N.º 869 – Marzo de 2008
N.º 870 – Junio de 2008
N.º 871 – Septiembre de 2008
N.º 872 – Diciembre de 2008

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Revista fundada en 1869
y publicada por el Comité
Internacional de la Cruz Roja
Ginebra

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
Selección de artículos 2008

CICR

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

Misión de la *International Review of the Red Cross*

La *International Review of the Red Cross* es una publicación periódica del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), especializada en derecho internacional humanitario. Procura promover el conocimiento, el examen crítico y el desarrollo de esta rama del derecho, propiciar el análisis sobre la acción humanitaria en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de violencia armada, y contribuir a prevenir violaciones de las normas que protegen los derechos y los valores fundamentales. Es, además, un foro para el análisis de las causas y las características de los conflictos, a fin de facilitar la comprensión de los problemas humanitarios que éstos ocasionan. También proporciona información sobre las cuestiones que interesan al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y, en especial, sobre la doctrina y las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Comité Internacional de la Cruz Roja

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia.

El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales.

Fundado en 1863, el CICR dio origen a los Convenios de Ginebra y al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyas actividades internacionales en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia dirige y coordina.

Miembros del Comité
Presidente: Jakob Kellenberger
Vicepresidente: Olivier Vodoz
Vicepresidenta permanente: Christine Beerli

Jean Abt
Jean-Philippe Assal
Christiane Augsburger
Paolo Bernasconi
Anne de Boccard
Jean de Courten
Jacques Forster
Paola Ghillani
Claude Le Coultre
Jacques Moreillon
Gabrielle Nanchen
Yves Sandoz
Jenö C. A. Staehelin
Daniel Thürer
André von Moos

Redactor jefe
Toni Pfanner
CICR

Consejo Editorial
Ahmed Abou El-Wafa
Universidad de El Cairo, Egipto

Daniel Bar-Tal
Universidad de Tel Aviv, Israel

Annette Becker
Université Paris X, Francia

Antônio Cançado Trindade
Universidad de Brasilia, Brasil

Marika Fahlen
Ministerio de Relaciones Exteriores, Estocolmo, Suecia

Bernard Haykel
Universidad de Nueva York, EE.UU.

Venkateswara S. Mani
Universidad Nacional Jaipur, Jaipur, Rajastán, India

Herfried Münkler
Universidad Humboldt, Berlín, Alemania

Mona Rishmawi
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, Suiza

Elizabeth Salmón Gárate
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Marco Sassòli
Universidad de Ginebra, Suiza

Michael N. Schmitt
Escuela de Guerra Naval de Estados Unidos, Newport, EE.UU.

Terence Taylor
Consejo Internacional de Ciencias de la Vida, Washington, Estados Unidos

Bakhtiyar R. Tuzmukhamedov
Academia de Diplomacia, Moscú, Federación de Rusia

Peter Walker
Centro Internacional Feinstein, Facultad Friedman de Ciencias y Política de la Alimentación, Universidad Tufts, EE.UU.

Wenqi Zhu
Escuela de Derecho, Universidad Renmin de China, Beijing, República Popular China

N.° 869 - Marzo de 2008
N.° 870 - Junio de 2008
N.° 871 - Septiembre de 2008
N.° 872 - Diciembre de 2008

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
Selección de artículos 2008

ÍNDICE

Marzo de **2008**, N.º 869 de la versión original

El conflicto en Irak II

7 **Editorial**

13 **La ocupación en Irak desde 2003 y los poderes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**
Robert Kolb

35 **Ataques suicidas y derecho islámico**
Muhammad Munir

55 **Cruzar el desierto. El CICR en Irak: análisis de una operación humanitaria**
Daniel Palmieri

71 **Acción neutral, imparcial e independiente: clave para la aceptación del CICR en Irak**
Karl Mattli y Jörg Gasser

Junio de **2008**, N.º 870 de la versión original

Sanciones

91 **Editorial**

93 **Discurso del general Jean-René Bachelet**

103 **Eficacia de las sanciones como medio para lograr un mayor respeto del derecho humanitario**
Anne-Marie La Rosa

131 **Crímenes masivos en ex Yugoslavia: ¿participación, sanción y prevención?**
Samuel Tanner

147 **Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal**
Jamie Allan Williamson

Los artículos publicados en la *International Review of the Red Cross* reflejan las opiniones de los respectivos autores, y no necesariamente las del CICR o las de la Redacción. Sólo los artículos firmados por el CICR pueden serle atribuidos.

165 **Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales**
Xavier Philippe

177 **Víctimas y justicia penal internacional:¿una cuestión controvertida?**
Mina Rauschenbach y Damien Scalia

Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original

Derechos humanos

199 **Editorial**

205 **Entrevista a Luis Alfonso de Alba**

217 **¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario**
Cordula Droege

269 **Nada mejor que estar en casa: las obligaciones de los Estados en relación con las transferencias de personas**
Emanuela-Chiara Gillard

319 **La relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos cuando se trata del asunto de la admisibilidad del homicidio y del internamiento de portadores de armas en conflictos armados no internacionales**
Marco Sassòli y Laura M. Olson

351 **Litigios en materia de derechos humanos y la "guerra contra el terror"**
Helen Duffy

Diciembre de 2008, N.º 872 de la versión original

Participación directa en las hostilidades

381 **Editorial**

385 **Entrevista a Sergio Jaramillo Caro**

399 **Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicancias**
Andreas Wenger y Simon J. A. Mason

419 **Encadenados a los cañones o con un blanco en la camiseta: los escudos humanos en el derecho internacional humanitario**
Stéphanie Bouchié de Belle

Marzo de 2008, N.º 869 de la versión original

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

El conflicto en Irak II

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

EDITORIAL

En su novela titulada *La herencia estética de la guerra*, el autor iraquí Hassan Mutlaq dice: "La experiencia de la guerra también me ha enseñado que lo que escribimos y decimos no logra expresar la inmensidad del dolor, de la conmoción de estar expuestos a esta guerra, cara a cara con la muerte (...)".

***

El territorio actual de Irak corresponde a la antigua Mesopotamia, cuna de las civilizaciones y origen de la célebre cultura sumeria. Hace poco más de un milenio, los califas abasíes dominaban una de las más grandes civilizaciones del mundo donde florecían las artes, las ciencias y las letras. Hace apenas treinta años, Irak era uno de los países más ricos de la región, su economía era próspera, su población, instruida y su sistema de atención médica, estable. Actualmente, el país está devastado. En las próximas décadas, Irak tendrá que pagar el pesado tributo de la violencia prolongada y la decadencia económica. Aunque el número exacto de víctimas ocasionadas por el conflicto iniciado en 2003 puede discutirse, no cabe duda de que decenas de miles de personas, cuando menos, han resultado muertas, y un número mucho más elevado ha sufrido heridas. La población padece el terror de los ataques indiscriminados y la proliferación de pandillas criminales que secuestran, extorsionan, roban y se apropian de los bienes públicos. Como consecuencia, además de los efectos directos de esos actos de terror, los servicios básicos (por ejemplo, atención médica, educación y servicios sociales) están interrumpidos, por lo que numerosos iraquíes viven en la pobreza extrema. De modo que no sorprende que uno de cada cinco iraquíes, aproximadamente, haya tenido que desplazarse dentro del país o huir al extranjero.

En Irak, el debate sobre la legalidad de la invasión por las fuerzas de la coalición encabezadas por Estados Unidos rápidamente pasó a un segundo plano, para dar lugar a cuestiones sobre la conducta de las partes beligerantes. De una duración relativamente corta, la campaña militar produjo la caída del régimen de Sadam Husein, pero también suscitó cuestiones sobre la legalidad de la conducción de las hostilidades y, en particular, sobre la delicada cuestión de los daños incidentales, el sufrimiento infligido a la población y la destrucción de la infraestructura del país. Luego, el objeto de debate pasaron a ser los problemas relativos al derecho de la ocupación y, mediante una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se confirió a las fuerzas de la coalición el poder de cambiar las leyes iraquíes, implantar un nuevo gobierno y declarar el fin de la ocupación.

La insurrección brutal y los violentos actos de sabotaje que suscitó contravinieron los principios de humanidad más elementales. Una guerra asimétrica entre las fuerzas de coalición y la resistencia armada rápidamente se propagó por las ciudades y culminó con la batalla por Faluya, en 2004. Las imágenes insoportables de las humillaciones que padecieron los prisioneros iraquíes en poder de los soldados norteamericanos en Abu Ghraib privaron a Estados Unidos del reconocimiento de cierta grandeza moral que pretendía hacer valer, aun cuando la cuestión de Abu Ghraib no alcance el nivel de las atrocidades cometidas por otras partes en la guerra.

