

El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿brinda el derecho internacional humanitario respuesta a todas las cuestiones?

Louise Doswald-Beck

Louise Doswald-Beck es profesora del *Graduate Institute for International Relations* de Ginebra y directora del *University Centre for International Humanitarian Law*

Resumen

En este artículo se expone la interpretación pertinente del derecho a la vida promulgada por los órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos y se analiza cómo esa interpretación podría influir en el derecho relativo al uso de la fuerza en los conflictos armados y las situaciones de ocupación, cuando el derecho internacional humanitario no es claro. La simultánea aplicación del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos a las hostilidades en los conflictos armados no significa que el derecho a la vida deba interpretarse a la luz de las disposiciones del derecho internacional humanitario en todas las situaciones. La autora opina que el derecho de los derechos humanos referente al derecho a la vida puede completar las normas del derecho internacional humanitario relativas al uso de la fuerza en los conflictos no internacionales y en las situaciones de ocupación, así como el derecho concerniente a los civiles que “participan directamente en las hostilidades”. Por último, al hacer referencia a la prohibición tradicional del asesinato, la autora concluye que la aplicación del derecho de los derechos humanos en tales situaciones no socavaría el derecho internacional humanitario.

.....

Hoy en día se reconoce en general, incluso los más escépticos lo hacen, que el derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo aplicable durante todos los conflictos armados junto con el derecho internacional humanitario (DIH). Existe empero la tendencia a pensar que los derechos humanos sólo pueden aportar alguna clarificación en cuestiones no relacionadas con la conducción de las hostilidades, como sería la de proporcionar más detalles sobre el derecho a un proceso equitativo. No obstante, cuando se trata del uso real de la fuerza, se considera por lo general que el derecho de los derechos humanos ha de interpretarse de una manera absolutamente coherente con el DIH. Esto es particularmente cierto por lo que atañe al derecho a la vida. La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las *Armas Nucleares*¹ suele citarse para respaldar esta tesis.

Sin embargo, este enfoque simplifica demasiado la situación en dos aspectos. En primer lugar, dado que los tratados del derecho internacional de los derechos humanos establecen el derecho a presentar demandas individuales, lo que hasta ahora no es posible en el marco del DIH, ha correspondido a los órganos constituidos en virtud de tratados sobre derechos humanos analizar si ha habido violaciones del derecho a la vida durante las hostilidades. Estos órganos sólo pueden recurrir a las disposiciones de los tratados que los crearon y, por lo tanto, han dictaminado si ha habido violaciones del derecho a la vida sin hacer referencia al DIH². En segundo lugar, este planteamiento presupone que el DIH es perfectamente claro por lo que respecta a cuándo y a qué fuerza puede utilizarse en todas las situaciones de conflicto armado, lo cual no es el caso. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Instituto Asser ya han celebrado cuatro reuniones de expertos a fin de intentar determinar cuándo los civiles pueden ser atacados porque “participan directamente en las hostilidades”³. Hasta la fecha, la divergencia de opiniones en cuanto a esa participación refleja la falta de coherencia en la práctica de los Estados al respecto. Otro ámbito que no está en absoluto claro, dado que los tratados pertinentes no establecen nada al respecto, es cuándo las normas del

1 Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, en la que la Corte afirmó que el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable al uso de las armas nucleares, pero que “lo que constituye una privación arbitraria de la vida... ha de determinarse por la *lex specialis* aplicable, en particular, el derecho aplicable en los conflictos armados, cuya finalidad es regular la conducción de las hostilidades”. ICJ Reports, 1996, § 25.

2 La única excepción fue el recurso directo al DIH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en particular en el caso *Abella c. Argentina* (Informe N.º 55/97, Caso 11.137, 18 de noviembre de 1997, §§ 152-189). Sin embargo, la Corte Interamericana, en el caso posterior *Las Palmeras c. Colombia*, especificó que no era posible recurrir al DIH dado que los Estados partes sólo atribuyeron competencia a la Corte para interpretar las disposiciones sobre derechos humanos (Excepciones Previas, sentencia del 4 de febrero de 2000, § 33), a pesar de que en el caso *Bámaca-Velásquez c. Guatemala* aceptó que “las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana” (sentencia del 25 de noviembre de 2000, § 209). A pesar de que el Comité de Derechos Humanos de la ONU afirmó, en su Observación General 31 que “normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto” (26 de mayo de 2004, § 11), en la práctica no ha hecho referencia al DIH en su jurisprudencia sobre el derecho a la vida en los conflictos armados.

3 Puede hallarse un resumen de esas reuniones, así como una copia de los informes correspondientes, en el sitio Websiguiente: www.icrc.org/eng/siteeng0.nsf/iwpList575/459BOFF70176F4E5C1256DDE00572DAA (consultado el 30 de enero de 2007).

DIH relativas a la conducción de las hostilidades son aplicables para reprimir los actos de violencia graves durante una ocupación militar.

Estas cuestiones, y otras concernientes a la relación entre el derecho a la vida en el derecho de los derechos humanos y el uso de la fuerza en el DIH, fueron el tema de una Reunión de Expertos organizada por el Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario (UCIHL)⁴. En este artículo, se reseñan el análisis y las conclusiones de esa reunión de expertos, y se presentan algunas ideas de la autora. Describiremos brevemente la interpretación pertinente del derecho a la vida promulgada por los órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos y examinaremos luego cómo podría influir en el derecho relativo al uso de la fuerza en las situaciones de conflicto armado y de ocupación en las que el DIH es poco claro. Por último, se plantea la cuestión acerca de si la aplicación del derecho de los derechos humanos implicaría un cambio importante en el espíritu y en la letra del DIH, al hacer particular referencia a la prohibición tradicional del asesinato.

El derecho a la vida en el derecho de los derechos humanos

Condiciones que regulan el uso de la fuerza

Tres de los cuatro principales tratados sobre derechos humanos⁵ especifican que nadie puede ser privado “arbitrariamente” de la vida, sin añadir ninguna otra explicación. Sin embargo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es algo más preciso:

“La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b) para detener a una persona conforme al derecho o para impedir la evasión de un preso detenido legalmente;
- c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.”⁶

Según los cuatro tratados aludidos, el derecho a la vida no se puede suspender o derogar⁷.

4 Informe de la Reunión de Expertos sobre el derecho a la vida en situaciones de conflicto armado y de ocupación, University Centre for International Humanitarian Law, Ginebra, 1-2 de septiembre de 2005, www.ucihl.org/communication/Right_to_Life_Meeting_Report.pdf (última consulta, el 30 de enero de 2007). En octubre de 2007, el UCIHL se convertirá en la “Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights”.

5 Art. 6 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (PIDCP); art. 4 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969 (CADH); art. 4 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, 1984 (CADHP).

6 Art. 2 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

7 Art. 4 (2) del PIDCP; art. 27 (2) de la CADH; art. 15 (2) de la CEDH. La Carta Africana no contiene una cláusula de derogación o suspensión.

El Convenio Europeo establece una excepción para el “caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra”⁸. Hasta el presente, esa excepción no se ha hecho valer, a pesar de que el Tribunal Europeo ha juzgado algunos asuntos relacionados con muertes durante las hostilidades. Hasta ahora, ningún Estado ha tratado de recurrir a esta posibilidad al declarar un estado de excepción⁹. En opinión de la autora, la expresión “actos lícitos de guerra” se refiere a los conflictos armados internacionales. La referencia al empleo de la fuerza para reprimir una “insurrección”, contenida en el precitado apartado c), muestra que la disposición, tal y como está enunciada, es aplicable a los conflictos armados no internacionales, que establece ya la necesidad de emplear la fuerza con ese fin y las modalidades para hacerlo. Esta fue asimismo la opinión de varios expertos presentes en la reunión del UCIHL¹⁰.

¿Cómo han interpretado estas disposiciones los órganos constituidos en virtud de tratados sobre derechos humanos? En muchos casos, el resultado fue el mismo que si se hubiera aplicado el DIH. De modo que, en casos relativos a hostilidades armadas entre fuerzas rebeldes y gubernamentales, esos organismos examinaron si se habían tomado las precauciones suficientes para evitar víctimas civiles. Las causas más significativas en ese sentido juzgadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el asunto *Ergi c. Turquía*¹¹, relativo al uso de la fuerza por las fuerzas turcas contra rebeldes del Partido de los Trabajadores de Kurdistán, y los asuntos *Isayeva, Yusupova y Bazayeva c. Rusia*¹² e *Isayeva c. Rusia*¹³, concernientes al uso de la fuerza contra rebeldes chechenos. En todas estas causas, el Tribunal Europeo dictaminó que, durante la planificación y la ejecución de las operaciones, las precauciones tomadas para evitar víctimas civiles o reducir su número a un mínimo fueron insuficientes. Interpusieron estas causas parientes de los civiles que resultaron muertos, y no los familiares de los propios rebeldes. Por eso no se tomó en consideración el grado de la fuerza utilizada directamente contra estos. Es significativo a este respecto que el Tribunal aceptara la necesidad del uso de una fuerza potencialmente letal para reprimir una insurrección en dos causas relacionadas con bombardeos aéreos en Chechenia:

“El Tribunal acepta que la situación que existía en Chechenia en las circunstancias del caso exigía que el Estado tomara medidas excepcionales para recuperar el control de la República y poner término a la insurgencia armada ilegal. Dado el contexto del conflicto en Chechenia en aquellos momentos, esas medidas podían presumiblemente incluir el despliegue de unidades armadas equipadas con

8 Art. 15 (2), CEDH.

9 Vg., Turquía no lo hizo en relación con el conflicto armado y la ocupación del norte de Chipre. En otras situaciones, como en Irlanda del Norte, el sudeste de Turquía y Chechenia, los Estados concernidos negaron que hubiera un conflicto armado y, por lo tanto, no podían apelar a esa excepción por definición. En el caso de Rusia, ni siquiera se ha hecho valer la disposición que permite suspensiones en un estado de excepción.

