

II. CONFERENCIAS

Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos

*Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE**

* Ph. D. (Cambridge), Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Profesor Titular de la Universidad de Brasilia, Miembro del Instituto Internacional de Derecho Humanitario.

1. Las Vertientes de Protección Internacional de la Persona Humana: De la Compartimentalización a la Interacción

Una revisión crítica de la doctrina clásica revela que ésta padeció de una visión compartimentalizada de las tres grandes vertientes de protección internacional de la persona humana - derechos humanos, derecho de los refugiados, derecho humanitario - en gran parte debido a un énfasis exagerado en los orígenes históricos distintos de las tres ramas (en el caso del derecho internacional de los refugiados, para restablecer los derechos humanos mínimos de los individuos al salir de sus países de origen, y en el caso del derecho internacional humanitario, para proteger las víctimas de los conflictos armados). Las convergencias de aquellas tres vertientes que hoy se manifiestan, a nuestro modo de ver, de forma inequívoca, ciertamente no equivalen a una uniformidad total en los planos tanto sustantivo como procesal; de otro modo, ya no cabría hablar de vertientes o ramas de protección internacional de la persona humana.

Una corriente doctrinaria más reciente admite la interacción normativa acompañada de una diferencia en los medios de implementación, supervisión o control en determinadas circunstancias, pero sin con esto dejar de señalar la complementariedad entre las tres vertientes⁽¹⁾. Tal vez la más notoria distinción resida en el ámbito personal de aplicación -la legitimatio ad causam-, por cuanto el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido el derecho de petición individual (titularidad de los individuos), que no encuentra paralelo en el derecho internacional humanitario ni en el

(1) H. Gros Espiell, "Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados", *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Geneve/La Haya, CICR/Nijhoff, 19, pp. 706 y 711; César Sepúlveda, *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 98-99; Christophe Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, pp. 83-88.

derecho internacional de los refugiados. Pero esto no excluye la posibilidad, ya concretada en la práctica, de la aplicación simultánea de las tres vertientes de protección, o de dos de ellas, precisamente porque son esencialmente complementarias. Y, aún más, se dejan guiar por una identidad de propósito básico: la protección de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La práctica internacional se encuentra repleta de casos de operación simultánea o concomitante de órganos que pertenecen a los tres sistemas de protección⁽²⁾.

En el plano sustantivo o normativo, la interacción es manifiesta. Se pueden recordar varios ejemplos. El famoso artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, v.g., recoge derechos humanos básicos (incisos (a) hasta (d)), aplicables en tiempos tanto de conflictos armados como de paz. Del mismo modo, determinadas garantías fundamentales de la persona humana se encuentran consagradas en los dos Protocolos Adicionales de 1977 a las Convenciones de Ginebra (Protocolo I, artículo 75, y Protocolo II, artículo 4-6). Esta notable convergencia no es mera casualidad, pues los instrumentos internacionales de derechos humanos ejercieron influencia en el proceso de elaboración de los dos Protocolos Adicionales de 1977⁽³⁾. A esto se debe agregar las normas relativas a los derechos inderogables (v.g., Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4⁽²⁾; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15⁽²⁾; cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario, artículo común 3), aplicables concomitantemente y con contenido análogo a las normas humanitarias, y en situaciones muy similares⁽⁴⁾.

(2) Cf. A.A. Cañado Trindade, "Co-existence and Co-ordination ...", *op. cit. infra n.* (25), pp. 1-435; C. Sepúlveda, *op. cit. supra n.* (1), pp. 105-107 y 101-102.

(3) Cf. Y. Sandoz, Ch. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, Geneva/The Hague, ICRC/Nijhoff, 1987, párrs. 4360-4418.

(4) Christophe Swinarski, *Principales Nociones e Institutos...*, *op. cit. supra n.* (1), pp. 86-87; C. Sepúlveda, *op. cit. supra n.* (1), pp. 105-106.

En la misma línea de pensamiento, es hoy ampliamente reconocida la interrelación entre el problema de los refugiados, a partir de sus causas principales (las violaciones de derechos humanos), y, en etapas sucesivas, los derechos humanos: así, deben estos últimos respetarse antes del proceso de solicitud de asilo o refugio, durante el mismo y después de él (en la fase final de las soluciones duraderas). Los derechos humanos deben aquí ser tomados en su totalidad (inclusive los derechos económicos, sociales y culturales). No hay cómo negar que la pobreza se encuentra en la base de muchas de las corrientes de refugiados. Dada la interrelación arriba señalada, en nada sorprende que muchos de los derechos humanos universalmente consagrados se apliquen directamente a los refugiados (v.g., Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 9 y 13-15; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12)⁽⁵⁾. Del mismo modo, preceptos del derecho de los refugiados se aplican también en el dominio de los derechos humanos, como es el caso del principio de no devolución⁽⁶⁾ (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 33; Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, artículo 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22 (8) y (9)).

Es incuestionable que hay aquí un propósito común, el de la salvaguardia del ser humano. La Convención sobre Derechos del Niño de 1989, v.g., da pertinente testimonio de esta identidad de propósito, al disponer, *inter alia*, sobre la prestación de protección y asistencia humanitaria adecuada a los niños refugiados (artículo 22)⁽⁷⁾. En realidad, la propia evolución histórica -no hay cómo negarlo- de las distintas vertientes de protección internacional de la persona humana revela, a lo largo de los años, diversos puntos de contacto entre ellas⁽⁸⁾.

(5) Naciones Unidas/Centro de Derechos Humanos, *Los Derechos Humanos y los Refugiados*, Ginebra, ONU, 1994, pp. 3, 11-14 y 20-21.

(6) *Ibid.*, p. 14.

(7) *Ibid.*, pp. 20 y 12.

(8) Cf. Jaime Ruiz de Santiago, "El Derecho Internacional de los Refugiados en Su Relación con los Derechos Humanos y en Su Evolución Histórica", in *Derecho Internacional de los Refugiados* (ed. Jeannette Irigoien), Santiago de Chile, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1993, pp. 31-87.

Las convergencias no se limitan al plano sustantivo o normativo, sino se extienden también al plano operativo. La actuación del ACNUR en la actualidad se enmarca en un contexto nítidamente de derechos humanos. Y el CICR, a su vez, a lo largo de las dos últimas décadas, ha extendido su actividad protectora, bien más allá de lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra de 1949: basado en principios humanitarios, el CICR ha asistido a detenidos o prisioneros políticos, "incluso cuando no están encarcelados como consecuencia de un conflicto armado, sino como resultado de una represión política", ultrapasando de este modo las disposiciones tradicionales del ámbito material y personal del derecho internacional humanitario convencional⁽⁹⁾.

Las convergencias anteriormente señaladas también se verifican entre el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario. En efecto, a lo largo de toda su historia, el CICR, al dedicarse a la protección y asistencia de víctimas de conflictos armados, también se ocupó de refugiados y personas desplazadas. A partir de la creación del ACNUR, pasó el CICR a ejercer un papel complementario al de aquél; el CICR ha prestado apoyo al ACNUR desde sus primeros años y tal cooperación se ha intensificado con el pasar del tiempo en relación con nuevas y sucesivas crisis en diferentes partes del mundo. En realidad, diversas cláusulas de las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales lindan específicamente con refugiados (v.g., Convención IV, artículos 44 y 70(2), y Protocolo I, artículo 73), o a ellos se relacionan indirectamente (Convención IV, artículos 25-26, 45 y 49, y Protocolo I, artículo 33, y Protocolo II, artículo 17)⁽¹⁰⁾. Además, diversas resoluciones adoptadas por sucesivas Conferencias Internacionales de la Cruz Roja han dispuesto sobre la asistencia a refugiados y desplazados⁽¹¹⁾.

(9) H. Gros Espiell, *op. cit. supra* n. (1), p. 707.

(10) F. Bory, "The Red Cross and Refugees", in *Aspects of the Red Cross and Red Crescent*, Geneva, ICRC, [1988], pp. 1, 4-6 y 10.

(11) A empezar por una resolución adoptada por la X Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Ginebra, 1921), seguida por la resolución XXXI de la XVII

Ni el derecho internacional humanitario, ni el derecho internacional de los refugiados, excluyen la aplicación concomitante de las normas básicas del derecho internacional de los derechos humanos. Las aproximaciones y convergencias entre estas tres vertientes amplían y fortalecen las vías de protección de la persona humana. En la reciente II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), tanto el ACNUR como el CICR buscaron, y lograron, que la Conferencia considerase los vínculos entre las tres vertientes de protección, de modo a promover una mayor conciencia de la materia en beneficio de los que necesitan de protección. El reconocimiento, por la Conferencia Mundial, de la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por la observancia de los derechos humanos en toda parte y en todo momento constituye un paso decisivo hacia la consagración de obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos.

Estos últimos se imponen y obligan a los Estados, y, en igual medida, a los organismos internacionales, a los grupos particulares y a las entidades detentoras del poder económico, particularmente aquellas cuyas decisiones repercuten en el cotidiano de la vida de millones de seres humanos. La emergencia de las obligaciones *erga omnes* en relación con los derechos humanos, además, desmitifica uno de los cánones de la doctrina clásica, según el cual el derecho internacional de los derechos humanos obligaba sólo a los Estados, mientras que el derecho internacional humanitario extendía sus obligaciones en determinadas circunstancias también a los particulares (v.g., grupos armados, guerrilleros, entre otros). Esto ya no es cierto; afortunadamente ya superamos la visión compartimentalizada del pasado y hoy constatamos las aproximaciones convergencias entre las tres grandes vertientes de protección internacional de la persona humana. Hemos pasado de la compartimentalización a la interacción,

Conferencia (Estocolmo, 1948); resolución de la XVIII Conferencia (Toronto, 1952); resolución XXI de la XXIV Conferencia (Manila, 1981), conteniendo directrices tituladas "Asistencia Internacional de la Cruz Roja a los Refugiados"; resoluciones XVII, XIII, XV y XVI de la XXV Conferencia (Ginebra, 1986); in *ibid.*, pp. 12- 13 y 19-20.

en beneficio de los seres humanos protegidos. Con estas consideraciones generales en mente, pasemos al examen de los desarrollos recientes concernientes en particular a las interrelaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

2. Aproximaciones o Convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos

A) *Aproximación o Convergencia en el Plano Normativo*

En perspectiva histórica, el derecho internacional humanitario (más particularmente, el llamado "derecho de La Haya" o el derecho de los conflictos armados) abarca cuestiones tratadas hace bastante tiempo en el plano del derecho internacional, a la vez que el derecho internacional de los derechos humanos comprende los derechos que vinieran a ser consagrados en el plano internacional, pero que anteriormente habían sido reconocidos (muchos de ellos, particularmente los derechos civiles y políticos) en el plano del derecho interno. Aunque el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos tengan diferentes orígenes y distintas fuentes históricas y doctrinarias, consideraciones básicas de humanidad son subyacentes a uno y otro; aunque históricamente el primero se haya volcado originalmente a los conflictos armados entre Estados y el trato debido a personas enemigas en tiempo de conflicto, y el segundo a las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción en tiempo de paz, más recientemente el primero se ha volcado también a situaciones de violencia en conflictos internos, y el segundo a la protección de ciertos derechos básicos también en diversas situaciones de conflictos y violencia⁽¹²⁾. Si, por un lado, el derecho internacio-

(12) D. Schindler, "El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos", *Revista Internacional de la Cruz Roja* (ene-feb.1979) pp. 5-7 y 15 (separata); Th. Meron, *op.cit. infra* n. (13), pp. 10,11, 14,26-27 y 142; cf. también M. El-Kouchene, *op. cit. infra* n. (23), p.1

nal humanitario parece haber sido sistematizado y aceptado más ampliamente (en términos de números de ratificaciones de sus instrumentos) que el derecho internacional de los derechos humanos, por otro lado hay que tener en cuenta que este último -más recientemente en proceso de amplia expansión- se ha aplicado normalmente a relaciones cotidianas, a la vez que el primero ha regido usualmente situaciones de conflicto excepcionales⁽¹³⁾.

La influencia del movimiento contemporáneo en pro de la protección internacional de los derechos humanos, desencadenado por la Declaración Universal de 1948, se hizo presente en los propios Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949 -que establecieron derechos individuales de los que gozan las personas protegidas⁽¹⁴⁾, a la par de las obligaciones estatales- y, de manera relevante, en los dos Protocolos Adicionales (de 1977) a los Convenios de Ginebra al consagrar determinadas garantías fundamentales (cf. *infra*), adentrándose también en el ámbito -tradicional de los derechos humanos- de las relaciones entre el Estado y las personas sujetas a su jurisdicción. En contrapartida, tratados de derechos humanos vienen a ocuparse de la protección de aquellos derechos también en tiempos de crisis y de situaciones excepcionales (e.g., Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27).