Para la mayoría de los árabes, las imágenes de Abu Ghraib confirmaron lo que, para ellos, es un esquema general de deshumanización instituido por las fuerzas norteamericanas y de ultraje hacia ellos y hacia el Islam. La fotografía de una norteamericana que tiene atado con una cuerda a un hombre árabe desnudo, como si fuera un perro, simbolizó el cinismo y la hipocresía de los invasores, que mostraron una absoluta falta de respeto hacia quienes pretendían haber liberado. El sentimiento general de que los derechos fundamentales se habían socavado fortaleció la radicalización de la sociedad iraquí, que era liberal. Ello también dio motivos a los "yihadistas" para considerar la ocupación como un *casus belli*. La lucha contra la ocupación soviética de Afganistán en los años 1980 fue justificada con motivos similares y ofreció un pretexto para liberar al territorio islámico de los "intrusos no creyentes". Esa radicalización dio la oportunidad a Al Qaeda de instalar células en Irak, muchas de ellas locales. Los actos de violencia más terribles, como la decapitación de rehenes, disminuyeron progresivamente, pues el común de los iraquíes fue alejándose de los grupos responsables de esos actos. La mayoría de las atrocidades que hoy siguen cometiéndose, como los atentados suicida con sus horrorosos efectos, ya no son reivindicadas.

***

Por su historia, la Mesopotamia fue un crisol étnico y la sociedad iraquí de hoy refleja la herencia de las diferentes etnias, tribus, culturas, religiones y credos, que se entremezclaron durante siglos. La invasión de Irak no sólo provocó la caída de un régimen autocrático, sino que cambió los parámetros de la sociedad iraquí. Después de los bombardeos de Samara, en febrero de 2006, la violencia se ha caracterizado, sobre todo, por su naturaleza religiosa, principalmente en la capital. Los sunitas han huido o han sido obligados a huir hacia las zonas sunitas; los chiitas, hacia las zonas chiitas. Los kurdos han huido hacia provincias más calmas, en el norte, y otros grupos minoritarios, como los cristianos, han buscado refugio en las diversas partes de la provincia de Ninewah. Durante ese proceso, algunos perdieron todas sus pertenencias, pero lograron sentirse más seguros. Una gran parte de la ciudad de Bagdad y sus alrededores han quedado fraccionados por líneas sectarias, y grupos armados radicales siguen consolidando sus posiciones a lo largo de esas líneas, resistiendo al control del gobierno y, con frecuencia, luchando entre ellos. A pesar de tener sentimientos encontrados, muchos iraquíes hoy consideran que las fuerzas armadas de Estados Unidos son las que impiden, al menos temporariamente, una guerra civil aún más

sangrienta entre ellos, o un conflicto regional, en un momento en que parece debilitarse el apoyo de los estadounidenses para que su país prosiga la guerra.

Las grandes cuestiones que hoy debe afrontar el Gobierno iraquí, elegido democráticamente, suelen examinarse con la perspectiva de los aspectos religiosos, étnicos o tribales. Los compromisos necesarios para una reconciliación nacional y para la revisión de la constitución, la distribución de las ganancias por el petróleo, los asuntos provinciales, el futuro de Kirkuk, las medidas de seguridad y la gobernabilidad, incluida la prestación de servicios básicos y la lucha contra la corrupción, siguen estando obstaculizados por la polarización de la sociedad iraquí. Sin embargo, también existen fuerzas de cohesión. Los kurdos, a pesar de su intención de conservar su estatuto especial, tienen interés en que Irak siga unido y moderan sus pedidos de independencia. Análogamente, las reivindicaciones de independencia de la parte meridional chiita de Irak prácticamente han terminado. Muchos sunitas, que antes se oponían al Gobierno, han manifestado, al menos temporariamente, la voluntad de adaptarse a las nuevas realidades políticas de Irak.

***

Sin embargo, la división entre sunitas y chiitas y, aun más, entre kurdos y árabes amenaza la cohesión del país. Los vecinos de Irak reciben permanentemente refugiados iraquíes y temen que la situación en Irak afecte su propia estabilidad. Los Estados de mayoría sunita ven con circunspección la expansión de la influencia iraní en un Irak de dominación chiita, mientras que la amplia autonomía de los kurdos en el norte es una fuente de preocupación para Turquía, Siria e Irán. Si esta situación persiste, puede incrementar aun más la tensión internacional. Una división de Irak, que la gran mayoría de los sunitas y los chiitas no verían favorablemente, daría a la guerra otra dimensión y tendría repercusiones graves en el plano internacional. En efecto, el conflicto en Irak continúa y no parece vislumbrarse su fin, para apaciguar el inmenso sufrimiento que ha generado en todo el país.

El 27 de octubre de 2003, las oficinas del CICR en Bagdad fueron el blanco de un atentado suicida, en el que once personas resultaron muertas. Los delegados del CICR sabían que una explosión se había producido en la sede de las Naciones Unidas en la capital iraquí dos meses antes, donde había muerto el Representante especial de la ONU, Sergio Vieira de Mello, y muchos otros. Está claro que, en Bagdad, nadie está al resguardo de atentados horribles cometidos por personas que no hacen ninguna distinción entre combatientes y civiles, sino que, por el contrario, hacen objeto de su violencia a personas inocentes. A pesar de todas las advertencias, el ataque contra el CICR en Bagdad fue un golpe terrible contra la Institución, lo que la ha llevado a prestar más atención al entorno sociopolítico donde opera, revisar su papel y su aptitud para funcionar en un contexto tan inestable, así como a reexaminar su capacidad de responder a las necesidades en lugares donde una ayuda humanitaria imparcial no parece ser siempre bienvenida.

En esa situación trágica, compleja y peligrosa, las organizaciones internacionales, el CICR entre ellas, hacen todo lo que pueden para atenuar el sufrimiento de las víctimas: heridos, detenidos, rehenes, desaparecidos, desplazados, por no mencionar a la población civil toda, que ha sido privada de los servicios esenciales. La inseguridad y los ataques directos contra trabajadores humanitarios, algunos de los cuales han resultado muertos, se han traducido en una reducción general de las actividades humanitarias. Por ello, los iraquíes se sienten, sin duda, más abandonados que nunca por la comunidad internacional, expuestos a una violencia que parece no tener fin.

La seguridad es esencial para que se pueda prestar asistencia humanitaria. Ninguna organización puede enviar a su personal a cumplir misiones suicida, aun con las mejores intenciones. Ninguna institución puede aceptar tal incumplimiento de su deber. Es evidente que no existen las condiciones de seguridad necesarias para que los trabajadores humanitarios puedan seguir realizando su acción. Ante esa violencia armada, la contramedida más evidente es la protección armada. Esa solución puede ser una opción válida para algunos, pero no cabe duda de que plantea más cuestiones y problemas que los que resuelve. El CICR no puede aceptar la protección armada de las partes en conflicto, sobre todo de las fuerzas multinacionales, pues se interpretaría que la Institución ha tomado partido y ello implicaría una violación del principio de neutralidad.

El CICR ha concentrado sus esfuerzos en actividades relacionadas con la detención, lo que le permite seguir de cerca la situación de decenas de miles de personas detenidas por motivos relacionados con el conflicto. La Institución ha desplegado expatriados en las zonas más seguras, sobre todo en las partes kurdas del norte de Irak, pero no puede prestar asistencia a las personas que están en las zonas más peligrosas, sino mediante "operaciones de seguimiento a distancia". Si bien, con la ayuda de sus colaboradores iraquíes, el CICR presta servicios básicos de abastecimiento de agua y saneamiento, atención médica y alguna asistencia en los campamentos de desplazados, la inseguridad general en una gran parte de Irak no le ha permitido llevar adelante programas más importantes en favor de las comunidades afectadas.

***

Con un espíritu de altruismo y solidaridad, las comunidades y las organizaciones humanitarias iraquíes han hecho todo lo que está a su alcance para responder a las necesidades de la población civil. Su acción ha sido fundamental para mitigar el sufrimiento. La Media Luna Roja del Irak, a través de sus filiales y de su amplia red de voluntarios, es el único organismo capaz de actuar en todo el país. Sin embargo, no está al resguardo de los ataques: en efecto, en diciembre de 2006, 30 colaboradores fueron secuestrados en la oficina de la Sociedad Nacional en Bagdad y trece de ellos siguen desaparecidos. Asimismo, las comunidades locales prestan apoyo a las personas desplazadas, a través de comités informales instalados en las inmediaciones de las mezquitas. A decir verdad, y es ésta una característica digna de destacar

de la respuesta que algunos dan a las necesidades urgentes de otras personas, las organizaciones no gubernamentales se han convertido en un aspecto importantísimo del paradigma iraquí. Sin embargo, la dedicación ilimitada de muchos voluntarios iraquíes que se entregan a una acción arriesgada suele verse saboteada por el veneno de un entorno corrupto. Además, como el Gobierno tiene inmensas dificultades para afirmar su autoridad en todo el país, diversos grupos radicales han podido posicionarse como protectores y prestadores de servicios en las comunidades vulnerables bajo su control. Por otro lado, es sumamente difícil controlar los gastos y garantizar la eficacia de los programas en las circunstancias actuales.

***

En un país tan dividido, con líneas de frente cambiantes y peligrosas, la neutralidad de la acción humanitaria se pone en duda, e incluso se rechaza. Ha sido imposible seguir prestando ayuda, aunque ésta sea imparcial y responda a necesidades reales y urgentes. Partiendo entonces de la hipótesis de que es mejor ayudar a veces a algunas personas, que no ayudar nunca a nadie, la ayuda ha sido dispensada donde los límites étnicos y religiosos impuestos por el entorno político lo han permitido. Y, sin embargo, una acción humanitaria imparcial, prestada libremente, podría poner término a la división, construir puentes y restablecer algo de humanidad: a ello aspiran todos los iraquíes.