10 Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección B.3.b.

11 En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que puede existir una violación del derecho a la vida cuando los Estados “no toman todas las precauciones factibles al elegir los medios y métodos de una operación de seguridad emprendida contra un grupo de oposición, a fin de evitarlo, en todo caso, reducir a un mínimo las bajas civiles incidentales”, sentencia del 28 de julio de 1998, § 79.

12 *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, sentencia del 24 de febrero de 2005, §§ 171 y 199.

13 *Isayeva v. Russia*, sentencia del 24 de febrero de 2005, §§ 187-189.

armas de combate, incluidas aeronaves y artillería militar. La presencia de un grupo muy numeroso de combatientes armados en Katyr-Yurt, y su resistencia activa a los órganos encargados de hacer cumplir la ley, que no son impugnados por las partes, pueden haber justificado el uso de fuerza letal por los agentes del Estado, lo que remite la situación al apartado 2 del artículo 2.”¹⁴

Es improbable que una acción judicial entablada por un rebelde que se queje del uso de fuerza letal durante las hostilidades en las que está participando directamente se declare siquiera admisible. Uno de los expertos que participaron en la reunión del UCIHL señaló que es poco probable que se presente una demanda de este tipo ante el Tribunal Europeo, dado que el Estado siempre podrá argüir que sus fuerzas tenían razones para creer que los rebeldes muertos estaban usando o iban a usar la fuerza, y serían entonces los rebeldes quienes deberían probar que no era así. Otro experto citó la práctica de Colombia, cuyas fuerzas bombardean con regularidad los campamentos de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), incluso cuando éstas no están participando activamente en hostilidades. Nadie ha intentado argumentar que esto es contrario al derecho de los derechos humanos, dando por sentado que no es posible detener a rebeldes que están organizados, armados y agrupados¹⁵.

Los asuntos en los que se examinó el grado de la fuerza usada contra los rebeldes mismos concernían todos a situaciones que *no* eran en realidad hostilidades armadas. La tendencia común de todas esas decisiones es que, si es fácil llevar a cabo una detención, el uso de fuerza letal sería una medida “más de lo que es absolutamente necesario tomar”. La causa más significativa es la de *Guerrero c. Colombia*, ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Estaba relacionada con la sospecha del Gobierno de que una “organización de guerrilla”, había secuestrado a un ex embajador y lo retenía como rehén en una casa. Cuando las fuerzas gubernamentales entraron en la casa, no hallaron ningún rehén, pero, no obstante, esperaron a que los rebeldes regresaran y dispararon contra cada uno de ellos a quemarropa, aunque éstos no estaban armados en ese momento. El Comité comenzó por reafirmar que el estado de excepción que existía en Colombia en ese momento no podía tener el efecto de suspender el derecho a la vida. Así pues, dictaminó que el uso de la fuerza era una violación del derecho a la vida, puesto que, en esas circunstancias, podría haberse efectuado una detención. Llegó a esta conclusión tomando en consideración los siguientes factores:

“Manifiestamente, la acción de la policía se realizó sin prevenir a las víctimas y sin darles ninguna oportunidad de rendirse a la patrulla policial ni explicación alguna acerca de su presencia o intenciones. No hay pruebas de que la acción de la policía fuera necesaria en defensa propia o de terceros, o para detener a las personas concernidas o evitar que se escaparan.”¹⁶

14 *Ibid.*, en § 180, e *Isayeva v. Yusupova y Bazayeva v. Russia*, nota 12 *supra*, en § 178.

15 Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección B.7.

16 Comité de Derechos Humanos, Comunicación n.º R.11/45, Opiniones, 31 de marzo de 1992, UN Doc. Supp. n.º 40 (A/37/40), § 13.2.

Varios asuntos tratados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han puesto de relieve la distinción entre la planificación de una operación policial y el uso real de la fuerza por agentes de policía. El caso más significativo en ese sentido es el asunto *McCann v. United Kingdom*, relativo al asesinato de miembros del Ejército Republicano Irlandés (IRA) en Gibraltar. El Tribunal estimó que la acción de los oficiales de policía que dispararon contra los miembros del IRA no era una violación del derecho a la vida, ya que pensaron verdaderamente que éstos estaban a punto de hacer estallar un coche bomba¹⁷. Por otro lado, el Tribunal juzgó que el Reino Unido había cometido una violación de ese derecho, porque había tenido suficientes oportunidades para detener el mismo día a esas personas (sobre todo cuando cruzaron la frontera a Gibraltar) y, por lo tanto, el Gobierno no había planificado la operación con el fin de reducir a un mínimo la necesidad de usar la fuerza contra ellos. En particular, el Tribunal no aceptó el argumento del Gobierno de que había esperado hasta el último momento para asegurarse de tener suficientes pruebas contra ellos:

“El peligro que implicó para la población de Gibraltar —principal elemento de las conclusiones del Gobierno en este caso— el hecho de no se evitó su entrada hay que considerarlo más importante que las posibles consecuencias de no disponer de pruebas suficientes para justificar su detención y enjuiciamiento.”¹⁸

La sola presencia sospechosa de rebeldes no es suficiente para justificar el uso de fuerza letal. En el caso *Güleç c. Turquía*, en el que la policía utilizó una ametralladora para restablecer el orden durante una manifestación, el Tribunal no aceptó el argumento del Gobierno de que la manifestación se había convertido en una insurrección debido a la presencia de miembros del Partido de los Trabajadores de Kurdistán, que habían disparado al azar¹⁹. Sostuvo que no sólo no había pruebas de que miembros de ese partido estuvieran presentes, sino que el uso de la fuerza conforme el artículo 2 (2) (c) del Convenio exige que se halle un equilibrio entre el objetivo perseguido y los medios empleados. En este caso concreto, se había declarado el estado de excepción en la provincia concernida. Las autoridades deberían haber previsto, pues, que habría desórdenes y haber dispuesto del equipamiento necesario, como porras, escudos antidisturbios, cañones de agua, balas de goma o gases lacrimógenos²⁰.

En varios casos, los órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos han considerado excesivo el uso de una fuerza letal contra personas que no eran peligrosas, incluso en situaciones en que no era posible detenerlas. Los asuntos más significativos en ese sentido son el de *Hermanos al Rescate*, en que las fuerzas cubanas dispararon contra un pequeño avión civil que había violado

17 *McCann v. United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 5 de septiembre de 1995, § 200.

18 *Ibid.*, en § 205.

19 *Güleç v. Turkey*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 27 de julio de 1998, § 67.

20 *Ibid.*, en §§ 71-73.

supuestamente el espacio aéreo cubano²¹, y el de *Nachova c. Bulgaria*, en el que personas que se habían ausentado del ejército sin permiso (y que antes habían sido condenadas por hurto) fueron tiroteadas cuando intentaban escapar²². Estas causas no se refieren a situaciones de conflicto armado, pero como el derecho de los derechos humanos no hace distinción entre situaciones de paz y de conflicto armado, este principio de proporcionalidad debería aplicarse en todo momento. La conclusión de que el uso de la fuerza letal fue excesivo se explicó como sigue en el asunto *Nachova*:

“No puede haber necesidad [de poner en peligro la vida humana] cuando se sabe que la persona que se debe detener no representa una amenaza contra la vida o la integridad física y no es sospechosa de haber cometido un delito violento, aunque el hecho de no emplear una fuerza letal pueda tener como consecuencia que se pierda la oportunidad de detener al fugitivo.”²³

Una interpretación *a contrario* de este asunto sería que, si esas personas hubieran supuesto una amenaza contra la vida o la integridad física o fueran sospechosas de haber cometido un delito violento, el uso de la fuerza no habría sido una violación si se hubiera perdido la oportunidad de detenerlas sin emplear esa fuerza.

Por último, un documento significativo en el derecho de los derechos humanos, al que a menudo hacen referencia los órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos, son los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. El Principio 9 de ese documento limita el empleo de la fuerza a lo estrictamente necesario:

“en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.”²⁴

Cabe señalar que estos argumentos para el posible uso de la fuerza son alternativos y no acumulativos. Por lo tanto, el posible uso de la fuerza no se limita a la inminencia de la amenaza, sino a la necesidad real y a la proporcionalidad de ese uso. La nota al pie de esos Principios especifica que también se aplican al personal militar cuando éste “ejerce funciones de policía”.