Se cristalizaron principios comunes al derecho internacional humanitario (más precisamente, el llamado derecho de Ginebra) y al derecho internacional de los derechos humanos; en el análisis de Pictet, tales principios son: el principio de inviolabilidad de la persona (englobando el respeto a la vida, a la integridad física y mental, y a los atributos de la personalidad), el principio de la no discriminación (de

(13) Th. Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Cambridge, Grotius Publ., 1987, pp. 4-5.

(14) D. Schindler, *op. cit. supra n. (12)*, pp. 8-9.

cualquier tipo), y el principio de la seguridad de la persona (abarcando la prohibición de represalias y de penas colectivas y de toma de rehenes, las garantías judiciales, la inalienabilidad de los derechos y la responsabilidad individual)⁽¹⁵⁾. Hay una identidad entre el principio básico de la garantía de los derechos humanos fundamentales en cualquier circunstancia y el principio fundamental del derecho de Ginebra según el que serán tratadas humanamente y protegidas las personas fuera de combate y las que no tomen parte directa en las hostilidades⁽¹⁶⁾. Es significativo que, en el juzgamiento del 27 de junio de 1986 en el caso *Nicaragua versus Estados Unidos*, la Corte Internacional de Justicia haya considerado la obligación de "hacer respetar" el derecho humanitario (artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra) como un principio general (ineluctablemente ligado al contenido de las obligaciones de respetar), aclarando así que los principios generales básicos del derecho internacional humanitario contemporáneo pertenecen al derecho internacional general, lo que les da aplicabilidad en cualquier circunstancia, de manera tal que asegure mejor la protección de las víctimas⁽¹⁷⁾. En efecto, la aproximación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos viene, de la misma forma, a fortalecer el grado de protección debida a la persona humana⁽¹⁸⁾.

Esta aproximación ha encontrado expresión en resoluciones adoptadas en Conferencias internacionales, tanto de derechos humanos como de derecho humanitario. Tal vez la más celebrada de estas

(15) Jean Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Ginebra/Paris, Inst. H. Dunant/Pedone, 1983, pp. 78-83.

(16) Jacques Moreillon, "The Fundamental Principles of the Red Cross, Peace and Human Rights", in *Sixth Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law and Red Cross Symposium* (San Remo, septiembre de 1979), p. 11 (separata).

(17) Rosemary Abi-Saab, "Les 'principes généraux du droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice'", *Revue Internationale de la Croix-Rouge* (julio-agosto de 1987) n. 766, pp. 388-389.

(18) Cf. Th. Meron, *op. cit. supra* n. (13), p. 28.

resoluciones, vista hoy como habiendo abierto el camino para situar el derecho humanitario en una perspectiva más amplia de derechos humanos, haya sido la Resolución XXIII, titulada "Derechos Humanos en Conflictos Armados", adoptada el 12 de mayo de 1968 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán⁽¹⁹⁾. A esta resolución, que marcó el inicio de la preocupación de las Naciones Unidas por el desarrollo de la materia, le siguen otras varias resoluciones volcadas también al derecho humanitario (particularmente al llamado "derecho de Ginebra")⁽²⁰⁾. Luego la Asamblea General de Naciones Unidas, como veremos más adelante, examinaría los informes del Secretario General de Naciones Unidas sobre el tema "Respeto de los Derechos Humanos en los Conflictos Armados", encomendados por la Resolución 2444 (XXIII) de 1969 de la Asamblea, para implementar la Resolución XXIII de la Conferencia de Teherán de 1968 (cf. infra).

Concomitantemente, resoluciones adoptadas por las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja también pasaron a referirse a los "derechos humanos". El camino aquí fue abierto por las resoluciones invocando el respeto de los derechos humanos adoptadas por la XXI Conferencia Internacional, realizada en Estambul, en 1969; a éstas siguieron, más recientemente, e.g., la Resolución XIV (sobre la Tortura) adoptada por la XXIII Conferencia en 1977 y la Resolución II (sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias) adoptada por la XXIV Conferencia de 1981⁽²¹⁾. En efecto, la aproximación, y también convergencia, entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se han manifestado en el plano normativo en relación con materias como prohibición de tortura y de

(19) Texto in *Final Act of the International Conference on Human Rights* (Teherán, 1968), doc. A/CONF. 32/41, p. 18.

(20) V.g., *inter alia*, resoluciones 2444 (XXIII), de 1969, y 2597 (XXIV), de 1970, de la Asamblea General de la ONU; cf. Rosemary Abi-Saab, *Droit humanitaire et conflicts internes*, Ginebra/París, Inst. H. Dunant/Pedone, 1986, pp. 95-96.

(21) J. Moreillon, *op.cit.supran.* (16) pp. 10-11; Th. Meron, *op.cit.supran.* (13), p.143

trato o punición cruel, inhumano o degradante; detención y prisión arbitrarias; garantías del *due process*; prohibición de discriminación de cualquier tipo⁽²²⁾.

La adopción del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que contienen estándares mínimos de protección en caso de conflicto armado no internacional, también contribuyó a la aproximación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos debido a su amplio ámbito que acarrea la aplicación de las normas humanitarias de la misma manera en las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción (como ocurre en el campo propio de los derechos humanos); ahora bien, es justamente en los conflictos armados no internacionales y en las situaciones de disturbios y tensiones internas, que ponen en relieve precisamente las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción, que la convergencia entre el derecho humanitario y los derechos humanos se hace aún más claramente manifiesta⁽²³⁾.

Determinados derechos, consagrados en los ámbitos de uno y de otro, reciben un trato particularmente detallado y preciso en las Convenciones de Derecho Humanitario -e.g., derechos a la vida y a la libertad- como lo requieren los propios conflictos armados que ellas tienen por objeto reglamentar⁽²⁴⁾. Otra etapa importante en el proceso de aproximación o convergencia en el plano normativo entre el derecho humanitario y los derechos humanos es marcada por la consagración de determinadas garantías fundamentales en los dos Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de 1949. El artículo 75 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales

(22) Cf., al respecto, el estudio de Th. Meron, *op. cit. supra n. (13)*, pp. 8, 63, 87 y 155.

(23) M. El-Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, pp. 8, 63, 87 y 155.

(24) D. Schindler, *op. cit. supra n. (12)*, pp. 10-11.

enuncia en detalles garantías fundamentales mínimas de las que gozan todas las personas afectadas por tales conflictos, protegiendo derechos individuales de estas personas que podrían oponerse a su propio Estado. Se da así, la clara aproximación entre el derecho humanitario y los derechos humanos, aunque sin confundirlos, en tanto permanecen intactas las condiciones de aplicación de uno y de otro; esto significa que uno y otro pueden aplicarse también simultánea o acumulativamente, asegurando la complementariedad de los dos sistemas jurídicos (cuando los mismos Estados sean Partes tanto en los Convenios de derecho humanitario como en los de derechos humanos)⁽²⁵⁾, y ampliando así el alcance de la protección debida.

El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No Internacionales, a su vez, también enuncia en detalles, en el artículo 4, garantías fundamentales mínimas de las que gozan todas las personas que no participan, o hayan dejado de participar en tales conflictos, estén o no privadas de libertad. Tales garantías son implementadas por las consagradas en el artículo 5, como protección mínima a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con tales conflictos, estando ellas internadas o detenidas⁽²⁶⁾. La aproximación o convergencia entre el derecho humanitario y los derechos humanos no se limita al plano normativo: se hace igualmente presente en los planos de la interpretación e implementación de los instrumentos de protección, como veremos a continuación.

(25) M. El-Kouhene, *op. cit. supra n.* (23), pp. 97-98; recuerda el autor que, en el caso de Chipre, aunque Turquía se había rehusado a aplicar *de jure* el derecho humanitario, se vio obligada a aplicar la Convención Europea de Derechos Humanos. - Sobre la complementariedad de los múltiples mecanismos de protección propios del derecho internacional de los derechos humanos, cf. el estudio de A.A. Caçado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)", *212 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1987) pp. 1-435.

(26) Cf. M. El-Kouhene, *op. cit. supra n.* (23), p. 65, para la relación entre el régimen del Protocolo II y el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

B) *Aproximación o Convergencia en el Plano Hermenéutico*

Un punto central de la convergencia entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos reside en el reconocimiento del carácter especial de los tratados de protección de los derechos de la persona humana. La especificidad del derecho de protección del ser humano, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, es incuestionable, y acarrea consecuencias importantes que se reflejan en la interpretación y aplicación de los tratados humanitarios (derecho internacional humanitario y protección internacional de los derechos humanos). En la implementación de tales instrumentos internacionales se detecta el papel preeminente ejercido por el elemento de la interpretación en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, que ha asegurado que aquellos tratados permanezcan instrumentos vivos. En efecto, de la práctica de los diversos órganos de supervisión internacionales emana una convergencia de puntos de vista en cuanto a la interpretación propia de aquellos tratados, una *jurisprudence* constante en cuanto a la naturaleza objetiva de las obligaciones que incorporan y en cuanto a su carácter distinto o especial -en comparación con otros tratados multilaterales de tipo tradicional-, como tratados celebrados para la protección de la persona humana y no para el establecimiento o la reglamentación de concesiones o ventajas interestatales recíprocas⁽²⁷⁾.

La interpretación y aplicación de los tratados de protección internacional de los derechos humanos dan testimonio del ocaso de la reciprocidad y de la preeminencia de las consideraciones de *ordre public* en el presente dominio. En efecto, la prohibición de la invocación de la reciprocidad como subterfugio para el no cumplimiento de las obligaciones convencionales humanitarias, es corroborada en términos inequívocos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los

(27) Para un estudio jurisprudencial de la interpretación propia de los tratados de derechos humanos, cf. A.A. Cañado Trindade, "Co-existence and Co-ordination...", *op. cit. supra* n. (25), capítulo III, pp. 91-103, y cf. pp. 402-403.

Tratados de 1969 que, al disponer sobre las condiciones en que una violación de un tratado puede acarrear su suspensión o extinción, exceptúa expresa y específicamente los "tratados de carácter humanitario" (artículo 60(5)). Así, como resaltamos en un reciente estudio sobre la materia, "el propio derecho de los tratados de nuestros días, como lo atestigua el artículo 60(5) de la Convención de Viena, descarta el principio de la reciprocidad en la implementación de los tratados de protección internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en razón precisamente del carácter humanitario de esos instrumentos. Abriendo una brecha en un dominio del derecho internacional -como el atinente a los tratados- tan fuertemente impregnado del voluntarismo estatal, lo dispuesto en el referido artículo 60(5) de la Convención de Viena constituye una cláusula de salvaguarda en defensa del ser humano"⁽²⁸⁾.

La superación de la reciprocidad también se manifiesta en lo referente a la cuestión de la extinción de las obligaciones convencionales, como lo ilustra la cláusula de denuncia de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Según esta cláusula (artículo común 63/62/142/158), la denuncia notificada, mientras la potencia denunciante estuviere involucrada en un conflicto "no surtirá efecto hasta que la paz haya sido alcanzada", y hasta que las operaciones relativas a la liberación y repatriación de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra "hayan terminado". Quedan así, en este medio tiempo, aseguradas, en cualquier circunstancia, las obligaciones de las Partes, en pro de la salvaguarda de las personas protegidas⁽²⁹⁾. Además, las disposiciones de los Convenios de Ginebra, tales como las del artículo común 3, atinentes a las obligaciones del Estado *vis-à-vis* sus propios habitantes, tampoco tienen su aplicabilidad condicionada por consideraciones de reciprocidad⁽³⁰⁾.

(28) A.A.Cançado Trindade, *A Proteção Internacional...*, *op. cit. infra* n. (54), p. 12.

(29) Cf. el estudio de J. de Preux sobre la materia, *cit. in Th. Meron, op. cit. supra* n. (13), p. 11.

(30) *Ibid.*, p. 12.

Cabe, finalmente, resaltar aquí que la interacción interpretativa de los tratados de derechos humanos ha generado una ampliación del alcance de las obligaciones convencionales. Así, los avances logrados bajo un determinado tratado a veces han servido de orientación para la interpretación y aplicación de otros -más recientes- instrumentos de protección⁽³¹⁾. Hoy en día ya no se discute, por ejemplo, que en la jurisprudencia convergente de órganos de supervisión internacional, se impone una interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones o restricciones permisibles al ejercicio de los derechos garantizados y de las derogaciones permisibles⁽³²⁾ (cf. infra).