Es posible que uno de los medios de volver a un Irak estable, donde se responda de manera equitativa a las necesidades de todos, sería que la acción humanitaria fuera aceptada unánimemente. Esa acción, que no hace ninguna distinción entre las víctimas, podría favorecer la reconciliación y servir para luchar contra la idea perniciosa según la cual inevitablemente se deben sacrificar vidas humanas, idea que no puede sino alimentar una espiral de odio y venganza. En estos últimos meses, se ha recobrado cierta calma, la violencia ha disminuido en algunas zonas: es importante aprovechar esta oportunidad antes de que sea demasiado tarde. Al mismo tiempo, la acción humanitaria puede y debe ser completada con medidas políticas tendientes a impedir que el país caiga en un conflicto mayor, en el que podría verse implicada toda la región.

***

La guerra en Irak presenta desafíos para todas las partes, sobre todo para los actores humanitarios. En este volumen de la *International Review of the Red Cross*, diversos autores examinan el entorno sociopolítico y humanitario en Irak, tal como se presenta hoy, y evalúan el impacto del conflicto en el derecho humanitario y la acción humanitaria. Esperamos que los análisis de los autores sobre estas cuestiones contribuyan a aprehender mejor la complejidad de este conflicto y a identificar los medios que permitan aliviar el sufrimiento del pueblo iraquí.

Toni Pfanner
Redactor jefe

Marzo de 2008, N.º 869 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

La ocupación en Irak desde 2003 y los poderes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*

Robert Kolb
Robert Kolb es profesor de derecho internacional público en las Universidades de Ginebra y Neuchatel.

Resumen

En este artículo, se analizan en forma sucinta las limitaciones al poder del Consejo de Seguridad de hacer excepciones a la aplicación de las normas del derecho relativo a la ocupación. Las respuestas a las preguntas que suscita este tema son las siguientes: el Consejo de Seguridad no puede decidir excepciones a la aplicación de las disposiciones del derecho internacional humanitario que son de índole específicamente humanitaria (orden público humanitario); en ningún caso pueden presumirse excepciones a la aplicación del derecho internacional o del derecho internacional humanitario; y, en el de la ocupación de Irak desde 2003, el Consejo no hizo excepción alguna en relación con las normas relativas a la ocupación.

***

La ocupación de Irak ha puesto de relieve un problema latente desde la ocupación de Alemania y Japón después de la Segunda Guerra Mundial. Se trata de saber hasta qué punto es posible reformular o hacer excepciones a la aplicación del derecho relativo a la ocupación —que se basa en la conservación del *statu quo* en un territorio ocupado hasta la restauración de la soberanía legítima como expresión de la autode-

* Original: francés. "L'occupation en Irak depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N.º 869, marzo de 2008, disponible en www.cicr.org/fre. Versión en inglés: "Occupation in Irak since 2003 and the powers of the UN Security Council", *International Review of the Red Cross* N.º 869, marzo de 2008, disponible en www.cicr.org/eng.

terminación de la población local[1]—, a fin de permitir la reconstrucción del Estado ocupado bajo el paraguas de una operación internacional apoyada, en alguna medida, por las Naciones Unidas para lograr precisamente la "(re)construcción de una nación". La voluntad y el control de la comunidad internacional, expresadas a través de las Naciones Unidas, ¿pueden hacer que cese el respeto debido al *statu quo* que dimana del derecho relativo a la ocupación y que, tal vez, se exige ante todo del ocupante que no esté amparado por el paraguas de las Naciones Unidas? ¿Es posible hacer excepciones a la aplicación de algunas o de todas las normas relativas a la ocupación cuando las Naciones Unidas autorizan la adopción de ciertas medidas de transformación? Estas hipótesis conducen a dos preguntas: (1) ¿el derecho de la ocupación se aplica a operaciones dispuestas o supervisadas por las Naciones Unidas? y (2) ¿puede el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidir excepciones a la aplicación del derecho de la ocupación en virtud de los poderes que le confieren el artículo 25 y el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas? En otras palabras, ¿hasta qué punto el derecho de la ocupación es *jus cogens* para el Consejo de Seguridad? En el presente artículo, se abordará únicamente esta última pregunta.

El concepto de la excepción y el derecho de la ocupación como *jus cogens*

Supongamos que sea aplicable el régimen jurídico de la ocupación. ¿Es admisible introducir en él modificaciones *ad hoc* en función de los intereses y las necesidades de una operación particular? En caso afirmativo, ¿quién puede autorizar las modificaciones y conforme a cuáles modalidades? Por una parte, exceptuar la aplicación de algunas normas del derecho de la ocupación puede, efectivamente, parecer útil y constructivo. Por ejemplo, ¿qué sentido tendría exigir el estricto respeto de la legislación local, cuando se encuentra en marcha una operación internacional cuya finalidad es aplicar reformas estructurales para consolidar la paz en el país ocupado? Por otra, esas manipulaciones *ad hoc* del Consejo de Seguridad acarrean muchos riesgos. El más significativo es que un órgano político se arrogue el papel de juez en lo que respecta a la aplicación del derecho humanitario mediante el establecimiento de regímenes jurídicos selectivos en función del caso y según los intereses políticos de tal o cual potencia que predomina entre los miembros de ese órgano en determinado momento de la historia[2]. En tal caso, la idea misma de un

1 Art. 43 del Reglamento de La Haya de 1907.

2 Recientemente, se han observado manipulaciones *ad hoc* similares por parte del Consejo de Seguridad en el ámbito del derecho penal internacional: en la Resolución 1422 (2002), el Consejo solicitó a la Corte Penal Internacional que no iniciara investigaciones ni enjuiciamientos durante un plazo de doce meses a partir de determinada fecha (plazo que, por otra parte, era renovable) contra miembros de operaciones internacionales de mantenimiento o restablecimiento de la paz establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad, en las que participasen Estados que no fueran partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El objetivo de esta Resolución era conceder inmunidad general al personal de Estados Unidos que tomase parte en esas operaciones ya que, sin esa garantía, Estados Unidos amenazaba con utilizar su poder de veto contra esas operaciones o simplemente con no participar en ellas. En muchos casos, esas actitudes hubiesen causado el fracaso de las operaciones. V. Sebastian Heselhaus, "Resolution 1422 (2002) des Sicherheitsrates zur Begrenzung des Internationalen Strafgerichtshofs", *ZaöRV*, vol. 62, 2002, pp. 907 y ss. Posteriormente, dejó de aplicarse ese régimen de excepción: v. Eric David, "La Cour pénale internationale", *RCADI*, vol. 313, 2005, pp. 353–6.

derecho objetivo en favor de la población local podría correr peligro, a causa del subjetivismo político selectivo que refleja intereses particulares, sin mencionar la posibilidad de que se produzcan negociaciones tan variadas como impredecibles.

El *jus cogens* es una técnica jurídica cuyo propósito es mantener, siempre que el interés colectivo así lo exija, la unidad y la integridad de un régimen jurídico, impidiendo que sea fragmentado en regímenes más particulares, pues la aplicación de éstos sería, entonces, prioritaria en virtud del principio de *lex specialis*. Por ejemplo, las prohibiciones de la tortura y de la esclavitud se consideran parte del *jus cogens*. Por lo tanto, el derecho prohíbe a los Estados y a otros sujetos adoptar un acto jurídico[3] incompatible con estas prohibiciones y de obligatorio cumplimiento para las partes que lo suscriban en sus relaciones mutuas, en lugar de la norma prohibitiva general. De ello se desprende que el *jus cogens* constituye una limitación a la capacidad normativa para preservar la integridad de los regímenes normativos. El término clave relacionado con el concepto de *jus cogens* es, por ende, "excepción de aplicación". La excepción significa que un régimen normativo más restringido *ratione personae*, válido sobre todo *inter partes,* sustituye a un régimen normativo más general *ratione personae*. En este caso, el régimen general sigue siendo aplicable entre las partes que no se han adherido al régimen especial de excepción; el régimen especial rige, en cambio, las relaciones jurídicas entre las partes que lo han aceptado. La excepción se distingue así de la abrogación, que pone fin, de modo objetivo y respecto de todos los sujetos, a un régimen normativo que, a partir de ese momento, deja de existir *erga omnes*. La prohibición de hacer excepciones consiste en impedir a los sujetos la adopción de regímenes normativos aplicables entre ellos de la forma descrita, con objeto de proteger la integridad normativa del régimen general, considerada indispensable con respecto a ciertos valores sociales (humanitarios, morales, políticos, etc.). Éste es, pues, el ámbito del *jus cogens*. En este sentido, procuraremos establecer si los Estados (por consentimiento mutuo) o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (por resolución unilateral) pueden hacer excepciones a la aplicación del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho de la ocupación[4].

