



**Consejo Económico  
y Social**

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2005/14  
21 de junio de 2005

ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

---

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS  
Subcomisión de Promoción y Protección  
de los Derechos Humanos  
57º período de sesiones  
Tema 3 del programa provisional

**ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, ESTADO  
DE DERECHO Y DEMOCRACIA**

**Documento de trabajo sobre la relación entre las normas de  
derechos humanos y el derecho internacional humanitario**

**preparado por la Sra. Françoise Hampson y el Sr. Ibrahim Salama\***

---

\* Debido a la longitud del presente documento, que excede de los límites establecidos por la Asamblea General, las notas finales se distribuyen como se recibieron, únicamente en el idioma en que fueron presentadas.

### **Resumen**

El presente documento de trabajo está dividido en dos partes. En la primera parte, preparada por el Sr. Salama, se examina de modo general el tema de la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y se indican sectores en que es posible llevar a cabo un estudio más profundo, en particular en lo que atañe a la prevención y a la respuesta institucional respecto de las violaciones en situaciones de conflicto. En la segunda parte, elaborada por la Sra. Hampson, se examina si esos dos regímenes jurídicos pueden aplicarse simultáneamente, teniendo presente la jurisprudencia de los órganos establecidos en virtud de tratados de derechos humanos y de los procedimientos especiales. Se sugiere que, cuando el derecho internacional humanitario es aplicable, debe ser tenido en cuenta por los órganos que se ocupan de los derechos humanos. En esa segunda parte se examina también en qué medida son aplicables extraterritorialmente las normas de derechos humanos, de nuevo teniendo en cuenta la práctica de los órganos que se ocupan de los derechos humanos. El documento concluye señalando sectores en que se podrían realizar estudios más detallados. Los autores consideran que sería muy conveniente establecer un grupo de trabajo de la Subcomisión para examinar esas cuestiones.

## ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1	4
<b>Primera parte</b>		
INTRODUCCIÓN.....	2 - 4	4
I. PREMISAS Y PROBLEMAS.....	5 - 8	5
II. POSIBLE REFORZAMIENTO MUTUO .....	9 - 23	6
III. PRECEDENTES Y ANALOGÍAS .....	24 - 29	11
IV. CONCLUSIÓN .....	30 - 37	13
<b>Segunda parte</b>		
INTRODUCCIÓN.....	38 - 40	15
I. HISTORIA Y CARÁCTER DEL DCA/DIH Y DE LA NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS .....	41 - 50	17
II. APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL DCA/DIH .....	51 - 77	22
III. APLICABILIDAD EXTRATERRITORIAL DE LA NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS .....	78 - 92	35
IV. OTRAS CUESTIONES .....	93 - 94	41

## INTRODUCCIÓN

1. En su decisión 2004/118, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos pidió a la Sra. Françoise Hampson y al Sr. Ibrahim Salama que prepararan un documento de trabajo sobre la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Este documento se presenta en cumplimiento de esa solicitud.

### Primera parte

## INTRODUCCIÓN

2. "En lo que se refiere a leyes promulgadas, ninguna generación ha heredado el tesoro que poseemos. Tenemos la fortuna de contar con lo que constituye una carta internacional de derechos humanos, que comprende normas admirables para proteger a los más débiles de nuestros semejantes, en particular las víctimas de los conflictos y las persecuciones... Sin embargo, si no cumplimos lo acordado, nuestras declaraciones son palabras huecas. Si no pasamos a la acción nuestras promesas son vanas". Estas palabras del Secretario General de las Naciones Unidas que figuran en su informe "Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos"<sup>1</sup>, describen el dilema con que se enfrenta el movimiento en favor de los derechos humanos, la tragedia que sufren las víctimas de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y el reto que tiene ante sí, y sobre el que debe reflexionar, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

3. Los conflictos armados por definición desafían la idea en que se basa el derecho moderno. Asegurar un respeto mínimo de los derechos y la dignidad de los seres humanos durante los conflictos armados sigue siendo un reto para la comunidad internacional. La dificultad que entraña resolver la contradicción entre nociones como orden y desorden, derecho y fuerza, dignidad humana y guerra no podía sino agravarse a causa del desarrollo científico, las armas de destrucción en masa, el terrorismo y muchos otros fenómenos transnacionales modernos. El peor de todos esos fenómenos sigue siendo sin duda la brecha cada vez mayor que existe entre el progreso moral y el avance tecnológico. Una necesidad absoluta para que quienes se ocupan de los derechos humanos puedan enfrentarse a esos retos y eliminar esa brecha es inspirarse constantemente en los vínculos indestructibles que existen entre la normativa de derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional relativo a los refugiados, que emanan todos ellos de la misma preocupación fundamental: asegurar el respeto de la dignidad humana en todos los momentos, lugares y circunstancias. Recordar esa razón de ser fundamental es un requisito imprescindible para insuflar nueva vida en el derecho internacional humanitario.

4. Contrariamente a lo que ocurre en el caso de las principales convenciones relativas a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario no cuenta con órganos de vigilancia establecidos en virtud de tratados u otros mecanismos viables y vinculantes que supervisen su aplicación y contribuyan, tanto mediante observaciones generales como concretas, a su

---

<sup>1</sup> A/59/2005, 21 March, 2005, paragraph 129.

progresivo desarrollo. En una época en que la cuestión más definitiva de la comunidad internacional y el factor clave en la adopción de políticas en el plano internacional está representada por los derechos humanos, no es admisible ni justificable que esa enorme brecha en la protección quede oculta bajo distinciones artificiales y argumentos falsos de carácter legalista. Incluso si uno está en desacuerdo con algunas de sus repercusiones, no se puede poner en duda la tesis principal de la declaración hecha por el Secretario General de que: "nunca debe permitirse que ningún principio jurídico -ni siquiera la soberanía- sirva de pretexto para el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el sufrimiento humano generalizado"<sup>2</sup>.

## I. PREMISAS Y PROBLEMAS

5. Por muy impresionante que nos parezca, la serie existente de instrumentos jurídicos relativos a la protección de personas civiles durante los conflictos armados no proporciona protección suficiente en la práctica. La comunidad internacional sigue siendo testigo de brutalidades en gran escala y de violaciones de los derechos humanos a nivel de colectividades. En ese contexto, la relación entre la normativa de derechos humanos y el derecho internacional humanitario es paradójica en el sentido de que existe una conciencia cada vez mayor en la comunidad internacional de la convergencia entre esos dos conjuntos de normas, a la vez que también existe un potencial no aprovechado de complementariedad entre ellas.

6. La noción de *lex specialis* no pone a la normativa de derechos humanos y al derecho internacional humanitario en una situación que obligue a elegir entre uno u otro de esos dos conjuntos de normas en su totalidad, ya que ambos conjuntos constituyen dos ramas de la misma disciplina que se prestan un apoyo mutuo. La mayor parte de las atrocidades cometidas por los seres humanos a lo largo de la historia, tanto en el marco de un conflicto armado como fuera de él, se iniciaron con tendencias, ideologías, acciones esporádicas u otros acontecimientos desencadenantes de lo que después serían algunos de los peores crímenes de lesa humanidad jamás cometidos. El Holocausto, por ejemplo, comenzó con una ideología racista y con actos esporádicos que no fueron contrarrestados y que desembocaron en atrocidades de todos conocidas. El derecho internacional humanitario es débil en lo que se refiere a mecanismos de seguimiento y de alerta temprana. Por consiguiente, es imprescindible estudiar la posibilidad de establecer una complementariedad institucional y un reforzamiento mutuo tanto de los órganos como de las normas.

7. No cabe duda de que hace 60 años los medios de información y comunicación no estaban tan desarrollados como en la actualidad, pero también hay que admitir que incluso en la época moderna, con la abundancia de información de que disponemos sobre todos los temas y acontecimientos posibles, la reacción internacional ante numerosas violaciones generalizadas de los derechos humanos puede retrasarse por una sola y sencilla razón: la falta de sistemas eficientes y especializados de vigilancia que permitan una intervención internacional legítima destinada a resolver las situaciones graves y urgentes. Con esto no sólo queremos decir una reforma del Consejo de Seguridad que permita aplicar las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en todas las circunstancias y sin discriminación. Es igualmente importante promover los mecanismos del derecho internacional humanitario para asegurar el respeto de sus

---

<sup>2</sup> Ibid.

disposiciones antes de que las violaciones constituyan una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. La promesa solemne de "nunca más" que se hace en el preámbulo de la Carta fue rota en Rwanda y en otros lugares.

8. Una diferencia notable entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario es que este último disfruta de una protección adicional gracias a las actividades de promoción desarrolladas por las organizaciones no gubernamentales (ONG) y a la labor de vigilancia realizada por las instituciones nacionales que se ocupan de los derechos humanos. Todos esos organismos, junto con la opinión pública y la sociedad civil en general, desempeñan una función decisiva en lograr que las prácticas de los Estados estén en conformidad con las normas y criterios internacionales de derechos humanos. Todos esos agentes tienen sin duda menos acceso a la información y menos libertad de interacción en el contexto de los conflictos armados. Por consiguiente, es necesario compensar esa capacidad menor de vigilancia mediante un uso más eficaz de los mecanismos de derechos humanos en situaciones de conflicto armado. Las diferencias normativas entre el derecho internacional humanitario y el relativo a los derechos humanos no impiden la necesaria complementariedad institucional entre esas dos ramas de la misma disciplina que tienen un único objetivo: asegurar el respeto de la dignidad humana en todas las circunstancias. Algunas de las diferencias entre la normativa de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como la naturaleza de los conflictos armados, afectan a la función de las ONG, que no es fácil de ejercer en épocas de conflicto armado. Independientemente de los problemas que puedan plantearse en el ámbito de la seguridad, algunos conceptos del derecho internacional humanitario, como la "necesidad militar" y los "daños colaterales" no son fáciles de aceptar en el contexto "tradicional" de la normativa de derechos humanos. Quizá sea necesario que algunas ONG adquieran una formación especial a fin de facilitar la complementariedad necesaria en la práctica entre el derecho internacional humanitario y las normas y criterios de derechos humanos.

## II. POSIBLE REFORZAMIENTO MUTUO

9. La violación del derecho internacional humanitario es por definición una violación de los derechos humanos, mientras que asegurar el respeto del derecho internacional humanitario no garantiza necesariamente el respeto de todos los derechos humanos. El respeto pleno de todos los derechos humanos debe desembocar, en último término, en la eliminación de la necesidad de recurrir en primer lugar a la protección del derecho internacional humanitario. La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 2005/63 relativa a la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados, enuncia tres premisas: que "la normativa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son complementarios y se refuerzan mutuamente"; que "la protección brindada por la normativa de los derechos humanos sigue vigente en las situaciones de conflicto armado, teniendo en cuenta las situaciones en que el derecho internacional humanitario se aplica como *lex specialis*"; y por último que "toda conducta que viole el derecho internacional humanitario... puede constituir también una violación manifiesta de los derechos humanos". Esos son sin duda los tres principales elementos de complementariedad y de reforzamiento mutuo de las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Esa complementariedad no es únicamente teórica, sino que alcanza a la etapa de aplicación. Convenimos con la Sra. Rosemary Abi-Saab en que:

"Si el derecho humanitario y la normativa de derechos humanos tienen como objetivo común e idéntico la protección de las personas frente a todos los ataques posibles a su integridad personal, durante los conflictos armados o en tiempo de paz, no es sorprendente que esas dos ramas del derecho internacional descubran su complementariedad... Se trata de un proceso en dos direcciones, en que un enfoque fundado en el derecho humanitario puede complementar o sustituir un enfoque fundado en los derechos humanos en lo que atañe a proteger a las personas en situaciones en que la integridad de los derechos humanos se ve seriamente limitada o totalmente suspendida... Más allá de esta concepción obvia de los derechos humanos y el derecho humanitario como entrelazados en la formulación y el contenido de las normas y en su aplicación práctica, la interrelación entre ambos conjuntos de normas puede ser útil en el contexto de su aplicación. El recurso a los derechos humanos como normativa del derecho internacional general aplicable en todas las situaciones, por encima y más allá de las obligaciones asumidas en los tratados, ayudará a individualizar obligaciones generales y sus posibles violaciones, abriendo de este modo el camino a la condena de esas violaciones<sup>3</sup>."

10. La resolución 2005/63 mencionada no fue el primer signo de un reconocimiento de la complementariedad de las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pero sí puso de manifiesto el proceso acumulativo en curso de acercamiento entre ambas ramas de la misma disciplina. Existen numerosos precedentes de mandatos otorgados por la Comisión de Derechos Humanos a relatores especiales, misiones de determinación de hechos y comisiones de investigación, aprobados en períodos extraordinarios de sesiones o en reuniones especiales, en el contexto de situaciones en diversos países que planteaban cuestiones de derecho internacional humanitario. Asimismo, la Comisión ha establecido normas respecto a cuestiones relacionadas con el derecho internacional humanitario, como la participación de niños en los conflictos armados.

11. La resolución mencionada es de hecho un reflejo de la necesidad apremiante y creciente de adoptar un enfoque innovador en favor de las víctimas tanto en lo que atañe al derecho internacional humanitario como a la normativa de derechos humanos. Como señala el Sr. H. J. Heintze:

"En los textos jurídicos se señala acertadamente que la protección de los derechos humanos no sólo comparte una filosofía común con el derecho internacional humanitario, sino que también se puede utilizar para compensar las lagunas de este último. Los mecanismos de aplicación del derecho internacional humanitario, que no están muy desarrollados y que se pueden describir como bastante ineficaces, son uno de sus puntos débiles más importantes. Por lo tanto, no es sorprendente que el Comité Internacional de la Cruz Roja y la comunidad académica hayan intentado en numerosas ocasiones utilizar los mecanismos de aplicación establecidos en virtud de tratados relativos a los derechos humanos, el desarme y el medio ambiente por las Naciones Unidas como posibles sistemas

---

<sup>3</sup> Rosemary Abi-Saab, *Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts*. D. Warner (ed) *Human Rights and Humanitarian Law*, 1997. Kluwer Law International, pp. 122-123.

destinados a asegurar el cumplimiento del derecho internacional humanitario por conducto de los procedimientos de presentación de informes por los Estados<sup>4</sup>."