21 Caso *Armado Alejandro Jr. y Otros c. Cuba (Hermanos al Rescate)*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso n.º 11.137, Informe n.º 86/99, 29 de septiembre de 1999, §§ 37-45.

22 *Nachova v. Bulgaria* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 6 de julio de 2005.

23 *Ibid.*, § 95.

24 Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 45/166, 18 de diciembre de 1999

El requisito de investigar

A pesar de que los tratados no incluyen la obligación de investigar, los órganos constituidos en virtud de tratados sobre derechos humanos han afirmado que, en casos de muertes resultantes del uso de fuerza letal, incluidas las ocurridas durante enfrentamientos armados, el derecho a la vida exige que las autoridades estatales efectúen una investigación²⁵. Esta conclusión se basa en su interpretación del requisito de que los Estados “hagan respetar” los derechos, es decir, que se necesitan medidas positivas para garantizar el respeto de los derechos. Es necesario efectuar una investigación para determinar si el uso de la fuerza fue ilícito y, en tal caso, enjuiciar a las personas implicadas. Otra razón válida, a pesar de que los órganos constituidos en virtud de tratados sobre derechos humanos no la han esgrimido, es que esas investigaciones permiten que las autoridades aprendan de los errores y eviten cometer violaciones en el futuro.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que, como los Estados deben adoptar medidas para proteger y preservar el derecho a la vida, es fundamental investigar las ejecuciones sumarias mediante una investigación oficial efectiva y castigar a los responsables; no hacerlo crea un clima de impunidad²⁶.

Las condiciones establecidas para esas investigaciones las ha explicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sigue:

“Las autoridades deben actuar por iniciativa propia una vez que se les ha notificado del asunto. No pueden esperar a que el familiar tome la iniciativa de cursar una queja formal o la responsabilidad de tramitar los procedimientos de investigación...

En general se considera que, para que la investigación de presuntas muertes ilícitas imputadas a agentes estatales sea efectiva, deben efectuarla personas independientes de los implicados en los hechos... Esto significa no sólo que no debe haber una conexión jerárquica o institucional, sino que también debe haber una independencia práctica...

La investigación también debe ser efectiva en el sentido de que permita determinar si la fuerza empleada en esos casos estaba justificada o no por las circunstancias... Esta no es una obligación de resultados, sino de medios... Toda deficiencia en la investigación que socave su capacidad de establecer la causa de la muerte o la/s persona/s responsable/s implicará el riesgo de infringir esta norma...

25 Vg., los asuntos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Mahmut Kaya v. Turkey*, sentencia del 19 de febrero de 1998, § 91, e *Isayeva v. Russia*, nota 13 *supra*, en § 209; asunto de la Comisión africana de los derechos del hombre y de los pueblos: *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, Com. 74/92, decisión del 11 de octubre de 1995, § 22; casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mynra Mack Chang c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, § § 152-158 y *Humberto Sánchez c. Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, § § 107-113; asunto del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Baboeram v. Suriname*, Com. n.º 146, y 148-154/1983, Opiniones, 4 de abril de 1985, § 14.

26 Caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, nota 25 *supra*, en § § 153-158.

En este contexto, está implícito el requisito de presteza y prudencial celeridad... Si bien puede haber obstáculos o dificultades que, en determinada situación, impidan avanzar en una investigación, en general puede considerarse esencial que las autoridades que investigan el caso de uso de la fuerza letal den una respuesta rápida, para que la opinión pública siga confiando en que las autoridades respetan el principio del imperio de la ley y para evitar toda apariencia de connivencia o de tolerancia con los actos ilícitos...

Por las mismas razones, debe haber un grado suficiente de escrutinio público de la investigación o de sus resultados para garantizar la rendición de cuentas en la práctica y en teoría. El grado de escrutinio público bien puede variar de un caso a otro. Sin embargo, en todos los casos, el familiar de la víctima debe participar en el procedimiento en la medida necesaria para salvaguardar sus legítimos intereses...²⁷.

El relator especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha abordado específicamente la cuestión de la responsabilidad por violaciones del derecho a la vida en situaciones de conflicto armado y de ocupación. Se refirió, en particular, a las normas específicas del DIH relativas a los crímenes de guerra junto con las obligaciones de los Gobiernos de respetar y hacer respetar el DIH. Ello conlleva la obligación de investigar efectivamente las presuntas violaciones mediante procedimientos imparciales e independientes, y de enjuiciar y castigar las violaciones. En términos más generales, hizo hincapié en la necesidad de una supervisión sistemática y de investigaciones periódicas, a fin de que las instituciones, así como las políticas y las prácticas seguidas, garanticen que el derecho a la vida es respetado de la manera más eficaz posible por los militares. Reconoció, a este respecto, que hay algunas características propias de los conflictos armados, pero que sería necesario efectuar investigaciones para evaluar, por ejemplo, si la persona fallecida estaba participando en las hostilidades. Declaró asimismo que esas investigaciones se verían facilitadas si hubiera indicadores y criterios para evaluar una posible infracción de la proporcionalidad y si los beligerantes llevaran registros para efectuar investigaciones después de los conflictos. La ventaja para los militares sería que permitiría a los beligerantes rebatir acusaciones falsas, así como las insinuaciones de algunos críticos de que el DIH no se respeta en tiempo de guerra²⁸.

El relator especial deploró, en particular, las políticas que han permitido excepciones injustificables a estos requisitos y el castigo indulgente del personal militar condenado por asesinato. Subrayó, además, la necesidad de transparencia en la investigación de las presuntas violaciones a fin de evitar la impunidad: “los resultados deben hacerse públicos, en particular la información sobre la manera en que se realiza la investigación y las personas que la llevan a cabo, las conclusiones y las causas criminales incoadas”²⁹.

27 *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 12 *supra*, en § § 209-213.

28 P. Alston, Informe a la Comisión de Derechos Humanos, 8 de marzo de 2006, UN Doc. E./CN.4/2006/53, §§ 25-26.

29 *Ibid.*, en §§ 33-43.

Al igual que los tratados de derechos humanos, los tratados de DIH no estipulan una obligación de investigar, pero la autora de este artículo está de acuerdo con el relator especial de la ONU: una interpretación *bona fide* del DIH debe llegar a la misma conclusión, es decir, que es necesario investigar debidamente toda presunta violación del DIH por las razones establecidas por los órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos.

Conflictos armados no internacionales

A diferencia de los conflictos armados internacionales, en los que se establecen categorías bien claras de “combatientes” y de “civiles”, el DIH no reconoce formalmente el estatuto de “combatiente” en los conflictos armados no internacionales. Esto no se debe a una articulación altruista por parte de los Gobiernos de la necesidad de evitar emplear la fuerza contra todas las personas en esos conflictos, sino más bien a su insistencia en que los rebeldes no se beneficien en modo alguno de ningún tipo de reconocimiento internacional. Los combatientes gozan en general del estatuto de prisionero de guerra durante los conflictos armados internacionales, es decir, que están protegidos de los enjuiciamientos por haber participado en las hostilidades, lo que no está previsto en el caso de las fuerzas rebeldes. En cambio, se acepta que los Gobiernos no puedan hacer un uso ilimitado de la fuerza durante estos conflictos.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II han tratado de utilizar las nociones del DIH para proteger a las personas inofensivas, evitando al mismo tiempo toda alusión al estatuto de “combatiente”. El resultado es confuso y ha suscitado ciertas controversias. Una interpretación es que la referencia a las “fuerzas armadas”³⁰ y a los “grupos armados”³¹ significa que la fuerza puede emplearse automáticamente contra ellos, especialmente porque esas mismas disposiciones subrayan la necesidad de evitar emplear la fuerza contra las personas que “no participen directamente en las hostilidades”³² o “las personas civiles [que no] participan directamente en las hostilidades”³³. En efecto, el Comentario del Protocolo adicional II respalda esta interpretación, dado que afirma que se puede emplear la fuerza contra los grupos armados, sin mencionar ninguna otra condición³⁴. La segunda interpretación es que el empleo de la fuerza depende por completo del significado de la frase “participan directamente en las hostilidades”. Esta interpretación se basa en el hecho de que la referencia a los “grupos armados” en el artículo 1 del Protocolo adicional II sólo tiene la finalidad de describir la situación que

30 Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

31 El art. 1 del Protocolo adicional II de 1977 se refiere a las “fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados”.

32 Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

33 Art. 13 del Protocolo adicional II de 1977.

34 Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (rev. y coord.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, CICR, Plaza y Janés Editores, Bogotá, 1998., § 4789.

debe existir para que se aplique el Protocolo, y que la única referencia al empleo de la fuerza contra las personas se encuentra en el artículo 13, que protege contra los ataques a las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades.

Los expertos presentes en la reunión celebrada en el UCIHL discrepaban acerca de cuál es la mejor interpretación. Por lo tanto, pasaron a examinar si el derecho de los derechos humanos que se aplica en esas situaciones podría ayudar a resolver la cuestión de cuándo puede emplearse la fuerza y contra quién. Como hemos visto, el derecho de los derechos humanos exige que las fuerzas estatales efectúen, cuando sea posible, las detenciones necesarias y planifiquen las operaciones de tal modo que maximicen la posibilidad de detener a las personas concernidas. Por otro lado, en los casos en que los organismos estatales no ejercen suficiente control, el derecho de los derechos humanos no impone ese requisito.