Pueden plantearse tres preguntas en relación con las limitaciones jurídicas que se imponen al poder del Consejo de Seguridad de hacer excepciones a la aplicación del DIH (y, en particular, del derecho de la ocupación). En primer lugar, ¿tiene el Consejo la competencia necesaria para decidir esas excepciones de conformidad con el derecho de la Carta? En segundo lugar, ¿está obligado el Consejo por el derecho internacional general, del que forman parte la gran mayoría de las normas del DIH? Y, por último, ¿limita el propio DIH el poder de cualquier sujeto para hacer excepciones a sus normas?[5] Nuestro análisis debe seguir una secuencia lógica. Para empezar, debemos comprobar si el Consejo cuenta con los poderes pertinentes y, después, verificar si esos poderes están limitados por un ordenamiento jurídico general o particular. De este modo, la perspectiva endógena se combina con la exógena.

3 Multilaterales, plurilaterales, bilaterales o unilaterales.

4 Aunque el acto del Consejo de Seguridad sea unilateral (resolución), sigue siendo un acto normativo que establece normas aplicables en una situación particular. De este modo, puede "suspender" el derecho de la ocupación y, en consecuencia, ser sometido a un análisis basado en el concepto de *jus cogens*.

5 Éste es el punto de vista del *jus cogens*.

Competencia del Consejo de Seguridad

En ningún artículo de la Carta se afirma expresamente que el Consejo tiene la facultad de hacer excepciones a la aplicación de las normas del DIH. Esto no es sorprendente, porque la Carta no puede contener una lista exhaustiva y *pro futuro* de todas las normas con respecto a las cuales el Consejo podría verse llamado a decidir excepciones. Por lo tanto, para llegar a una respuesta más clara, es preciso analizar los poderes implícitos o la práctica subsiguiente. Esta última puede descartarse de inmediato. El Consejo ha reafirmado una y otra vez la importancia del respeto del DIH y ha manifestado en reiteradas ocasiones que vulnerarlo constituía una amenaza contra la paz[6]. Por ende, es difícil imaginar que él mismo pueda hacer una excepción a la aplicación de todas las normas del DIH[7]. A lo más, sería necesario buscar qué normas pueden ser suspendidas y cuáles no. Con respecto a los poderes implícitos para suspender la aplicación del DIH, podría encontrarse un punto de apoyo en la idea de que el Consejo debe contar con la capacidad jurídica de adoptar todas las medidas que se consideren necesarias para mantener y restablecer la paz. En vista de la importancia del Capítulo VII de la Carta, y por ende su preeminencia, ambas reconocidas por la propia Carta (véanse los artículos 25 y 103), cabe considerar que, cada vez que una norma del derecho internacional ajena a la Carta se opone a la consecución de ese fin supremo, la norma en cuestión debe ceder ante la Carta. Podrían exceptuarse las normas que no admiten excepciones, que quedan por identificar. Esta lectura de la Carta acrecienta los poderes del Consejo, ya que se inscribe en la línea de pensamiento que ve en el mantenimiento de la paz y en los poderes del Capítulo VII, así como en la Carta en general, una especie de constitución suprema de la comunidad internacional[8]. Esta constitución estaría dotada de

6 V. Jochen A. Frowein y Nico Kirsch, "Article 41", en Bruno Simma, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2ª ed., Oxford, 2002, pp. 724–725, con referencias. Pueden citarse como ejemplos los siguientes casos: Yugoslavia (Resolución 771, 1991 y Resolución 836, 1993); Somalia (Resolución 794, 1992); Ruanda (Resolución 918, 1994, y Resolución 929, 1994); Haití (Resolución 940, 1994); Timor Oriental (Resolución 1264, 1999, y Resolución 1272, 1999); Sierra Leona (Resolución 1306, 2000). V. también Fred Grünfeld, "Human Rights Violations: A Threat to International Peace and Security", en Monique Castermans-Holleman et al. (eds.), *The Role of the Nation State in the 21st Century,* Essays in Honour of P. Baehr, La Haya, 1998, pp. 427 y ss.

7 David Schweigman, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter*, La Haya/Boston/Londres, 2001, p. 180: "La hipótesis de que el propio Consejo emplee medidas que, según él mismo ha indicado, amenazan la paz y la seguridad internacionales, llevaría a una conclusión un tanto enrevesada" [Trad. CICR].

8 Con respecto a la idea de una constitución, desarrollada sobre todo en la doctrina jurídica alemana, v. Christian Walter, "International law in a process of constitutionalization", en J. Nijman y A. Nollkaemper (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007, pp.191 y ss.; Regis Chemain y Alain Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?*, París, 2006; Pierre-Marie Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international", *Recueil des cours. Hague Academy of International Law*, vol. 297, 2002, pp. 215 y ss.; Bardo Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto*, La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 89 y ss.

una primacía intrínseca que la haría prevalecer ante cualquier obstáculo. Nada le opondría resistencia, salvo, quizá, el *jus cogens*[9].

Sin embargo, también es posible enfocar la cuestión desde la perspectiva opuesta y preguntarse si no correspondería exigir una base jurídica expresa que permita hacer excepciones a la aplicación de un ordenamiento jurídico tan fundamental como lo es el DIH, el cual forma parte de las normas básicas de la civilización. Éstas están protegidas contra la elusión, en general, por disposiciones especiales contenidas en los instrumentos que conforman el DIH (por ejemplo, los artículos 7, 8 y 47 del IV Convenio de Ginebra). El propio Consejo considera que esas disposiciones son fundamentales y exige su respeto por todos los actores internacionales y, en muchos casos, por los actores infraestatales. Constituyen normas de valor hacia las cuales es preciso orientar todos los esfuerzos de las Naciones Unidas, en virtud de los artículos 1 y 55 de la Carta. Según F. Seyersted[10], el poder de interferir en relación con las normas "militares y humanitarias" de la guerra tiene consecuencias tan significativas y graves que su ejercicio debería estar expresamente previsto en la Carta. Pero, no existe norma alguna que conceda tal autorización. Teniendo en cuenta la materia y las consecuencias previstas, tampoco es posible, según Seyersted, considerar que esa competencia está implícita. Otros autores tienen opiniones similares, a veces en contextos más acotados[11]. Es realmente poco probable que llegue a considerase alguna vez que es necesario apartarse del DIH para mantener la paz, o incluso que tal medida pueda en algún modo coadyuvar a la paz y la seguridad internacionales. En tal caso, la imposibilidad de hacer excepciones culminaría en una ficción jurídica vinculada a las condiciones de aplicación del Capítulo VII.

En suma, se puede apoyar la idea de que la Carta confiere al Consejo de Seguridad únicamente el poder de suspender normas precisas del DIH y del derecho de la ocupación, pero no el conjunto de estos ordenamientos jurídicos. Un poder tan significativo y tan contrario a la práctica misma del Consejo no puede hallarse implícito. Además, es evidente que ese poder no se ha previsto expresamente ni se ha desarrollado por medio de la práctica subsiguiente. Por el contrario, la práctica ulterior tiende a oponerse a las interpretaciones según las cuales la suspensión de todas las normas podría ser "necesaria" para el ejercicio de las funciones del Consejo en los ámbitos del mantenimiento o del restablecimiento de la paz internacional.

9 Según Elihu Lauterpacht, en el caso de la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Medidas Cautelares, Informes de la CIJ, 1993, p. 440, párr. 100: "El concepto del *jus cogens* opera como norma superior tanto respecto del derecho internacional consuetudinario como del derecho convencional. La ayuda que el artículo 103 de la Carta puede aportar al Consejo de Seguridad en caso de plantearse un conflicto entre una de sus decisiones y una obligación convencional en vigor, no podría —por una sencilla cuestión de jerarquía de normas— extenderse a un conflicto entre una resolución del Consejo de Seguridad y el *jus cogens.* En efecto, basta con enunciar la proposición inversa —que una resolución del Consejo de Seguridad exija la participación en un genocidio— para constatar que tal criterio es inaceptable" [Trad. CICR]. Con respecto a las limitaciones del Consejo de Seguridad en relación con el *jus cogens*, v. también Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 423 y ss.

10 V. Finn Seyersted, United Nations Forces in the Law of Peace and War, Leide, 1966, pp. 206–207.

11 V., p. ej., Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, París, 1970, pp. 168–169: "Ninguna disposición de la Carta confiere, explícita o implícitamente, al Consejo de Seguridad la competencia de modificar las leyes de la guerra prescribiendo o autorizando la aplicación desigual de esas leyes a un Estado agresor. … [U]na resolución del Consejo que ordenase o autorizase, en el marco de la ejecución de esa acción armada, la discriminación respecto de las reglas del *jus in bello*… sería ilegal." [Trad. CICR].