12. Fomentar la eficacia del derecho internacional humanitario y su complementariedad institucional con la normativa de los derechos humanos no requiere necesariamente una reforma de las normas vigentes ni el establecimiento de normas nuevas. Si se utilizan de modo adecuado y completo, los instrumentos existentes pueden lograr ese objetivo. Por ejemplo, el establecimiento de tribunales penales internacionales de carácter especial y de la Corte Penal Internacional representó una respuesta a las violaciones brutales y en gran escala tanto del derecho internacional humanitario como de la normativa de derechos humanos en diversas partes del mundo; mediante el enjuiciamiento de los responsables de esas graves violaciones se puede lograr un determinado grado de disuasión.

13. Sin embargo, la debilidad básica en cuanto a las obligaciones de los Estados en virtud del derecho penal internacional es la falta de supervisión de las actividades de los Estados destinados a cumplir la obligación de carácter internacional que tienen de proceder al enjuiciamiento en el plano nacional. Aunque la normativa de los derechos humanos ha "tomado prestado" del derecho internacional humanitario el principio de *aut dedere aut judicare*, todavía no supervisa su aplicación. Los Estados pueden mostrarse indecisos por obvias razones políticas, jurídicas o financieras respecto de si enjuiciar o no a sus nacionales por delitos cometidos en un conflicto armado, e incluso en el caso de remisión de los casos a los tribunales nacionales para su enjuiciamiento pueden tratar de influir sobre la imparcialidad de su propia administración de justicia en ese tipo de casos. En algunas ocasiones los regímenes sucesores se han mostrado favorables a la reconciliación por encima de la rendición de cuentas, con el resultado de permitir una impunidad respecto de violaciones graves del derecho internacional humanitario y otras violaciones de los derechos humanos.

14. Esos son sólo dos ejemplos de ámbitos en que los mecanismos de derechos humanos pueden desempeñar una función en la eliminación de esa laguna protectora. El derecho internacional humanitario es relativamente débil para imponer sanciones penales. Cualquier medida de aplicación del derecho internacional humanitario está sujeta al consentimiento de las partes en un conflicto, lo que significa que está sujeta a los equilibrios de poder o a sus respectivos tribunales nacionales, con las consabidas limitaciones que éstos tienen en esos casos. Únicamente los mecanismos de derechos humanos pueden poseer todavía un fundamento jurídico y un mandato general en la mayoría de los casos en que se hace necesaria la protección. Mediante el ejercicio de ese mandato general en el contexto de los conflictos armados, los mecanismos de derechos humanos pueden demostrar que la normativa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son ramas diferentes de la misma disciplina y que la visión inicial de la Carta de las Naciones Unidas hace necesaria su complementariedad institucional<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Hans-Hoachim Heintze, On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law, ICRC. December 2004, Vol. 86, No. 856, p. 798.

<sup>5</sup> John Dugard, Bridging the gap between HRsL and humanitarian law. The punishment of offender. International review of the Red Cross, No. 423, p. 445 – 453.

15. La complementariedad institucional del derecho internacional humanitario y la normativa de derechos humanos también encuentra un fundamento conceptual y jurídico importante en la cláusula de Martens, que dispone que, independientemente de las obligaciones existentes en virtud del derecho de los tratados, durante los conflictos armados todas las personas civiles "quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública" (párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949). Esta disposición del derecho internacional humanitario tiene potencialmente una gran trascendencia práctica e institucional.

16. De hecho, en su opinión consultiva sobre la legalidad del empleo o la amenaza de empleo de armas nucleares, de fecha 8 de julio de 1996, la Corte Internacional de Justicia consideró que la cláusula de Martens "ha demostrado ser un medio eficaz de enfrentarse a los problemas que plantea la rápida evolución de la tecnología militar" (párrafo 78 de la opinión). Más que representar simples orientaciones morales, los "principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública" son, por lo tanto, patrones jurídicamente vinculantes con los cuales deben evaluarse todas las acciones, acontecimientos y políticas que guarden relación con los derechos humanos.

17. En su opinión discrepante, el Magistrado Shahabuddeen (págs. 22 y 23) afirmó que la cláusula de Martens no sólo era una confirmación del derecho consuetudinario, sino que también establecía "los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública" como principios jurídicos. Asimismo, citó el tribunal militar estadounidense de Nuremberg que, en la causa Krupp, en 1948, consideró que ese principio se había transformado "en el patrón jurídico que habrá de aplicarse en los supuestos en que las disposiciones concretas de la Convención... no prevean determinados casos...". Para el Magistrado Weeramantry, la cláusula de Martens ponía de manifiesto que "detrás de las reglas específicas que ya se han formulado, existe un cuerpo de principios generales suficientes que deben aplicarse en las situaciones que aún no hayan sido contempladas en una regla específica".

18. Es obvio que la evolución de las normas de derechos humanos provoca un aumento en la frecuencia de las posibles violaciones de la cláusula de Martens. Cuanto más amplio es el alcance de las normas y criterios de derechos humanos más amplia será la aplicación de "los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública". Por consiguiente, nos mostramos de acuerdo con la opinión de que la cláusula de Martens invierte la premisa clásica del derecho internacional. Por lo que respecta tanto a las normas de derechos humanos como al derecho internacional humanitario, uno no puede dar por supuesto que todo lo que no esté explícitamente prohibido por la ley está permitido en la práctica<sup>6</sup>.

19. El cumplimiento por los Estados de su obligación de enjuiciar por conducto de los mecanismos de derechos humanos a quienes violen el derecho internacional humanitario indudablemente promueve la eficacia de ese derecho al oponer la necesaria disuasión a quienes cometen las más graves violaciones de los derechos humanos en el contexto considerablemente

---

<sup>6</sup> Louise Doswald-Beck, *International and humanitarian law and the Advisory Opinion of the ICJ on the legality of the threat or use of nuclear weapons*, ICRC, *International Review of the Red Cross* no 316, p 41.

más peligroso para los civiles que son los conflictos armados. De hecho, el movimiento hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal individual por violaciones del *jus in bello* todavía no ha ido acompañado de una supervisión fidedigna de la obligación que tienen los Estados de asegurar que esa responsabilidad individual sea sancionada de modo efectivo por los tribunales.

20. En ese mismo contexto de complementariedad, la cuestión de las reparaciones que deben proporcionarse a las víctimas de violaciones de los derechos humanos es otro importante ámbito en que las normas e instrumentos de derechos humanos pueden contribuir enormemente a aliviar el sufrimiento de las víctimas de violaciones tanto de la normativa de derechos humanos como del derecho internacional humanitario, independientemente de si esas violaciones han sido cometidas en tiempo de paz o durante conflictos armados.

21. Otro importante ámbito de creciente convergencia y complementariedad entre la normativa de derechos humanos y el derecho internacional humanitario es la atención cada vez mayor que el Consejo de Seguridad presta a casos de violación de las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario que puedan constituir amenazas para la paz y la seguridad internacionales. Este hecho llevó al Secretario General a manifestar en su última propuesta de reformas que "la Alta Comisionada para los Derechos Humanos debe desempeñar un papel más activo en las deliberaciones del Consejo de Seguridad y en las de la Comisión de Consolidación de la Paz cuya creación se ha propuesto, prestando especial atención a la aplicación de las disposiciones pertinentes de las resoluciones del Consejo de Seguridad"<sup>7</sup>.

22. Indudablemente estamos de acuerdo con esa recomendación en la medida en que destaca la pertinencia de asegurar el respeto de los derechos humanos como fundamento importante tanto de la prevención de conflictos como de la consolidación de la paz. Pero esto será así únicamente si se demuestra que las violaciones de los derechos humanos han alcanzado una escala tal que amenazan la paz y la seguridad internacionales. Además, ese "papel más activo" de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos en ese ámbito sólo puede ejercerse cuando el Consejo de Seguridad así lo diga. El papel de la Alta Comisionada en este ámbito extremadamente delicado sólo puede desempeñarse de modo fidedigno sobre la base de una utilización óptima de todos los órganos y procedimientos especiales pertinentes establecidos en virtud de tratados relativos a los derechos humanos. Esos mecanismos constituyen el "arsenal humanitario" de la Alta Comisionada, su "ejército regular" de protección, su base institucional y su fuente de resultados y legitimidad.

23. En otras palabras, si la Alta Comisionada ha de desempeñar un papel cada vez más importante en las cuestiones que atañen a la paz y la seguridad, desde un punto de vista de los derechos humanos, su Oficina, en coordinación con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), deberá participar en la vigilancia del cumplimiento de las normas y criterios pertinentes del derecho internacional humanitario. La Alta Comisionada no debe simplemente añadir su influencia política o moral a las deliberaciones del Consejo de Seguridad, influencia de la que efectivamente disfruta en virtud de la Carta y de la resolución por la que se estableció su Oficina. El valor añadido de la contribución de la Alta Comisionada debe ser aportar una dimensión institucional adecuada de derechos humanos a las cuestiones sometidas a debate, proporcionar pruebas fidedignas obtenidas por los mecanismos de derechos humanos, proponer medios de

---

<sup>7</sup> A/59/2005, paragraph 144.

reparación desde la perspectiva del derecho internacional humanitario y la normativa de derechos humanos y, de ese modo, poner de relieve los componentes de derechos humanos de la solución de conflictos y la consolidación de la paz, sobre bases técnicamente sólidas.

### III. PRECEDENTES Y ANALOGÍAS

24. Se han realizado muchos estudios sobre la práctica de los mecanismos de derechos humanos en el ámbito del derecho internacional humanitario, y se han analizado numerosos precedentes de alcance global que ponen de manifiesto una tendencia a ocuparse de las cuestiones del derecho internacional humanitario en el marco de una perspectiva conjunta de ese derecho y de la normativa de derechos humanos. A ese respecto, los enfoques y las metodologías varían según las particularidades de la situación de que se trate.

25. El Consejo de Seguridad, con una frecuencia cada vez mayor, aborda conjuntamente las cuestiones del derecho internacional humanitario y la normativa de derechos humanos. El mandato del Asesor Especial del Secretario General sobre la Prevención del Genocidio, quien trabaja estrechamente con la Alta Comisionada para los Derechos Humanos y los procedimientos especiales de derechos humanos, representa un precedente importante a ese respecto. El Consejo de Seguridad ha invitado al Secretario General "a que le remita la información y los análisis que reciba de fuentes del propio sistema de las Naciones Unidas sobre casos de violaciones graves del derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y el relativo a los derechos humanos, y sobre posibles situaciones de conflicto que surjan, entre otras cosas, como consecuencia de controversias étnicas, religiosas y territoriales, o se deban a la pobreza y la falta de desarrollo, y expresa su compromiso de prestar suma atención a esa información y esos análisis respecto de cuestiones que, a su juicio, representen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales"<sup>8</sup>.

26. La resolución del Consejo de Seguridad 1591 (2005) relativa a Darfur es otro precedente importante en que pueden encontrarse analogías útiles que sirven a los objetivos comunes del derecho internacional humanitario y el relativo a los derechos humanos. En esa resolución, el Consejo no sólo realiza un seguimiento y una vigilancia de las responsabilidades del Estado del Sudán, sino también de las personas indicadas por un comité establecido de conformidad con el artículo 28 del reglamento provisional del Consejo, sobre la base de información obtenida de diferentes fuentes, "que entraben el proceso de paz, constituyan una amenaza para la estabilidad en Darfur y en la región, perpetren infracciones del derecho internacional humanitario o las normas relativas a los derechos humanos u otras atrocidades".

27. A la luz de este precedente, se plantea la cuestión obvia de cuál debe ser la envergadura de esas atrocidades para que el Consejo de Seguridad inicie la adopción de medidas en que se vinculen ambos conjuntos de normas a los efectos de darles aplicación práctica. Otro problema que inmediatamente se plantea es que, incluso si aceptamos en un plano teórico que el sufrimiento humano pueda clasificarse según una escala de atrocidades, aun así, sería inadmisibles que la comunidad internacional, con la serie extraordinaria de normas y criterios de derechos humanos y del derecho internacional humanitario de que dispone, permaneciera

---

<sup>8</sup> S/2004/567, S/RES/1366 (2001) op 10.

callada, inactiva e ineficiente frente a indicios tempranos de lo que probablemente podría desembocar en violaciones masivas de los derechos humanos, en un lugar u otro del mundo. Esto es lo que consideramos que es el eslabón perdido y lo que constituye un nuevo derecho: el derecho a la protección institucional, el derecho de las víctimas de los conflictos armados a una protección plena de todas las instituciones que pueden y deben, de modo directo e indirecto, aliviar su sufrimiento.

28. Lo que hay que hacer para asegurar el respeto de los derechos humanos en todos los países y todas las circunstancias es pedir a los mecanismos de derechos humanos pertinentes que vigilen todos los casos de conflictos armados, tanto de carácter nacional como internacional, con objeto de detectar y evitar cualesquiera posibles violaciones del derecho internacional humanitario o la normativa de derechos humanos. Estamos de acuerdo con el Sr. Hans-Joachim Heintze, cuando afirma que:

"Las investigaciones demuestran que existe una convergencia entre la protección ofrecida por las normas de derechos humanos y por el derecho internacional humanitario. Ambos regímenes jurídicos pueden aplicarse en casos de conflicto armado a fin de lograr la máxima protección posible conforme a lo que establece la cláusula de Martens. La consecuencia práctica más importante de esto es la posibilidad de hacer cumplir el derecho internacional humanitario. Como los mecanismos de aplicación de ese derecho son insuficientes y no es de esperar que en un futuro próximo se llegue a una etapa de elaboración por los Estados de informes al respecto y de establecimiento de procedimientos para la presentación de denuncias por particulares, los procedimientos vigentes en el ámbito de los derechos humanos asumen una importancia práctica mayor. Las tímidas decisiones iniciales en virtud de las cuales se ha aplicado el derecho internacional humanitario han demostrado que, aunque la práctica de los órganos de derechos humanos descrita anteriormente es limitada, representa un complemento positivo de la supuestamente limitada serie de medios internacionales de que se dispone para lograr el cumplimiento del derecho internacional humanitario por las partes en los conflictos armados. Esto demuestra claramente las consecuencias prácticas y útiles de la convergencia de la normativa de derechos humanos y el derecho internacional humanitario<sup>9</sup>."