C) *Aproximación o Convergencia en el Plano Operativo*

Los mecanismos de implementación propios del derecho internacional de los derechos humanos se resumen en los métodos de peticiones o comunicaciones, de informes de diversos tipos, y de determinación de los hechos o investigaciones, con variantes; ya el derecho internacional humanitario (Convenios de Ginebra) cuenta, como mecanismos de control, con la actuación del Comité Internacional de la Cruz Roja, de las "potencias protectoras" y de las propias Partes Contratantes (artículos 8-11 comunes a los cuatro Convenios de 1949). No habiendo una coincidencia total entre el ámbito de aplicación material (situaciones abarcadas) y personal (personas protegidas) de uno y de otro, no sorprende que los mecanismos de supervisión sean distintos. Así, por ejemplo, mientras la protección internacional de los derechos humanos puede ser desencadenada tanto por la acción *ex officio* de los órganos de supervisión como por las peticiones o reclamos de las propias víctimas, los distintos mecanismos de implementación del derecho humanitario, volcados a la protección de seres humanos desarmados e indefensos en situaciones de conflicto, han pretendido, en razón del contexto en que se aplican, surtir efectos y resultados particularmente rápidos⁽³³⁾. Sin embargo, la ausencia de

(31) A.A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. (25), pp. 101-103.

(32) *Ibid.*, pp. 104-112.

(33) D. Schindler, *op. cit. supra* n. (12), pp. 13-15.

paralelismo entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos es más aparente que real.

La aproximación o convergencia entre uno y otro en el plano normativo se ha reflejado, hasta cierto punto, también en el plano operativo. No hay que perder de vista que los distintos mecanismos de implementación se inspiran en principios comunes que "los vinculan e interrelacionan", en consideraciones básicas de humanidad, formando un sistema internacional general, con sectores específicos de protección de la persona humana ⁽³⁴⁾. Así, la aplicación más reciente del derecho humanitario se ha volcado a problemas de derechos humanos, y la de la protección internacional de los derechos humanos se ha ocupado igualmente de problemas humanitarios. Las necesidades de protección los han aproximado.

Es sabido que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha desarrollado actividades de protección y asistencia en situaciones, por ejemplo, de disturbios y tensiones internas, no abarcadas por el derecho internacional humanitario convencional. Sus bases de acción han sido, además de la propia tradición o práctica incuestionada, las resoluciones de las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja (de la Resolución XIV, de la X Conferencia, en Ginebra en 1921, a la Resolución VI, de la XXIV Conferencia, en Manila en 1981), y los Estatutos de la Cruz Roja Internacional (artículos VI-VII) y los del propio CICR ⁽³⁵⁾. Así, la protección humanitaria se ha extendido también a detenidos y prisioneros políticos como consecuencia de disturbios y represión política internos, además de a prisioneros como conse-

(34) H. Gros Espiell, "Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados", in *Etudes et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Ch. Swinarski), Ginebra/La Haya, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 703-711.

(35) CICR, *O Comité Internacional da Cruz Vermelha e os Distúrbios e Tensões Interiores*, Ginebra, 1986, pp. 1-21; Ch. Swinarski, *Introdução ao Direito Internacional Humanitario*, Brasília, CICR/IIDH, 1988, pp.61-71.

cuencia de conflictos armados⁽³⁶⁾. Esta protección humanitaria se fundamenta igualmente en los derechos de la persona humana consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos a partir de la Declaración Universal de 1948⁽³⁷⁾.

Así, al ocuparse, en casos de disturbios y de tensiones internas, de cuestiones como la mejora de las condiciones de detención, de la asistencia material a los detenidos, de la lucha contra la tortura⁽³⁸⁾, contra las desapariciones forzadas, contra la toma de rehenes y contra otros actos de violencia contra personas indefensas, el CICR ha contribuido efectivamente a fomentar el respeto por los derechos humanos⁽³⁹⁾. Todo indica que en el futuro el CICR intensifique aún más su acción en favor de detenidos políticos; la tendencia del CICR es de hacer más frecuentes sus visitas a prisioneros en general, no limitadas a una determinada categoría de presos o detenidos⁽⁴⁰⁾. Además de figurar el CICR, de ese modo, como un actor también en el campo de los derechos humanos⁽⁴¹⁾, esta tendencia contribuirá a fortalecer la protección internacional de la persona humana.

(36) Cf. Jacques Moreillon, "The International Committee of the Red Cross and the Protection of Political Detainees", *International Review of the Red Cross* (nov. 1974 y abril 1975) pp. 1-23 (separata).

(37) R. Abi-Saab, *op. cit. supra n.* (17), p. 86.

(38) Cf. "The International Committee of the Red Cross and Torture", *International Review of the Red Cross* (dic. 1976) pp. 1-7 (separata).

(39) J. Moreillon, "The Fundamental Principles...", *op. cit. supra n.* (11), pp. 11-14.

(40) J. Moreillon, "The International Committee...", *op. cit. supra n.* (36), pp. 22-23.

(41) Cf. D. P. Forsythe, "Human Rights and the International Committee of the Red Cross", *12 Human Rights Quarterly* (1990) pp. 265-289.

3. "Respetar" y "Hacer Respetar": El Amplio Alcance de las Obligaciones Convencionales de Protección Internacional de la Persona Humana

A) *El Derecho Internacional Humanitario en Su Amplia Dimensión*

En los últimos años se viene prestando mayor atención a la cuestión de la naturaleza jurídica y del alcance de determinadas obligaciones propias tanto del derecho internacional humanitario como de la protección internacional de los derechos humanos. En el ámbito del derecho internacional humanitario son importantes las implicaciones originadas de la formulación del artículo 1 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y del artículo 1 (1) del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra, según la cual las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar ("*to respect and to ensure respect*" / "*respecter et faire respecter*"), en todas las circunstancias, aquellos tratados humanitarios.

El binomio "respetar/hacer respetar" significa que las obligaciones de los Estados Partes abarcan incondicionalmente el deber de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de aquellos tratados por todos sus órganos y agentes así como por todas las personas sujetas a su jurisdicción, y el deber de asegurar que sus disposiciones sean respetadas por todos, en particular por los demás Estados Partes. Tales deberes se sitúan claramente en el plano de las obligaciones *erga omnes*. Se trata de obligaciones incondicionales, exigibles por todo Estado independientemente de su participación en un determinado conflicto, y cuyo cumplimiento integral interesa a la comunidad internacional como un todo; los propios Convenios de Ginebra de 1949 se cuidan de disociar tales obligaciones de consideraciones de reciprocidad, v.g., al prohibir la exclusión de responsabilidades relativas a "infracciones graves" (artículos 51/52/131/148) previstas en el artículo 50/51/130/147, y al determinar la inalienabilidad de los derechos protegidos (artículos 7/7/7/8)⁽⁴²⁾.

(42) L. Condorelli y L. Boisson de Chazournes, "Quelques remarques a propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international

En la misma línea de pensamiento, los Convenios de Ginebra de 1949 estipulan que ningún acuerdo especial podrá perjudicar la situación de las personas protegidas (artículo 6/6/6/7). Así, se da preeminencia a los imperativos de protección. El artículo 89 del Protocolo Adicional I de 1977 -a ser leído en combinación con la obligación del artículo 1 de los Convenios de Ginebra- prevé la acción conjunta o individual de los Estados Partes en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en situaciones de "violaciones graves" del Protocolo o de los Convenios de Ginebra. Ya se ha sugerido que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 48/49/128/145 común a los cuatro Convenios de 1949, los Estados Partes podrían, con base en la obligación general de "hacer respetar" el derecho humanitario consagrada en el artículo 1, "reclamar que les sean transmitidas las leyes nacionales de aplicación de los Convenios"⁽⁴³⁾.

En virtud del referido deber general de "hacer respetar" el derecho humanitario, se configura la existencia de un interés jurídico común, en virtud del cual todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, y cada Estado en particular, tienen interés jurídico y están capacitados para actuar para asegurar el respeto del derecho humanitario (artículo 1 común a los cuatro Convenios de 1949), no solamente contra un Estado autor de violación de una disposición de los Convenios de Ginebra, sino también contra los demás Estados Partes que no cumplen la obligación (de conducta o de comportamiento) de "hacer respetar" el derecho humanitario⁽⁴⁴⁾. Tal obligación posee además una

humanitaire 'en toutes circonstances'", in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. CH. Swinarski) Ginebra/La Haya, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 24, 29 y 32-33; B. Zimmermann, "Protocol I: Article 1 - General Principles and Scope of Application", *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949* (Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (ed.)), Ginebra/La Haya, ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 35-38.

(43) N. Levrat, "Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties Contractantes de faire respecter les Conventions humanitaires", *Mise en oeuvre du droit international humanitaire* (ed. F. Kalshoven y Y. Sandoz), Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 291, y cf. pp. 286-288.

(44) *Ibid.*, pp. 271 y 275 y cf. 277-279.

dimensión preventiva, al requerir de los Estados las medidas necesarias que les permitan asegurar el respeto del derecho humanitario: estas medidas -adopción de leyes, instrucciones y "órdenes" pertinentes, en suma, conformidad del derecho interno en todos los niveles con el derecho humanitario- han de ser tomadas por los Estados a través de su acción legislativa y reglamentadora interna no solamente en tiempo de conflicto, sino también preventivamente en tiempo de paz (un aspecto del derecho internacional humanitario contemporáneo aún no suficientemente examinado)⁽⁴⁵⁾.

El sentido propio y el amplio alcance de las obligaciones de derecho internacional humanitario (*supra*) fueron invocados y afirmados en dos casos relativamente recientes dignos de mención y destaque, a saber, el conflicto Irán/Irak y el contencioso Nicaragua/Estados Unidos. En lo referente al primero, es significativo que en determinado momento del conflicto Irán/Irak -mayo de 1983 y febrero de 1984 - el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tuvo a bien dirigir llamamientos a todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, urgiéndolos a intervenir de acuerdo al artículo 1 común a los Convenios, a los efectos de extender protección a cerca de 50 mil prisioneros de guerra iraquíes en Irán; el CICR solicitó "a los Estados Partes que lo apoyasen en el desempeño de sus funciones y que lo auxiliasen a asegurar la aplicación del derecho internacional humanitario"⁽⁴⁶⁾. Paralelamente, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas condenó "todas las violaciones del derecho internacional humanitario" cometidas en este conflicto, tal como, *inter alia*, el empleo de armas químicas en violación del Protocolo de Ginebra de 1925⁽⁴⁷⁾. Si los referidos llamamientos de 1983-1984 del CICR en el conflicto Irán/Irak no surtieron los efectos deseados, esto se debió sobre todo al

(45) L. Condorelli y L. Boisson de Chazournes, *op. cit. supra n.* (42), pp. 25-26.

(46) R. Wieruszewski, "Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law: Individual Complaints", *Mise en oeuvre du droit international humanitaire* (ed. F. Kalshoven y Y. Sandoz) Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 454.

(47) Resolución 548, del 31/10/1983, y declaración de su presidente, del 30/03/1984; cit. in L. Condorelli y L. Boisson de Chazournes, *op. cit. supra n.* (42), p. 28.

desconocimiento puro y simple del contenido y alcance de la obligación de "hacer respetar" los Convenios humanitarios, que impidió a los Estados actuar conforme a su obligación⁽⁴⁸⁾. No obstante, no deja de ser significativo que en el caso el CICR haya reclamado de los Estados el cumplimiento de la obligación de "hacer respetar" el derecho humanitario, lo que podrá abrir camino para que el contenido y el alcance de tal obligación sean precisados en el futuro próximo.

En lo que se refiere al segundo caso, el contencioso Nicaragua/ Estados Unidos (1984-1986) ante la Corte Internacional de Justicia, la referida obligación de "hacer respetar" el derecho humanitario fue expresamente sostenida por la Corte de La Haya en su sentencia del 27 de junio de 1986. La Corte Internacional de Justicia condenó a los Estados Unidos por violación del derecho internacional humanitario, por haber alentado, a través de la difusión por la CIA de un manual sobre "Operaciones Psicológicas en Luchas de Guerrilla", la realización por los "contras" y otras personas involucradas en el conflicto en Nicaragua, de actos en violación de disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Aunque en el caso Nicaragua se hubiese abstenido de referirse a los cuatro Convenios de Ginebra, asimismo la Corte determinó que en razón de los principios generales del derecho internacional humanitario, los Estados Unidos estaban obligados a abstenerse de alentar a personas o grupos de personas involucradas en el conflicto en Nicaragua a cometer violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

Según las palabras de la Corte de La Haya, Estados Unidos tiene la obligación, en términos del artículo 1 de los cuatro Convenios de Ginebra, de "respetar" y también "hacer respetar" estos Convenios "en todas las circunstancias", pues tal obligación no deriva sólo de los propios Convenios, sino también de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los Convenios simplemente dan expresión concreta. De modo particular, Estados Unidos tiene la obligación de no alentar a personas o grupos de personas involucradas

(48) N. Levrat, *op. cit. supra* n. (43), p. 292.

en el conflicto en Nicaragua a actuar en violación de las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁽⁴⁹⁾. La obligación de "respetar" y "hacer respetar" el derecho humanitario obtuvo finalmente, en el caso Nicaragua versus Estados Unidos, reconocimiento judicial, factor importante para que su contenido y alcance sean precisados en el futuro próximo.