Aplicabilidad del derecho internacional general

Como sujeto del derecho internacional, toda organización internacional está obligada a cumplir el derecho internacional en el que se basan tanto su acción como el instrumento constitutivo en virtud del cual existe y que le confiere poderes y competencias. Sin embargo, la aplicabilidad del derecho internacional general no es ilimitada. Existe un conjunto de normas generales que se aplican *intuitu personae* solamente a los Estados. El ejemplo más sencillo es el principio de la soberanía. Por su naturaleza, los poderes del Consejo de Seguridad constituyen una significativa excepción al derecho internacional general. En efecto, el Consejo tiene el poder de adoptar medidas muy diversas (incluso de índole militar), determinar la forma de aplicarlas y conferirles fuerza vinculante. Las medidas del Capítulo VII suponen, por su índole, que se hace una excepción a la aplicación de las normas más elementales del derecho internacional consuetudinario: la prohibición del uso de la fuerza; la no intervención en los asuntos internos (el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta reconoce este principio, pero crea, en forma expresa, una excepción para el Capítulo VII); el principio de la soberanía y la integridad territoriales, etc.[12]. Por ende, en los "exorbitantes" poderes del Consejo ya se encuentra implícito un significativo grado de excepción en cuanto a la aplicación del derecho consuetudinario general. A pesar de que ciertos autores dudan de que el Consejo pueda liberarse del derecho consuetudinario, porque en el artículo 103 de la Carta se declara, *expressis verbis*, que las obligaciones dimanadas de la Carta prevalecen solamente sobre las obligaciones convencionales concurrentes[13] y no sobre las obligaciones consuetudinarias concurrentes[14], la doctrina mayoritaria y la práctica constante demuestran que el Consejo, en ejercicio de las funciones que le atribuye el Capítulo VII, no está vinculado por el derecho internacional general en su conjunto[15]. Del mismo modo, un Estado *uti singulus*[16] no siempre está obligado por el derecho internacional general; puede sus-

12 También es posible evocar, como ejemplos, las decisiones de bloqueo marítimo que derogan los principios del pabellón y de la libertad de los mares: v. Danesh Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security*, Oxford, 1999, pp. 194 y ss., 263 y ss., que se refieren a los casos de Rhodesia del Sur, (1965-1966), Irak (1990), Haití (1993) y Yugoslavia (1993).

13 La razón de ello es que el propósito inicial de dicho artículo se limitaba a neutralizar la norma ordinaria sobre el conflicto entre tratados (la regla de *lex specialis vel posterior*), declarando que la Carta asumía la prioridad en esos casos. En relación con el derecho consuetudinario, tal indicación puede haber parecido innecesaria, ya que el derecho de la Carta, de índole más especial, prevalece de conformidad con las normas ordinarias (*lex specialis*).

14 V., p. ej., Alix Toublanc, "L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies", *Revue générale de droit international public*, vol. 108, 2004, p. 446. La autora afirma que el artículo 103 no garantiza la prioridad de la Carta con respecto a esas obligaciones consuetudinarias, lo cual reduce significativamente, en el plano jurídico, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad las derogue con éxito.

15 V. Jochen A. Frowein y Nico Kirsch, *op. cit.,* nota 6 *supra*, p. 711; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, Londres, 1951, p. 730; Terry. D. Gill, "Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 26, 1995, pp. 61 y ss.; Bernd Martenczuk, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats*, Berlín, 1996, pp. 219 y ss.; Karl Zemanek, "The Legal Foundations of the International System", *Recueil des cours. Hague Academy of International Law*, vol. 266, 1997, p. 232; Schweigman, *op. cit.,* nota 7 *supra*, pp. 195 y ss.; Erika De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford / Portland, 2004, pp. 182 y ss.; etc.

16 En este caso, no se trata de la excepción consensuada entre *dos o más Estados*, sino de un alejamiento con respecto a la regla general por parte de un solo sujeto, conforme a lo permitido por el derecho consuetudinario.

pender su aplicación adoptando contramedidas, siempre que respete las reglas generales secundarias que el derecho establece con respecto a esa medida específica[17].

Lo que antecede no significa, entonces, que el Consejo esté enteramente libre de aplicar del derecho consuetudinario. Ello sería contrario a la naturaleza jurídica de las organizaciones internacionales. También sería contrario a la factibilidad y a la razón. En este sentido, existen dos limitaciones principales. En primer lugar, la regla general es que el Consejo no debe desviarse del derecho internacional *a menos que así lo exija imperiosamente su misión.* En otras palabras, debe hacerlo lo menos posible[18]. El derecho internacional es el orden jurídico de la comunidad de los Estados. Es el orden forjado por la experiencia histórica como el más próximo a las exigencias de la justicia internacional y como realidad normativa esencial para la supervivencia de la comunidad de los Estados. Es el orden que rodea al Consejo y que establece sus vínculos con el mundo interestatal. Ese orden debe perturbarse lo menos posible. Por lo tanto, la presunción siempre favorece al derecho internacional, e incumbe al Consejo demostrar la necesidad imperiosa de hacer excepciones a su aplicación. En el ámbito del derecho, esa necesidad no puede presumirse. La práctica del Consejo no guarda suficiente respeto por este precepto. Lamentablemente, las grandes potencias tienden cada vez más a considerarse por encima del derecho. En segundo lugar, *el Consejo no puede considerarse exento de todas las normas del derecho consuetudinario.* Hay normas que debe respetar. Podría considerarse que esas normas forman parte de un derecho internacional general aplicable específicamente al Consejo de Seguridad y que son vinculantes para él, del mismo modo que las normas del derecho consuetudinario son vinculantes para los Estados; o bien, podría considerarse que esas normas forman parte del *jus cogens* que obliga al conjunto de los Estados y a otros sujetos del derecho internacional indistintamente, incluido el Consejo de Seguridad[19]. En ambos casos, el Consejo no podría desviarse del derecho general planteado de esta manera. Para el Consejo, ese derecho sería infranqueable, esto es, "intransgredible"[20] y "que no admite excepciones". Poco importa la precisión de la ficción jurídica. De todos modos, la cuestión vuelve sobre la posibilidad de hacer excepciones a la aplicación de las normas. Abordemos esta cuestión, pero esta vez desde una perspectiva muy precisa: la del derecho humanitario.

17 Karl Zemanek, *op. cit.,* nota 15 *supra*, p. 232.

18 El requisito de la necesidad, incluso en el contexto del DIH, es subrayado por Evelyne Lagrange, "Le Conseil de sécurité peut-il violer le droit international?", *Revue belge de droit international*, vol. 37, 2004, p. 590.

19 Volveremos sobre este aspecto. Compárese, p. ej., con Schweigman, *op. cit.,* nota 7 *supra*, p. 197 y con De Wet, *op. cit.,* nota 15 *supra*, pp. 187 y ss.

20 Este término se utiliza en el caso *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Informes de la CIJ 1996, p. 257, párrafo 79: "Además, estas normas fundamentales [del derecho internacional humanitario] han de ser observadas por todos los Estados... porque constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario" [Trad. del CICR]. Con respecto a este concepto, v. Robert Kolb, "*Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation 'positive' et 'négative'", *Revue générale de droit international public*, vol. 109, 2005, pp. 305 y ss.

Suspensión de la aplicación / *jus cogens*

¿El DIH constituye *jus cogens* en el ámbito del derecho internacional general? ¿El Consejo de Seguridad puede derogar el derecho de los conflictos armados y, utilizando los poderes que le confiere la Carta, establecer normas particulares que se impondrían a los Estados miembros y a las fuerzas de las Naciones Unidas en virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta como *lex specialis* vinculante? Si existe tal poder, ¿dónde habría que trazar, jurídicamente, sus límites? ¿Hasta qué punto el orden público establecido por el derecho de la Carta puede prevalecer sobre el derecho de los conflictos armados, que también representa un cuerpo jurídico impregnado de la idea de un orden público internacional?[21]

Algunos autores, entre los cuales cabe citar a L. Condorelli[22], estiman que el Consejo *debe respetar todas las normas del DIH*. La norma convencional[23] y consuetudinaria según la cual este derecho ha de ser "respetado en todas las circunstancias" se aplica a todos los sujetos de derecho internacional, incluido el Consejo, porque, básicamente, se refiere a las garantías mínimas que protegen al individuo. Otros estudiosos de esta corriente de pensamiento, como E. David[24], consideran que la amplia mayoría de las

21 Con respecto a la índole de *jus cogens* en el DIH, v. también la tesis de doctorado de Catherine Maia, *Le concept de* jus cogens *en droit international public*, tesis de la Universidad de Borgoña, 2006, pp. 611 y ss.

22 V. Luigi Condorelli, Le statut des Forces des Nations Unies et le droit international humanitaire, en Claude Emanuelli (ed.), *Les casques bleus: policiers ou combattants?*, Montreal, 1997, pp. 105-106.