Algunos expertos dudaron de sacar la conclusión de que se deba preservar a veces de los ataques a las personas pertenecientes a grupos armados. Sin embargo, la mayoría opinó que incluso los combatientes miembros de esos grupos no deben ser atacados en situaciones en que no representen una amenaza y cuando sea posible detenerlos fácilmente, como sería el caso hipotético de un rebelde que está comprando en un supermercado. Una base para esta conclusión fue que, en ese momento, se trataría de una persona que no “participa directamente en las hostilidades”, lo que a su vez se apoya en la segunda interpretación de las disposiciones del DIH antes mencionadas, sin que sea necesario hacer referencia al derecho de los derechos humanos³⁵. La segunda base para esta conclusión es una amalgama de la primera interpretación de las disposiciones de DIH y de los derechos humanos, es decir, que las personas que pertenecen a grupos armados en principio pueden ser atacadas, pero, según el derecho de los derechos humanos, no deben serlo si fuera posible detenerlas fácilmente³⁶.

Una preocupación que se debatió en la reunión de expertos fue la de si la prohibición de atacar a los rebeldes cuando sea posible detenerlos daría lugar a un desequilibrio de responsabilidades entre las fuerzas gubernamentales y las fuerzas rebeldes³⁷. Se señaló que el DIH depende mucho de la igualdad jurídica de las fuerzas adversas. Sin embargo, otros expertos, incluida la autora de este artículo, destacaron que, en realidad, no existe tal igualdad en los conflictos armados no internacionales, ya que los rebeldes son criminales para la legislación nacional, lo que el DIH respeta. Por lo tanto, los rebeldes están en desventaja en ese aspecto. Aún no existe una analogía perfecta con el DIH aplicable en los conflictos internacionales. Por otro lado, es normal que los Gobiernos tengan más responsabilidades según el derecho

35 Este es el razonamiento que se hace en el Comentario del CICR al explicar esta frase del artículo 51 (3) del Protocolo adicional I de 1977: “... Una vez terminada la participación, el civil... ya no puede ser atacado... nada impide a las autoridades que lo capturasen *in situ* o que lo detuviesen ulteriormente”. Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (rev. y coord.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Plaza y Janés Editores, Bogotá, 1998, § 1944.

36 Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección F. 3-5. Esta amalgama del DIH y de los derechos humanos la propone David Kretzmer en su artículo “Targeted killing of suspected terrorists: extra-judicial executions o legitimate means of defence”, *EJIL*, vol. 16, n.º 2 (2005), p. 171.

37 Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección F.6.

internacional que sus ciudadanos, en este caso en virtud de las restricciones que impone el derecho de los derechos humanos.

La autora respaldaría la noción de que las fuerzas armadas pueden ser objeto de ataques, sin necesidad de que exista un peligro inminente, con tal que las categorías de “fuerzas armadas” o “grupos armados” rebeldes se definan muy exactamente para incluir sólo a los miembros que participan efectivamente con regularidad en los combates. Esta idea la propuso el CICR³⁸ en las reuniones sobre el significado de la noción de “participación directa”, después de que varios asistentes a las reuniones anteriores señalaran el peligro de permitir un ataque contra los “grupos armados” sin ninguna otra especificación. Las personas que participan en las actividades de grupos armados, ya sea en forma voluntaria o bajo presión, son diversas y la mayoría de ellas no emplean la fuerza. Además, no es infrecuente que un Gobierno califique a un grupo étnico de “grupo rebelde”, cuando sólo algunos de sus miembros emplean la fuerza. La segunda condición es que, incluso por lo que respecta a las fuerzas rebeldes combatientes, no hay que atacarlas enseguida si es fácil detener a sus miembros sin que las fuerzas gubernamentales corran riesgos indebidos. Tales situaciones se presentan en la realidad. Estas condiciones, que respetan tanto el DIH como los derechos humanos, permitirían a las fuerzas gubernamentales hacer frente a la insurrección pero requieren, al mismo tiempo, que tomen todas las medidas necesarias para planificar una detención cuando sea posible, en lugar de emplear la fuerza letal. En cuanto a las personas que son miembros no combatientes de los grupos armados, un ataque sólo es posible si se respeta el artículo 9 de los Principios básicos de la ONU, los cuales, recordémoslo, determinan en qué circunstancias es posible el empleo de la fuerza por funcionarios estatales para prevenir el empleo potencialmente letal de la violencia por una persona. Si no se respetan esas condiciones, es decir, si se emplea la fuerza letal antes de que la persona sospechosa cometa un acto violento, entonces el Gobierno ejecuta a un mero sospechoso, o si los agentes del Estado matan a esa persona después de que haya cometido un acto violento, lo que están haciendo en realidad es castigar a la persona con una pena de muerte instantánea.

Conviene recordar que el DIH referente al empleo de la fuerza letal contra una *persona* es diferente del derecho relativo a los ataques a objetivos militares, es decir, a bienes. No deben confundirse ambos derechos. El Comentario del CICR sobre el significado de la frase “[las personas civiles] participan directamente en las hostilidades” contenida en el artículo 51 (3) del Protocolo adicional I dice lo siguiente: “por ‘participación directa’ hay que entender, pues, los actos de guerra que, por su naturaleza o por su propósito, estén destinados a causar daños concretos al personal o al material de las fuerzas armadas adversas”³⁹.

La evaluación de si un *bien* puede ser atacado no exige que ese bien emplee o vaya a emplear la fuerza, sino sólo si el bien *contribuye* efectivamente a la acción militar del enemigo y que atacarlo suponga una ventaja militar directa. Esta es

38 Guía provisional para la interpretación de la noción de “participación directa en las hostilidades”, cuarta Reunión de Expertos sobre “La noción de participación directa en las hostilidades”; 27-28 de noviembre de 2006, Sección B.II (en posesión de la autora).

39 Comentario del Protocolo adicional I de 1977, nota 34 *supra*, en § 1944.

una prueba menos restrictiva que la que rige los ataques deliberados contra las personas. Aplicar de forma consciente o inconsciente el mismo razonamiento que el utilizado para la elección de los objetivos militares cuando se decide un ataque contra las personas extiende el ámbito posible de objetivos humanos más allá de lo que tenían en mente los negociadores del artículo 51 (3) del Protocolo I y la misma disposición que figura en el artículo 13 del Protocolo adicional II.

Ocupación militar

Aplicabilidad combinada del derecho de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario

Tanto la Corte Internacional de Justicia como los órganos constituidos en virtud de tratados sobre derechos humanos han insistido en que el derecho de los derechos humanos se aplica, junto con el DIH, en situaciones de ocupación militar⁴⁰. A pesar de que el Gobierno de Estados Unidos y el de Israel han sostenido que sólo se aplica el DIH, existe una vasta práctica estatal, en forma de resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, que insiste en el respeto tanto de los derechos humanos como del DIH en esas situaciones⁴¹.

Las condiciones para el uso de la fuerza letal en las situaciones de ocupación son diferentes de las que rigen para los conflictos armados no internacionales, ya que las ocupaciones forman parte de los conflictos armados internacionales, aunque con sus propias normas específicas en el DIH. Por lo tanto, se trata de una condición *sui generis*. Sin embargo, el Reglamento de La Haya de 1907 y el IV Convenio de Ginebra, que regula las situaciones de ocupación⁴², no establecen cuándo puede emplearse la fuerza letal, por lo que dejan un grado significativo de incertidumbre. Los participantes en la reunión de expertos del UCIHL analizaron la situación en forma bastante pormenorizada⁴³. Los debates tomaron prudentemente en consideración el hecho de que la situación sobre el terreno puede variar considerablemente, no sólo en el tiempo, sino también en las distintas partes del territorio; es decir,

40 Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, ICJ Rep. 2004, §§ 102-114, y *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, sentencia, 19 de diciembre de 2005, ICJ Rep. 2005, § 216; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación general 31 § 10 y sus Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Israel, 21 de agosto de 2003, § 11; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Loizidou v. Turkey*, Objeciones preliminares, sentencia del 23 de marzo de 1995, §§ 63-64, y la Resolución de apoyo DH 105 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 24 de julio de 2000.

41 V. el debate sobre este aspecto en el Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección B.6.

42 Reglamento anexo al Convenio de La Haya de 1907, arts. 42-56; IV Convenio de Ginebra de 1949, arts. 1, 2, 4-34, 47-149.

43 Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección D.

que en algunas partes de este puede reinar una calma relativa mientras que en otras pueden estallar las hostilidades.

El empleo de la fuerza letal en situaciones de ocupación “calmas”

La opinión general es que, en situaciones en las que reina una calma relativa, el empleo de fuerza potencialmente letal durante la ocupación se rige por el “modelo de mantenimiento del orden”, es decir, por el derecho de los derechos humanos, que exige que el Estado efectúe, cuando sea posible, detenciones, en lugar de usar la fuerza letal. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su informe sobre Israel, declaró que “antes de recurrir a la fuerza letal, deben agotarse todas las medidas que tengan por objeto detener a una persona de quien se sospecha está cometiendo actos de terror”⁴⁴.