Otros casos recientes pueden ser mencionados. A nivel global, en relación con el *caso de ex-Yugoslavia*, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas recordó las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario (resolución 764, de 1992), tomó nota del informe del relator especial sobre la materia poniendo de manifiesto las "violaciones masivas y sistemáticas" de los derechos humanos así como las "graves violaciones" del derecho internacional humanitario en la República de Bosnia y Herzegovina (resoluciones 787 y 780, de 1992), y decidió establecer un tribunal internacional para perseguir a los responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991 (resolución 808, de 1993)⁽⁵⁰⁾. En el *caso del Kuwait bajo la ocupación irakí* la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró el informe de 1992 del relator especial sobre la materia, que se refirió a la "interacción" entre los derechos humanos y el derecho humanitario, y a normas del derecho humanitario que podrían ser consideradas como normas de "derecho consuetudinario" de la pro-

(49) *ICJ Reports* (1986), p. 114, párrafo 220, y cf. p. 113, párrafo 218, y pp. 129-130, párrafos 255-256. Para un estudio de los aspectos jurisdiccionales del caso, cf. A.A. Cançado Trindade, "Nicaragua versus Estados Unidos: Os Limites da Jurisdição Obrigatória da Corte Internacional de Justiça e as Perspectivas da Solução Judicial de Controvérsias Internacionais", *67/68 Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1985-1986) pp. 71-96.

(50) D. Weissbrodt y P.L. Hicks, "Aplicación de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario en Caso de Conflicto Armado", 116 *Revista Internacional de la Cruz Roja* (1993) pp. 134-135; L. Doswald-Beck y S. Vit, "Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos", 116 *Revista Internacional de la Cruz Roja* (1993), p. 20.

tección de los derechos humanos, aplicables a la ocupación de Kuwait (a saber, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977, y disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas)⁽⁵¹⁾.

En el plano regional interamericano, en el *caso de la invasión de Granada* (1983), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible la demanda (denunciando el bombardeo por Estados Unidos de un hospital psiquiátrico, matando a varios pacientes), la cual solicitaba una interpretación del artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 a la luz de los principios del derecho humanitario, lo que también implicaba, en otras palabras, la aplicación de los derechos humanos a un conflicto armado⁽⁵²⁾. En efecto, ya a partir de finales de la década de los setenta, la Comisión Interamericana invocó disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 en algunos de sus Informes. En el ya mencionado caso de los indios miskitos, relativo a Nicaragua, por ejemplo, la Comisión Interamericana obtuvo del gobierno que se admitiera la actuación concomitante del ACNUR y del CICR⁽⁵³⁾.

B) *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en Su Amplia Dimensión*

Como tuvimos ocasión de observar en un reciente libro sobre la materia, en los tratados e instrumentos de protección internacional de los derechos de la persona humana "la reciprocidad es suplantada por la noción de garantía colectiva y por las consideraciones de *ordre public*. Esos tratados incorporan obligaciones de carácter objetivo, que trascienden los meros compromisos recíprocos entre las partes. En suma, se vuelcan a la salvaguarda de los derechos del ser humano y no de los derechos de los Estados, en la que ejerce función clave el elemento del

(51) L. Doswald-Beck y S. Vité, *op.cit. supra* n. (50), p. 121.

(52) *Ibid.*, p. 122.

(53) C. Sepúlveda, *Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos*, México D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp.101-102.

"interés público" común o general (u *ordre public*) superior. Toda la evolución jurisprudencial en lo referente a la interpretación propia de los tratados de protección internacional de los derechos humanos se encuentra orientada en ese sentido. Aquí reside uno de los trazos marcantes que reflejan la especificidad de los tratados de protección internacional de los derechos humanos⁽⁵⁴⁾.

Tales ponderaciones, basadas en la constatación de la superación de la reciprocidad por los imperativos de *ordre public*, se aplican tanto a los tratados de protección internacional de los derechos humanos propiamente dichos como a los tratados de derecho internacional humanitario. En efecto, en la misma línea, la fórmula "respetar/hacer respetar" utilizada, como vimos, en el derecho internacional humanitario (*supra*) marca igualmente presencia en el campo de la protección internacional de los derechos humanos. Así, en el plano global, en virtud del artículo 2(1) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, los Estados Partes asumen la obligación de respetar y asegurar ("*to respect and to ensure*") los derechos protegidos. En un "comentario general" (bajo el artículo 40(4) del Pacto) al respecto, el Comité de Derechos Humanos (establecido por el Pacto) clarificó la naturaleza de la obligación general bajo el artículo 2 del Pacto: el Comité ponderó que la implementación de esa obligación no dependía solamente de disposiciones constitucionales o legislativas, que "frecuentemente no son suficientes *per se*", sino que además era de la competencia de los Estados Partes "asegurar" ("*to ensure*") el goce de los derechos protegidos a todos los individuos bajo su jurisdicción. Según el Comité, "este aspecto requiere actividades específicas de los Estados Partes a efectos de capacitar a los individuos para que gocen de sus derechos", lo cual se aplica a todos los derechos consagrados en el Pacto⁽⁵⁵⁾. De esta manera, el Comité esclareció el amplio alcance

(54) A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Sao Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 10-11, y cf. p. 12.

(55) «General Comment 3/13», in U.N., *Report of the Human Rights Committee*, G.A.O.R.- XXXVI Session (1981), p. 109.

del deber de los Estados Partes de respetar y asegurar ("*to respect and to ensure*") los derechos protegidos por el Pacto⁽⁵⁶⁾.

Bajo el artículo 2 del Pacto, de este modo, los Estados Partes se comprometen primeramente a "respetar" los derechos consagrados, no violándolos; y, en segundo lugar, a "asegurar" tales derechos, lo que requiere de ellos todas las providencias necesarias para posibilitar a los individuos el ejercicio o goce de los derechos garantizados. Estas providencias pueden incluir la eliminación de obstáculos gubernamentales y "posiblemente también privados" al goce de aquellos derechos, pueden requerir la adopción de leyes y otras medidas (administrativas) "contra la interferencia privada", por ejemplo, en el goce de aquellos derechos⁽⁵⁷⁾.

La fórmula consagrada en el artículo 2(1) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos vuelve a figurar, significativamente, en la más reciente Convención sobre Derechos del Niño (1989): en virtud del artículo 2(1) de esta última, los Estados Partes respetarán y asegurarán ("*shall respect and ensure*") los derechos del niño en ella enunciados. Significativamente, el artículo 38(1) de la Convención de 1989 agrega que los Estados Partes se comprometen a respetar y hacer respetar las normas del derecho internacional humanitario aplicables en casos de conflicto armado en lo que se refieran a los niños.

No ha de pasar desapercibido que los tratados de derechos humanos volcados, en especial, a la prevención de discriminación o a la protección de personas o grupos de personas particularmente vulnerables, consagran un elenco de derechos no raramente considerados como pertenecientes a diferentes "categorías". De este modo,

(56) Cf. T. Opsahl, "The General Comments of the Human Rights Committee", *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung-Festschrift für K. J. Partsch*, Berlín, Duncker, Humblot, 1989, p. 282.

(57) Th. Buergenthal, "To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations", *The International Bill of Rights- The Covenant on Civil and Political Rights* (ed. L. Henkin), N.Y., Columbia University Press, 1981, pp. 77-78.

la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en un único dispositivo, el artículo 5, por ejemplo, dispone sobre la protección de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer extiende protección a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (artículo 7-16). Y la Convención sobre Derechos del Niño consagra derechos civiles (pero no políticos *stricto sensu*), económicos, sociales y culturales (artículos 3-40).

Estos tratados, de ese modo, dan testimonio elocuente de la indivisibilidad de los derechos humanos, todos inherentes al ser humano en las distintas esferas de su vida y sus actividades. Tampoco ha de pasar desapercibido el gran número de ratificaciones que estas tres Convenciones obtuvieron, en un período de tiempo relativamente corto desde su adopción: esto sugiere un consenso internacional, si no virtualmente universal, en pro de tales tratados -a incorporar en un amplio elenco de derechos de distintas "categorías"- volcados a la prevención de discriminación y protección de personas o grupos de personas particularmente vulnerables y con urgente necesidad de protección especial.

En el plano regional, cabe destacar el sentido del que se revisten y que ha sido dado en la práctica a las obligaciones constantes de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽⁵⁸⁾. Conforme el artículo 1 de la Convención Europea, las Partes Contratantes asegurarán ("*shall secure/reconnaisent*") a cualquier persona bajo su jurisdicción los derechos en ella consagrados. El enunciado del artículo 1 establece no sólo la obligación de los Estados Partes de asegurar que su derecho interno sea compatible con la Convención Europea, sino también la obliga-

(58) A su vez la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, dispone (artículo 1) que los Estados Partes reconocen los derechos en ella enunciados y se comprometen a adoptar medidas legislativas u otras para implementarlos.

ción de remediar cualquier violación de las disposiciones de la Convención⁽⁵⁹⁾.

El alcance de las obligaciones convencionales a la luz del artículo 1 fue objeto de atención tanto de la Comisión como de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Irlanda versus Reino Unido. En un pasaje de su voluminoso informe del 25 de enero de 1976 sobre el caso Irlanda versus Reino Unido, la Comisión Europea comentó que lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención dejó claro que aquel tratado, por su ratificación, creó derechos de los individuos bajo el propio derecho internacional y el deber de los Estados de asegurar los derechos humanos al incorporar la Convención en su derecho interno⁽⁶⁰⁾.

Profundizando en esta cuestión, uno de los miembros de la Comisión, Sperduti, destacó en una explicación de voto, el amplio alcance de la obligación general del artículo 1 de la Convención: a su entender, los Estados Partes tienen, no sólo el deber de abstenerse de cualquier acto que involucre una violación de los derechos consagrados en la Convención, sino también el deber de asegurar el goce de tales derechos en sus ordenamientos jurídicos internos a efectos de "prohibir cualquier acto, de parte de órganos y agentes del Estado o de individuos u organizaciones privadas", que infrinjan tales derechos⁽⁶¹⁾; además, en virtud de la obligación del artículo 1 de la Convención (en combinación con otras disposiciones) los Estados Partes asumieron un deber -en relación con todos los demás conjuntamente- de "garantizar el

(59) J. E. S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969, p. 3.

(60) European Commission of Human Rights, Application n. 5310/71, *Ireland versus United Kingdom - Report of the Commission* (25.01.1976), Estrasburgo, p. 484.

(61) *Ibid.*, "Separate Opinion of Mr. G. Sperduti, Joined by Mr. T. Opsahl, on the Interpretation of Art. 1 of the Convention", p. 498.

respeto de la Convención a través de sus ordenamientos jurídicos internos"⁽⁶²⁾.

La Corte Europea advirtió, en su sentencia del 18 de enero de 1978, en el mismo caso Irlanda versus Reino Unido, que al sustituir los términos "comprometerse a asegurar" ("*undertake to secure*" / "*s'engagent à reconnaître*") por "asegurarán" ("*shall secure*" / "*reconnaissent*") en el texto del artículo 1, los redactores de la Convención pretendieron dejar claro que los derechos en ésta consagrados serían asegurados directamente a cualquier persona bajo la jurisdicción de los Estados Partes⁽⁶³⁾. En otra ocasión, en su decisión de 1975 en el caso Chipre versus Turquía, la Comisión Europea insistió en el amplio alcance de la obligación consagrada en el artículo 1 de la Convención Europea⁽⁶⁴⁾. Es de esperar que en un futuro próximo se dé mayor precisión al contenido y al alcance de la obligación de "asegurar" los derechos consagrados en la Convención Europea, particularmente a partir de los esclarecimientos desarrollados por la Comisión y por la Corte en el caso Irlanda versus Reino Unido⁽⁶⁵⁾.

Aún en el plano regional, en virtud del artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes se obligan a respetar y a garantizar ("*undertake to respect (...) and to ensure*") los derechos en ella consagrados. En dos de los tres casos hondureños en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(62) *Ibid.*, p. 499. Otro miembro de la Comisión, Mangan, en voto disidente, distinguió en el artículo 1 el deber tanto de no infringir los derechos humanos consagrados como de asegurarlos (garantizar su respeto); *ibid.*, "Dissenting Opinion of Mr. K. Mangan on Art. 1 of the Convention", p. 500.

(63) Cit. in A. Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law-A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 55-56 y 25-26; e in G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/París, P.U.d' Aix-Marseille/Economica, 1989, p. 244.

(64) European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, vol. 2, Estrasburgo, C.E., 1975, pp. 125 y 136-137.

(65) A.Z. Drzemczewski, op. cit. supra n. (63), p. 55-56.

concluyó que ocurrieron violaciones de la Convención Americana (casos *Velásquez Rodríguez*, 1988, y *Godínez Cruz*, 1989), la naturaleza y el alcance de la obligación prevista en el artículo 1(1) de la Convención fueron objeto de esclarecimientos desarrollados por la Corte, aunque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no hubiese planteado expresamente la cuestión de la violación del artículo 1(1) de la Convención en los casos referidos.