23 El artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Con respecto a esta disposición, v. Luigi Condorelli y Laurence Boisson de Chazournes, "Quelques remarques à propos de l'obligation des États 'de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances'", *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet,* CICR/Martinus Nijhoff, Ginebra / La Haya, 1984, pp. 17 y ss.; Nicolas Levrat, "Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de 'faire respecter' les Conventions humanitaires", en Frits Kalshoven e Yves Sandoz (eds.), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, 1989, pp. 263 y ss.; Kamen Sachariew, "El derecho de los Estados a tomar medidas para aplicar el derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* N.º 93, mayo-junio de 1989, pp. 189-209; Paolo Benvenuti, "Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function, Extent and Limits of the Obligations of Third States to Ensure Respect of International Humanitarian Law", *Yearbook of the Institute of Humanitarian Law*, San Remo, 1992, pp. 27 y ss.; Hans-Peter Gasser, "Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations", en Hazel Fox y Michael A. Meyer (eds.), *Armed Conflict and the New Law*, vol. II, Londres, 1993, pp. 15 y ss.; Giovanni Casalta, "L' obligation de respecter et de faire respecter le droit humanitaire lors des opérations militaires menées ou autorisées par l' ONU", *Droit et défense*, vol. 97/3, 1997, pp. 13 y ss.; Fateh Azzam, "The duty of third states to implement and enforce international humanitarian law", *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, 1997, pp. 55 y ss.; Frits Kalshoven, "The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, pp. 3 y ss.; Birgit Kessler, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Artikels 1*, Berlín, 2001; Birgit Kessler, "The duty to 'ensure respect' under Common Article 1 of the Geneva Conventions", *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, pp. 498 y ss. V. también CICR (ed.), *Comentario de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Bogotá, 2001, p. 61 y ss.; y el caso *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Informes de la CIJ 2004, párr. 154 y ss.

24 Eric David, Principes de droit des conflits armés, 2ª ed., Bruselas, 1999, p. 85. V. también Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms* (Jus Cogens) *in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, p. 622; Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlín, 1991, pp. 70–71; Stefan Kadelbach, "Zwingende Normen des humanitären Völkerrechts", en *Humanitäres Völkerrecht*, Informationsschrift, vol. 5/3, 1992, pp. 118–124.

normas del derecho de los conflictos armados pertenece al *jus cogens* porque esa rama del derecho constituye el último baluarte contra la barbarie. En consecuencia, su aplicación no puede subordinarse a un acuerdo en contrario de los Estados, ni a la voluntad discrecional de un órgano internacional. Otros autores optan directamente por limitar las normas del derecho de los conflictos armados que no pueden ser suspendidas al *orden público humanitario*, es decir, a un mínimo de normas del derecho de los conflictos armados consideradas sustanciales, en particular para la protección de la persona humana. Según D. Schindler[25], la esencia del derecho de los conflictos armados son las normas que no admiten excepción (*Kerngehalt*), es decir, las normas con fines humanitarios, por ejemplo, las que se relacionan con los métodos y medios de combate o con la protección de las víctimas. El Consejo no podría en ningún caso apartarse de estas normas cuya finalidad es ofrecer una protección elemental al individuo. Ciertos autores, sobre todo en Estados Unidos, se muestran más deferentes con los poderes del Consejo. En su opinión, el Consejo podría, en caso de urgencia, dejar de lado las normas del derecho de los conflictos armados, así como las que conforman el derecho internacional humanitario *stricto sensu.* Las excepciones sólo estarían permitidas si el Consejo toma una decisión cumpliendo todos los requisitos del caso y de conformidad con el Capítulo VII y si las suspensiones fuesen transitorias, proporcionales y estuviesen estrictamente limitadas a las exigencias mínimas de la situación. El Consejo no podría, en caso alguno, dispensarse de la aplicación de las garantías fundamentales, en especial las contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949[26]. En los últimos tiempos, muchos autores[27], conmocionados por la evolución de la práctica tras la guerra en Irak (2003), han dejado de examinar el grado de excepción permitido. Se contentan con suponer, sin ir más lejos, que la acción del Consejo en virtud del Capítulo VII, en combinación con los artículos 25 y 103 de la Carta, prevalece sobre el derecho de los conflictos armados. Algu-

25 V. Dietrich Schindler, "Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 1, 1991, p. 12. V. también Dietrich Schindler, "Die erga-omnes Wirkung des humanitären Völkerrechts", en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Berlín, 1995, pp. 199 y ss. En el contexto del derecho de la ocupación, v., p. ej., Odile Debbasch, L' occupation militaire: Pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national, LGDJ, París, 1962, p. 419; David J. Scheffer, "Beyond Occupation Law", *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 843, 849; Daniel Thürer y Malcolm McLaren, "'*Ius post bellum*' in Iraq: A Challenge to the Applicability and Relevance of International Humanitarian Law?", en *Festschrift für Jost Delbrück*, Berlín, 2005, p. 763; Marten Zwanenburg, "Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the Law of Occupation", *International Review of the Red Cross*, N.º 856, diciembre de 2004, en www.cicr.org/eng; Massimo Starita, "L' occupation de l'Iraq: Le Conseil de sécurité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes", *Revue générale de droit international public*, vol. 108, N.º 4, 2004, p. 903.

26 V. Brian D. Tittemore, "Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations", *Stanford Journal of International Law*, vol. 33, 1997, pp. 105–106. En general, se acepta que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra constituye *jus cogens*; v. Hans-Peter Gasser, *Le droit international humanitaire*, Ginebra / Berna, 1993, p. 74. La práctica suiza ha afirmado este punto de vista en varias ocasiones; v. *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 9, 1999, p. 711; *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 11, 2001, p. 604.

27 V., sobre todo en el contexto del derecho de la ocupación, Marco Sassòli, "Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers", *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, pp. 681, 683–684, 690; M. Zwanenburg, *op. cit.*, nota 25 *supra*, p. 763; Steven R. Ratner, "Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence", *European Journal of International Law*, vol. 16, N.º 4, 2005, p. 710; Gregory H. Fox, "The Occupation of Iraq", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 36, invierno de 2005, pp. 296–297.

nos señalan esto con un dejo de satisfacción, otros con cierto pesar. Sin embargo, adoptar una posición de este género es presuponer algo que aún debe ser demostrado.

Parece útil conservar el concepto del orden público humanitario, ya que ofrece la base más equilibrada para armonizar, por un lado, las prerrogativas de acción y las exigencias de flexibilidad del Consejo, y por otro, los imperativos humanitarios que la acción del Consejo no debe dejar de preservar, incluso en su propio interés. Una interpretación matizada es útil sobre todo en lo que respecta al derecho de la ocupación. En pocas palabras, la idea general en que se basa nuestro análisis es que el Consejo puede dispensarse de la aplicación de las normas del derecho de los conflictos armados "que no sean específicamente humanitarias" mediante la aprobación de normas especiales. En el ámbito del derecho de la ocupación, es el caso de las normas que no prevén protecciones específicas para el ser humano. Concretamente, se trata de las disposiciones del Reglamento de La Haya de 1907 relativas a la administración del territorio ocupado, como el usufructo de la propiedad pública del Estado ocupado, cuyas normas están recogidas en el artículo 55 del Reglamento. En cambio, el Consejo no puede suspender el orden público humanitario, es decir, las normas del DIH en sentido estricto, que establecen las protecciones fundamentales de las personas en caso de conflicto armado. La tarea de precisar esas normas una por una se hará en otro estudio, al cual remitimos al lector[28].

Aplicación al caso de Irak (2003 - ...)

La ocupación de Irak después de la invasión de la Coalición formada por los países que voluntariamente se coligaron con Estados Unidos[29] proporciona algunas enseñanzas interesantes. Sin embargo, como se verá, esas enseñanzas se ven

28 Robert Kolb y Sylvain Vité, *Problèmes contemporains du droit d'occupation de guerre,* Bruylant, Bruselas, próxima edición (2008).

29 Con respecto a esta intervención, desde la perspectiva del *jus ad bellum*, v., especialmente, las contribuciones en el *American Journal of International Law,* vol. 97, 2003, pp. 553 y ss., y en Karine Bannelier, Olivier Corten, Théodore Christakis y Pierre Klein (eds.), *L'intervention en Irak et le droit international*, París, 2004. V. también Michael Bother, "Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 41, 2003, pp. 255 y ss.; Thomas Bruat, "Irak-Krieg und Vereinte Nationen", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 4, 2003, pp. 295 y ss.; Christopher Clarke-Posteraro, "Intervention in Iraq: Towards a Doctrine of Anticipatory Counter-Terrorism, Counter-Proliferation Intervention", *Florida Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 151 y ss.; Olivier Corten, "Opération "Iraqi Freedom": peut-on admettre l'argument de l'autorisation implicite du Conseil de sécurité?", *Revue belge de droit international*, vol. 36, 2003, pp. 205 y ss.; Rainer Hofmann, "International Law and the Use of Military Force Against Iraq", *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 9 y ss.; Patrick McLain, "Settling the Score with Saddam: Resolution 1441 and Parallel Justifications for the Use of Force Against Iraq", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 13, 2003, pp. 233 y ss.; Paolo Picone, "La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 86, 2003, pp. 329 y ss.; W. Michael Reisman, "Assessing Claims to Revise the Laws of War", *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 82 y ss.; Christian Schaller, "Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg-Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht", *Zeitschrift für ausländisch öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 62, 2002, pp. 641 y ss.; Pierre-Marie Dupuy, "Sécurité collective et coopération multilatérale", en *Le droit international à la croisée des chemins*, VI Reunión Internacional de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Túnez, París, 2004, pp. 61 y ss. y 72 y ss. Los principales aliados de Estados Unidos en la guerra fueron Australia, España, Italia, Japón, Polonia, Portugal y el Reino Unido. Los sitios oficiales del Gobierno estadounidense indican una cifra muy generosa de 49 Estados, sin distinciones: v. http://www.whitehouse.gov/infocus/iraq/news/20030327-10.html (consultado en enero de 2009).

limitadas por el alto grado de ambivalencia, ambigüedad y cautela que caracteriza a las resoluciones del Consejo. Dicho de otro modo, las preocupaciones políticas inmediatas han prevalecido sobre las consideraciones jurídicas básicas. No hay de qué asombrarse, ya que el Consejo no es sólo un órgano político sino que actúa en situaciones de urgencia.