Una minoría de los expertos presentes en la reunión opinó que, cuando una potencia ocupante necesita tomar medidas para proteger su propia seguridad, se aplican las disposiciones del DIH, porque esa acción está relacionada con el conflicto armado internacional, y no con el mero mantenimiento del orden en el territorio ocupado⁴⁵. Sin embargo, en opinión de la autora del presente artículo, sería difícil aplicar esa distinción en la práctica y tales disposiciones convencionales, aunque existen, no establecen esa distinción. Los artículos 5 y 64 del IV Convenio de Ginebra implican, en particular, que las personas que representan un peligro para la seguridad del Estado ocupante estarán sujetas a la legislación penal y a la detención, y no que se debe disparar contra ellas automáticamente. No obstante, todos reconocieron que la respuesta a un motín o una manifestación violenta debe ser la del modelo del mantenimiento del orden.

Otra cuestión que se examinó fue la de si podía emplearse la fuerza letal contra los miembros de las fuerzas armadas del Estado ocupado. La opinión predominante fue que, si esas fuerzas están llevando a cabo operaciones de combate en el territorio ocupado, se aplican las normas habituales del DIH, incluida la consideración como combatientes de los miembros de movimientos de resistencia que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 4.A (2) del III Convenio de Ginebra.

Por último, el grupo analizó el posible empleo de la fuerza contra combatientes extranjeros que actúan contra el Estado ocupante. Los expertos admitieron en general que, cuando el umbral del riesgo de que estalle un conflicto armado internacional (es decir, el empleo de la fuerza por el ejército de un Estado contra otro) sea bajo, si los combatientes extranjeros son enviados por un tercer Estado para luchar contra el Estado ocupante, y si se cumplen las condiciones para que sean considerados “combatientes”, pueden ser atacados a discreción, de conformidad con las normas del DIH. Si no reúnen esas condiciones, son civiles que pueden ser atacados sólo mientras “participan directamente en las hostilidades”⁴⁶.

44 Observaciones finales, Israel, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003, § 15.

45 Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección D.3 (a).

46 Art. 51 (3) del Protocolo adicional I de 1977.

Cuando han estallado o se han reanudado las hostilidades⁴⁷

Hubo consenso general en que, cuando existe una situación de hostilidades armadas en un territorio ocupado, son aplicables las normas de DIH relativas a la conducción de las hostilidades. La cuestión que se planteaba era, pues, la de cuándo puede determinarse que existe tal situación. Si la situación en un territorio ocupado es relativamente calma, el mero empleo de la fuerza militar por el Estado ocupante no puede provocar la aplicación de las normas del DIH, pues de ese modo carecería de sentido la norma de que el modelo de mantenimiento del orden se aplica a esas situaciones de ocupación “calmas”. Así pues, las hostilidades deben resultar de una actividad de combate iniciada por quienes cuestionan la ocupación. Se hizo la distinción entre violencia y desórdenes, equiparables a disturbios o actividades delictivas comunes, regidas por el modelo del mantenimiento del orden, y las hostilidades militares, que estarían reguladas por el DIH.

Como hemos señalado, los participantes convinieron en que el empleo de la fuerza militar por las *fuerzas armadas* del Estado ocupado habilitaría al Estado ocupante a atacarlas. ¿Permitiría esta legitimación a la potencia ocupante llevar a cabo operaciones militares en todo el territorio de conformidad con el DIH? La opinión mayoritaria fue la de que, si la situación en la mayor parte del territorio era “calma”, la conducción de las hostilidades sólo se aplicaría, según las normas del DIH, al incidente en cuestión.

En cualquier caso, la situación más común es la resistencia militar, dentro del territorio ocupado, por grupos que no son oficialmente miembros de las fuerzas armadas del Estado ocupado. Los expertos estuvieron de acuerdo en que el umbral que determina la “reanudación” o el “desencadenamiento” de las hostilidades por tales grupos, de manera que deban aplicarse las normas de DIH relativas a la conducción de las hostilidades, no está especificado en los tratados de DIH. Se propuso que si esos grupos no pertenecen a una de las partes en el conflicto armado original, se consideren tales hostilidades como un conflicto armado no internacional, pero la mayoría no aceptó la idea, puesto que una ocupación es, por definición, parte de un conflicto armado internacional. La única excepción posible que legitima que esa situación se considere un conflicto armado no internacional es cuando el gobernante derrocado claramente no apoya al movimiento de resistencia.

Si bien la mayoría de los expertos sostuvo que esa actividad de resistencia, cuando reviste la seriedad suficiente, es equiparable a un conflicto internacional, todos opinaron que, dada la falta de indicaciones en los tratados de DIH, la prueba utilizada para establecer la existencia de un conflicto no internacional sería también útil para este contexto. La prueba requiere que la violencia alcance cierta intensidad y duración, de tal modo que el Estado tenga

47 Tema analizado en el Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección D.4.

que tomar medidas militares⁴⁸, es decir, que las operaciones de mantenimiento del orden sean inadecuadas para restablecerlo. Ataques aislados y esporádicos de los movimientos de resistencia no alcanzarían el umbral requerido⁴⁹. Los expertos reconocieron que esta prueba para la aplicación de las normas de DIH sobre la conducción de las hostilidades en el marco de conflictos internacionales en territorios ocupados es una invención. Sin embargo, dado que, hasta ahora, el derecho no da ninguna orientación al respecto, pensaron que es el umbral disponible más razonable.

Como el derecho aplicable a las situaciones de violencia —sea el DIH o el derecho de los derechos humanos— depende del análisis que acabamos de esbozar, los expertos subrayaron la necesidad de disponer de reglas de intervención claras y de un entrenamiento adecuado para que los soldados puedan distinguir las situaciones de enfrentamientos bélicos de las de mantenimiento del orden.

Ejecuciones selectivas

Una ejecución selectiva es un ataque letal contra una persona que no se comete porque esa persona sea un “combatiente”, sino porque el Estado considera que constituye una amenaza grave, debido a sus actividades, y decide matarla aunque no esté participando en actividades hostiles⁵⁰.

La cuestión de las ejecuciones selectivas la analizó el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el marco del examen que efectuó del informe presentado por Israel. El Comité declaró que:

“El Estado Parte no debería utilizar las “ejecuciones selectivas” como disuasión o castigo. El Estado Parte debería prestar la máxima atención al principio de la proporcionalidad en todas sus respuestas a las amenazas y actividades terroristas. La política estatal a este respecto debería estar claramente definida en directrices dirigidas a los comandantes militares regionales, y las denuncias de uso desproporcionado de la fuerza deberían ser investigadas con prontitud por un órgano independiente. Antes de recurrir a la fuerza letal, deben agotarse todas las medidas que tengan por objeto detener a una persona de quien se sospecha está cometiendo actos de terror.”⁵¹

48 La prueba utilizada por el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia es “la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernativas y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado”, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, TPIY, Sala de Apelaciones, IT-94-1-AR72, § 70.

49 Como se especifica en el art. 1 (2) del Protocolo adicional II, “(e)l presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

50 Definición empleada por los expertos en la reunión UCIHL, Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección E.

51 Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Israel, 21 de agosto de 2003, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, § 15.

Más recientemente, el Tribunal Supremo de Israel se planteó la cuestión de si las ejecuciones selectivas llevadas a cabo por el Gobierno israelí eran lícitas⁵². Sostuvo que las hostilidades tenían lugar en el marco de un conflicto armado internacional, pero que los “terroristas”⁵³ no son combatientes⁵⁴. Por lo tanto, han de ser considerados como “civiles”. Luego analizó si estaban “participando directamente en las hostilidades”. El Tribunal opinó que si una persona pertenece a un grupo armado y “en el marco de su papel dentro de esa organización comete una serie de hostilidades”, pierde su inmunidad contra los ataques⁵⁵. Sin embargo, el Tribunal agregó que:

“un civil que participa directamente en las hostilidades no puede ser atacado mientras está haciéndolo, si puede emplearse un medio menos dañino... Por lo tanto, si es posible detener, interrogar y procesar a un terrorista que participa directamente en las hostilidades, deben emplearse estos medios... En la medida de lo posible, un Estado de derecho utiliza procedimientos de derecho y no de fuerza... La detención, la investigación y el enjuiciamiento no son medios que pueden usarse siempre. A veces, esa posibilidad no existe en absoluto; a veces implica un riesgo innecesariamente grande para la vida de los soldados... Con todo, es una posibilidad que debe estudiarse siempre. En efecto, podría ser particularmente práctica en las condiciones de una ocupación beligerante, en las que el ejército controla la zona donde la operación tiene lugar y en la cual la detención, la investigación y el enjuiciamiento son posibilidades a veces realizables.... Naturalmente, dadas las circunstancias de un caso concreto, esa posibilidad quizás no exista. A veces, el daño que puede ocasionar a civiles inocentes próximos podría ser mayor que el causado por abstenerse

52 *The Public Committee against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. The Government of Israel, the Prime Minister of Israel, the Minister of Defense, the Israel Defense Forces, the Chief of the General Staff of the Israel Armed Forces, and Shurat HaDin – Israel Law Center and 24 others*, Tribunal Supremo de Israel reunido como Alto Tribunal de Justicia, fallo del 11 de diciembre de 2005.