29. La lucha contra la tortura es otro ámbito de complementariedad entre la normativa de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Es posible cometer actos de tortura tanto en tiempo de paz como durante los conflictos armados. Tanto el derecho internacional humanitario como los mecanismos competentes relativos a los derechos humanos pueden coordinar su actividad a fin de asegurar la protección más eficaz posible a las víctimas de la tortura. Tanto el derecho internacional humanitario como la normativa de derechos humanos han hecho una aportación concreta a la lucha contra la tortura. Estamos de acuerdo con la opinión de que "la situación actual del derecho internacional muestra que, juntos, los instrumentos de derecho humanitario y de derechos humanos ofrecen un conjunto exhaustivo de normas y procedimientos para la prevención, la observancia de la prohibición y la represión de

---

<sup>9</sup> Hans-Joachim Heintze, *Ibid.*, pp. 812,813.

todo acto de tortura... Hoy, las deficiencias de uno de los dos derechos pueden compensarse recurriendo a instrumentos del otro"<sup>10</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

30. Es necesario examinar, sobre la base de las consideraciones hechas anteriormente, las cuestiones y opciones que figuran a continuación.

31. Con la adopción en 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la dignidad de cada ser humano se convirtió en un punto de referencia central del régimen jurídico internacional. Ese acontecimiento inició la construcción de un sistema internacional de protección, tanto normativo como institucional. Ese sistema sigue progresando a pesar de las controversias ideológicas, la selectividad y la politización que son parte integrante de las políticas relativas a los derechos humanos y al derecho humanitario. A esos factores negativos debe servir de contrapeso la promoción del papel de los órganos establecidos en virtud de tratados, los procedimientos especiales, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las ONG, que, todos ellos, pueden influir en las normas y criterios de derechos humanos mucho más que cualquier otra rama del derecho internacional. Esos defensores de la solemne promesa de "nunca más" pueden y deben apoyar la creciente tendencia que existe para que las dos tradiciones, la del derecho humanitario internacional y la de la normativa de derechos humanos, converjan de modo sólido, desde un punto de vista técnico, y útil y viable desde un punto de vista práctico. En la mayoría de los casos ambos conjuntos de normas se pueden aplicar de modo paralelo, pero en algunos casos también se pueden aplicar de modo complementario<sup>11</sup>. Dos conjuntos de normas que se apoyan mutuamente no pueden sino promover la protección de los derechos humanos en todas las circunstancias, un objetivo que el Profesor George Abi-Saab considera que es "la máxima conquista del derecho internacional de la posguerra"<sup>12</sup>.

32. En espera de otros estudios sobre los medios de lograr este objetivo, una primera medida podría ser recomendar a la Comisión de Derechos Humanos que pida a todos sus procedimientos especiales temáticos, en el ámbito de sus respectivos mandatos, que presten atención a las situaciones de conflicto armado real o potencial y que incluyan las cuestiones pertinentes del

---

<sup>10</sup> Walter Kälin, *The struggle against torture*, International Review of the Red Cross, No.324,p. 436.

<sup>11</sup> As stated by H.J. Heintze "Some obligations in HRsL treaties remain in force during armed conflicts. The result is undoubtedly a substantial overlap of both bodies of law. However, the response of legal opinion to this situation differs. Some authors argue against "advocating a merger of the two bodies of international law" and speak of the theory of complementarity. According to this theory, HRsL law and IHL are not identical bodies of law but complement each other and ultimately remain distinct. This is undoubtedly true, but the point is that they do overlap", *ibid* p. 794.

<sup>12</sup> George Abi-Saab, *Whither the International Community?* European Journal of International Law 9, 1998, p. 262.

derecho internacional humanitario en sus trabajos y en sus informes. "Tal como están las cosas hoy día, parece fundamental hacer un uso múltiple de los procedimientos que ya existen. Como la normativa de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional se superponen, ese uso múltiple parece posible"<sup>13</sup>. También puede ser útil recomendar a la Comisión que pida a todos los Estados Miembros en situaciones de conflicto armado que formulen invitaciones permanentes a los órganos con mandatos temáticos, al amparo del compromiso que tienen de "respetar y hacer respetar" el Cuarto Convenio de Ginebra "en toda circunstancia", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra.

33. También se puede alentar a los órganos establecidos en virtud de tratados de derechos humanos a que examinen la conveniencia de pedir a los Estados Miembros informes adicionales en que se aborden de modo especial las cuestiones de los derechos humanos en situaciones de tensiones internas o de conflictos armados internacionales. En todos los casos, la competencia de cualesquiera mecanismos de derechos humanos que se ocupan de cuestiones del derecho internacional humanitario quedará limitada al componente humanitario de la cuestión sometida a examen y no incluirá sus dimensiones políticas. Esta limitación metodológica y jurisdiccional es imprescindible para evitar la politización del derecho internacional humanitario.

34. También podría ser útil examinar la posibilidad de recomendar a la Comisión que pidiera a los Estados Partes en los cuatro Convenios de Ginebra en 1949 que celebren con regularidad reuniones temáticas para examinar los problemas concretos de carácter general que repercuten en la aplicación de esos Convenios. La reunión de expertos celebrada en 1998 en Ginebra para examinar problemas concretos relacionados con la aplicación del Cuarto Convenio de Ginebra constituye un precedente útil a ese respecto. Esa fue una reunión temática en que no se abordó ninguna situación particular, y ese es el modo en que las posibles reuniones futuras de ese tipo podrían llevarse a cabo. Se debería invitar a los procedimientos especiales en materia de derechos humanos que sean pertinentes en este ámbito a asistir a esas reuniones de expertos celebradas periódicamente para profundizar su conocimiento y aprovechamiento de las experiencias de los diversos agentes y organizaciones que realizan una labor humanitaria.

35. A fin de promover nuestro conocimiento, bajo los auspicios de la Comisión de Derechos Humanos, de los vínculos entre la normativa de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, podría ser conveniente considerar la posibilidad de establecer un grupo de trabajo de la Subcomisión (posiblemente en sustitución de un grupo de trabajo existente que vaya a ser abolido por haber cumplido su objetivo) para que se ocupe de las cuestiones multidisciplinarias planteadas por el derecho internacional humanitario en relación con la normativa de derechos humanos y para que preste servicios como dependencia de asesoramiento destinada a promover la complementariedad y el diálogo estructurado con los Estados Miembros, el CICR y las ONG a fin de lograr esos fines. En una comunidad internacional cada vez más amplia pero privada de una facultad legislativa y enfrentada a retos vitales, esos debates interdisciplinarios estructurados son más importantes que nunca.

36. La coordinación y la complementariedad entre las actividades de los procedimientos especiales de derechos humanos en relación con los conflictos armados y las actividades del CICR pueden lograrse mediante un diálogo estructurado de esa índole. No sería necesario a

---

<sup>13</sup> Hans-Joachim Heintze, *Ibid*, p. 799.

ese respecto una modificación de los métodos de trabajo del CICR. No hay ambigüedad alguna en lo que atañe a los mandatos respectivos de los diversos agentes, y la coordinación internacional de las diferentes perspectivas de actividad humanitaria sólo puede fomentar su eficacia. Como señaló el Sr. Sommaruga, ex Presidente del CICR, en el discurso principal que pronunció el 4 de diciembre de 1995 ante la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja:

"La creciente amplitud de la labor y la multiplicación de los agentes hacen más necesaria que nunca la potenciación del proceso de concertación horizontal iniciado entre las diversas organizaciones que tienen vocación humanitaria. En el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el cometido del CICR es asumir la coordinación de la acción humanitaria en el contexto de los conflictos armados. Sea con los diversos componentes de nuestro Movimiento sea con sus otros interlocutores sobre el terreno, el CICR enfoca ese diálogo permanente con espíritu de apertura, de complementariedad y de solidaridad, respetando el cometido de cada uno."

37. En ausencia de un órgano permanente de vigilancia en lo que atañe al derecho internacional humanitario, los tribunales penales internacionales de carácter especial, así como (en el futuro) la Corte Penal Internacional, juntamente con los órganos pertinentes de las Naciones Unidas e incluso algunos tribunales nacionales, desempeñan un papel importante en la interpretación de las normas del derecho internacional humanitario. No existe una estructura en el plano internacional que pueda beneficiarse de las importantes aportaciones judiciales que han hecho esos órganos. Por consiguiente, sería útil recopilar esos precedentes e interpretaciones judiciales como fuente auxiliar de derecho en gestación, es decir, como un indicador posible de futuras normas consuetudinarias y como instrumento práctico para identificar "los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública". Ese proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional humanitario puede fomentarse mediante el establecimiento del grupo de trabajo propuesto de la Subcomisión que se ocupe de los derechos humanos en los conflictos armados. Esto es únicamente un ejemplo de cómo ese foro puede servir para resolver el problema de los eslabones perdidos entre la comunidad del derecho internacional humanitario y la comunidad de la normativa de derechos humanos y para eliminar las lagunas que existen en la protección. Ese nuevo foro de consulta y diálogo debe ser un órgano de expertos que realice estudios temáticos y que, por conducto de la Subcomisión, formule propuestas a la Comisión de Derechos Humanos sobre posibles medios de promover la complementariedad institucional entre dos conjuntos importantes de normas e instrumentos que convergen en su objetivo de defensa de la dignidad humana, a la vez que respetan sus propias particularidades y diferencias normativas.

## **Segunda parte**

### **INTRODUCCIÓN**

38. En la segunda parte del presente documento se aclara en primer lugar la terminología antes de examinar la historia y el carácter de los dos regímenes jurídicos. Posteriormente se examina la aplicabilidad simultánea de los dos conjuntos de normas. Como cuestión aparte pero relacionada con la que nos ocupa, el documento examina en qué medida la normativa de derechos humanos es aplicable fuera del territorio nacional de una parte en un conflicto. Finalmente, se indican las cuestiones particulares que es posible que planteen dificultades.

## Terminología

39. Se emplean tres expresiones diferentes para describir las normas aplicables durante los períodos de conflicto: el derecho de la guerra, el derecho relativo a los conflictos armados y el derecho internacional humanitario<sup>14</sup>. En el presente documento de trabajo se utilizará la sigla DCA/DIH (derecho relativo a los conflictos armados/derecho internacional humanitario) para describir la totalidad de las normas aplicables específicamente en situaciones de conflicto. Esas normas regulan lo que sucede durante los conflictos. Son totalmente diferentes de las normas que regulan la legalidad del recurso a la fuerza armada. En el presente documento no se examinan en absoluto estas últimas normas. Las normas aplicables durante los conflictos lo son independientemente de la legalidad del recurso a la fuerza armada.

40. Esta parte del informe se ocupa del derecho relativo a los derechos humanos, diferenciado de los derechos humanos en sentido general. Por consiguiente, incluye tanto el derecho establecido en virtud de los tratados relativos a los derechos humanos como la normativa establecida como consecuencia de la labor realizada por los mecanismos existentes en virtud de la Carta. La mayoría de esos mecanismos tiene mandatos concretos, como sucede en el caso de los procedimientos especiales<sup>15</sup>. Sin embargo, la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión tienen mandatos muy generales. En el presente documento se utilizarán indistintamente las expresiones normativa de derechos humanos o normas de derechos humanos

---

<sup>14</sup> The “laws of war” has generally fallen disuse. The phrase runs the risk of giving the impression that the rules only apply where war has been declared. “War” is a technical legal term. It is of significance in a domestic legal context. A declaration of war may have the effect of triggering the applicability of certain legislation E.g. rules on trading with the enemy; it may also have an effect on certain clauses in insurance contracts. See generally, McNair & Watts, *The Legal Effects of War*, CUP, 4<sup>th</sup> Ed., 1966. The international rules are, however, applicable by virtue of the existence of an armed conflict, whether or not war has been declared; Geneva Conventions of 1949, common Article 2; Protocol I of 1977, Article 1.3. Historically, “international humanitarian law” was used to describe the rules on the protection of the victims of war, as opposed to the rules on the conduct of hostilities. Since 1977, when Protocol I to the Geneva Conventions of 1949 addressed both means and methods of warfare and rules on the protection of victims, many commentators have used “international humanitarian law” to include both the rules on the conduct of hostilities and those on the protection of victims. That is the practice of the ICJ, as evidenced for example, in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, judgment of 27 June 1986 and *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004 and of the International Committee of the Red Cross (ICRC). Others, including many armed forces, prefer the term the law of armed conflict to apply to both bodies of rules; E.g. UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, OUP 2004.

<sup>15</sup> Special Procedures refer to any individual or body addressing a human rights issue which report to the Commission on Human Rights. They include Special Rapporteurs (thematic and country), Working Groups, Independent Experts and Representatives of the Secretary-General. The manner of their appointment is not relevant for these purposes.

como indicativas del derecho relativo a los derechos humanos mencionado al inicio del presente párrafo.

