente por el Estado contra cuyo gobierno se rebelan?

Sin embargo, ello es solo en apariencia un contrasentido. La continuidad de las obligaciones jurídicas así lo sugiere. La situación de los rebeldes dentro de un mismo Estado es muy distinta a la de los movimientos independentistas, que generalmente alegarán que no se hallan vinculados por las obligaciones contraídas por el poder colonialista al que han logrado doblegar. Los rebeldes dentro de un mismo Estado continuarán vinculados por las más diversas clases de obligaciones internacionales que el Estado haya contraído con anterioridad: delimitaciones fronterizas, pactos de no agresión, etcétera.

En lo relativo a las obligaciones asumidas en materia de derechos humanos, el mecanismo vinculante es generalmente aún más riguroso, puesto que por el fuerte y rápido desarrollo de un derecho consuetudinario de los derechos humanos a nivel internacional, para los rebeldes que lleguen eventualmente a tomar el control del poder estatal se hará sumamente difícil impugnar los compromisos contraídos sin cometer una infracción del derecho internacional.

Pero la pregunta aquí planteada no sólo es si acaso los rebeldes llegarían a hallarse vinculados por las obligaciones internacionales contraídas en el campo de los derechos humanos por el Estado, sino además si los rebeldes podrían encontrarse vinculados por tales obligaciones durante los conflictos armados internos.

La justificación para que el Estado sea considerado el único sujeto activo de una violación a los derechos humanos es que el Estado es el organismo tutelar por excelencia. Él se encuentra en inmejorable posición para proteger los derechos humanos, puesto que posee el monopolio de la fuerza y ejerce su poder dentro de un determinado territorio sobre una determinada población. Si se toma, por ejemplo, la situación del derecho al debido proceso, este debe ser garantizado por el Estado a través de un sistema de tribunales y procedimientos. Pero ello será posible únicamente en la medida en que ese Estado pueda efectivamente —y realice todos los esfuerzos que estén a su alcance hacer— poner en vigor, basado en su fuerza, dichos tribunales y procedimientos.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es este elemento el que falta precisamente en el caso de aquellas guerras civiles en las que las fuerzas rebeldes, bien organizadas, poseen el control de una parte del territorio del Estado. Siguiendo con el ejemplo de la garantía del debido proceso: en el territorio bajo su control, son los rebeldes quienes se encuentran en condiciones de ejercer la administración de justicia. Por cierto, es posible que los rebeldes no se hallen en condiciones de implementar todo un complejo sistema de procedimientos y tribunales al sofisticado nivel de exigencia que impone el derecho moderno, pero deberán hacerlo hasta el punto en que esté a su alcance efectivo.

Lo propio sucede con los demás derechos: los rebeldes, en tanto controlan efectivamente una porción del territorio del Estado, se convierten en el organismo tutelar de los derechos humanos en esa zona.

En conclusión, en una situación de esta naturaleza, serían dos las partes jurídicamente vinculadas al cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como al derecho consuetudinario en la materia: el gobierno oficial y las fuerzas rebeldes, cada uno en el territorio que controla y respecto de la población sobre la que ejerce una jurisdicción efectiva.

5. ¿UNA O DOS DISCIPLINAS?

Según se ha expuesto en este trabajo, el derecho humanitario y los derechos humanos presentan numerosos puntos de confluencia y complementariedad, desde sus bases y principios hasta su normativa y los hechos que regulan. Los derechos humanos se han fortalecido enormemente en las últimas décadas y con ello se han acercado al grado de desarrollo del derecho humanitario. Ellos se influncian recíprocamente, como lo prueba el hecho de que de la regulación de los conflictos armados internos por el derecho humanitario se ha derivado un dilema tan crucial como el del sujeto activo de los derechos humanos. De ahí que surja la pregunta por la conveniencia de mantener estas disciplinas separadas o, en cambio, tender hacia su unificación.

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo

Existen, a mi juicio, obstáculos de fondo que hacen inconveniente la asimilación de estas dos disciplinas. El principal es que ellas operan sobre la base de lógicas diferentes. Esto queda perfectamente demostrado por el distinto papel que cumplen las organizaciones humanitarias y las de derechos humanos. Las instituciones humanitarias asumen una realidad dada, de conflicto armado, dedicándose a procurar aminorar tanto como les sea posible los efectos nocivos del conflicto. Las instituciones de derechos humanos, en tanto, suelen criticar esa realidad, determinando los responsables y abarcando además otros aspectos.

Los organismos de control del derecho humanitario perderían enormemente su eficacia si se fundieran con los de derechos humanos, debiendo adoptar un crítico doble papel. El hecho de que las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de cada una de estas disciplinas hayan tendido a flexibilizar sus fronteras en las últimas décadas no significa que hayan pasado a desempeñar el mismo rol. Considérese, por ejemplo, el enfoque que las ONG de derechos humanos asumen frente a infracciones al derecho humanitario: su enfoque es de crítica abierta, pública, a diferencia de la labor que efectúa la Cruz Roja.

Resulta entonces que si bien es positiva la complementación entre estas disciplinas así como del trabajo que realizan las instituciones de control,³¹ no parece apropiado, por lo menos dentro del futuro previsible, que ambas disciplinas y ambas clases de instituciones pasen a operar con la misma lógica.

Por otra parte, si bien la normativa internacional de derechos humanos se ha fortalecido notablemente en los últimos tiempos, ello no la hace equiparable al grado de desarrollo y aceptación del derecho humanitario. Esta no es una diferencia de carácter jurídico, sino una diferencia de hecho. En este sentido, por mucho que el concepto de soberanía como barrera para el control internacional de la protección de los derechos humanos se ha debilitado, no es menos cierto que surgen otros elementos, como la apelación a la autodeterminación de los pueblos, como espuria justificación para evitar el control internacional. Y si bien conforme a la tendencia observada en las últimas décadas hay

³¹ Véase Meron, Theodor, *op. cit.*

elementos suficientes como para ser optimistas respecto de la evolución futura de los derechos humanos, deberá aún mediar un tiempo largo antes de que el control por la comunidad internacional sea ampliamente aceptado.

El derecho humanitario, en cambio, goza de una aceptación relativamente generalizada. Ella, por cierto, dista mucho de ser completa, pero sin duda sus normas son menos frecuentemente violadas que las de derechos humanos y el control por sus organismos —en especial la Cruz Roja— tiene una amplia aplicación.

6. CONCLUSIÓN

En la medida en que la normativa y práctica de los derechos humanos tiende a consolidarse en los últimos decenios, resultan cada vez más evidentes sus estrechas conexiones con las disposiciones del derecho humanitario. Algunas características de este último pueden ser aportes relevantes para el fortalecimiento de los derechos humanos. En especial, son destacables la restricción de la idea de soberanía desde la antigüedad en relación con el derecho humanitario, la experiencia de sus organismos de supervigilancia, y el problema del sujeto activo y las regulaciones humanitarias en el campo de los conflictos armados internos.

Como contrapartida, es importante el papel que los organismos de derechos humanos han llegado a desempeñar en relación con el cumplimiento de las normas humanitarias, puesto que por la publicidad consustancial a sus actividades complementan el rol que juegan las instituciones humanitarias.

En definitiva, y al menos para el futuro previsible, subsisten diferencias de consideración entre ambas disciplinas, puesto que ellas operan con lógicas distintas y así lo hacen también los organismos especializados. Por lo mismo, resulta aconsejable continuar explorando todas las áreas de conexión, a fin de fortalecer el trabajo en ambas disciplinas, pero sin intentar producir una suerte de unión forzada entre ellas, la que sería contraproducente.