Tanto en la sentencia del 29 de julio de 1988 en el caso *Velásquez Rodríguez*, como en la sentencia del 20 de enero de 1989 en el caso *Godínez Cruz*, la Corte Interamericana consideró el artículo 1(1) de la Convención esencial para determinar la imputabilidad de violación de los derechos humanos (por acción u omisión) al Estado demandado⁽⁶⁶⁾. La Corte advirtió que, debido al amplio alcance de la obligación consagrada en el artículo 1 (1) de la Convención de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, los Estados Partes están obligados a "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"⁽⁶⁷⁾.

Esta obligación, de tan amplio alcance, abarca todo y cualquier acto u omisión del poder público violatorio de los derechos consagrados; ella se vuelca a la propia conducta del Estado de modo tal que

(66) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ct. IDH.), Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29/07/1988, Serie C, n. 4, p. 67, párrafo 166; Ct. IDH., Caso *Godínez Cruz*, Sentencia del 20/01/1989, Serie C, n. 5, p. 71, párrafo 173.

(67) *Ibid.*, Serie C, n. 4, p. 68-69, párrafo 166; Serie C, n. 5, p. 72, párrafo 175 (énfasis agregado).

asegure con eficacia el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos consagrados⁽⁶⁸⁾. Además, agregó la Corte, aún en la violación de los derechos humanos perpetrada por un simple particular o por un autor no identificado, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por el acto en sí, "sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"⁽⁶⁹⁾. Lo decisivo es determinar si la violación ocurrió "con el apoyo o la tolerancia" del poder público, o si éste dejó que la violación ocurriese "impunemente" o no tomó medidas de prevención⁽⁷⁰⁾.

La Corte fue perentoria al resaltar el deber jurídico del Estado de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos en el ámbito de su jurisdicción, así como asegurar a las víctimas una "adecuada reparación"⁽⁷¹⁾. La Corte explicó que el deber de prevención "abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito", sancionable como tal; el deber de prevenir aparece, pues, como un deber de medio o comportamiento, lo mismo ocurriendo con el deber de investigar, que ha de ser cumplido "con seriedad y no como una simple formalidad"⁽⁷²⁾. Este último debe ser asumido por el Estado "como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad"⁽⁷³⁾.

(68) *Ibid.*, Serie C, n. 4, p. 69, párrafo 167; Serie C, n. 5, p. 72, párrafo 176.

(69) *Ibid.*, Serie C, n. 4, pp. 70-71, párrafo 172; Serie C, n. 5, pp. 73-74, párrafo 181-182 (énfasis agregado).

(70) *Ibid.*, Serie C, n. 4, p. 71, párrafo 173; Serie C, n. 5, pp. 74-75, párrafo 183.

(71) *Ibid.*, Serie C, n. 4, p. 71, párrafo 174; Serie C, n. 5, p. 75, párrafo 184.

(72) *Ibid.*, Serie C, n. 4, pp. 71-73, párrafos 175 y 177; Serie C, n. 5, pp. 75-76, párrafos 185 y 188.

(73) *Ibid.*, Serie C, n. 4, p. 73, párrafo 177; Serie C, n. 5, p. 76, párrafo 188.

Ya sea que la violación de los derechos humanos reconocidos haya sido cometida por agentes o funcionarios del Estado, por instituciones públicas, o bien por simples particulares o personas o grupos no identificados o clandestinos, "si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción"⁽⁷⁴⁾.

En sus juiciosas ponderaciones en los dos casos hondureños anteriormente referidos, la Corte Interamericana sostuvo la responsabilidad del Estado hondureño por la desaparición forzada de personas (aunque no perpetrada por agentes del Estado en su capacidad oficial), en violación de la Convención Americana, del doble deber de prevención y punición. Las ponderaciones de la Corte constituyen reconocimiento judicial inequívoco de amplio alcance de lo dispuesto en el artículo 1(1) de la Convención, a abarcar no sólo la obligación del Estado de respetar, de no violar, los derechos consagrados, sino también la obligación del Estado de tomar todas las providencias y medidas positivas en el sentido de asegurar el respeto de los derechos protegidos, no solamente por parte de sus agentes y órganos, sino también por parte de simples particulares o aún personas o grupos no identificados o clandestinos (deber jurídico del Estado de prevención, investigación y sanción).

4. La Protección *Erga Omnes* de Determinados Derechos y la Cuestión del *Drittwirkung*

Las consideraciones anteriormente referidas nos conducen a un punto de capital importancia para los futuros desarrollos de los mecanismos de protección internacional de la persona humana: la

(74) *Ibid.*, Serie C, n. 4, p. 72, párrafo 176; Serie C, n. 5, p. 76, párrafo 187.

cuestión de su protección *erga omnes*. Los distintos instrumentos de protección internacional incorporan obligaciones de contenido y alcance variables: algunas normas son susceptibles de aplicabilidad directa, otras aparecen más como programáticas. Hay, pues, que prestar atención a la naturaleza jurídica de las obligaciones. A ese respecto, surge precisamente la cuestión de la protección *erga omnes* de determinados derechos garantizados, que plantea el punto de la aplicabilidad a terceros -simples particulares o grupos de particulares- de disposiciones convencionales (denominado "*Drittwirkung*" en la bibliografía jurídica alemana).

En efecto, el hecho de que, en nuestros días, los instrumentos de protección internacional se vuelcan esencialmente a la prevención y punición de violaciones de los derechos humanos cometidas por el Estado (sus agentes y órganos) revela una grave laguna: la de la prevención y punición de violaciones de los derechos humanos por entidades otras que el Estado, incluso por simples particulares y aún por autores no identificados. Cabe examinar el problema con mayor atención y llenar esta preocupante laguna. La solución que se venga a dar a este problema podrá contribuir decisivamente al perfeccionamiento de los mecanismos de protección internacional de la persona humana, tanto los de protección de los derechos humanos *stricto sensu* como los de derecho internacional humanitario.

Primeramente, cabe observar que la obligación de respetar y hacer respetar o asegurar todos los derechos garantizados, consagrada en algunos tratados de protección de los derechos de la persona humana (Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2(1); Convención sobre Derechos del Niño, artículo 2(1); Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1(1); cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, artículo 1 común; Protocolo Adicional I a los referidos Convenios de Ginebra, artículo 1(1)), puede ser interpretada como acarreado el deber de la debida diligencia de los Estados Partes para prevenir la privación o violación de los derechos reconocidos de la persona humana por otros. El artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 recuerda, a propósito, los deberes de toda persona para con la comunidad.

En el ámbito del derecho internacional humanitario, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aplicable en conflictos armados de carácter no internacional, ha de ser interpretado como dirigiéndose tanto a los gobiernos como a las oposiciones, si por su aplicación realmente se pretende humanizar los conflictos internos (no internacionales)⁽⁷⁵⁾. El mencionado artículo 3 -que, tal vez inadecuadamente, se refiere a las "partes en conflicto"- no ha de ser visto como una herejía jurídica, por cuanto los tratados internacionales contemporáneos atribuyen derechos y obligaciones directamente no sólo a los Estados sino también y cada vez más frecuentemente a los individuos y grupos. Es de esperar que este desarrollo contribuya a reducir o disipar los temores de los gobiernos de reconocimiento de grupos disidentes (como el propio artículo 3 *in fine* trata de exceptuar). En todo caso, es del todo deseable que el artículo 3 sea interpretado y entendido como imponiendo obligaciones directas a todas las fuerzas en conflicto, tanto las gubernamentales como las de oposición⁽⁷⁶⁾.

Otros ejemplos pueden ser citados. Las garantías fundamentales de la persona humana consagradas, e.g., en el artículo 75 del Protocolo Adicional I y en el artículo 4 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario conllevan, para su implementación, obligaciones *erga omnes*. El artículo 5(2) del Protocolo Adicional II, v.g., sobre los derechos de personas detenidas o privadas de libertad (en razón de conflictos armados), se dirige a los "responsables por la internación o detención" (de las personas a que se refiere el artículo 5(1): esta expresión se refiere a los "responsables de facto por campamentos, prisiones o cualesquiera otros lugares de detención, independientemente de cualquier autoridad legal reconocida"⁽⁷⁷⁾). A su vez, la Convención para la

(75) Th. Meron, *op. cit. supra n.* (13), p. 151.

(76) *Ibid.*, pp. 39-40 y 151.

(77) S. Junod, "Protocol II - Article 5", *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949* (eds. Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann), Ginebra/La Haya, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 1389.

Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio de 1948 dispone, en su artículo VI, sobre el juicio de personas acusadas de genocidio y de cualesquiera de los otros actos enumerados en el artículo III; la Convención, además, determina expresamente, en el artículo IV, que las personas que hubieren cometido genocidio o cualesquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán sancionadas, así "sean gobernantes, funcionarios o particulares".

Otras disposiciones pertinentes igualmente se suceden en los tratados de protección internacional de los derechos humanos propiamente dichos: teniendo en cuenta la variedad considerable de los derechos garantizados en tales tratados, hay en ellos dispositivos que parecen indicar que por lo menos algunos de los derechos consagrados son susceptibles de aplicabilidad en relación a "terceros", a particulares (*Drittwirkung*). Así, el artículo 2(1)(d) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, prohíbe la discriminación racial "por cualquier persona, grupo u organización". Y se ha argumentado que el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (derecho a la privacidad) cubriría la protección del individuo contra injerencia por parte de autoridades públicas así como de organizaciones privadas o de individuos⁽⁷⁸⁾.

La Convención Europea de Derechos Humanos, a su vez, dispone en el artículo 17 que nada en la Convención puede ser interpretado como implicando, "para cualquier Estado, grupo o persona", cualquier derecho de involucrarse en cualquier actividad o desempeñar cualquier acto que tenga por objetivo destruir los derechos garantizados. Los artículos 8-11 indican que hay que tener en cuenta la protección de los derechos de otros; y puede inferirse del artículo 2, según el cual

(78) Y. Dinstein, "The Right to Life, Physical Integrity and Liberty", *The International Bill of Rights - The Covenant on Civil and Political Rights* (ed. L. Henkin), N.Y., Columbia University Press, 1981, p. 119; Jan de Meyer, *op. cit. infra* n. (83), p. 263.

"el derecho de toda persona a la vida es protegido por la ley", el deber de diligencia debida del Estado de prevención y punición de su violación⁽⁷⁹⁾. Puede agregarse, con firmeza, que los valores supremos subyacentes a los derechos humanos fundamentales son tales que merecen y requieren protección *erga omnes*, contra cualquier injerencia, por órganos públicos o privados o por cualquier individuo⁽⁸⁰⁾.

Aunque la cuestión del *Drittwirkung* no hubiese sido considerada en el momento de la redacción o elaboración de la Convención Europea de Derechos Humanos, hoy en día se encuentra en evolución en la jurisprudencia bajo la Convención Europea⁽⁸¹⁾. En efecto, si nos detenemos en la cuestión, constataremos que la materia regida por la Convención Europea se presta al *Drittwirkung*, en el sentido de que algunos de los derechos reconocidos merecen o requieren protección contra autoridades públicas así como contra particulares, y los Estados tienen el deber de asegurar a todos -incluso en las relaciones interindividuales- la observancia de los derechos garantizados contra violaciones aún por otros individuos o grupos⁽⁸²⁾. Así, v.g., en relación con el derecho a la privacidad (artículo 8 de la Convención, sobre el respeto a la vida privada), es necesario proteger ese derecho también en las relaciones entre individuos (personas, grupos, instituciones privadas y públicas, además de los Estados). En efecto, en la práctica han ocurrido situaciones en que el Estado puede ser involucrado en las

(79) E.A. Alkema, *op. cit. infra n.* (80), pp. 35-37.

(80) E.A. Alkema, "The Third-Party Applicability or *Drittwirkung* of the European Convention on Human Rights", *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in Honour of G. J. Wiarda* (ed. F. Matscher y H. Petzold), Köln, C. Heymanns, 1988, p. 33-34.

(81) Cf. A. Z. Drzemczewski, *op. cit. supra n.* (63), capítulo 8, pp. 199-228; y cf. J. Rivero, "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées", *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. III, París, Pedone, 1971, pp. 311 y ss.

(82) Lo que ha llevado a sugerir un tipo de "*Drittwirkung* indirecto", una vez que "es realizado vía una obligación del Estado". P. Van Dijk y G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1984, pp. 14-18.

relaciones entre individuos (v.g., guarda de un niño, grabación clandestina de una conversación por un particular con ayuda de la policía)⁽⁸³⁾. Ciertos derechos humanos tienen validez *erga omnes*, en el sentido de que son reconocidos en relación con el Estado, pero también y necesariamente "en relación con otras personas, grupos o instituciones que podrían impedir su ejercicio"⁽⁸⁴⁾.