## **I. HISTORIA Y CARÁCTER DEL DCA/DIH Y DE LA NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS**

### **A. Historia de los regímenes jurídicos**

41. La historia de las normas que regulan la conducta durante los conflictos es notablemente diferente de la historia de las normas de derechos humanos<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Rules the function or purpose of which was to regulate the conduct of fighting go back a very long way. They start with the code of Sun Tzu, which is over 2,400 years old; Sun Tzu, *On the Art of War*; <http://www.kimsoft.com/polwar.htm>. Every ancient religion, including the three major monotheistic religions, contains principles restricting the conduct of war, for example by limiting the legitimate targets of attack. In the Middle Ages, principles of chivalry also contributed to the development of rules. In other words, the origin of the rules predates the development of the sovereign State. It should also be noted that many societies where conduct is subject to customary law also have rules regulating the conduct of hostilities; E.g. ICRC, *Spared from the Spear – relating to Somalia*. From the middle of the nineteenth century there has been the development of treaty law, in spasmodic bursts. The Russian authorities, led by the Tsar, played a vital role in the formulation of treaties dealing with the means and methods of warfare; E.g. the Declaration of St Petersburg 1868; for all treaties, see the web-site of the ICRC: [www.icrc.org](http://www.icrc.org). At the domestic level, a code which was to serve as a model for other States was issued under the orders of President Lincoln during the American Civil War. It is known by the name of its author – the Lieber Code; *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, 24 April 1863. At around the same time, the ICRC was established, as a private association under Swiss law. It acted as a catalyst for the creation of treaties dealing with the protection of victims of war, in other words the wounded and sick, the shipwrecked and prisoners of war. The treaty-making culminated in a series of consolidating and up-dating treaties in 1899 and 1907. There was very limited development in treaty law between 1907 and 1939, notwithstanding significant changes in technology, such as aircraft and submarines. Texts were agreed, such as *Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare*. Drafted by a Commission of Jurists at the Hague, December 1922 - February 1923 and a *Treaty for the Limitation and Reduction of Naval Armaments*, (Part IV, Art. 22, relating to submarine warfare). London, 22 April 1930; these texts were not in force during World War II. One significant text adopted in that period was the 1925 Geneva Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare. There were also further consolidating and up-dating treaties on the wounded and sick and prisoners of war, which appear to have made a significant difference on the western front of the European theatre of war in World War II. The judgment of the Nuremberg Tribunal, together with judgments adopted under Control Council Law No.10 in occupied Germany and those of the Tribunals in the Far East, helped to clarify the rules as they were in 1945. The principles affirmed in the Charter of the Nuremberg Tribunal were endorsed by the General Assembly; *Affirmation of the Principles of International Law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal*. Resolution 95 (I) of the United Nations

---

General Assembly, 11 December 1946. In 1949, again under the aegis of the ICRC, the four Geneva Conventions were adopted. The first three, which dealt with the wounded and sick, the shipwrecked and prisoners of war, consolidated and up-dated the previous law, in the light of recent experience. The fourth, the need for which had again been made clear during World War II, dealt with civilians in the power of an opposing belligerent and civilians in occupied territory. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907 contained some provisions on occupation but those dealing with the relations between the occupying power and the civilian population were very rudimentary. The fourth Geneva Convention contains some provisions, in Part II, of application to civilian populations generally and principally concerning access to medical care; the bulk of the provisions, however, deal with civilians in the power of the other side. Until 1977, there had been no successful attempt to up-date the rules on the conduct of hostilities generally. This may have been partly attributable to the reluctance, after both the first and second world wars, to regulate a phenomenon which the League of Nations and later the United Nations were intended to eliminate or control. During this time the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the event of armed conflict was concluded. In 1977 two Protocols to the Geneva Conventions of 1949 were adopted. Protocol I dealt with international armed conflicts. It up-dated provisions on the wounded and sick and, most importantly, formulated rules on the conduct of hostilities. The Protocol deals with the effects on land of land, aerial and naval warfare but does not otherwise address naval warfare. That area of law formed the object of study by a group of governmental experts and academics and resulted in the publication of *International Institute of Humanitarian Law* (Louise Doswald-Beck, ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Grotius Publications, CUP, 1995. Protocol II addressed high-intensity non-international armed conflicts and developed common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949, the first treaty provision to address conflicts not of an international character. In 1980 a convention on certain conventional weapons was adopted. It is usually known as the CCW. Its full title is *Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects*. Geneva, 10 October 1980. The most recent addition to the protocols addresses explosive remnants of war. The Convention was essentially an umbrella, under which sheltered Protocols on certain specific conventional weapons. Since 1990 there have been developments in treaty law and outside that framework. The former include further protocols to the CCW, the modification of the treaty itself to apply in situations both of international and non-international conflict, the Ottawa Convention on anti-personnel mines of 1997, a second protocol to the Hague Convention on Cultural Property, making the Convention applicable in situations of non-international conflict and the adoption of the Statute of the International Criminal Court. It is not enough that treaties are concluded if they are not then ratified. The four Geneva Conventions of 1949 have achieved nearly universal ratification. Protocol I of 1977 has been ratified by over 160 States and Protocol II by nearly 160 States. Nearly 100 States are parties to the 1980 CCW. Mere numbers are not necessarily significant. The Protocols have been ratified by certain specially affected States, such as France, the Russian Federation and the UK but not ratified by others, such as Iran, Iraq, the PRC and the USA. It is also necessary to remember that ratification is not necessarily accompanied by implementation, in law or in practice. Outside the treaty-making framework, the most important development has been the case-law generated by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International

42. La historia del DCA/DIH pone de manifiesto:

- Que ese conjunto de normas tiene orígenes muy antiguos;
- En qué medida los conflictos internacionales están regulados por las disposiciones de los tratados;
- El reconocimiento relativamente reciente de que existe un conjunto considerable de normas de derecho consuetudinario relativas a los conflictos no internacionales;
- La voluntad de los Estados de ampliar la aplicabilidad de los tratados del DCA/DIH, aparte de las disposiciones relativas al estatuto jurídico de los combatientes, a los conflictos no internacionales; y
- La relativa falta, hasta hace poco, de mecanismos para aplicar la ley, aparte de los establecidos para aplicar el derecho penal interno.

43. Las normas de lo que, en el plano internacional, se considera habitualmente como el derecho relativo a los derechos humanos, surgieron en el plano nacional. A veces eran parte del derecho común del país, como en el caso del hábeas corpus en Inglaterra, y a veces eran parte de un acuerdo constitucional, como en el caso de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia. No hay duda de que el paso más importante en la evolución de la normativa internacional de derechos humanos fue la inclusión de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas, junto con la referencia que en ésta se hace a una comisión de derechos humanos, así como la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El período posterior a 1945 ha sido testigo de la elaboración de una variedad de tratados relativos a los derechos humanos tanto en el plano regional como en el internacional. La Comisión de Derechos Humanos ha desempeñado un papel fundamental en el establecimiento de otros mecanismos, como los relatores y los grupos de trabajo temáticos y por países.

44. Las características más relevantes de la normativa de derechos humanos en comparación con la del DCA/DIH son:

- Su relativa juventud en el plano internacional;
- El establecimiento de instituciones para la vigilancia y/o la aplicación de las normas, junto con la elaboración de normas sustantivas; y

---

Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), which have provided a model for other bodies, such as the Special Court in Sierra Leone. Finally, 2005 has seen the publication of the ICRC study on customary IHL; Henckaerts & Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, 2 vols., CUP, 2005. The ICRC was mandated to produce the study by a resolution of the 26<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross and Red Crescent in 1995. Weapons of mass destruction, such as chemical, biological and nuclear weapons, are dealt with not as LOAC/IHL issues but are the subject of negotiation in the UN disarmament process.

- El establecimiento de mecanismos con jurisdicción respecto de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y no únicamente respecto de los Estados que ratifican los tratados.

### B. Carácter de los regímenes jurídicos

45. El fin último de los dos regímenes jurídicos es en general análogo, pero tratan de lograr ese objetivo de modo radicalmente diferente. Probablemente no sería posible fundir ambos conjuntos de normas; tampoco sería deseable, debido a la pérdida de las ventajas que ofrecen regímenes jurídicos especialmente elaborados para alcanzar objetivos particulares. Aunque ambos regímenes tienen como fin impedir las muertes, heridas y destrucción innecesarias, el punto de partida del DCA/DIH es el derecho que tienen los soldados a matar<sup>17</sup>. El punto de partida de las normas de derechos humanos es la prohibición de matar arbitrariamente y la obligación de proteger el derecho a la vida<sup>18</sup>. El diferente carácter jurídico de ambos regímenes se pone de manifiesto en una serie de importantes diferencias jurídicas que es fácil pasar por alto.

46. La normativa de derechos humanos tiene un carácter fundamentalmente civil, en oposición a un carácter penal. Consiste en las obligaciones asumidas por los Estados, que deben recogerse en la constitución, las leyes internas, los reglamentos, las prácticas y las políticas de cada Estado<sup>19</sup>. Aquí la cuestión central es la relación entre la víctima y el Estado, no el infractor.

47. En el plano interestatal, el DCA/DIH puede ser aplicado como obligaciones del derecho civil internacional, por ejemplo ante la Corte Internacional de Justicia<sup>20</sup>. Las disposiciones de los tratados mismas y el contenido y el carácter de las normas sustantivas dejan muy claro que la aplicación está encaminada principalmente a llevarse a cabo por medio del derecho penal del Estado de que se trate, el derecho penal de los terceros Estados y el derecho penal internacional<sup>21</sup>. En este caso las normas se centran en la violación y en el infractor, no en la

---

<sup>17</sup> E.g. “Members of the armed forces of a Party to a conflict ... are combatants, that is to say, they have the *right* to participate directly in hostilities.”; Protocol I, Article 43.2 (emphasis added).

<sup>18</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, Article 6.

<sup>19</sup> See generally, HRC General Comment 31, The nature of the general legal obligation imposed on States parties, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 March 2004.

<sup>20</sup> E.g. *Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India)*; by decision of 15 December 1973, the case was removed from the list. The treaty law relating to international conflicts envisages the possibility of inter-State civil claims; e.g. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, Article 3; Protocol I of 1977, Article 91.

<sup>21</sup> The enforcement provisions of the four Geneva Conventions are worded in the same way *mutatis mutandis*. By way of example, the enforcement provisions of the first Convention provide, “Art. 49. The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article. Each High

víctima. El derecho penal abarca tanto el derecho penal militar como el derecho penal civil. Por consiguiente, la cuestión no es que no existan mecanismos de aplicación del DCA/DIH, sino más bien que a menudo no han sido utilizados.

48. La diferencia fundamental entre los procedimientos civiles y penales también se pone de manifiesto en las reglas de procedimiento y en las reglas de la prueba que se aplican habitualmente, así como en la carga de la prueba y la práctica a ese respecto.

49. Mientras que el DCA/DIH contempla las reclamaciones de reparación entre Estados, no tiene disposiciones expresas que amparen las reclamaciones individuales. Sin embargo, tampoco hay nada en el DCA/DIH que las prohíba<sup>22</sup>. Es probable que uno de los motivos por el que cada

---

Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a prima facie case. Each High Contracting Party shall take measures necessary for the suppression of all acts contrary to the provisions of the present Convention other than the grave breaches defined in the following Article.

...

Art. 52. At the request of a Party to the conflict, an enquiry shall be instituted, in a manner to be decided between the interested Parties, concerning any alleged violation of the Convention.

...

Once the violation has been established, the Parties to the conflict shall put an end to it and shall repress it with the least possible delay.” Protocol I of 1977 builds on the earlier provisions by providing additional “grave breaches”. In addition, it spells out the responsibility of commanders for the enforcement criminal matters and for co-operation in enforcement (Articles 88 and 89).

<sup>22</sup> Kalshoven, F., *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, 40 ICLQ (1991) 827; see also the contributions of Kalshoven, David and Greenwood in H. Fujita, I. Suzuki, K. Nagano (eds), *War and Rights of Individuals*, Nippon Hyoron-sha Co, Ltd. Publishers, Tokyo, 1999. There are usually two different types of problem with such claims. First, if claiming against the offending State, the claim will have to be brought in its own courts. Before the courts of other States, the claim would hit the barrier of sovereign immunity; *Al-Adsani v. the United Kingdom*, 35763/97, ECHR, judgment of 21 November 2001; with regard to claims brought against individual State agents, as opposed to the State itself, see Foakes & Wilmschurst, *State Immunity: the United Nations Convention and its effect*, Chatham House, ILP BP 05/01, May 2005. In many States, rules of domestic law on jurisdiction prevent foreigners bringing claims arising out of the extra-territorial conduct of their armed forces. Second, it is common, at the end of an international conflict, for States to make arrangements for compensation. It is possible that such arrangements will provide for claims to be brought by individuals; e.g under the United Nations Compensation Commission, which deals with claims arising out of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait. Where that is not the case, if there were an independent possibility of individual claims, States would not, by their agreement, be able to determine once and for all their reciprocal commitments. The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of

vez se hace un uso mayor del derecho de petición individual en el ámbito de la normativa de derechos humanos por personas que denuncian violaciones de dicha normativa que también son violaciones del DCA/DIH es que esas personas no disponen de otros recursos efectivos para obtener reparación respecto de este último tipo de violaciones<sup>23</sup>. De esta cuestión se ocupa el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>24</sup>. Queda por ver cómo se aplicarán en la práctica esas disposiciones.

50. Es evidente que, aunque los dos regímenes jurídicos pueden adoptar formas sustancialmente diferentes, se ocupan de una serie análoga de problemas y son regímenes complementarios. Esto ha sido confirmado por la Comisión de Derechos Humanos, que en su resolución 2005/63 indicó que "la normativa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son complementarios y se refuerzan mutuamente" y que "la protección brindada por la normativa de los derechos humanos sigue vigente en las situaciones de conflicto armado, teniendo en cuenta las situaciones en que el derecho internacional humanitario se aplica como *lex specialis*", destacando asimismo en el primer párrafo de la resolución que "toda conducta que viole el derecho internacional humanitario... puede constituir también una violación manifiesta de los derechos humanos". Por consiguiente es necesario examinar la aplicabilidad de ambos regímenes jurídicos a fin de determinar si hay circunstancias en que ambos conjuntos de normas son aplicables.

## II. APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL DCA/DIH

51. Que exista o no un problema práctico, en oposición a uno académico, en lo que atañe a la relación entre ambos regímenes jurídicos depende de la respuesta que se dé a dos cuestiones. La primera es si la normativa de derechos humanos y el DCA/DIH se excluyen mutuamente. La segunda cuestión, que se relaciona con la primera pero es distinta de ella, es en qué medida el Estado tiene obligaciones en materia de derechos humanos fuera de su territorio nacional. Nos ocuparemos por separado de esas dos cuestiones.

52. Históricamente, la primera cuestión ha sido fuente de controversias, al menos en los círculos académicos. En los años setenta se realizaron numerosos estudios académicos sobre el tema. Las personas que tenían una formación en DCA/DIH tendían a argumentar que la normativa de derechos humanos era aplicable únicamente en tiempo de paz y que el DCA/DIH

---

International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (E/CN.4/RES/2005/35), recently adopted by the Commission, need to be understood against this background. Certain States have reservations as to the applicability of the Basic Principles to violations of LOAC/IHL.

<sup>23</sup> There are other reasons why individuals bring claims, such as obtaining vindication of what they have claimed occurred, where the State is denying the applicant's version of events, or in an attempt to obtain the truth or to secure accountability.

<sup>24</sup> A trust fund is to be established for the benefit of victims of crimes under Article 79 of the Statute.

era el único conjunto de normas aplicable en las situaciones de conflicto<sup>25</sup>. Quienes tenían una formación en derecho relativo a los derechos humanos era más probable que consideraran que esta normativa era aplicable en todas circunstancias, aunque en un modo algo modificado<sup>26</sup>.