53 Este es el término utilizado por el Tribunal, a pesar de que la autora de este artículo preferiría referirse a esas personas como combatientes de la resistencia, expresión que refleja la situación de manera más precisa, sin admitir no obstante, en modo alguno, sus ataques contra personas civiles, que constituyen crímenes de guerra.

54 Dado que, según el Tribunal, no pertenecen a las fuerzas armadas, ni pueden formar milicias con esa condición jurídica, porque no llevan un signo distintivo fijo, reconocible a distancia, ni respetan las leyes y costumbres de la guerra, nota 52 *supra*, § 24.

55 *Ibid.*, en § 39. El Tribunal cita fragmentos del Comentario del CICR de los Protocolos adicionales para avalar su opinión de que restringir la noción de “hostilidades” a los combates y las operaciones militares activas sería reducirla demasiado. El pasaje en cuestión del Comentario del CICR dice así: “Al parecer, la palabra “hostilidades” no cubre solamente el tiempo en el que el civil utiliza de hecho un arma, sino también, por ejemplo, el tiempo durante el cual la lleva, así como las situaciones en las que el civil realiza actos hostiles sin emplear un arma”, nota 34 *supra*, en § 1943. Sobre esta base, el Tribunal Supremo de Israel interpretó, de manera más bien amplia, que la noción de “hostilidades” incluye a un civil que lleva armas y se dirige al lugar donde las empleará contra el ejército, o cuando regresa de allí, así como a una persona que recoge información sobre el ejército, a una persona que traslada a combatientes de un lugar a otro, donde se libran combates, a una persona que facilita armas que utilizan los combatientes, o que supervisa sus operaciones o les presta servicios. Esta visión es más amplia que la propuesta de interpretación que hace el CICR de “combatientes” dentro de un grupo; v. el apdo. “Conflictos armados no internacionales” del presente artículo.

de ese ataque. En ese caso, no debería llevarse a cabo. Después de un ataque contra un civil sospechoso de estar activamente participando, en ese momento, en las hostilidades, debe efectuarse (retrospectivamente) una investigación detallada sobre la precisión de la identificación del objetivo y las circunstancias del ataque contra éste. Esa investigación debe ser independiente...⁵⁶

El Tribunal respaldó estas conclusiones teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad en el derecho nacional y el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *McCann*. Por tanto, se basó efectivamente en el derecho de los derechos humanos, a pesar de que no se remitió al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

El Grupo de Expertos reunido por el UCIHL examinó si las ejecuciones selectivas podrían ser lícitas en el marco de una ocupación en el que las hostilidades no se han reanudado, es decir, en el que se aplica el modelo de mantenimiento del orden. Se convino, en general, en que no sería lícito en la mayor parte de las situaciones. Ello se debe a que, en las ocupaciones “calmas”, el Estado ocupante ejerce un control suficiente como para detener a las personas concernidas. En tales situaciones, la fuerza letal sólo puede emplearse si existe una amenaza inminente de muerte o de lesiones contra el agente que realiza la detención o contra un tercero, o si es la única manera de evitar que se escape una persona peligrosa.

Una posible excepción a esta conclusión podría presentarse cuando la persona concernida está en una zona en la que el Estado ocupante ha cedido su jurisdicción en cumplimiento de un acuerdo⁵⁷, o en la que ha perdido el control físico. Los expertos recordaron que el Principio 9 de Principios Básicos de las Naciones sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley incluye, como un posible fundamento para el empleo de fuerza letal, el propósito de “evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida”.

Dado que los Estados están obligados a tener la debida diligencia para proteger la vida de sus ciudadanos contra las acciones potencialmente letales de personas no gubernamentales⁵⁸, los expertos estimaron que, según el Principio 9,

56 *Ibid.*, en § 40.

57 V.g., el “Área A” en el territorio ocupado por Israel, según los acuerdos de Oslo.

58 Los órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos han dictaminado que algunos Estados han violado el derecho a la vida cuando las autoridades gubernativas sabían, o deberían haber sabido, que algunas personas corrían un peligro real de ser asesinadas por personas no gubernamentales. V., v.g., *Kilic v. United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 28 de marzo de 2000, § 63. En el caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos” y “lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”, sentencia del 29 de julio de 1988, §§ 174 y 176; el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado que “las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto...”. Luego se enumeran las medidas necesarias para hacer efectiva la debida diligencia, incluidas medidas preventivas, Observación General 31, UN Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), § 8.

no debe considerarse ilícita una ejecución selectiva llevada a cabo en la siguiente situación excepcional:

1. se realiza en una zona en la que el Estado no ejerce un control efectivo, de tal modo que no puede efectuar legítimamente una detención; y
2. las autoridades estatales han intentado que la autoridad que ejerce el control de la zona, suponiendo que exista tal autoridad, les transfiera a la persona buscada; y
3. esta persona ha cometido actos graves, hostiles, que han puesto en peligro la vida de terceros, y el Estado dispone de información fidedigna según la cual esa persona continuará cometiendo tales actos contra la vida de las personas que el Estado tiene la obligación de proteger; y
4. otras medidas serían insuficientes para hacer frente a esa amenaza⁵⁹.

A pesar de que los expertos sólo analizaron esta cuestión en el contexto de la ocupación, no existe una razón obvia de por qué no debería aplicarse a personas en conflictos armados no internacionales que no sean miembros combatientes de grupos armados rebeldes y no participen en ese momento en actos violentos. Naturalmente, en estas situaciones, y en cualquier otra, la calidad de la información y los requisitos de procedimiento son de suma importancia, puesto que toda norma que pueda excepcionalmente permitir las ejecuciones selectivas lleva aparejada un potencial considerable de abusos.

Requisitos de procedimiento

Todo uso de la fuerza letal contra una persona depende de la correcta identificación de la víctima. Este es el origen, naturalmente, de la norma que exige, en los conflictos armados internacionales, que los combatientes (que pueden ser atacados directamente) se distingan visualmente de la población civil, sea llevando un uniforme y armas —o una de las dos cosas— de manera ostensible⁶⁰.

En una situación de ocupación o de conflicto armado no internacional, la correcta identificación de las personas sospechosas de pertenecer a grupos armados rebeldes suele ser difícil, pero de vital importancia. Un experto señaló que una de las razones de ser de la norma según la cual los civiles sólo pueden ser atacados mientras dure su participación en las hostilidades es evitar errores en la identificación⁶¹.

59 Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección E.2.

60 La exigencia de llevar uniforme para conceder el estatuto de prisionero de guerra es diferente de la cuestión del estatuto de combatiente (es decir, personas que pueden ser atacadas a discreción), que automáticamente se confiere a los miembros de las fuerzas armadas.

61 Informe de la Reunión de Expertos, nota 4 *supra*, Sección D.3 (c). Este comentario se hizo efectivamente cuando se examinó la cuestión de los ataques contra combatientes extranjeros que penetran en un territorio ocupado, pero es totalmente pertinente en relación con el uso de la fuerza contra grupos armados que no llevan uniforme y otras personas que en ese momento no estén cometiendo actos de violencia.

Todo empleo de la fuerza letal contra un civil que no está cometiendo actos de violencia en ese momento podría ser un error, que sería particularmente grave en el caso de una ejecución selectiva. Por ello, los expertos presentes en la reunión del UCIHL subrayaron la necesidad de estipular requisitos de procedimiento tanto para antes como para después de esas acciones. Un trámite necesario sería examinar con antelación 1) si el individuo al que quiere atacar el Estado es, en verdad, alguien que ha cometido y seguirá probablemente cometiendo actos hostiles graves⁶²; y 2) si existe la necesidad de matar a esa persona para proteger la vida de terceros. Los expertos manifestaron su preocupación por el peligro de que este requisito, que es crucial, en lugar de ser útil, pueda asemejarse un tanto a un juicio *in absentia*. Hay que subrayar por ello que este procedimiento no exime en modo alguno al Estado de su obligación de intentar detener a los sospechosos, siempre que sea posible⁶³. La segunda parte del procedimiento requerido es la exigencia del derecho de los derechos humanos de que se efectúe una investigación digna de crédito de la licitud del empleo de la fuerza por el Estado⁶⁴. El hecho de saber que se efectuará automáticamente una investigación independiente, cuyos resultados se darán a conocer públicamente, debería tener el efecto de disuadir la comisión de esas ejecuciones selectivas, salvo en situaciones muy excepcionales.

Como hemos visto, el requisito de planificar y efectuar investigaciones no se limita, en el derecho de los derechos humanos, a las ejecuciones selectivas, sino a todo empleo de la fuerza letal por las autoridades estatales cuando existe la posibilidad de que esa fuerza sea ilícita. A pesar de que los Estados no se consideran, en general, obligados a efectuar dicha investigación cada vez que emplean la fuerza, lo sería efectivamente difícil de realizar —en un conflicto armado internacional— mientras duren las hostilidades. Si existe la sospecha de ilicitud, una interpretación *bona fide* del DIH exigiría que se efectuara una investigación para garantizar que sus fuerzas respetan el derecho.