De esta manera, una violación de derechos humanos por individuos o grupos privados puede ser sancionada indirectamente, cuando un Estado deja de cumplir su "deber de dar la debida protección", de tomar las medidas necesarias para prevenir o sancionar la violación⁽⁸⁵⁾. El artículo 8 de la Convención Europea ilustra pertinentemente el "efecto absoluto" de aquel derecho a la privacidad, la necesidad de su protección *erga omnes*, contra injerencias o violaciones frecuentes no sólo por autoridades públicas sino también por particulares o por órganos de comunicación de masa (*mass media*)⁽⁸⁶⁾. En recientes decisiones relativas a casos en contextos distintos, la Comisión Europea de Derechos Humanos ponderó que no podía hacer abstracción de determinadas relaciones interindividuales, teniendo en mente la protección de los derechos de otros⁽⁸⁷⁾. Y la Corte Europea de Derechos Humanos, en sentencia del 21 de junio de 1988, en un caso relativo a Austria, sostuvo que el derecho a la libertad de reunión pacífica (artículo 11 de la Convención) no puede reducirse a "un mero deber" por parte del Estado de no interferir: "una concepción puramente negativa no sería compatible con el objeto y propósito del artículo 11. Como el artículo 8, el

(83) Jan de Meyer, "The Right to Respect for Private and Family Life, Home and Communications in Relations between Individuals, and the Resulting Obligations for State Parties to the Convention", in A.H. Robertson (ed.), *Privacy and Human Rights*, Manchester, University Press, 1973, pp. 267-269.

(84) *Ibid.*, p. 271, y cf. p. 272.

(85) *Ibid.*, p. 273.

(86) *Ibid.*, pp. 274-275.

(87) Cf., e.g., European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, vol. 19, pp. 66 y 244 (peticiones n. 7215/75 y 8416/79, relativas al Reino Unido).

artículo 11 a veces requiere medidas positivas a ser tomadas, aún en la esfera de las relaciones entre individuos, si necesario"⁽⁸⁸⁾. En ese sentido se ha orientado la jurisprudencia bajo la Convención Europea: la responsabilidad del Estado puede ser invocada aún en caso de carencia legislativa (lagunas de la ley), dado que la obligación del Estado abarca las medidas positivas que debe tomar para prevenir y sancionar todo y cualquier acto violatorio de un artículo de la Convención, incluso los actos privados en el plano de las relaciones interindividuales, para asegurar la protección eficaz de los derechos consagrados⁽⁸⁹⁾.

5. Protección de Víctimas en Conflictos Internos y Situaciones de Emergencia

En este importante dominio del derecho internacional, constituye tarea de las más urgentes en nuestros días la de identificar los medios por los cuales se asegure que las aproximaciones o convergencias verificables en los últimos años entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en los planos normativo, hermenéutico y operativo, se reviertan de manera cada vez más efectiva y creciente en una extensión y fortalecimiento del grado de protección de los derechos consagrados. Algunas ideas y sugerencias han sido avanzadas con este propósito. Por ejemplo, dadas las conocidas insuficiencias de la institución de las potencias protectoras en la aplicación de los Convenios de Ginebra, se ha sugerido que el CICR se interponga como "sustituto automático" de la potencia protectora para presionar a los beligerantes a respetar los derechos humanos en conflictos armados⁽⁹⁰⁾; como ya se indicó, el CICR aparece en nuestros días como un actor también en el campo de los derechos humanos, en la medida en que contribuye a la observan-

(88) European Court of Human Rights, *Case of Plattform "Arzte für das Leben"*, Sentencia del 21/06/1988, p. 8, párrafo 32 (énfasis agregado).

(89) G. Cohen-Jonathan, *op. cit. supra n.* (63), pp. 78-81 y 284-285.

(90) D. P. Forsythe, *op. cit. supra n.* (41), p. 288.

cia de éstos en determinadas situaciones consideradas como propias de la protección de los derechos humanos (e.g., la detención política)⁽⁹¹⁾.

Hace algunos años se viene considerando la idea de elaborar un instrumento internacional (e.g., un protocolo) volcado a la protección de las víctimas en situaciones de conflictos (disturbios y tensiones) internos⁽⁹²⁾. La idea de una declaración sobre la materia, que desde fines de 1983 se encuentra en la agenda del CICR, ha sido recientemente retomada y desarrollada, con la sugerencia de la consagración, en un instrumento declaratorio, de un catálogo más amplio -que el que contienen los tratados de derechos humanos vigentes- de derechos inderogables aplicables en tales conflictos (disturbios y tensiones) internos (aún de baja intensidad)⁽⁹³⁾. Tal declaración se inspiraría, sobretudo, en las disposiciones relevantes tanto del derecho internacional humanitario (e.g., artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, artículos 4-6 del Protocolo Adicional II de 1977) como del derecho internacional de los derechos humanos (e.g., dispositivos de los tratados de derechos humanos sobre derechos inderogables)⁽⁹⁴⁾.

La reglamentación de tales conflictos internos -que son los más frecuentes, crueles y sangrientos, que ocasionan numerosas víctimas- constituye tarea de las más urgentes, debido a que los Estados, ante ellos, alegan que tales conflictos requieren derogaciones de los tratados de derechos humanos (por constituir situaciones de emergencia nacional), al mismo tiempo en que también alegan que ellos no alcanzan los parámetros -nivel o intensidad de violencia- requeridos para la aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra o del Protocolo Adicional II; de ese modo, permanecen aplicables solamente las disposiciones, no siempre suficientes, de los tratados de dere-

(91) Cf. *ibid.*, pp. 265 y 269-273.

(92) Cf. R. Abi-Saab, *op. cit. supra n.* (17), pp. 98-99.

(93) Conteniendo incluso la prohibición de prácticas como la de las "desapariciones"; cf. Th. Meron, *op. cit. supra n.* (13), pp. 131-132, 141 y 159-160.

(94) Cf. *ibid.*, p. 153, y cf. pp. 103-104 y 139-140.

chos humanos relativas a los derechos inderogables, que requieren una formulación más adecuada y amplia. Es cierto que esta materia no puede ser dejada, como hasta el presente, solamente a criterio de los Estados interesados; existe una necesidad manifiesta de establecer algún tipo de mecanismo internacional para la caracterización de conflictos. Como el CICR encara su función básica no como la de caracterizar conflictos (función jurídica) sino como la de proteger a las víctimas (función humanitaria), tal caracterización podría ser atribuida, como se ha sugerido, a un grupo de juristas, que podría emitir opiniones consultivas (*advisory opinions*) con este propósito⁽⁹⁵⁾.

Subyacente a tal idea está el reconocimiento de que esta grave laguna, relativa a los conflictos (disturbios y tensiones) internos, en los cuales los derechos básicos de la persona humana son ampliamente violados, se debe hasta cierto punto al hecho de que el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos no se han interligado más íntimamente⁽⁹⁶⁾. Una concepción o enfoque de derechos humanos más amplio, que no insista más en la distinción tradicional y exagerada entre los dos regímenes de protección de la persona humana, podrá contribuir para tornar más accesibles los parámetros de aplicabilidad, a los conflictos (disturbios y tensiones) internos, de las disposiciones relevantes (incluso del instrumento declaratorio propuesto) del propio derecho internacional humanitario⁽⁹⁷⁾. En suma, esta laguna podrá ser llenada en la medida en que se busque en este propósito una aproximación o convergencia aún mayor entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos.

(95) Cf. *ibid.*, pp. 50, 86 y 162-163, y cf. pp. 132-136, 42, 47, 74.

(96) *Ibid.*, pp. 135-136.

(97) Cf. *ibid.*, pp. 142-144, y cf. pp. 133, 146-147 y 150. A favor de una declaración que contenga garantías fundamentales aplicables a todo conflicto armado (sin otra calificación jurídica) y reglas mínimas aplicables en situaciones de disturbios y tensiones internas, cf. también M. El-Kouhene, *op. cit. supran.* (23), pp. 243-244.

En la misma línea de preocupación, también se ha argumentado que, así como las disposiciones relevantes del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II obligan a ambas partes en conflicto (i.e., gobierno y fuerzas rebeldes) a respetar el mismo núcleo de derechos inderogables, fuertes razones militan lógicamente en favor de obligar a todos, de la misma forma, en caso de guerra civil prolongada, a respetar el núcleo de derechos inderogables consagrados en los tratados de derechos humanos en que sea Parte el Estado en cuestión⁽⁹⁸⁾. Tales situaciones realzan el amplio alcance de las obligaciones convencionales en el presente dominio y la importancia de la protección *erga omnes* de determinados derechos básicos de la persona humana; aquí, una vez más, las garantías mínimas de esos derechos consagradas en el derecho internacional humanitario y en la protección internacional de los derechos humanos han de ser tomadas en conjunto.

Otra idea desarrollada en los últimos años dice respecto a la convergencia de los propios mecanismos de implementación: dadas las "carencias institucionales" del derecho internacional humanitario, en comparación con la protección internacional de los derechos humanos, en la que coexisten múltiples procedimientos y órganos permanentes de supervisión internacional, hay que considerar la posibilidad de permitir que estos órganos complementen cada vez más las posibilidades de acción propias del derecho internacional humanitario⁽⁹⁹⁾. A este respecto, los trabajos desarrollados en el seno de las Naciones Unidas por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (a partir de 1980), y por los Rapporteurs Especiales sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias (desde 1982) y sobre la Tortura (desde 1985), establecidos por la Comisión de Derechos

(98) R.K. Goldman, *Algunas Reflexiones sobre Derecho Internacional Humanitario y Conflictos Armados Internos*, Seminario de Bogotá (Comisión Andina de Juristas), octubre de 1990, pp. 36-37, y cf. pp. 2-4 (mecanografiado).

(99) M. El-Kouhene, *op. cit. supra n. (23)*, pp. 163-165, 219 y 229-242.

Humanos⁽¹⁰⁰⁾, además del funcionamiento regular del Comité contra la Tortura establecido por la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (de 1984), dan testimonio de la complementariedad ya existente entre la protección internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario también en el plano operativo -y en relación con los conflictos (disturbios y tensiones) internos- y que se podrá intensificar aún más en el futuro.

Hace ya algún tiempo las Naciones Unidas han volcado su atención a la protección de los derechos humanos en conjunción con el derecho internacional humanitario; la Resolución 2444 (XXIII) de 1969 de la Asamblea General, por ejemplo, abordó el derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos internos, reconociendo expresamente "el principio consuetudinario de la inmunidad civil y su principio complementario que requiere que las partes combatientes distingan siempre entre los civiles y otros combatientes"⁽¹⁰¹⁾. El propio CICR desde hace mucho ha considerado tales principios como normas básicas aplicables en "todos los conflictos armados", incluso a todas las partes de los conflictos internos⁽¹⁰²⁾.

Entre 1969 y 1977, el Secretario General de Naciones Unidas elaboró nueve informes sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados; el primero y el segundo se destacan como particularmente sustanciales por las sugerencias que contienen (*infra*), mientras que los informes tercero al noveno se vuelcan a los trabajos preparatorios de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable a los

(100) Cf. M.T. Kamminga, "The Thematic Procedures of the U.N. Commission on Human Rights", 34 *Netherlands International Law Review* (1987) pp. 299-323; J.D. Livermore y B.G. Ramcharan, "Enforced or Involuntary Disappearances: An Evaluation of a Decade of United Nations Action", 6 *Canadian Human Rights Year Book* (1989-1990) pp. 217-230.

(101) R.K. Goldman, *op. cit. supra* n. (98), p. 12.

(102) *Ibid.*, p. 12.

Conflictos Armados, al relato resumido de la referida Conferencia y a la adopción de los dos Protocolos Adicionales de 1977⁽¹⁰³⁾. El primer informe del Secretario General (1969) sugirió que organismos internacionales (intergubernamentales) ejercieran la función de supervisión o monitoreo de la observancia por los Estados de las reglas humanitarias, y sugirió además la elaboración de un nuevo instrumento relativo, en particular, a los conflictos internos⁽¹⁰⁴⁾. El segundo informe (1970) sugirió que fuera considerada una situación como recayendo bajo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra si el gobierno en cuestión hiciera una proclamación oficial de emergencia, en los términos, v.g., del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o de la Convención Europea de Derechos Humanos; sugirió además que se autorizase a un organismo internacional, o al propio CICR, a determinar la aplicabilidad del artículo 3 común a los Convenios de 1949 a una situación de conflicto armado; como se sabe, tales propuestas de estos dos informes no fueron incorporadas a los dos Protocolos Adicionales de 1977⁽¹⁰⁵⁾.