53. La cuestión adquirió una importancia práctica real cuando los órganos de derechos humanos, en particular los que se ocupaban de denuncias individuales, tuvieron que ocuparse de supuestas violaciones que se habían producido en situaciones de conflicto y que estaban directamente relacionadas con el conflicto de que se tratara. En lugar de examinar la cuestión desde el punto de vista de la evolución cronológica de la jurisprudencia, se estructurará el análisis desde un punto de vista institucional.

54. Parece haber tres posibilidades teóricas: i) la aplicabilidad del DCA/DIH en el ámbito estricto del derecho desplaza la aplicabilidad de la normativa de derechos humanos, ii) la aplicabilidad del DCA/DIH en el ámbito estricto del derecho no tiene absolutamente ningún efecto sobre la aplicabilidad y la aplicación de la normativa de derechos humanos o, como posición intermedia, iii) cada conjunto de normas sigue siendo aplicable y cada uno de ellos debe tener presente al otro.

55. La cuestión que nos concierne aquí es en qué casos se aplica la normativa de derechos humanos en situaciones de conflicto. Aquí conviene recordar que los órganos que aplican principalmente el DCA/DIH, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el CICR, quizá también deban tener presente la aplicabilidad en todos los casos de la normativa de derechos humanos<sup>27</sup>. La complementariedad funciona en ambas direcciones.

56. Desde que en 1968 la Asamblea General aprobó su resolución 2444 (XXIII) sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, las resoluciones de la Asamblea han utilizado repetidamente la terminología relativa a los derechos humanos en las resoluciones que atañen a situaciones de conflicto<sup>28</sup>. En los últimos años, el Consejo de Seguridad ha hecho referencia con frecuencia cada vez mayor tanto a los derechos humanos como al derecho

---

<sup>25</sup> E.g. Suter K.D., “An enquiry into the meaning of the phrase “Human Rights in Armed Conflicts”, *Rev. de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, XV (3-4), 1976, p.393; Meyrowitz H., “Le Droit de la guerre et les droits de l’homme”, *Rev. du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, 5, 1972, p.1059.

<sup>26</sup> E.g. Meron T., *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, CUP, 1987; *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, OUP, 1989.

<sup>27</sup> See for example the use made of human rights in the case of *Tadic*, (IT-94-1) Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeal Chamber, ICTY, 2 October 1995; on the usefulness of HRsL for the ICRC, see Pejic J., *The Law of Armed Conflict: Problems and Prospects*, Chatham House, 18-19 April 2005, summary of proceedings, pp.42-45.

<sup>28</sup> *Human Rights in Armed Conflicts. Resolution XXIII adopted by the International Conference on Human Rights. Teheran, 12 May 1968.*

internacional humanitario en las situaciones de conflicto<sup>29</sup>. Esto parecería indicar una aceptación política del hecho de que ambos regímenes jurídicos pueden ser aplicables en una misma situación.

57. La Corte Internacional de Justicia se ha ocupado en dos ocasiones de esta cuestión, la primera en la opinión consultiva sobre la legalidad del empleo o la amenaza de empleo de armas nucleares<sup>30</sup> y, más recientemente, en la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado<sup>31</sup>. En este último caso, la Corte abordó de modo explícito los regímenes jurídicos aplicables en la situación de que se estaba ocupando. La Corte confirmó la aplicabilidad *de jure* del Cuarto Convenio de Ginebra y posteriormente pasó a examinar la aplicabilidad de la normativa de derechos humanos:

"Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios o convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario; y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos; y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario<sup>32</sup>."

Es evidente que la *lex specialis* no se utiliza aquí para desplazar la normativa de derechos humanos. Más bien sirve para indicar que los órganos que se ocupan de los derechos humanos deben interpretar una norma de derechos humanos teniendo presente el DCA/DIH.

---

<sup>29</sup> E.g. Resolution 1592 on the Situation concerning the Democratic Republic of Congo, S/RES/1592 (2005), adopted on 30 March 2005.

<sup>30</sup> ICJ, Advisory Opinion, July 8, 1996, para.25.

<sup>31</sup> ICJ, Advisory Opinion, 9 July 2004.

<sup>32</sup> Ibid, para.106.

## Órganos establecidos en virtud de tratados internacionales

58. Los órganos establecidos en virtud de tratados internacionales también han tenido que examinar esa cuestión. Por motivos de espacio, sólo será posible analizar las observaciones hechas por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Conviene tener presente, sin embargo, que otros órganos establecidos en virtud de tratados también se han ocupado de la cuestión, de modo directo e indirecto<sup>33</sup>.

59. Al formular su opinión, la Corte Internacional de Justicia se basó e hizo suya la práctica corriente del Comité de Derechos Humanos. La relación entre la normativa de derechos humanos y el DCA/DIH se ha planteado con mucha frecuencia en el contexto de la suspensión de las obligaciones de los Estados.

60. En 2001, el Comité de Derechos Humanos adoptó su Observación general N° 29 (2001) sobre la suspensión por los Estados de sus obligaciones durante estados de excepción<sup>34</sup>. El Comité de Derechos Humanos manifestó en primer lugar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos podía aplicarse en situaciones en que era aplicable el derecho relativo a los conflictos armados<sup>35</sup>. A continuación, el Comité reivindicó su competencia en relación con otros regímenes jurídicos que podrían ser aplicados junto con el Pacto<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> An article and a protocol to the Convention on the Rights of the Child expressly address an issue which arises in situations of conflict – the conscription or recruitment of child soldiers and their participation in conflict; Convention on the Rights of the Child, Article 38 and second optional protocol. The Convention against Torture addresses a phenomenon that is prohibited in all circumstances. LOAC/IHL prohibits the infliction of torture or cruel or inhuman or degrading treatment or punishment in both international and non-international conflicts. In the case of CEDAW, CERD and the Convention on Migrant Workers, the treaty bodies may have to address the issue indirectly.

<sup>34</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. To the best of the author's knowledge, no State has commented on the General Comment. This is in contrast to the situation after the HRC adopted General Comment 24 on reservations to human rights treaties. Three States, France, the UK and the USA, criticised certain paragraphs in that General Comment. Where a State does not object to a General Comment, especially where that particular State has in the past criticised a General Comment, that may be thought to imply, if not approval, at least non-objection. This is particularly important in the case of General Comments 29 and 31; see further below.

<sup>35</sup> “The Covenant requires that even during an armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation.”; *ibid*, para.3, emphasis added. The immediately preceding sentence makes it clear that “armed conflict” is being used to describe a situation in which LOAC is applicable; “During armed conflict, whether international or non-international, rules of international humanitarian law become applicable and help, in addition to the provisions in article 4 and article 5, paragraph 1, of the Covenant, to prevent the abuse of a State's emergency powers.” Dennis, in the context of an article disputing the extra-territorial applicability of HRsL, cites evidence from the negotiating record with regard to ICCPR Article 4 which in fact supports the continued applicability of non-derogable HRsL in time of war. States were expressly trying to ensure that

61. El Comité también ha afirmado que cuando examina la necesidad de la adopción de una medida particular de suspensión de la aplicación del Pacto, puede tener presente el derecho de los conflictos armados<sup>37</sup>. Sin embargo, esto todavía no explica cómo interpretará el Comité una acción o una medida que esté en conformidad con el derecho relativo a los conflictos armados pero que se puede argumentar que viola la normativa de derechos humanos. Las cuestiones más importantes a ese respecto son la prohibición, que no puede suspenderse, de privar a alguien de la vida arbitrariamente (art. 6) y la prohibición, que sí es posible suspender, de someter a alguien a detención o prisión arbitrarias (art. 9). Por lo que se refiere a los derechos de las personas detenidas, el Comité opina que tienen una función fundamental en lo que atañe a la prohibición, que no puede suspenderse, de someter a las personas a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Como resultado de ello, el Comité considera que algunos elementos particulares del artículo 9, que es posible suspender, de hecho no pueden ser suspendidos<sup>38</sup>. La observación general incluye un ejemplo del funcionamiento de ese principio<sup>39</sup>.

---

the article was consistent with the general international rules regarding the non-applicability of legal obligations in time of war, unless the obligation provided for continued applicability. The UK legal adviser suggested that the purpose of Article 4 was to prevent States from arbitrarily derogating from human rights obligations “in time of war”. War, unlike armed conflict, is a technical term and can only exist between two States. The annotation prepared by the Secretary-General again suggested that the function of Article 4 was to make express provision for limited continued applicability “in time of war”. This evidence does not address extra-territorial applicability but continued applicability in situations of conflict. Dennis M., “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, 99 AJIL (2005) p. 119 at pp.137-8.

<sup>36</sup> “Although it is not the function of the Human Rights Committee to review the conduct of a State party under other treaties, in exercising its functions under the Covenant the Committee has the competence to take a State party’s other international obligations into account when it considers whether the Covenant allows the State party to derogate from specific provisions of the Covenant.”; *ibid*, para.10.

<sup>37</sup> “As certain elements of the right to a fair trial are explicitly guaranteed under international humanitarian law during armed conflict, the Committee finds no justification for derogation from these guarantees during other emergency situations.”; *ibid*, para.16.

<sup>38</sup> “In order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, must not be diminished by a State party’s decision to derogate from the Covenant.”; *ibid*, para.16.

<sup>39</sup> *Ibid*, Footnote 9 in para. 16 states in part “See the Committee’s concluding observations on Israel (1998) (CCPR/C/79/Add.93), para. 21: “... The Committee considers the present application of administrative detention to be incompatible with articles 7 and 16 of the Covenant, neither of which allows for derogation in times of public emergency ... . The Committee stresses, however, that a State party may not depart from the requirement of effective judicial review of detention.” It should be noted that certain States, whilst not apparently objecting in principle to the possible applicability of the two legal regimes, have objected to particular manifestations of it. So, for example, the Netherlands objected to attempts by the HRC to raise

62. La observación general prevé explícitamente la aplicación del derecho relativo a los conflictos armados para dos fines: la determinación de si a un Estado le está prohibido adoptar una medida particular y la determinación de la necesidad de una medida que un Estado desea adoptar en una situación de excepción. En ambos casos, el efecto es asegurar la conformidad con el derecho relativo a los conflictos armados. La observación general considera que el Comité de Derechos Humanos puede ocuparse de cualquier presunta violación de los derechos humanos que caiga dentro de su jurisdicción, incluso en situaciones de conflicto armado. No explica en qué medida podría utilizar el derecho relativo a los conflictos armados en la interpretación del ámbito de una obligación sustantiva; por ejemplo, para determinar qué constituye una privación arbitraria de la vida. Se considera que la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia obligaría al Comité de Derechos Humanos a tener presente el DCA/DIH cuando determine que una privación de la vida es arbitraria en circunstancias en que es aplicable el DCA/DIH. Ese principio se aplicaría incluso en caso de conflictos no internacionales.

63. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales opina claramente que los Estados son responsables de esas políticas, incluso en situaciones en que es aplicable el DCA/DIH, ya que instó a Israel a rendir cuentas por las políticas que había adoptado en los territorios ocupados<sup>40</sup>. Con la misma claridad Israel afirma que, en los casos en que el DCA/DIH es aplicable, desplaza la aplicabilidad de la normativa de derechos humanos.

### **Procedimientos internacionales especiales**

64. Muchos de los mandatos se refieren a problemas que surgen en situaciones de conflicto, como la tortura, las ejecuciones sumarias, arbitrarias y extrajudiciales, la detención arbitraria, los desplazados internos y las desapariciones. Entre los mandatos relativos a países están o han estado los del Afganistán, el Iraq, el Sudán, Somalia, Liberia y los territorios palestinos ocupados desde 1967. En los informes de los órganos con mandatos relativos a países en situaciones de conflicto y en las resoluciones de la Asamblea General sobre esos mandatos se ha hecho referencia de modo habitual tanto a la normativa de derechos humanos como al derecho relativo a los conflictos armados, de ordinario en términos bastante generales<sup>41</sup>.

---

events in Srebrenica; UN Doc. CCPR/CO/72/NET/Add.1, para. 19 (2003) cited in Dennis; note 35, p.125, footnote 47. This is a particularly interesting case because it is not clear that LOAC/IHL is applicable in peace support operations.

<sup>40</sup> ICJ, note 31, para.112 – the Court expressly endorsed the Committee’s view.

<sup>41</sup> E.g. Report of the Special Rapporteur (Mr. Felix Ermacora) on the Situation of Human Rights in Afghanistan, A/49/650, November 8, 1994; Situation of Human Rights in Afghanistan, General Assembly Resolution A/RES/49/207, March 6, 1995. See also, Report of the Special Rapporteur on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions, E/CN.4/2004/7, December 22, 2003, paras. 26-32; specific situations referred to include belligerent occupation (Israel and the Occupied Territories) and international armed conflict (military operations in Iraq in the spring of 2003, which at some point became a military occupation), as well as internal conflicts; Report of the Independent Expert on the situation of human rights in Afghanistan, Mr. Cherif Bassiouni, E/CN.4/2005/122, 11 March 2005; the Report of John Dugard, the Special Rapporteur on the Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories,

65. A menudo sucede que quienes han recibido el mandato pueden comunicar una denuncia, así como la explicación dada por el gobierno, pero no pueden llegar a una conclusión por las diferentes versiones que hay de los hechos. Sin embargo, hay un procedimiento especial que es diferente a ese respecto. El tipo de mandato que tiene le permite llegar a conclusiones porque la presunta violación se refiere a la aplicación de una ley cuya existencia no puede ser puesta en duda. Ese procedimiento especial es el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria.

66. En su informe relativo a 2002, el Grupo de Trabajo formuló su opinión general sobre las personas detenidas en la bahía de Guantánamo (véase E/CN.4/2003/8)<sup>42</sup>. En ella se alega que existen dudas respecto al estatuto jurídico de los detenidos que sólo podría ser determinado por un tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Tercer Convenio de Ginebra, y no por medio de una decisión del poder ejecutivo. En otras palabras, el Grupo de Trabajo ha recurrido al DCA/DIH. Si un tribunal determinase que una persona no tiene derecho al estatuto jurídico de prisionero de guerra, dicha persona quedaría protegida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en especial por sus artículos 9 y 14<sup>43</sup>. El Grupo de Trabajo declaró expresamente que no era competente para determinar si un detenido tenía derecho a la condición jurídica de prisionero de guerra. En la opinión no se indica si las disposiciones del Pacto son pertinentes para interpretar el Tercer Convenio de Ginebra (es decir, las características del "tribunal competente" mencionado en el artículo 5 del Tercer Convenio de Ginebra) y tampoco se indica si el mandato del Grupo de Trabajo faculta a éste para asegurar que la detención esté en conformidad con ese Convenio, habida cuenta de que éste desplaza la aplicabilidad del Pacto.