La cuestión que se analizará no es si las fuerzas de ocupación en Irak han violado el derecho relativo a la ocupación, pues es indudable que ha sido así. La doctrina es prácticamente unánime al respecto[30]. En ese sentido, se señala, en particular, la falta de preparación adecuada para mantener el orden en los días que siguieron a la invasión[31] y las amplias reformas estructurales efectuadas en la economía iraquí[32]. Una de las reformas más discutidas fue la modificación radical de la ley de inversiones extranjeras. Mediante la Orden 39 (2003) de la Autoridad Provisional, Irak se abrió por completo a la inversión extranjera. Toda la legislación anterior más restrictiva fue derogada. El grado de apertura parece superar al de cualquier otro Estado del mundo. Además, se eximió a los inversores extranjeros de la obligación de reinvertir una parte de sus beneficios en Irak. Todas las ganancias pueden ser exportadas[33]. Conforme a la legislación anterior de Irak, este privilegio se otorgaba únicamente a los nacionales de Estados árabes[34]. Esa reforma estructural, que no era necesaria para la seguridad del ejército de ocupación ni para el mantenimiento de la vida civil, es manifiestamente contraria al artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907, salvo que hubiera una autorización del Consejo de Seguridad por medio de una resolución[35]. Estas consideraciones nos llevan a la

30 V. Sassòli, *op. cit.,* nota 27 *supra*, pp. 679, 694; Zwanenburg, *op. cit.,* nota 25 *supra*, pp. 757–759; Starita, *op. cit.,* nota 25 *supra*, pp. 886 y ss.; Kaiyan Homi Kaikobad, "Problem of Belligerent Occupation: The Scope of Powers Exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq, April/May 2003–June 2004", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, N.º 1, 2005, p. 260 (versa sobre la nulidad de las reformas que son contrarias al derecho de la ocupación); G.H. Fox, *op. cit.,* nota 27 *supra*, pp. 202 y ss., 240 y ss., 295–296; Adam Roberts, "The End of Occupation in Iraq (2004)", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, N.º 1, enero de 2005, pp. 36 y ss.; Adam Roberts, "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights", *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 614–615.

31 V. Hans-Peter Gasser, "From military invitation to occupation of territory: New relevance of international law of occupation", en Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg y Christian Raap (eds.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: In Honour of Dieter Fleck*, Berlín, 2004, p. 154; D.J. Scheffer, *op. cit.,* nota 25 *supra*, pp. 853 y ss.

32 Liberalización completa de la economía y del comercio, apertura casi total del país a la inversión extranjera, eliminación de la obligación de reinvertir en el país, reforma completa del sistema fiscal, etc. V., en particular, las Órdenes Nº 37, 39 y 64 de la Autoridad Provisional de la Coalición sobre la tributación, la ley de inversiones y la ley de sociedades.

33 La utilidad de esta reforma para los numerosos inversores estadounidenses es obvia.

34 V. Marten Zwanenburg, *op. cit.,* nota 25 *supra*, p. 757. La Autoridad Provisional ha argumentado que estaba autorizada a llevar a cabo estas reformas al amparo de la Resolución 1483 (2003) del Consejo de Seguridad, lo cual no es correcto; v. *infra* en el texto.

35 Como hemos dicho, el Consejo no goza de libertad ilimitada. Además, como señala Sassòli (*op. cit.,* nota 27 *supra*, p. 694), incluso en el caso de una administración civil internacional de transición (en la cual el derecho de la ocupación tal vez no se aplica por entero y *de jure*), las reformas profundas deben dejarse en manos de la población administrada, en virtud del principio de la autodeterminación: "Ni siquiera una administración de la ONU debe introducir cambios tan fundamentales; a lo sumo, puede sugerirlos a la población del territorio que administra, como una solución a sus problemas" [Trad. CICR]. V. también Hazel Fox, *op. cit.,* nota 23 *supra*, pp. 267-268, 276.

cuestión que deseamos analizar con mayor detenimiento en el presente artículo: ¿suspendió el Consejo el derecho de la ocupación en el caso de Irak? Como se verá más adelante, no ha sido así.

Antes de abordar la cuestión, conviene formular algunas observaciones introductorias:

a) En primer lugar, cabe señalar que todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad exigen, explícitamente o por referencia, el respeto del DIH y del derecho de la ocupación. Por ejemplo, en una resolución clave, la N.º 1483 (2003), que establece el régimen de Irak una vez terminadas las hostilidades (aunque continuara la violencia), el Consejo toma conocimiento de la carta de los representantes de Estados Unidos y del Reino Unido, "reconociendo la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, corresponden a esos Estados en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado" (décimo tercer párrafo del preámbulo). Esta afirmación es declarativa, no constitutiva. El Consejo reconoce una obligación preexistente a la cual se someten los Estados en cuestión; no crea esa obligación. Ésa es una de las razones por las que esa declaración figura en un párrafo del preámbulo. En segundo lugar, la Resolución 1546 (2004), destinada a validar el fin de la ocupación, contiene dos párrafos, por decir lo menos, equívocos. Por un lado, en esa Resolución se afirma que la ocupación de Irak cesará el 30 de junio de 2004 (párrafo 2)[36], la fecha prevista para el traspaso de poderes de la Autoridad Provisional de la Coalición al Gobierno Provisional de Irak. Pero, por otro lado, en el párrafo 17 del preámbulo, el Consejo toma nota "del compromiso de todas las fuerzas que promueven el mantenimiento de la seguridad y de la estabilidad en Irak de actuar de conformidad con el derecho internacional, incluidas las obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario...". Como se sabe, el derecho relativo a la ocupación forma parte de este derecho. Por ende, se observa una cierta ambigüedad entre los dos párrafos: al parecer, deja de aplicarse el derecho de la ocupación, pero, en virtud del DIH (del cual forma parte el IV Convenio de Ginebra, que contiene las normas relativas al derecho de ocupación), podría, en alguna medida, seguir vigente. Y, en efecto, es difícil imaginar que las fuerzas post-ocupación (según la calificación del Consejo) no respeten las disposiciones humanitarias del IV Convenio.

36 Esta vez, la constatación se encuentra en el cuerpo de la Resolución (párr. 2), pero ésta también parece declarativa y no constitutiva: en efecto, la ocupación debía haber cesado el 27 de junio de 2004, ya que la Autoridad había entregado formalmente sus poderes al Gobierno Provisional de Irak tres días antes. Probablemente, sería erróneo suponer que el Consejo deseaba mantener vigente el derecho de la ocupación entre el 27 y el 30 de junio, a pesar de la entrega del poder. Si esto es así, entonces la declaración es de índole declarativa y no constitutiva. Desde el punto de vista del Consejo, lo esencial era saber cuándo la Autoridad entregaría sus poderes. Por otra parte, cabe preguntarse si esta declaración no es, después de todo, de carácter constitutivo. ¿No relaciona el Consejo, con carácter vinculante para todos los miembros de las Naciones Unidas, el principio de la efectividad consagrado en el artículo 42 del Reglamento, con la entrega del poder de la Autoridad al Gobierno Provisional? En caso afirmativo, toda efectividad posterior a esa fecha no se relacionaría ya con una ocupación conforme a la resolución, sino que podría relacionarse con una ocupación en el marco del artículo 42 del Reglamento. Acerca de estos aspectos, v. *infra* en el texto.

b) El Consejo puede decidir que el derecho de la ocupación o, más precisamente, algunas de sus disposiciones no se aplican. Sin embargo, no puede presumirse tal excepción, porque su efecto es apartarse del derecho internacional que se aplica normalmente. Más aún, esa excepción no comprende la supresión de normas de derecho internacional de suma importancia, como queda de relieve en las técnicas de protección contra la elusión contenidas en los artículos 7, 8 y 47 del IV Convenio de Ginebra. Las excepciones a la aplicación de este cuerpo jurídico deben, por ende, establecerse con claridad y por medio de una disposición de carácter vinculante. Por ejemplo, no es posible suspenderlo mediante la expresión de un deseo, una recomendación o una orientación. Tampoco es posible hacerlo por medio de una actitud equívoca que se preste a interpretaciones inciertas. No es posible embarcarse en negociaciones políticas a costa del derecho humanitario. Queda entonces claro que sólo una decisión en que se dé una orden expresa, y vinculante en el sentido del artículo 25 de la Carta, puede excluir la aplicación de las normas del derecho internacional que de otro modo serían aplicables. Por ende, toda ambigüedad en el mandato del Consejo de Seguridad debe interpretarse como contraria a la idea de hacer excepciones a la aplicación.