¿Son las normas de los derechos humanos incompatibles con el derecho internacional humanitario?

El carácter de *lex specialis* del derecho internacional humanitario⁶⁵

Como es sabido, el DIH ha tenido un origen y un desarrollo diferentes del derecho de los derechos humanos, y hace muy poco tiempo que se ha producido un

62 La mayoría de los expertos no aceptó que la instigación pueda incluirse en la definición de esos actos, sobre todo en el caso de instigación general, pues ello se prestaría a enormes abusos. *Ibid.*, Sección E.6.

63 *Ibid.*, Sección E.5.

64 *V. supra*, apdo. “El requisito de investigar” del presente artículo.

65 El término *lex specialis* se ha utilizado principalmente para expresar que se ha de recurrir a normas más detalladas en una rama particular del derecho, a modo de interpretación, cuando se aplica una norma más general en esa misma rama del derecho. En esta sección, nos referimos a dos ramas del derecho, el DIH y el derecho de los derechos humanos, pero para facilitar el análisis, utilizaremos el término *lex specialis* tal como lo hizo la Corte Internacional de Justicia, es decir, el DIH como la rama del derecho especialmente promulgada para los conflictos armados.

solapamiento deliberado de ambos derechos⁶⁶. Hay que reconocer que las normas específicas codificadas para los conflictos armados siguen siendo importantes y no se las puede dejar simplemente de lado, si esas mismas normas no aparecen en el derecho de los derechos humanos. Así lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la construcción del muro en Palestina, que confirmó en los siguientes términos la aplicabilidad concomitante del derecho de los derechos humanos y del DIH en los conflictos armados:

“En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, hay tres posibles soluciones: algunos derechos pueden estar exclusivamente estipulados en el derecho internacional humanitario, otros lo pueden estar exclusivamente en el derecho de los derechos humanos y otros pueden estar reconocidos 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.”⁶⁷

Todos los expertos presentes en la reunión del UCIHL opinaron que la interpretación del término *lex specialis* por la Corte en ese contexto no es clara. Por ello, se analizó cómo se efectuaría en la práctica la aplicación concurrente de ambas ramas del derecho por lo que respecta al empleo de la fuerza letal, tanto en conflictos no internacionales como en situaciones de ocupación.

En el programa de la reunión no se había incluido el tema del empleo de la fuerza durante las hostilidades en conflictos armados internacionales, dado que la relación entre el DIH y el derecho de los derechos humanos no es una cuestión tan acuciante en esos conflictos. En una situación que no sea de ocupación, puede no ser aplicable un tratado de derechos humanos, puesto que el Estado atacante puede no tener jurisdicción, debido a su falta de control real del territorio⁶⁸, a pesar de que la Comisión Interamericana ha aplicado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al empleo de la fuerza letal contra personas fuera de la jurisdicción del Estado atacante⁶⁹.

Dado que, en principio, el derecho de los derechos humanos se aplica a todas las situaciones, incluidos los conflictos internacionales en los que el Estado atacante tiene jurisdicción, vale la pena examinar si estaría indicada la tercera posibilidad señalada por la CIJ, es decir, considerar a ambos derechos, el de los derechos humanos y el DIH, como *lex specialis*.

66 Vg., el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, 2000; arts. 75 y 6 de los Protocolos adicionales I y II, respectivamente.

67 *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, nota 40 *supra*, § 106.

68 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Issa v. Turkey*, fallo del 16 de noviembre de 2004, §§ 68-74.

69 *Hermanos al Rescate*, nota 21 *supra*, § 23; este caso se refiere al ataque contra un avión civil en el espacio aéreo internacional; *Organización Mundial de Personas con Discapacidad v. Estados Unidos*, Petición n.º 9213, Decisión sobre la admisibilidad del 22 de septiembre de 1987: este asunto se refiere al bombardeo, por aviación estadounidense, de una clínica psiquiátrica en la isla de Granada antes de que llegaran las tropas terrestres. La causa fue declarada admisible, a pesar de que luego se llegó a un acuerdo amistoso.

Las normas referentes al estatuto de combatiente en los conflictos internacionales no sólo son relativamente claras, sino que tienen además una larga historia. Como ya hemos dicho, el derecho de los derechos humanos no clasifica a las personas y no se preocupa de si existe o no un conflicto armado⁷⁰. Sería razonable reconocer las categorías de personas que establece el DIH, es decir, combatientes, por un lado, y civiles, por otro, como *lex specialis* y, por ende, aceptar que un ataque contra un combatiente en un conflicto armado internacional es lícito. En el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y siempre que el Estado de que se trate haya hecho una declaración de suspensión⁷¹, podría ser válida la excepción de “actos lícitos de guerra” en un conflicto armado internacional. En el caso de otros tratados sobre derechos humanos, los ataques contra los combatientes no se considerarían “arbitrarios”.

Las normas específicas de DIH acerca de cuándo un combatiente no puede ser atacado porque está fuera de combate también son, en opinión de la autora, un claro ejemplo de *lex specialis*, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales⁷². Lo importante es determinar si el derecho de los derechos humanos añade condiciones a las prohibiciones de atacar que establece el DIH, es decir, a la prohibición de atacar a los combatientes que están fuera de combate, tal y como ahora está definida en el DIH. Como hemos visto, en caso de ocupación o de conflicto armado no internacional, la respuesta es claramente afirmativa cuando es posible detener a esas personas. ¿Podría aplicarse este argumento a los conflictos armados internacionales? En teoría, desde el punto de vista del derecho de los derechos humanos, no hay razón para no hacerlo, siempre que haya jurisdicción. Sería más razonable en el caso de civiles que “participan directamente en las hostilidades”, ya que no está claro, en el DIH, qué abarca exactamente esta expresión. En cambio, resultaría más difícil en el caso de los combatientes. Los tratados de DIH no proporcionan una norma según la cual, además de los casos reconocidos de los combatientes fuera de combate, no se puede atacar a un combatiente si es posible detenerlo. Sin embargo, en opinión de la autora, la razón de esa ausencia debe examinarse con mayor atención, sobre todo a la luz de la antigua norma relativa a la prohibición del asesinato, a fin de determinar si la norma de los derechos humanos es tan diferente de las normas y la filosofía del DIH.

70 La única “categoría” de la que se ocupa el derecho de los derechos humanos es la situación en la que un Estado ha hecho una declaración de suspensión válida.

71 Los Estados no desearían verse limitados a las situaciones en las que puede emplearse la fuerza especificadas en el apdo. 2 del art. 2 de la CEDH. En la práctica, los Estados europeos no han hecho suspensiones de ese tipo en relación con el empleo de la fuerza contra combatientes en conflictos internacionales en el extranjero.

72 Esto está codificado en el art. 23 (c)-(d) del Reglamento de La Haya de 1907, en los arts. 41 y 42 del Protocolo adicional I de 1977, en el art. 12 del II Convenio de Ginebra (sobre los conflictos armados en el mar) y el art. 3 común para los conflictos armados no internacionales.

La prohibición del asesinato

Las categorías reconocidas de personas fuera de combate, en particular las personas que se rinden, los heridos, los náufragos y las personas que saltan en paracaídas de una aeronave en peligro, presuponen que esa condición se presenta

durante las hostilidades. Por otra parte, el artículo 41 del Protocolo adicional I establece que está fuera de combate toda persona que esté en poder de una parte adversa, siempre que se abstenga de cometer actos hostiles. Por lo general, se interpreta que este artículo se refiere a toda persona detenida o capturada, pero no a un combatiente que aún está con su unidad mientras continúan las hostilidades entre los beligerantes (es decir, mientras sigue librándose el conflicto armado).

Estas normas reflejan el concepto tradicional del DIH, tal y como lo han desarrollado los ejércitos profesionales, según el cual existía un código de honor entre soldados profesionales enemigos que prohibía la “traición”⁷³. Es importante resaltar que la “traición” no se limitaba al concepto moderno de “perfidia”, según se define en el artículo 37 del Protocolo adicional I, sino que también incluía la prohibición del asesinato. Varias fuentes lo confirman.

El Manual de Oxford de 1880 establece que está prohibido “atentar a traición contra la vida de un enemigo, por ejemplo manteniendo asesinos a sueldo o simulando rendirse”⁷⁴.

Oppenheim sostiene que el artículo 23 (b) del Reglamento de La Haya “prohíbe todo método péfido de asesinar o herir a combatientes. Por lo tanto: no se ha de contratar a asesinos ni asesinar a combatientes; no debe ponerse precio a la cabeza de un enemigo; está prohibido proscribir y poner fuera de la ley a un enemigo; está prohibido simular pedir cuartel y fingir estar herido o enfermo”⁷⁵.

La gravedad que se atribuía al asesinato se pone de manifiesto en el Código de Lieber:

“El derecho de la guerra no permite declarar fuera de la ley a una persona perteneciente a un ejército enemigo, a un ciudadano o a un súbdito del Gobierno adversario, que pueden ser asesinados sin juicio previo por cualquier persona que los capture, como tampoco el moderno derecho de la paz permite esa proscripción deliberada, sino que aborrece tal atropello. Un asesinato cometido como consecuencia de una declaración de ese tipo, formulada por la autoridad que fuera, debe dar lugar a la más severa de las represalias. Las naciones civilizadas miran con horror las ofertas de recompensa por el asesinato de enemigos, pues implican caer en la barbarie”⁷⁶.