---

including Palestine, E/CN.4/2004/6, September 8, 2003, which refers to particular principles of both HRsL and IHL; Report of the Independent Expert on the question of the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism (Mr. Robert K. Goldman), E/CN.4/2005/103, 7 February 2005. The Special Rapporteurs on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions routinely include in the reports references to the law of armed conflicts, as well as to human rights law. The difficulties which arise in relation to this particular mandate from a failure to take into account LOAC/IHL are illustrated by a comment of a former Special Rapporteur; "Governments must not resort to aerial bombing, use of snipers or pre-emptive strikes. The international community should take note of this growing tendency to use excessive force;" E/CN.4/2004/7, December 22, 2003, para. 96.2.

<sup>42</sup> Report of the Working Group on Arbitrary Detention, (E/CN.4/2003/8), December 16, 2002, paras. 61-64. Two separate issues have been of concern to the Working Group: detentions within the USA after 9/11 effected under powers under immigration law and detentions in Guantanamo Bay. The discussion here concerns only the latter category. The United States has provided information in the case of at least some persons detained within the United States; E/CN.4/2004/3/Add.1, p.20, opinion 21/2002. This suggests that it is deliberately drawing a distinction between the two categories of detainees.

<sup>43</sup> The United States has ratified the International Covenant on Civil and Political Rights. It has not entered a notice of derogation in relation to its activities since 9/11. On the implications of a failure to derogate, see further below.

67. En la respuesta dada por los Estados Unidos (E/CN.4/2003/8/Add.1)<sup>44</sup> se sostiene que no corresponde al mandato del Grupo de Trabajo ocuparse de cuestiones del derecho de la guerra. En esa respuesta no se examinó la posible aplicabilidad de la normativa de derechos humanos a los detenidos no protegidos por el DCA/DIH. Los Estados Unidos simplemente afirmaron que en la situación de que se trataba era aplicable el DCA/DIH, incluso si los detenidos no estaban protegidos por ese conjunto de normas, y que por lo tanto no era aplicable la normativa de derechos humanos.

68. Posteriormente, el Grupo de Trabajo tuvo que examinar la cuestión relativa a cuatro detenidos en la bahía de Guantánamo<sup>45</sup>. El Grupo de Trabajo opinó que su detención violaba la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>46</sup>. Esto entraña que los detenidos no protegidos por el Tercer Convenio de Ginebra están protegidos por la normativa de derechos humanos.

69. Por lo tanto, parece ser que, mientras que dos Estados (los Estados Unidos de América e Israel) adoptan la posición de que en los casos en que es aplicable el derecho relativo a los conflictos armados no es aplicable la normativa de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los órganos establecidos en virtud de tratados internacionales y los procedimientos internacionales especiales no adoptan la posición de que es una cuestión de "o uno u otro". En los casos en que es aplicable el derecho relativo a los conflictos armados también puede ser aplicable la normativa de derechos humanos, en particular cuando las personas no reciben la

---

<sup>44</sup> Letter dated 2 April 2003 from the Permanent Mission of the United States of America to the United Nations Office at Geneva addressed to the secretariat of the Commission on Human Rights, E/CN.4/2003/G/73, 7 April 2003.

<sup>45</sup> Opinion 5/2003, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2004/3/Add.1, 26 November 2003, pp.33-35; the Opinion was adopted on 8 May 2003. The British position, in relation to those detained in Iraq, is significantly different from that of the US. The UK acknowledges the applicability of the UDHRs to all detainees. It expressly rejects the idea that PoWs and security detainees have protection under human rights treaty law, notably the ICCPR. It does not do this on the basis that the situation is one in which LOAC/IHL is applicable but rather on the basis that those particular detainees are recognised as being protected by Geneva Conventions III and IV and those protections are being afforded them. It did not appear to reject the applicability of the ICCPR to criminal detainees. This approach, unlike that of the US, is consistent with that taken by the ICJ. See generally Report of the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2005/6, 1<sup>st</sup> December 2004, especially at paras. 6-9. See also the UK's 4<sup>th</sup> periodic report to CAT, the list of issues, the statement, the response and the concluding observations. It is not clear whether the UK accepts the scrutiny of human rights mechanisms to ensure that the rights under the Geneva Conventions are being respected.

<sup>46</sup> Opinion 5/2003, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2004/3/Add.1, 26 November 2003, pp.33-35, para.12. The US refused to provide information about the four cases, interestingly apparently citing reasons of national security rather than lack of jurisdiction; Report of the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/2004/3, 15 December 2003, para.19.

protección dada por ese primer conjunto de normas. A juzgar por las respuestas que dan a los órganos establecidos en virtud de tratados y a los procedimientos especiales, la mayoría de los Estados no adoptan una posición estricta de "o uno u otro", aunque pueden poner en duda la aplicabilidad de las normas de derechos humanos en situaciones particulares.

70. Es necesario examinar la cuestión de si los Estados Unidos e Israel pueden basarse en el principio del objetor persistente para afirmar que, al menos en lo que a ellos concierne, la aplicabilidad del DCA/DIH desplaza la de las normas de derechos humanos. En primer lugar se plantea la dificultad de determinar si esa doctrina puede aplicarse al ámbito de la normativa de derechos humanos. Hay otros ejemplos en que la aplicabilidad de la norma usual del derecho internacional puede ser modificada en el caso de tratados de carácter humanitario<sup>47</sup>. Y lo que es más fundamental, hay una profunda duda respecto a la persistencia de su objeción<sup>48</sup>. Ni los Estados Unidos ni Israel han hecho reserva o declaración alguna que expresamente excluya la aplicabilidad de la normativa de derechos humanos en los casos en que es aplicable el DCA/DIH. Se podría esperar no sólo que se pusieran reservas en el momento de la ratificación sino también objeciones a las observaciones generales que de modo directo o indirecto se ocupan de la cuestión. Esto es particularmente cierto en el caso de los Estados Unidos, que han criticado la Observación general N° 24 pero no han puesto objeción alguna a las Observaciones generales Nos. 29 y 31. Además, las instrucciones dadas a las fuerzas armadas de un Estado en las que se hace referencia a la aplicabilidad de la normativa de derechos humanos no parecen ser congruentes con una objeción persistente. Incluso si se pensase que esa doctrina es aplicable, no se aplicaría a las disposiciones de la normativa de derechos humanos que han adquirido la condición de *ius cogens*.

### **Órganos establecidos en virtud de tratados regionales**

71. Por motivos de espacio, sólo es posible hacer referencia a la jurisprudencia de dos órganos regionales y ello incluso del modo más breve<sup>49</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen jurisdicción en virtud de la

---

<sup>47</sup> E.g. Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 60.5, dealing with the consequences of a material breach.

<sup>48</sup> The US Operational Law Handbook 2004 (Berger, Grimes & Jensen, Eds.) contains a chapter dealing expressly with human rights law. It finds those rules of HRsL which represent customary international law to be applicable to US armed forces, including when acting extra-territorially. It states that, for reasons of domestic US law, because the treaties are not self-executing, treaty obligations are not applicable extra-territorially; see further below. In its second periodic report to CAT, 6 May 2005, the US explains the steps it has taken to give effect to its obligations, including in relation to detainees in Iraq, at least some of whom were clearly protected under LOAC/IHL. There is no suggestion that CAT has no jurisdiction on account of the applicability of LOAC/IHL; <http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm#additional>.

<sup>49</sup> The African Commission on Human and Peoples' Rights has addressed situations of conflict. The African Charter does not contain a derogation clause but the Commission takes the situation in a State into account when dealing with individual applications or country missions.

Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>50</sup>. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene jurisdicción en virtud de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>51</sup>. La Comisión ha elaborado informes por países, muchos de los cuales relacionados con situaciones de conflicto. La Corte ha dictado dos opiniones consultivas pertinentes respecto de las situaciones de conflicto<sup>52</sup>. En ese contexto, las tres causas más importantes juzgadas con arreglo a la Convención son el caso *Abella*<sup>53</sup>, el caso *Las Palmeras*<sup>54</sup> y el caso *Bámaca Velásquez*<sup>55</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha mostrado una voluntad explícita de hacer uso de las normas aplicables del DCA/DIH. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado que las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra pueden ser tenidas en cuenta cuando se interprete la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero tanto la Comisión como la Corte sólo pueden establecer que ha habido violación de la normativa de derechos humanos y no del DCA/DIH<sup>56</sup>. Esto parece sugerir que el DCA/DIH constituirá la base del análisis de un derecho promulgado en la Convención y no se utilizará meramente para confirmar un análisis basado en la normativa de derechos humanos.

72. La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el antiguo y el actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido que ocuparse de supuestas violaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos cometidas en situaciones de conflictos armados internacionales<sup>57</sup>, en conflictos armados no internacionales de alta intensidad<sup>58</sup> y en situaciones

---

<sup>50</sup> OAS.Treaty Series No. 36, 1144 UNTS123, entered into force July 18, 1978.

<sup>51</sup> 119 UNTS 3, entered into force December 13, 1951; amended by Protocol of Buenos Aires, 721 UNTS 324.

<sup>52</sup> Habeas corpus in emergency situations, Advisory Opinion OC-8/87 of January 30, 1987 and judicial guarantees in states of emergency, Advisory Opinion OC-9/87 of October 6, 1987.

<sup>53</sup> *Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report N° 55/97, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271 (1997).

<sup>54</sup> *Las Palmeras v. Colombia*, Preliminary Objections, Judgment of February 4, 2000.

<sup>55</sup> Judgment of November 25, 2000, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 70 (2000).

<sup>56</sup> *Ibid*, para. 209.

<sup>57</sup> They include the four inter-State cases brought by Cyprus against Turkey, the individual applications brought against Turkey arising out of its occupation of northern Cyprus and arguably Part III, section II of the fourth Geneva Convention was applicable to the facts in *Issa and others v. Turkey*, 31821/96, admissibility decision of May 30, 2000; decision of second Chamber, 16 November 2004; see also *Bankovic and others v. Belgium and 16 other members of NATO*, 52207/99, Admissibility Decision of 12 December 2001.

<sup>58</sup> *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, 57947/00, 57948/00 and 57949/00, judgment of 24 February 2005 and two other cases involving three applicants in which judgment was given on the same day. The cases concern incidents which arose during military operations in Chechnya.

en que se podía argumentar como mínimo que era aplicable el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra<sup>59</sup>. Además, el Tribunal Europeo está actualmente juzgando casos planteados en el contexto de operaciones de mantenimiento de la paz. El Tribunal Europeo nunca ha hecho referencia a la aplicabilidad del DCA/DIH. En algunas ocasiones ha afirmado que es consciente de la situación en que se está aplicando el Convenio Europeo pero lo ha hecho en el contexto de la aplicación de la normativa de derechos humanos<sup>60</sup>. Sin embargo, en algunos casos, es posible detectar que hay una conciencia del tipo de análisis que se llevaría a cabo en el marco del DCA/DIH<sup>61</sup>. Hay un motivo que es particular al Convenio Europeo por el que es necesario tener presente el DCA/DIH. Las disposiciones relativas a la privación ilegal de la vida y a la detención ilegal están redactadas de modo diferente a los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos enumera de modo exhaustivo los únicos motivos por los que se puede recurrir al empleo de la fuerza potencialmente letal y los únicos motivos por los que una persona puede ser sometida a detención. En esas circunstancias no reconocer la aplicabilidad del DCA/DIH tiene resultados ridículos, al menos en los casos en que el Estado no ha suspendido los derechos pertinentes<sup>62</sup>.

---

The Russian Constitutional Court has determined that the situation falls within Protocol II to the Geneva Conventions; Judgment of the Constitutional Court of the Russian Federation of 31 July 1995 on the constitutionality of the Presidential Decrees and the Resolutions of the Federal Government concerning the situation in Chechnya, European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe, CDL-INF (96) 1.

<sup>59</sup> E.g. at certain times the situation in Northern Ireland and south-east Turkey; the governments in question denied that the situation constituted an “armed conflict”.

<sup>60</sup> E.g. *Brogan & others v. UK*, ECHR, 11209/84, 11234/84, 11266/84, judgment of November 29, 1988 and *Aksoy v. Turkey*, ECHR, 21987/93, judgment of December 18, 1996, on periods of detention when investigating terrorist crimes; *Kaya v. Turkey*, ECHR, 22729/93, judgment of February 19, 1998, on carrying out autopsies in situations of conflict.

<sup>61</sup> The fact that this occurs in some cases but not others raising a very similar issue suggests that whether LOAC/IHL is used may depend on the individual judge or member of the secretariat responsible for the case e.g. contrast *Ergi*, ECHR, 23818/94, judgment of July 28, 1998 where the legal issue was handled consistently with LOAC/IHL and *Ozkan & others*, ECHR, 21689/93, judgment of April 6, 2004, where no attention at all appears to have been paid to LOAC/IHL; see paras. 103-6 & 305-6. In the Chechen cases, note 58, the ECHR appears to have used a law enforcement test, rather than a LOAC/IHL test in para. 171 but it did take into account the need for precautions in attack. It is not clear whether in non-international conflicts a party can target the fighters of the other side without the need for them to be posing a threat. In international conflicts, combatants can be targeted at any time. It is not clear whether that is also the case for civilians taking a direct part in hostilities in a non-international conflict, particularly since they can only be targeted for such time as they are participating.

<sup>62</sup> In the first two cases brought by Cyprus against Turkey, the Commission determined that, as Turkey had not derogated, the only grounds for detention were those set out in Article 5 of the Convention. This meant that the detention of PoWs was unlawful; 6780/74 & 6950/75, Report of the Commission, adopted on 10 July 1976; two members of the Commission suggested that

73. El análisis ha dado por supuesto hasta ahora que el DCA/DIH es aplicable. Aunque en muchas situaciones es evidente no sólo que es aplicable sino qué partes de él son aplicables, esto no siempre es así. Hay diferentes normas que son aplicables dependiendo de si la situación consiste en un conflicto armado internacional, un conflicto no internacional de alta intensidad o un conflicto armado de carácter internacional<sup>63</sup>. Hay dos tipos de problemas que se plantean al establecer la aplicabilidad del DCA/DIH. El primero es fundamentalmente político. En particular en situaciones de conflicto interno, los Estados a menudo se muestran renuentes a reconocer la aplicabilidad del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. La Observación general N° 29 parece poner de manifiesto que el Comité de Derechos Humanos es consciente de ese problema<sup>64</sup>.