No obstante, aquellas sugerencias son hasta hoy recordadas, y parecen servir de fuentes de inspiración a nuevas ideas con el mismo propósito. Así, según una reciente sugerencia, por ejemplo, las cláusulas de derogación de tratados regionales de derechos humanos pueden abrir espacio a órganos regionales como las Comisiones Europea y Americana de Derechos Humanos "para incorporar la supervisión de normas humanitarias en el régimen de derechos humanos durante un período de conflicto armado"⁽¹⁰⁶⁾. Se aseguraría así, una verificación objetiva de este último por las referidas Comisiones que,

(103) C.M. Cerna, *op. cit. infra* n. (106), pp. 41 y 44; R. Abi-Saab, *op. cit. supra* n. (17), pp. 97-104.

(104) *Ibid.*, pp. 41-42 (1ª. cit.) y 97 (2ª. cit.), respectivamente.

(105) C.M. Cerna, *op. cit. infra* n. (106) pp. 43-44.

(106) C.M. Cerna, "Human Rights in Armed Conflict: Implementation of International Humanitarian Law Norms by Regional Intergovernmental Human Rights Bodies", *Implementation of International Humanitarian Law/Mise en oeuvre du droit international humanitaire* (ed. F. Kalshoven y Y. Sandoz), Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 45.

como órganos de derechos humanos, aplicarían las disposiciones relevantes del derecho internacional humanitario a la situación de conflicto en cuestión⁽¹⁰⁷⁾. La complementariedad entre la aplicación del derecho internacional humanitario y de la protección internacional de los derechos humanos se desprende de los términos del preámbulo del Protocolo Adicional II de 1977. Aún en la línea de la presente sugerencia, al aplicar las disposiciones relevantes del derecho internacional humanitario a Estados que hayan invocado un estado de emergencia conforme a las cláusulas de derogación de las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos, las Comisiones Europea e Interamericana también podrían, cuando los Estados en cuestión lo solicitaran, actuar como "sustitutas" de las potencias protectoras en lo que se refiere a los deberes "políticos y administrativos" de aquella institución en cooperación con el CICR, que continuaría siendo "primariamente responsable" del desempeño de las "funciones humanitarias" según los Convenios de Ginebra de 1949⁽¹⁰⁸⁾. En efecto, las referidas Comisiones regionales serían aptas para esto, como órganos independientes que son, en tanto que ya han desarrollado actividades semejantes a las confiadas a las potencias protectoras, ya habiéndose involucrado en misiones *in situ* de determinación de los hechos, y realizado entrevistas privadas con prisioneros y otros detenidos; tienen así, condiciones para integrar las normas de derechos humanos y del derecho humanitario en un todo coherente, a efectos de asegurar la protección integral de la persona humana en tiempos de paz y de conflictos⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pp. 56-57.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.*, p. 58, y cf. p. 59. No hay que olvidar que otras entidades internacionales (incluso organizaciones no gubernamentales) se han ocupado del monitoreo de la observancia de las normas de derecho humanitario y de derechos humanos, -entidades estas que pueden beneficiarse de la experiencia del CICR en la salvaguarda de los derechos humanos en situaciones de conflictos armados; D. Weissbrodt, "Ways International Organizations Can Improve their Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflict", in *New Direction in Human Rights* (eds. E.L. Lutz, H. Hannum y K.J. Burke), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1989, pp. 63-96; y cf. D. Weissbrodt y P.L. Hicks, *op. cit. supra n.* (125), pp. 129-138.

⁽¹⁰⁹⁾ C.M. Cerna, *op. cit. supra n.* (106), pp. 58 y 60.

El fortalecimiento de la protección internacional de la persona humana mediante la aproximación o convergencia entre la protección de los derechos humanos y el derecho humanitario puede ser apreciada desde un ángulo distinto: el de la intangibilidad y prevalencia de las garantías judiciales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus Opiniones Consultivas ns. 8 y 9, ha dado una valiosa contribución con este propósito. En la octava Opinión Consultiva (*El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías*, 1987), la Corte consideró que los recursos de amparo y habeas corpus, "garantías judiciales indispensables", no podrían ser suspendidos bajo el artículo 27(2) de la Convención, y se imponía considerar los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autorizasen explícita o implícitamente tal suspensión como "incompatibles" con las obligaciones internacionales a ellos impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽¹¹⁰⁾. En la novena Opinión Consultiva (*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, 1987), la Corte precisó además que los recursos del derecho interno deben necesariamente ser "idóneos y eficaces" y el *due process of law* (consagrado en el artículo 8 de la Convención) se aplica a "todas las garantías judiciales" referidas en la Convención, aún bajo el régimen de suspensión regido por el artículo 27 de la misma; se imponía asegurar que las medidas tomadas por un gobierno en situación de emergencia cuenten con garantías judiciales y estén sujetas a un control de legalidad, a efectos de preservar el Estado de Derecho⁽¹¹¹⁾.

Aquí, una vez más, la aproximación o convergencia entre el derecho humanitario y los derechos humanos sólo puede contribuir al fortalecimiento de la protección internacional de la persona humana. Ya bien se ha observado al respecto que, además del artículo 3 común

(110) Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, *El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías*, del 30/01/1987, pp. 3-25, párrafos 1-44.

(111) Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, del 06/10/1987, pp. 3-22, párrafos 1-41.

a los cuatro Convenios de Ginebra, no estar sujeto a derogación en cualquier circunstancia, los tratados de derechos humanos, a su vez, requieren que las medidas de derogación permisibles "no sean incompatibles" con las demás obligaciones impuestas por el derecho internacional al Estado en cuestión (Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27(1); Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15(1)). De esta manera, se puede argumentar que un Estado que sea Parte en esos tratados de derechos humanos y en los Convenios de Ginebra se encuentra impedido, en virtud del carácter inderogable del artículo 3 común a estos últimos y de la referencia hecha por los primeros a las demás obligaciones convencionales, de suspender las garantías judiciales bajo aquellos tratados de derechos humanos⁽¹¹²⁾.

Precisamente, porque es en las situaciones de emergencia donde tienden a ocurrir graves violaciones de los derechos humanos, es menester evitar abusos y distorsiones de los estados de excepción⁽¹¹³⁾, mediante la observancia de garantías de forma (principios de la proclamación y de la notificación) y de sustancia (existencia de amenaza excepcional y observancia de los principios de la proporcionalidad, de la no discriminación, de la intangibilidad de derechos fundamentales, y de la compatibilidad con obligaciones impuestas por el derecho internacional, para evitar arbitrariedades)⁽¹¹⁴⁾. Cabe a los

-
- (112) R.K. Goldman, "International Legal Standards Concerning the Independence of Judges and Lawyers", *Proceedings of the American Society of International Law* (1982) p. 312.
- (113) Estos serían, en la tipología de Questiaux, los estados de excepción no notificados, de hecho, permanentes, complejos e institucionalizados; N. Questiaux, *Cuestión de los Derechos Humanos en el Caso de las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión: Estudio de las Consecuencias que para los Derechos Humanos Tienen los Recientes Acontecimientos Relacionados con Situaciones Llamadas de Estado de Sitio o de Excepción*, ONU doc. E/CN. 4/SUB. 2/1982/15, del 27/07/1982, pp. 24-31, párrafos 96-145.
- (114) D. Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Caracas/San José, Ed. Jur. Venezolana/IIIDH, 1990, pp. 88-101, y cf. pp. 46-51; y cf. S. Roy Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency*, Londres, Pinter Publs., 1989, pp. 89-90 ss.

órganos de supervisión internacional dirigir una mayor atención no sólo a los extremos de violaciones de derechos inderogables en estas situaciones, en relación con las cuales las normas internacionales son claras, sino también a otras cuestiones importantes que requieren mayor precisión, como la de la compatibilidad de las medidas de excepción adoptadas con determinados principios (v.g., los de la estricta necesidad y de la proporcionalidad) y con otras obligaciones del derecho internacional general⁽¹¹⁵⁾.

También requiere mayor atención y precisión por parte de los órganos de supervisión internacional la cuestión de la interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones o restricciones permisibles al ejercicio de los derechos garantizados y de las derogaciones permisibles. La especificación de estas limitaciones o restricciones requiere atención especial a la observancia de los requisitos de que deben ser prescritas por ley y atender a fines legítimos y necesidades sociales urgentes en una sociedad democrática (a ser probadas por el Estado), además de deber ser necesariamente compatibles con los términos, objeto y propósito de los tratados de protección de los derechos de la persona humana en cuestión⁽¹¹⁶⁾.

(115) Cf. "Report of the Committee: Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Exception". *International Law Association-Report of the LXI Conference* (París, 1984), pp. 56-96; R. B. Lillich, "The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency", 79 *American Journal of International Law* (1985) pp. 1072-1081; D. Zovatto, *op. cit. supra n.* (114), p. 169.

(116) A. Kiss, "Commentary by the Rapporteur on the Limitation Provisions [in the International Covenant on Civil and Political Rights]", 7 *Human Rights Quarterly* (1985) pp. 15-22; A.A. Cañado Trindade, *A Proteção Internacional...* *op. cit. supra n.* (54), pp. 55-56; y cf. *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* reproducido in ONU doc. E/CN.4/1985/4, Anexo, del 28/09/1984, pp. 1-12. Para un estudio general de la materia, cf. A. Kiss, "Permissible Limitations and Derogations to Human Rights Conventions", Institut International des Droits de l'Homme, *Recueil des Cours: Textes et Sommaires - XIV Session d'Enseignement* (1983), Strasbourg, IIDH, 1983, pp. 1-26; Rosalyn Higgins, "Derogations under Human Rights Treaties", 48 *British Year Book of International Law* (1977)

Es mediante la búsqueda constante de una aproximación cada vez más estrecha entre los regímenes coexistentes de protección que se ha de buscar soluciones eficaces para los problemas con que, hoy en día, se confronta la protección internacional de la persona humana. Uno de estos problemas contemporáneos, que aguarda solución, es, como ya vimos, el de los llamados "desplazados internos" (en migraciones forzadas), a ser enfrentado mediante investigación no sólo de las vías disponibles en el derecho internacional de los refugiados (*supra*), sino también del potencial de acción de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos propiamente dichos, y asimismo del CICR (en la medida en que tales desplazados internos aparecen como víctimas de los conflictos armados).

6. Aproximaciones o Convergencias entre los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario: Desarrollos Recientes

Al igual que en relación con los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados (*supra*), la preparación y realización de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) contribuyó a la profundización de las aproximaciones o convergencias también entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, como veremos enseguida. Ya en los *travaux préparatoires* de la Conferencia Mundial de Viena, en la primera y tercera sesiones del Comité Preparatorio, el CICR se expresó sobre la cuestión de la observancia de los derechos humanos en período de conflictos armados, a realzar el papel del derecho

pp. 281-320; P.R. Ghandhi, "The Human Rights Committee and Derogation in Public Emergencies", 32 *German Yearbook of International Law* (1989) pp. 323-361; R. Ergec, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 104-395; W. J. Ganshof van der Meersch, "Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg", in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte - Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1983, pp. 263-279.

internacional humanitario. Las "interacciones numerosas" entre este último y el sistema de derechos humanos, acrecentó el CICR en la tercera sesión del Comité Preparatorio, se hacen sentir claramente en la movilización contra la tortura, la discriminación racial, las desapariciones forzadas o involuntarias y los abusos contra los niños⁽¹¹⁷⁾. Así, concluyó el CICR en la ocasión, el respeto a los derechos humanos no sólo facilita la acción humanitaria en las graves situaciones de emergencia, pero constituye igualmente un factor primordial de prevención de las guerras y conflictos⁽¹¹⁸⁾. Poco después, en declaración en la cuarta y última sesión del Comité Preparatorio, el CICR retomó el tema, insistiendo en la "interacción" y "complementariedad" entre los sistemas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sobre todo cuando se trata de prevenir violaciones masivas (de uno y de otro)⁽¹¹⁹⁾. Como los dos sistemas, guardando cada uno su especificidad, se "adicionan", surgen los problemas de coordinación y del fortalecimiento de ambos, sobre todo para enfrentar los problemas de las "violaciones graves y masivas" de las normas del derecho internacional humanitario⁽¹²⁰⁾.

Aún en el transcurso de los trabajos preparatorios de la Conferencia Mundial, el CICR presentó un estudio como contribución a la Conferencia, en el cual observó que, a pesar de la especificidad vinculada a las situaciones de conflictos armados, el derecho internacional humanitario "es bastante complementario de los derechos humanos", verificándose "analogías" entre ambos. Así, por ejemplo, el CICR, con base en su "derecho de iniciativa humanitaria universalmente

(117) CICR, *Intervention du Comité International de la Croix Rouge à la Troisième Session du Comité Préparatoire de la Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme*, Genève, 15/09/1992, pp. 1-3 (mecanografiado, circulación interna).

(118) *Ibid.*, p. 4.

(119) CICR, *Déclaration du CICR au 4e. Comité Préparatoire de la Conférence Mondiale des Droits de l'Homme*, Genève, 21/04/1993, p. 2 (mecanografiado, circulación interna).