73 En el art. 23 (b) del Reglamento de La Haya se estipula que “queda particularmente prohibido... matar o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o al ejército enemigo”.

74 *Oxford Manual*, aprobado por el Instituto de Derecho Internacional el 9 de septiembre de 1880, art. 8 (b).

75 L. Oppenheim, *International Law, Vol. II, Disputes, War and Neutrality*, ed. H. Lauterpatch, 7ª ed., Longman's Green & Co., Londres, 1952, p. 341, § 110.

76 *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, 1863, art. 148.

Esta afirmación no tiene relación con la perfidia. Aunque se refiera a la declaración de una persona fuera de ley y al asesinato por un captor, hay que recordar que, en 1863, no era técnicamente posible asesinar a una persona lanzando misiles o bombas desde una aeronave. Por lo tanto, lo que motivó esta norma, su razón subyacente, es la falta de honor.

Westlake, en su tratado sobre la guerra publicado en 1907, lo deja bien claro:

“matar a una persona, fuera de los casos de combate o de sanción militar de la que se ha hecho responsable, es quitarle la vida a alguien que no tenía motivos para estar prevenido y, por lo tanto, se trata de un asesinato a traición”⁷⁷.

El antiguo Manual británico de derecho militar, que incluye la prohibición del asesinato, define que hay asesinato cuando “agentes o partisanos enemigos matan o hieren a una persona determinada detrás del frente de batalla”⁷⁸.

Estas antiguas normas hay que contemplarlas teniendo en cuenta como trasfondo los métodos de guerra de aquella época, en la que las hostilidades consistían sobre todo en combates directos cuerpo a cuerpo y el recurso a los asedios. Es evidente que en esas circunstancias la detención no era una opción: la captura sólo era posible si la persona se rendía o estaba herida, de modo que no podía seguir luchando. Si uno deseaba matar a combatientes enemigos fuera de esas situaciones, tenía que recurrir al asesinato; pero esta posibilidad estaba prohibida por las razones que explica Westlake.

Intentemos ahora aplicar esa noción a las condiciones modernas: las contiendas se libran ahora no sólo mediante enfrentamientos sobre el terreno, sino también a distancia, utilizando aeronaves y misiles. La prohibición de asesinar según el antiguo derecho, que se basaba en el hecho de que la forma normal de las hostilidades era atacar a los combatientes enemigos en el campo de batalla, carece de sentido hoy en día. Por lo tanto, es dudoso que la norma que prohíbe el asesinato de los combatientes aún subsista en el DIH moderno. El nuevo manual británico se aparta del antiguo al afirmar que “no existe una norma específica que aborde la cuestión del asesinato”⁷⁹. Por consiguiente, la situación actual es, al parecer, que a menos que un combatiente aún no haya sido movilizado (es decir, que aún sea un reservista), puede ser técnicamente atacado en cualquier momento y lugar durante un conflicto armado internacional⁸⁰.

En el marco de los conflictos armados no internacionales y de una ocupación, en que las normas del DIH no son tan claras, hemos visto que una persona

77 John Westlake, *International Law, Part II, War*, Cambridge University Press, Cambridge, 1907, p. 75.

78 *The Law of War on Land, Part III of the Manual of Military Law*, War Office, 1958, § 115.

79 *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Ministerio de Defensa de Gran Bretaña, Oxford University Press, Oxford, 2004, § 5.13.

80 La autora persiste en su opinión minoritaria de que un combatiente de licencia en otro país y fuera del teatro de las operaciones bélicas no debería ser objeto de ataques. Sin embargo, probablemente debido a la desaparición de las nociones de honor y caballería, este argumento ya no es, al parecer, aceptado por la mayoría, dado que los manuales modernos no mencionan esa excepción del derecho a atacar.

que está en un territorio controlado por las fuerzas gubernamentales debe ser detenida, según el derecho de los derechos humanos, si su detención puede efectuarse sin mayor riesgo para esas fuerzas que el que normalmente implicaría detener a una persona peligrosa. Esto puede darse sólo en situaciones al margen de los combates y únicamente cuando la persona concernida está lo suficientemente cerca para ser detenida. Como hemos visto, en el derecho de la guerra tradicional, matar a combatientes en esas situaciones habría sido considerado un asesinato. ¿Es entonces el derecho de los derechos humanos tan incompatible, al menos, con las normas y la filosofía originales del derecho de la guerra? En opinión de esta autora, las normas específicas del derecho de los derechos humanos, tal y como se aplican al derecho a la vida y como se las ha interpretado en la práctica, no son incompatibles.

Durante la cuarta Reunión de Expertos sobre el significado de “participación directa en las hostilidades”, organizada por el CICR y el Instituto Asser, el CICR propuso una norma que reflejaría la normativa de los derechos humanos, pero haciendo referencia al hecho de que matar a personas cuando sería posible detenerlas no entra en la noción de necesidad militar⁸¹. Es difícil basarse en una referencia a la necesidad militar, dado que esa noción es, por lo general, un principio subyacente y no una norma, a menos que se haga referencia específica a ella en una norma. Las disposiciones del DIH que afirman que un civil pierde su inmunidad contra los ataques cuando participa directamente en las hostilidades no mencionan esa excepción. Sin embargo, no hay duda de que, desde el punto de vista militar, no es necesario atacar a una persona cuando es posible detenerla. Por consiguiente, en opinión de la autora, debería proponerse esa norma o definirse más acotadamente la noción de participación directa en las hostilidades a fin de incluir sólo a las personas (tanto si pertenecen a un grupo armado como si no) que en ese momento están disparando, lanzando un misil o un arma similar, o hacer referencia a la aplicación paralela del derecho de los derechos humanos. La autora opina que la última opción es la más razonable, puesto que refleja el derecho existente.

Conclusión

La aplicabilidad concomitante del derecho de los derechos humanos y el DIH a las hostilidades en los conflictos armados no significa que el derecho a la vida deba interpretarse en todos los casos de conformidad con las disposiciones del DIH. Como hemos puesto de manifiesto, el DIH no siempre es claro, y una simple referencia a las disposiciones del DIH no será suficiente. En opinión de la autora, todo derecho debe interpretarse a la luz de su objetivo y su propósito particulares. Una interpretación teleológica de ese tipo no es lo mismo que basarse en un dogma asociado a una rama particular del derecho. Por consiguiente, si bien es cierto que el objetivo y el propósito del DIH es regular los conflictos armados, es un dogma afirmar que sólo el DIH puede ser pertinente. También sería un dogma afirmar que el derecho de los derechos humanos sólo se ha codificado para tiempos de paz; las

81 Nota 38 *supra*, comentario de la sección D.IX.

propias disposiciones de los tratados sobre derechos humanos muestran que esto no es cierto. Por otro lado, es verdad que ambas ramas del derecho tratan de proteger lo más posible a las personas de la violencia innecesaria, respetando a la vez lo que se percibe como necesidades de la sociedad. En el caso del DIH, se trata de la necesidad de permitir que las fuerzas armadas no se sientan frustradas en su intento de controlar una situación de rebelión o de imponerse en un conflicto internacional. En el caso del derecho de los derechos humanos, se trata de la necesidad de mantener el orden y la armonía dentro de la sociedad. Ambas ramas del derecho están destinadas a evitar muertes innecesarias y desproporcionadas, es decir, a prohibir los actos motivados por la sed de venganza, la megalomanía o la crueldad.

Siempre que se evite todo tipo de dogmas, la aplicación concomitante de ambas ramas del derecho no debería plantear dificultades. Una atribución simplista a los conflictos armados no internacionales o a las situaciones de ocupación de las normas que sólo tienen sentido en los conflictos armados internacionales sería un dogma. Las nociones de estatuto formal de combatiente y de igualdad entre las partes en todos los aspectos son, sin duda alguna, inadecuadas para los conflictos no internacionales, ya que los Estados se han negado sencillamente a aceptarlas. Por consiguiente, una postura pragmática y jurídicamente adecuada es ver cómo se aplica el derecho de los derechos humanos. Pueden considerarse como *lex specialis* las normas específicas, claras y bien establecidas del DIH. Sin embargo, cuando existe alguna duda, o cuando las normas son demasiado generales para dar todas las respuestas, el derecho de los derechos humanos llenará el vacío, a condición de que este derecho no sea incompatible con el objetivo y el propósito generales y fundamentales del DIH. La autora sostiene que el derecho de los derechos humanos relativo al derecho a la vida es adecuado para completar e interpretar las normas del DIH relativas al uso de la fuerza en situaciones de conflicto no internacional y de ocupación, así como el derecho relativo a los civiles que participan directamente en las hostilidades. Como hemos expuesto antes, las restricciones impuestas no son en absoluto incompatibles con el espíritu fundamental inicial del DIH, es decir, con el deseo de evitar muertes innecesarias. Esperemos que este espíritu perdure.