74. El segundo tipo de dificultad es más fundamental. Puede que haya razones jurídicas para poner en duda la aplicabilidad del DCA/DIH. Esto es más fácil que se produzca en el umbral mínimo de aplicabilidad del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y en la frontera entre la aplicabilidad de ese artículo y la del Protocolo II adicional a dichos Convenios. Hay otras situaciones en que se plantean dificultades, por ejemplo en lo que atañe a determinar cuándo el conflicto en el Afganistán pasó de ser un conflicto internacional a ser no internacional<sup>65</sup>.

---

LOAC/IHL became applicable by virtue of the facts and should have been taken into account with or without derogation.

<sup>63</sup> See history, note 16 above.

<sup>64</sup> Note 34 and accompanying text.

<sup>65</sup> In the case of the initial American operations in Afghanistan in October 2001, there is no doubt that there was an international armed conflict between the USA and its allies and the Afghan authorities (the Taliban), assisted by Al Qaida. Common Article 2 of the Geneva Conventions 1949 makes it clear that it is not necessary for a State to recognise its opponent as the legitimate authority; it is sufficient for it to be the de facto authority in control of the State. There was presumably, at the same time, a non-international conflict between the Taliban and the Northern Alliance, unless the latter were fighting as part of the American armed forces. At some point, the American forces were present with the consent of the newly installed authorities. From then on, it would appear that there has been a non-international conflict between the US armed forces and the remnants of the Taliban and Al Qaida; Pejic J., "Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?", LXXV BYIL (2004), forthcoming, p.1. At the time of the drafting of common Article 3, it would appear that the negotiating parties assumed that the conflict occurred between a non-State party and the State whose territory it was; Pictet J. (Ed.) Commentary to the Geneva Conventions of 1949, 4 volumes, 1952, 1960, 1960 and 1958, ICRC; commentary to common Article 3. There is nothing on the face of the provision, however, that precludes its applicability between a non-State group and a State operating with the consent of the territorial State. At what point did the conflict shift from being international to being non-international; was it with the installation of President Karzai, with his endorsement by the Loya Jirga or only after elections? Similar difficulties arise in relation to Iraq. It started out as an international armed conflict and then a belligerent occupation. At what point did the coalition forces cease to be occupying forces or do they in fact remain occupying forces, if the notion of the consent to their presence of sovereign Iraqi authorities is something of an illusion? If an

75. No existe ningún órgano que se ocupe de determinar el carácter de un conflicto y la aplicabilidad del DCA/DIH en el momento del enfrentamiento armado. Aunque por lo general será evidente para un órgano establecido en virtud de un tratado o un procedimiento especial si el DCA/DIH es aplicable y si debe aplicarse como *lex specialis*, es posible que haya algunas situaciones en que esto sea más difícil de determinar.

76. La jurisprudencia apunta firmemente a que:

- La normativa de derechos humanos, sujeta a una posible suspensión, sigue siendo aplicable en las situaciones en que es aplicable el DCA/DIH;
- En las situaciones de conflicto, en particular en las situaciones que se presentan en el campo de batalla, los órganos de derechos humanos deben interpretar la normativa de esos derechos teniendo presente el DCA/DIH, como la *lex specialis*;
- Es probable que surjan dificultades si un órgano de derechos humanos no tiene en cuenta el DCA/DIH;
- Parece improbable que sea aplicable el principio del objetor persistente, tanto como principio como en la práctica; y
- Los miembros de los órganos establecidos en virtud de tratados y de los procedimientos especiales pertinentes deben poseer una formación en DCA/DIH, si consideran que la necesitan, o deben contar con el asesoramiento de expertos en DCA/DIH<sup>66</sup>.

77. En relación con la aplicabilidad simultánea del DCA/DIH, no hay fundamento alguno en principio para establecer una distinción entre los conflictos internos y los internacionales. O bien la aplicabilidad del DCA/DIH desplaza la de la normativa de derechos humanos o bien no lo hace. Hay pruebas concluyentes de que no lo hace. Sin embargo, se podría establecer una diferencia entre los conflictos internacionales y los no internacionales según la respuesta que se

---

intense military operation occurs during a military occupation, as was the case at Falluja, is that subject to the law and order powers of the occupying power or to the provisions on the conduct of hostilities in Protocol I or customary law? The ICJ addressed the question in an ambiguous way in the Advisory Opinion on the Wall, note 31 at para. 124. It is not clear whether the Court was saying that, at the relevant time, the provisions on the conduct of hostilities were not applicable on the facts or whether it was suggesting that, as a matter of law, once territory is occupied the rules on the conduct of international operations are no longer applicable, presumably meaning that they must take place in accordance with the law and order authority of the occupying power. Further problems arise in the case of isolated individual attacks, such as the attack in Yemen by the American predator drone; Pejic, art. cit., pp. 17-18. It may have been an armed attack but did it constitute an armed conflict?

<sup>66</sup> LOAC/IHL treaties are not drafted in the same way as HRsL and cannot be interpreted in the same way. The *Abella* case, note 53, shows that a human rights body is perfectly capable of applying LOAC/IHL properly, when it has the requisite expertise.

dé a la cuestión que se plantea a continuación. Si sucediera que las obligaciones en materia de derechos humanos únicamente son vinculantes para un Estado dentro de su territorio nacional, entonces las únicas circunstancias en que podrían ser aplicables tanto el DCA/DIH como la normativa de derechos humanos serían, en primer lugar, los casos de conflictos internos y, en segundo lugar, los casos de acciones llevadas a cabo dentro del territorio nacional durante un conflicto armado internacional.

### **III. APLICABILIDAD EXTRATERRITORIAL DE LA NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS**

78. En muchos casos la superposición posible que existe entre la normativa de derechos humanos y el DCA/DIH se produce en situaciones en que estallan conflictos dentro del territorio nacional. No se plantea en estos casos la cuestión de la aplicabilidad extraterritorial de la normativa de derechos humanos. Sin embargo, hay otros casos en que las fuerzas armadas de un Estado supuestamente violan la normativa de derechos humanos fuera del territorio nacional. Pueden estar participando en un conflicto armado internacional o no internacional, estar presentes como parte de una operación de mantenimiento de la paz o estar presentes, con el consentimiento del país anfitrión, de modo temporal o permanente. En otras palabras, la cuestión de la aplicabilidad extraterritorial de la normativa de derechos humanos incluye las situaciones de conflicto pero no queda limitada a ellas. Ni siquiera queda limitada a las fuerzas armadas. Otros agentes estatales, como el personal diplomático, pueden realizar actividades fuera del territorio nacional que supuestamente violan la normativa de derechos humanos.

79. Quienes ponen en duda la aplicabilidad de la normativa de derechos humanos fuera del territorio nacional utilizan tres argumentos diferentes. El primero es que la normativa de derechos humanos se concibió para ser aplicada únicamente a la relación entre un Estado y sus ciudadanos<sup>67</sup>. La dificultad que entraña ese argumento es que es evidente que los extranjeros que se encuentran en un territorio nacional disfrutan de protección en virtud de la normativa de derechos humanos<sup>68</sup>. Se sugiere entonces que hay otros modos en que el derecho internacional protege a los nacionales extranjeros de los actos extraterritoriales de un Estado<sup>69</sup>. Sin embargo, si la normativa de derechos humanos se aplica a los extranjeros dentro del territorio nacional, ello sugiere que su carácter de extranjeros no es en sí mismo un motivo para privarlos de la protección de la normativa de derechos humanos. Otros sugieren que el contexto particular en que es aplicable la normativa de derechos humanos es el carácter del control ejercido por un Estado en su territorio y sobre las personas individuales o la población en su conjunto. Sin

---

<sup>67</sup> US Operational Law Handbook (2004), note 48, pp. 48-49; Dennis M., note 35.

<sup>68</sup> In addition to general comments 15 and 31 and the case-law before human rights bodies, there is a human rights treaty designed to protect foreigners, the International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers.

<sup>69</sup> Under the law of state responsibility, States are responsible to other States for the treatment of nationals of the other. This is not based on the individual rights of the victim but rather treats the individual as a species of state property.

embargo, si ejerce un control idéntico o análogo fuera del territorio nacional, no hay motivo alguno para hacer una distinción sobre esa base.

80. El segundo argumento concierne las repercusiones del hecho de que los Estados no hayan suspendido la normativa de derechos humanos cuando realizan operaciones militares extraterritoriales<sup>70</sup>. Se afirma que esto indica que los Estados no esperan que sus obligaciones en virtud de la normativa de derechos humanos tengan una aplicabilidad extraterritorial. Se pueden oponer dos objeciones a ese argumento. En primer lugar, el hecho de que no hayan suspendido las normas no significa que no estén obligados a hacerlo, si es que desean obtener la ventaja correspondiente. En el único caso en que esta cuestión se ha planteado directamente, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que el Convenio era aplicable fuera del territorio nacional y que lo era en su totalidad, ya que el Estado no había suspendido las normas correspondientes<sup>71</sup>. En segundo lugar, por lo general los Estados no han puesto objeciones a la aplicabilidad extraterritorial fuera de la esfera militar, por ejemplo en el caso de actos llevados a cabo por el personal diplomático o de detenciones realizadas por agentes estatales<sup>72</sup>.

81. El tercer argumento concierne no al principio general de la aplicabilidad sino a las circunstancias en que la normativa de derechos humanos podría ser aplicable extraterritorialmente. Se considera respecto de este caso que no existe base alguna en el derecho ni en la práctica que haga pensar que la normativa de derechos humanos no es, en principio, aplicable fuera del territorio nacional, pero sí que se plantean cuestiones respecto a las circunstancias en que la normativa de derechos humanos es aplicable en esas ocasiones y respecto al alcance de su aplicabilidad<sup>73</sup>.

82. La mayor parte de los tratados relativos a los derechos humanos contienen una disposición según la cual los Estados se comprometen a asegurar la protección de los derechos de que se

---

<sup>70</sup> *Bankovic*, note 57; Dennis, note 35.

<sup>71</sup> *Cyprus v. Turkey*, note 62.

<sup>72</sup> In the second US periodic report to CAT, note 48, the US sets out the measures it has taken to protect detainees in Afghanistan and Iraq. The UK accepted the applicability of HRsL to common criminals in Iraq in its dialogue with the Working Group on Arbitrary Detention, note 45. The 17 respondent Governments in the case of *Bankovic*, note 57, stated that the Convention was applicable to persons detained outside national territory; para. 37.

<sup>73</sup> The case-law will be examined in the context of that particular question. The totality of the case-law represents the evidence that applicability of HRsL extra-territorially cannot be rejected in principle. It should also be noted that the ICJ Advisory Opinion, note 31, concerned the applicability of HRsL outside national territory, in territory occupied by Israel. The issue of the circumstances in which a person outside national territory is nevertheless within the jurisdiction for the purposes of HRsL specifically in the context of military operations is the subject-matter of litigation in various States, including Italy and the Netherlands. In the case of the UK, such an issue has arisen in relation to deaths at the hands of British armed forces in Iraq during the period of military occupation; *Al-Skeini et al. v. Sec. of State for Defence*, [2004] EWHC 2911; both sides are appealing the decision of the High Court.

trate respecto a las personas bajo su jurisdicción. La fórmula exacta varía<sup>74</sup>. La cuestión que se plantea, por lo tanto, es ¿cuándo está una persona "dentro de la jurisdicción" de un Estado, teniendo presente que el acto denunciado se llevó a cabo fuera del territorio nacional?

La jurisdicción entraña la afirmación de la autoridad, *de facto* o *de jure*. La autoridad puede ser legislativa, judicial o ejecutiva. En la Observación general N° 31 (2004), el Comité de Derechos Humanos afirmó que "... un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte"<sup>75</sup>. La jurisprudencia puede examinarse a la luz de tres criterios: control territorial, control sobre la persona del denunciante y control sobre la comisión de la supuesta violación. Es importante subrayar que, incluso cuando un caso queda dentro de una de esas categorías, ésta puede no ser la base de la decisión del órgano de derechos humanos.

### **Control territorial**

83. El control territorial puede adoptar la forma de una ocupación militar, un control sin ocupación o un control temporal. En una situación de ocupación militar, el Estado está en condiciones de asegurar los derechos humanos de igual modo que en su territorio nacional<sup>76</sup>. El Comité de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos han indicado que la Potencia ocupante es responsable de la protección de los derechos humanos en el territorio ocupado<sup>77</sup>. La Comisión Europea de Derechos Humanos ha dejado claro que la responsabilidad

---

<sup>74</sup> Under Article 2 of the ICCPR, a State undertakes to respect and ensure the rights of "all individuals within its territory and subject to its jurisdiction". The HRC has in recent times interpreted "and" disjunctively; general comment 31, note 19. Article 2 of CAT provides that States will take measures to prevent "acts of torture in any territory under its jurisdiction"; it is unusual in that the focus is not on the individual victim. Article 22 of CAT provides for petitions from "individuals subject to its jurisdiction". There is no analogous provision in the CESCPR, but the Committee has interpreted the Covenant as applying to an occupying power in occupied territory, a view which has been endorsed by the ICJ. Under Article 1 of the American Convention, States undertake to respect the rights of "all persons subject to their jurisdiction". There is no general jurisdictional clause in the African Charter on Human and Peoples' Rights. The Protocol establishing the African Court defines the jurisdiction of the Court but not that of the High Contracting Parties. Under Article 1 of the ECHR, States undertake to "secure to everyone within their jurisdiction" the rights under the Convention.

<sup>75</sup> Note 19, para.10.

<sup>76</sup> This is subject to a significant qualification. Under LOAC/IHL, an occupying power is not allowed to change the law in place in the territory, except where it is necessary to do so for its own security; Hague Convention IV (1907), annex Article 43; Geneva Convention IV, Article 64. In a situation of military occupation, by definition the territory "is actually placed under the authority of the hostile army" and "[t]he occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised"; Hague Convention IV (1907), Annex, Article 42; emphasis added.