(120) *Ibid.*, p. 2.

reconocido", "contribuye activamente" al respeto a los derechos humanos, sobre todo en la "lucha contra la tortura en el medio carcelario"⁽¹²¹⁾. El CICR volvió a enfatizar la prevención de las violaciones de las reglas humanitarias y de los derechos humanos, así como la "co-responsabilidad" de la comunidad internacional (a la luz de lo dispuesto en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra)⁽¹²²⁾. En fin, el estudio del CICR criticó la tesis del llamado "derecho de injerencia", observando que, al contemplar un posible recurso a la fuerza, esta proposición es propia antes del dominio político-militar que del humanitario; si hay algo que la acción humanitaria debe evitar, arremetió el CICR, es precisamente la acomodación con el uso de la fuerza, para que pueda preservar su imparcialidad e independencia (*vis à vis* los beligerantes) y actuar así en favor de todas las víctimas sin discriminación⁽¹²³⁾.

En la etapa final de los trabajos del Comité Preparatorio de la Conferencia Mundial (Ginebra, cuarta sesión, abril-mayo de 1993), el CICR presentó una contribución resaltando las relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Si, por un lado, reafirmó el CICR el "carácter específico" del derecho humanitario (dirigido a situaciones de conflicto armado internacional o no internacional -y sus consecuencias directas-, en las cuales el ser humano se encuentra extremadamente vulnerable), por otro lado sostuvo que las dos vertientes son complementarias, al buscar el mismo fin, i.e., el "respeto por los seres humanos y sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida"⁽¹²⁴⁾. Por su actuación, aunque con métodos distintos de los usados por los órganos de supervisión de los derechos humanos, el CICR también daba su decidida contribución al respeto por los derechos humanos, "y particularmente a la lucha contra la tortura en la prisión"⁽¹²⁵⁾.

(121) ONU, doc. A/CONF. 157/PC/62/Add.7, de 08/04/1993, pp. 2-4.

(122) *Ibid.*, pp. 5-6.

(123) *Ibid.*, p. 6.

(124) ONU, doc. A/CONF. 157/PC/62/Add.7, de 08/04/1993, pp. 1-2.

(125) *Ibid.*, pp. 3-4.

Al referirse a la idea inspiradora del "deber de solidaridad", el estudio del CICR descartó la propuesta de un presunto "deber de ingerencia" como siendo más propia de la "esfera político-militar" que de la humanitaria, por cuanto plantea la posibilidad del uso de la fuerza, que es precisamente lo que la acción humanitaria pretende evitar, para preservar la imparcialidad en la acción indiscriminada en favor de todas las víctimas y, como corolario, la necesaria independencia *vis à vis* los beligerantes⁽¹²⁶⁾. La crítica del CICR⁽¹²⁷⁾ a aquella propuesta infundada es del todo procedente y oportuna: más indicado sería propugnar por el derecho a la asistencia humanitaria, y para este fin existen los mecanismos internacionales de defensa del ser humano, sin que tengamos que exponernos a las vicisitudes de la discrecionalidad interestatal.

Al discursar en la Conferencia Mundial de Viena de junio de 1993, el Presidente del CICR (Sr. Cornelio Sommaruga) ponderó que las peores violaciones de derechos humanos "ocurren en tiempos de conflicto armado", y a lo largo de 130 años de acción humanitaria el CICR ha ayudado a "defender algunos de los más fundamentales derechos humanos"⁽¹²⁸⁾. Frente a las persistentes violaciones del derecho humanitario en la actualidad, sostuvo el establecimiento de un tribunal internacional para crímenes de guerra, clamó por el respeto por lo menos al núcleo de los derechos inderogables, y concluyó que "la protección de los derechos básicos puede resultar solamente de la convergencia de varios enfoques diferentes que, lejos de ser mutuamente excluyentes, deben apoyarse unos a los otros"⁽¹²⁹⁾.

(126) *Ibid.*, pp. 5-6.

(127) Cf. también Yves Sandoz, "'Droit' or 'devoir d'ingérence' and the Right to Assistance: the Issues Involved", 288 *International Review of the Red Cross* (1992) pp. 215-227.

(128) U.N./ World Conference on Human Rights, *Address by the President of the International Committee of the Red Cross (Mr. Cornelio Sommaruga)*, Viena, 14-25/06/1993, pp. 2-3 (mecanografiado, circulación interna).

(129) *Ibid.*, pp. 3-4. Y cf. Cornelio Sommaruga, "Os Desafios do Direito Internacional Humanitário na Nova Era", 79/80 *Boletim da Sociedade Brasileira de*

La contribución del CICR se reflejó en el principal documento resultante de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos: en efecto, el derecho internacional humanitario encuéntrase presente en no menos de cinco pasajes de la Declaración de Viena de 1993⁽¹³⁰⁾. La Declaración expresa su gran preocupación con las continuadas violaciones de los derechos humanos durante los conflictos armados y con la falta de recursos eficaces a las víctimas; reclama, así, a los Estados y a "todas las partes en los conflictos armados" a una estricta observancia de las normas del derecho internacional humanitario, y reafirma el derecho de las víctimas de ser asistidas por organizaciones humanitarias⁽¹³¹⁾, teniendo acceso pronto y seguro a tal asistencia. La Declaración se dirige tanto a los Estados como a la propia ONU en materia de derecho humanitario: exige a los Estados que aún no lo hicieron a que se adhieran a los Convenios de Ginebra de 1949 y a sus Protocolos de 1977 y a que tomen todas las medidas apropiadas (inclusive legislativas) para su plena implementación; y recomienda a las Naciones Unidas que "asuman un papel más activo" en la promoción y protección de los derechos humanos al "asegurar pleno respeto por el derecho internacional humanitario en todas las situaciones de conflicto armado, de acuerdo con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas"⁽¹³²⁾.

Direito Internacional (1992) pp. 7-11. Para un estudio anterior sobre las aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, "Desarrollo de las Relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Amplia Dimensión", 16 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1992) pp. 39-74; y cf., más recientemente, el número especial de la *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, dedicada *inter alia* al tema "Derecho Humanitario y Derechos Humanos: Especificidades y Convergencias", artículos in 116 *RICR* (1993) pp. 93-147.

- (130) Cf. Declaración de Viena, párrafos 3, 23 y 29 de la parte operativa I; y párrafos 93 y 96 de la parte operativa II.
- (131) Como establecido en los Convenios de Ginebra de 1949 y otros instrumentos relevantes del derecho internacional humanitario (párrafo 29 de la parte operativa I de la Declaración de Viena).
- (132) Párrafos 93 y 96 de la parte operativa II de la Declaración de Viena.

Cabe, en fin, mencionar la intervención, en la Conferencia Mundial de Viena, el 16 de junio de 1993, de la Federación Internacional de las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Señal ésta, de inicio, que a lo largo de sus más de 125 años de existencia, se mantuvo fiel a su principio básico de "prevenir y aliviar el sufrimiento humano, proteger la vida y la salud, asegurar el respeto de la persona humana y promover (...) la paz duradera entre los pueblos" -lo que la transformaba en un parcerero en la defensa de los derechos humanos⁽¹³³⁾. Al referirse a la contribución del CICR circulada en la Conferencia de Viena (cf. supra), destacó la Federación las relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos, con atención especial, en el ámbito de actuación de la Federación, al derecho a la salud y al derecho a la educación y, más recientemente, a los derechos humanos de la mujer y del niño y especialmente de los "más vulnerables"⁽¹³⁴⁾. Recordó aún la Federación que siempre defendió, en sus acciones, el derecho humano de todas las víctimas de desastres de recibir ayuda sin cualquier discriminación y con base tan sólo en las necesidades y atención dirigida a las "causas de la vulnerabilidad al desastre"⁽¹³⁵⁾. La Federación fue más allá, al sostener que la "esencia" de la reducción de la vulnerabilidad al desastre y de la respuesta efectiva en la asistencia en desastres reside en la "implementación eficaz de los derechos humanos". De ese modo, la Federación concluyó expresando el propósito de "desarrollar esfuerzos para aumentar la conciencia del vínculo entre sus actividades y el respeto a los derechos humanos"⁽¹³⁶⁾.

(133) International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *Statement Made at the World Conference on Human Rights*, Viena, 16/06/1993, p. 1 (mecnografiado, circulación interna).

(134) *Ibid.*, pp. 1-2.

(135) *Ibid.*, p. 2.

(136) *Ibid.*, pp. 3-4

7. Conclusiones

La visión compartimentalizada de las tres grandes vertientes de la protección internacional de la persona humana se encuentra hoy definitivamente superada. La doctrina y práctica contemporáneas admiten, por ejemplo, la aplicación simultánea o concomitante de normas de protección, sea del derecho internacional de los derechos humanos, sea del derecho internacional de los refugiados, sea del derecho internacional humanitario. Hemos pasado de la compartimentalización a la convergencia, alimentada por la identidad del propósito común de protección del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias.

En lo que concierne al derecho de los refugiados, esta convergencia se manifiesta, por ejemplo, en la nueva estrategia del ACNUR, cuyos pilares básicos de protección, prevención y solución ubican la materia en el universo de los derechos humanos. En esta línea de evolución, el criterio subjetivo clásico de calificación de los individuos -que abandonan sus hogares en búsqueda de refugio- se muestra hoy día anacrónico y ha cedido lugar al criterio objetivo centrado más bien en las necesidades de protección. La consideración de dichas necesidades ha pasado a ocupar un lugar central en el mandato del ACNUR, abarcando un número cada vez más amplio de personas en búsqueda de protección. La dimensión preventiva de esta última, negligenciada en el pasado, constituye hoy un denominador común de la protección internacional de los derechos humanos y de la protección internacional de los refugiados, contando inclusive con respaldo jurisprudencial. Como señala el propio ACNUR en la reciente II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), los problemas de los refugiados sólo pueden considerarse dentro del marco de los derechos humanos; esta visión de la materia repercutió en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial.

La propia práctica -sobre todo la más reciente- de los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos, en los planos tanto global (v.g., bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas) como regional (v.g., bajo las Convenciones Ame-

ricana y Europea de Derechos Humanos), ha tomado conocimiento de problemas de refugiados y ha buscado soluciones a los mismos en el marco de sus respectivos mandatos. De este modo, las aproximaciones o convergencias entre estas vertientes de protección internacional de la persona humana se manifiestan en nuestros días no sólo en los planos conceptual, normativo y hermenéutico, sino también en el plano operativo. Esta alentadora evolución se da, en última instancia, en beneficio del ser humano, destinatario de las distintas normas internacionales de protección.

En lo que concierne al derecho humanitario, el proceso, que se viene intensificando en los últimos años, de su gradual aproximación o convergencia con la protección internacional de los derechos humanos, motivado en gran parte por las propias necesidades de protección, se ha manifestado en los planos normativo, hermenéutico y operativo. Su consecuencia más directa es la tendencia alentadora de fortalecer el grado de la protección debida a la persona humana. En esa línea, las atenciones hoy se dirigen a las implicaciones de la naturaleza jurídica y del amplio alcance de determinadas obligaciones propias tanto del derecho internacional humanitario como del derecho internacional de los derechos humanos.

Los desarrollos recientes en la protección internacional de la persona humana, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado (*supra*), realzan la obligación general de la debida diligencia por parte del Estado, desdoblable en sus deberes jurídicos de tomar medidas positivas para prevenir, investigar y sancionar violaciones de los derechos humanos, lo que además resalta e inserta en la orden del día el debate sobre la protección *erga omnes* de determinados derechos y la cuestión del *Drittwirkung*, de su aplicabilidad en relación a terceros. La nueva dimensión del derecho de protección del ser humano, dotado reconocidamente de especificidad propia, viene siendo jurisprudencialmente erigida sobre el binomio de las obligaciones de "respetar" y "hacer respetar", en todas las circunstancias, los tratados del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

En el presente dominio del derecho de protección, se ha hecho uso del derecho internacional a efectos de perfeccionar y fortalecer, nunca de restringir o debilitar, el grado de protección de los derechos humanos consagrados, en los planos tanto normativo como procesal. Hay que continuar explorando todas las posibilidades jurídicas con ese propósito. El reconocimiento, incluso judicial, de los amplios alcances y dimensión de las obligaciones convencionales de protección internacional de la persona humana, asegura la continuidad del proceso de expansión del derecho de protección. Las aproximaciones o convergencias entre los regímenes complementarios de protección, entre el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional de los derechos humanos, dictadas por las propias necesidades de protección y manifestadas en los planos normativo, hermenéutico y operativo, contribuyen a la búsqueda de soluciones eficaces a problemas corrientes en este dominio, y al perfeccionamiento y fortalecimiento de la protección internacional de la persona humana en cualesquiera situaciones o circunstancias. Cabe seguir avanzando decididamente en esta dirección.