<sup>77</sup> HRC Concluding Observations on Periodic Reports of Israel, UN Doc.CCPR/C/79/Add.93, para.10; CCPR/CO/78/ISR, para. 11; of Syria, CCPR/CO/71/SYR, para. 10 and of Morocco

del Estado se extiende no sólo a los actos de sus propios agentes sino de todos los funcionarios, de igual modo que sucedería en el territorio nacional. No está claro si la base de la opinión del Comité de Derechos Humanos es que las personas están bajo la jurisdicción de la Potencia ocupante o que la protección de los derechos humanos es responsabilidad de la Potencia ocupante en virtud de las normas que regulan la responsabilidad de los Estados<sup>78</sup>.

84. La Comisión Europea de Derechos Humanos también ha reconocido la responsabilidad de un Estado que desempeña una función importante en los asuntos de una entidad no reconocida que, sin embargo, podría no considerarse como ocupación con arreglo al DCA/DIH. En el caso *Ilascu y otros*, consideró a la Federación de Rusia responsable de los actos de sus fuerzas armadas en la región del Transdniéster<sup>79</sup>. En el caso *Issa y otros c. Turquía*, la Comisión Europea de Derechos Humanos dio un paso más y contempló la posibilidad de un control temporal del territorio<sup>80</sup>.

85. Puede plantearse una cuestión de control territorial en el caso en que se asigne la responsabilidad respecto de un sector particular a las fuerzas armadas de un Estado en una operación de mantenimiento de la paz<sup>81</sup>.

---

CCPR/C/79/Add.113, para.9 and CCPR/CO/82/MAR, 1 December 2004, paras. 8 & 18; ECHR: the inter-State litigation between Cyprus and Turkey culminating in 25781/94, judgment of 10 May 2001 and the individual applications against Turkey arising out of the situation in northern Cyprus such as the case of *Loizidou*, ECHR, 15318/89, judgment of 18 December 1996.

<sup>78</sup> Contrast concluding observations on the third and fourth periodic reports of Israel, note 77. In the third report, the HRC pointed to "... the long-standing presence of Israel in these territories, Israel's ambiguous attitude towards their future status, as well as the exercise of effective jurisdiction by Israeli security forces therein"; para.10, emphasis added. In the fourth report, the HRC stated "... the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party's authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public international law"; para.11, emphasis added.

<sup>79</sup> *Ilascu & others v. Moldova & the Russian Federation*, with Romania intervening, ECHR, 48787/99, Judgment of 8 July 2004; the view of the Court may have been affected by the fact that Russian forces were responsible for the original act of detention.

<sup>80</sup> ECHR, 31821/96, admissibility decision of May 30, 2000; decision of second Chamber, 16 November 2004.

<sup>81</sup> *Behrami v. France*, 71412/01, ECtHR, 16 September 2003; the case has been communicated to the French government. One child was killed and another injured when a cluster weapon exploded in the French area of operations in Kosovo; see generally HRC, General Comment 31, note 19.

## Control sobre la persona del denunciante

86. Existe una jurisprudencia sólida de los órganos de derechos humanos en el sentido de que una persona está bajo la jurisdicción de un Estado cuando es detenida por los agentes de ese Estado fuera del territorio nacional. Se destaca el control ejercido por el Estado sobre el detenido, pero ese control no constituye necesariamente la base de la decisión. A ese respecto, en el caso *López Burgos*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos consideró que el esposo de la denunciante estaba bajo la jurisdicción del Uruguay cuando fue torturado, en un primer momento en la Argentina, por las fuerzas de seguridad uruguayas<sup>82</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ante sí una cuestión análoga en relación con personas detenidas por fuerzas estadounidenses durante su intervención en Granada. En el caso *Coard y otros*, esa Comisión sostuvo que la prueba decisiva era si una persona estaba sujeta a la autoridad y el control de un Estado<sup>83</sup>. Una prueba análoga se ha utilizado en relación con los detenidos en la bahía de Guantánamo<sup>84</sup>. Los Estados Unidos pusieron objeciones al ejercicio de la jurisdicción de la Comisión afirmando que la situación estaba regulada por el DCA/DIH. De modo análogo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló que Ocalan, el dirigente del PKK, estaba bajo la jurisdicción de Turquía desde el momento en que quedó en poder de las fuerzas de seguridad turcas en Kenia<sup>85</sup>.

87. La base del análisis del Comité de Derechos Humanos no es la cuestión de la detención:

"La mención que se hace en el artículo 1 del Protocolo Facultativo a "individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado" ... no se refiere al lugar en que se produjo la violación sino a la relación que hay entre el individuo y el Estado *respecto de la violación* de cualquiera de esos derechos reconocidos en el Pacto independiente del lugar en que ocurra" (sin cursivas en el original)<sup>86</sup>.

En los casos examinados hasta ahora, las víctimas estaban en un lugar de detención. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio a la detención un significado más amplio en el caso *Issa y otros c. Turquía*<sup>87</sup>. En ese caso, los parientes de los denunciantes fueron supuestamente trasladados de un lugar a otro bajo el control exclusivo de soldados turcos.

---

<sup>82</sup> HRC 29 July 1981, UN Doc.A/36/40, 176; Communication No.52/1979, CCPR/C/13/D/52/197.

<sup>83</sup> IACHR Report No. 109/99, Case No. 10,951, 29 September 1999, Ann. Rep. IACHR 1999.

<sup>84</sup> Center for Constitutional Rights; [http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september\\_11th/docs/3-13-02%20IACHRAoptionofPrecautionaryMeasures.pdf](http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/3-13-02%20IACHRAoptionofPrecautionaryMeasures.pdf).

<sup>85</sup> ECHR, 46221/99, judgment of 12 March 2003; Grand Chamber judgment of May 12, 2005, para.91. This decision postdates that in *Bankovic*, note 57.

<sup>86</sup> *Lopez Burgos*, note 82, para 12.2, emphasis added. This is further confirmed in the separate opinion of Mr. Tomuschat.

<sup>87</sup> Note 57.

88. En los casos de detención, se ha fallado que las víctimas estaban bajo una jurisdicción en referencia a violaciones relacionadas con la detención, como detención ilegal o supuestos malos tratos. Una persona puede estar bajo la jurisdicción de un Estado en lo que respecta a algunas cuestiones y de otro Estado en lo que respecta a otras. La jurisdicción no es una cuestión de todo o nada<sup>88</sup>.

### **Control sobre la comisión de la supuesta violación**

89. Hay casos en que los órganos de derechos humanos han fallado que las víctimas estaban bajo una jurisdicción pero que no pueden explicarse sobre las bases examinadas hasta ahora. Dos de esos casos están representados por decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El primero se refiere a las muertes que se produjeron como consecuencia del supuesto bombardeo de un hospital psiquiátrico durante la intervención realizada por los Estados Unidos en Granada<sup>89</sup>. El segundo se refiere a las personas muertas y heridas como consecuencia de disparos supuestamente indiscriminados y temerarios hechos durante la operación estadounidense en Panamá<sup>90</sup>. Aunque la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no contiene un cláusula jurisdiccional y los Estados Unidos no habían planteado la cuestión de la extraterritorialidad, la Comisión Interamericana lo hizo por iniciativa propia. La Comisión Interamericana decidió que tenía competencia para ocuparse de la cuestión.

90. Los casos europeos han tenido que ver sobre todo con actos realizados por el personal diplomático. Esos casos no se han referido a la responsabilidad de un Estado por actos realizados en los locales diplomáticos. La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos estableció que el control ejercido por un agente de un Estado sobre un acto o decisión que se considerara que violaba los derechos del denunciante era suficiente para poner a dicho denunciante bajo la jurisdicción de ese Estado<sup>91</sup>. Es posible que la decisión original sobre la admisibilidad en el caso *Issa* se comprenda mejor como ejemplo de la aplicación de ese principio. No está claro si la decisión sobre la admisibilidad en el caso *Varnava y otros* se basa en la detención o en algún otro fundamento<sup>92</sup>.

91. El único modo en que estos casos pueden conciliarse es mediante el análisis hecho por el Comité de Derechos Humanos en el caso *López Burgos*<sup>93</sup>. En otras palabras, lo que determina si

---

<sup>88</sup> E.g. In the *Ilascu* case, note 79, different violations were found against Moldova and Russia; contra *Bankovic*, note 57.

<sup>89</sup> *Disabled Peoples' International et al v. United States*, Case 9213, Inter-Am. C.H.R. 184, OEA/ser. L/V/II.71, doc. 9 rev. 1 (1987) (Annual Report 1986-1987).

<sup>90</sup> *Salas and others v. the United States*, IACHR Report No.31/93, Case No. 10,573, 14 October 1993, Ann. Rep. IACHR 1993, 312.

<sup>91</sup> *X v Federal Republic of Germany* (Application No 1611/62; 25 September 1965), 8 Ybk ECHR, p.158 at 169; *WM v Denmark*, 17392/90, admissibility decision of 14 October 1992.

<sup>92</sup> *Varnava & others v. Turkey*, 16064/90 & others, admissibility decision of April 14, 1998.

<sup>93</sup> Note 82.

un denunciante se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado es la relación entre la persona, los agentes del Estado y el acto que se afirma que constituye una violación. Si el Estado controla la comisión de la presunta violación y se previó o se hubiera debido prever que el denunciante sería víctima del acto, el denunciante se encuentra bajo su jurisdicción<sup>94</sup>.

92. Se considera que está claro que:

- En algunas circunstancias, un Estado puede ser responsable en virtud de la normativa de derechos humanos por los actos y omisiones de los agentes estatales fuera del territorio nacional;
- En un territorio sujeto a ocupación militar, un Estado es responsable de los actos de todos los funcionarios y no sólo de su propio personal;
- En otras circunstancias, un Estado es únicamente responsable de los actos y omisiones de los agentes estatales cuando éstos controlan la comisión de la presunta violación y cuando se previó o se hubiera debido prever que la víctima se vería afectada negativamente por el acto o la omisión.

Conviene tener en cuenta que el mero hecho de que la normativa de derechos humanos sea aplicable no significa que tiene que haber sido violada. Además, se ha afirmado que, en los casos en que es aplicable el DCA/DIH, la normativa de derechos humanos debe interpretarse a la luz de las otras normas aplicables.

#### IV. OTRAS CUESTIONES

93. Hay una variedad de cuestiones particulares que no pueden abordarse debido a las limitaciones del presente documento de trabajo pero que quizás sean dignas de ser estudiadas más a fondo. Todas ellas son cuestiones relativas a la aplicación, en oposición a la aplicabilidad, de la normativa de derechos humanos en circunstancias en que también es aplicable el DCA/DIH. Esas cuestiones son:

---

<sup>94</sup> Such a test has the additional advantage of being consistent with the law of State responsibility. It also ensures that applicants complaining of the same acts under the same control of the same State agents are treated in the same way, whether the harm occurs within or outside national territory. E.g. *Isiyok v. Turkey*, 22309/93, admissibility decision of 3 April 1995; friendly settlement of 31 October 1997; the alleged violation was the harm that resulted from aerial bombardment. It would seem somewhat strange if whether or not a victim is within the jurisdiction of a State depends on which side of the border the missile falls. It would also ensure that victims of aerial attack would be subject to the same jurisdictional criterion as victims of ground attack. If the test used is control of the victim, as opposed to control over the infliction of the alleged violation, ground forces may be found to be in control of the applicant, as in the *Issa* case, note 57, but it is difficult to see how airborne forces could be, even when that person is intentionally targeted. The difficulty with the admissibility decision of the ECHR in the case of *Bankovic*, note 57, is that it appears to make jurisdiction dependent on the colour of the uniform or on the type of weapon used.

- a) La prohibición de la privación arbitraria de la vida y la protección del derecho a la vida:
  - i) Las circunstancias en que una persona puede ser blanco selectivo;
  - ii) Las precauciones que deben adoptarse al planificar un ataque;
  - iii) La relación entre el principio de la proporcionalidad en la normativa de derechos humanos y la prohibición de ataques indiscriminados y de ataques que es probable que causen daños desproporcionados a los civiles conforme al DCA/DIH;
  - iv) La medida en que hay obligación de realizar una investigación efectiva de los casos de privación de la vida y el alcance de la obligación en circunstancias en que es aplicable el DCA/DIH;
- b) La prohibición de las torturas y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes:
  - i) La medida en que los métodos, las armas y las prácticas de guerra pueden ser causa de tratos inhumanos<sup>95</sup>;
  - ii) La medida en que las penas colectivas, prohibidas en virtud del DCA/DIH, puede considerarse que constituyen penas crueles o inhumanas;
- c) Las personas desaparecidas en tiempo de guerra y en tiempo de paz: examen de si existe una relación entre las obligaciones en virtud del DCA/DIH en lo que atañe a las desapariciones en tiempo de guerra y las obligaciones en virtud de la normativa de derechos humanos de prevenir, impedir e investigar las desapariciones en tiempo de paz;
- d) La detención: la medida en que las obligaciones en virtud de la normativa de derechos humanos relativas a la detención, como el derecho al hábeas corpus y el derecho a obtener asistencia letrada, son aplicables a las circunstancias de la detención en virtud del DCA/DIH;
- e) El acceso a atención médica: la relación entre las disposiciones detalladas del DCA/DIH relativas al acceso a la atención médica y a la protección del personal médico y la normativa de derechos humanos;
- f) El derecho a un recurso: examen de si el derecho a un recurso sigue siendo aplicable en las situaciones de conflicto y las repercusiones que esto tiene.

Otras posibles cuestiones son:

---

<sup>95</sup> E.g. the common practice, prohibited under LOAC/IHL, of removing the ears of dead opponents as some form of trophy; e.g. *Akkum, Akan and Karakoc v. Turkey*, ECHR, 21894/93, judgment of March 24, 2005.

- g) La aplicación:
  - i) De las medidas destinadas a prevenir las violaciones;
  - ii) De las medidas destinadas a hacer cumplir las normas con posterioridad a los hechos;
- h) Las instituciones:
  - i) Las ONG y las situaciones de conflicto;
  - ii) La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y el DCA/DIH;
  - iii) Otras cuestiones institucionales.

94. No hay duda alguna de que aún se podrían añadir otras cuestiones a esa lista.

-----