A continuación se considerarán, por separado, el aspecto preliminar (aplicabilidad del derecho de la ocupación) y el aspecto sustantivo (suspensión de la aplicación de las garantías sustanciales del derecho de la ocupación).

Aplicabilidad del derecho de la ocupación

Con respecto a la aplicabilidad del derecho de la ocupación, las resoluciones del Consejo presentan dos aspectos susceptibles de análisis crítico. En primer lugar, el Consejo parece arrogarse el poder de afirmar *quién es un ocupante y quién no.* Acto seguido, el Consejo parece asumir la facultad de determinar el momento del *fin de la ocupación.*

Ratione personae: ¿quién es un ocupante?

Comencemos por analizar quién es un ocupante, y, por oposición, quién no lo es. En el preámbulo de la Resolución 1483 (2003), un texto fundacional comparable a la Resolución 1244 (1999) para Kosovo, puede leerse que el Consejo toma nota de la carta de los representantes de Estados Unidos y del Reino Unido mediante la cual estos Estados reconocen "la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, corresponden a esos Estados en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado" (decimotercer párrafo del preámbulo). En el párrafo siguiente, el Consejo toma nota de que "otros Estados que no son potencias ocupantes están realizando tareas, o quizás lo hagan en el futuro, en el marco de la Autoridad" (párrafo decimocuarto del preámbulo). Se refiere a Estados como España, Polonia o Japón. Como recuerdan muchos

autores[37], el propósito de esas disposiciones poco afortunadas del preámbulo de la Resolución 1483 era liberar a los Estados en segundo plano presentes en Irak de la etiqueta de "potencias ocupantes". Ese calificativo, que se percibía como muy negativo —si no infamante— en Europa y en Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, causaba problemas en el ámbito de la política interna de esos Estados. Que España o Polonia tuviesen que admitir que eran potencias "ocupantes" en Irak hubiese traído reminiscencias históricas y causado considerables complicaciones políticas a los Gobiernos que secundaban a Estados Unidos, a menudo contra la voluntad explícita de sus pueblos. Sea como fuere, esas declaraciones del Consejo parecen chocar con el principio de efectividad consagrado en el artículo 42 del Reglamento de La Haya. Para el DIH, el control efectivo de un territorio es el único factor que determina la existencia de una ocupación beligerante[38]. Si Polonia[39], por ejemplo, hubiera controlado zonas del territorio iraquí, hubiera sido una potencia ocupante. ¿Puede el Consejo calificar de otra forma la situación y liberar al Estado en cuestión de los deberes que le impone el derecho de la ocupación?

No parece que el Consejo haya efectuado tal excepción. En primer lugar, se observa que los párrafos en cuestión son meramente declarativos y sencillamente ofician de preámbulo. El Consejo toma nota de una situación que le ha sido comunicada. Estima que, en vista de los hechos *tal como se le han presentado*, hay Estados ocupantes y Estados no ocupantes. Además, el Consejo no formula ninguna calificación jurídica, sino que se limita a afirmar que "toma nota" de esta situación, a título de preámbulo, antes de pasar a las resoluciones contenidas en el cuerpo del documento. Esas declaraciones no satisfacen las estrictas condiciones para suspender la aplicación de normas, como se indica *supra.* Por lo tanto, sigue aplicándose el derecho de la ocupación. Si los Estados "no ocupantes" llegasen a ejercer poderes de ocupación conforme a los criterios del artículo 42, tendrían que ser calificados como ocupantes. Pero eso no es todo. El Consejo de Seguridad insta "a quienes concierna [no solamente a los ocupantes que él mismo ha determinado] a cumplir cabalmente las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Reglamento de La Haya de 1907" (párrafo 5 de la parte operativa de la Resolución). Por ende, se reafirma implícitamente el artículo 42. No se hace una excepción a la aplicación del principio de efectividad del derecho internacional; más bien lo contrario.

¿Cuál es, entonces, el estatuto de los Estados no ocupantes, según la visión del Consejo? Hay varias interpretaciones posibles. Por ejemplo, el Consejo tal vez consideró que esos Estados no establecerían un control territorial autónomo y que sólo desempeñarían funciones limitadas (de orden humanitario, de reconstrucción,

37 V., p. ej., Adam Roberts, *op. cit.,* nota 30 *supra,* p. 33.

38 Recientemente, la CIJ recordó este aspecto en el caso *Actividades armadas en el territorio del Congo (Congo c. Uganda)*, Informes de la CIJ 2005, p. 59, párr. 172. V. también *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva, Informes de la CIJ 2004, párrs. 178 y 189.

39 Más que cualquier otro Estado "no ocupante", Polonia desempeñó, en los hechos, las funciones dimanadas de la ocupación. V. Liesbeth Lijnzaad, "How not to Be an Occupying Power: Some Reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the Contemporary Law of Occupation", *Making the Voice of Humanity Heard,* Leide, M. Nijhoff (etc.), 2004, pp. 302–304.

etc.) bajo el control global y efectivo de Estados Unidos y el Reino Unido. Al no gozar de una verdadera autonomía y estar sometidos a las dos potencias dominantes, el Consejo quizás estimó que sus actos debían atribuirse a las dos potencias principales. Sin embargo, esta posición no parece muy convincente en lo que respecta a Polonia, que administró y controló una pequeña zona en el sur de Irak con una autonomía y una efectividad suficientes como para ser calificada de fuerza de ocupación[40]. Debe entonces prevalecer el principio de la efectividad contenido en el artículo 42 del Reglamento: Polonia fue, sin duda alguna, una potencia ocupante en el sentido del Reglamento. Muy lógicamente, el CICR instó a Polonia a que respetara, en su zona, las disposiciones del derecho de la ocupación, como lo hizo con otros Estados "no ocupantes", sin que ninguno de ellos protestase[41].

En definitiva, cabe señalar que la intención del Consejo no era dejar de aplicar el derecho de la ocupación y no podría haberlo hecho con los medios que utilizó. Los párrafos del preámbulo sólo contienen una indicación declarativa acerca de cómo veía el Consejo la situación de hecho sobre el terreno. Esa indicación carece de toda fuerza vinculante[42]. Por consiguiente, la posición de los Países Bajos[43], que consideraron que esas declaraciones constituían decisiones vinculantes del Consejo en virtud del Capítulo VII, no es defendible en derecho. Debe considerarse como una posición política que refleja la voluntad de lograr una "distensión transatlántica".

El fin de la ocupación

Las observaciones del Consejo de Seguridad contenidas en la Resolución 1546 (2004) sobre el fin de la ocupación nos llevan, de algún modo, a la situación inversa. En efecto, el Consejo señala que "para el 30 de junio de 2004, se pondrá fin a la ocupación, la Autoridad Provisional de la Coalición dejará de existir y el Irak reafirmará su plena soberanía" (párrafo operativo 2 de la Resolución). Sin embargo, en el párrafo 17 del preámbulo se menciona el "compromiso de todas las fuerzas que promueven el mantenimiento de la seguridad y de la estabilidad en el Irak de actuar de conformidad con el derecho internacional, incluidas las obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario...". La situación es inversa porque, en este caso, en el párrafo operativo "se deja de lado" el derecho de ocupación, pero se reafirma en el párrafo del preámbulo. Pero, ¿realmente se hace abstracción del derecho de la ocupación? La observación del Consejo contenida en el párrafo 2 parece puramente declarativa: el Consejo señala que la Autoridad de las potencias

40 Ibíd., nota 38 *supra*, pp. 302-304.

41 V. D. Thürer y M. McLaren, *op. cit.,* nota 25 *supra*, p. 761, quienes subrayan que el CICR recordó a esos Estados la vigencia del derecho de la ocupación, y que ninguno de ellos protestó al respecto.

42 V., en especial, D. Thürer y M. McLaren, *op. cit.,* nota 25 *supra*, pp. 759–761 y, en términos menos claros y a menudo demasiado sucintos, L. Lijnzaad, *op. cit.,* nota 39 *supra*, pp. 292 y ss. V. también M. Zwanenburg, *op. cit.,* nota 25 *supra*, pp. 755–756. Numerosos autores han considerado que la Resolución 1483 es, cuando menos, ambigua: Jorge Cardona Llorens, "Libération ou occupation? Les droits et devoirs de l'État vainqueur", *L'intervention en Irak et le droit international* (colección Cahiers internationaux N.º 19), Pedone, París, 2004, pp. 239 y ss.; Kaikobad, *op. cit.*, nota 30 *supra*, pp. 262–263.

43 V. M. Zwanenburg, *op. cit.,* nota 25 *supra*, p. 756.

ocupantes entregará el poder al Gobierno provisional el 30 de junio de 2004, y expresa satisfacción por la afirmación implícita contenida en esta expresión, según la cual el Gobierno iraquí va a gozar de soberanía efectiva sobre su territorio. Esta afirmación está en consonancia con el principio de efectividad contenido en el artículo 42 del Reglamento de La Haya: si el poder se entrega efectivamente, y si se "recupera" la soberanía iraquí[44], la ocupación cesará a partir de ese momento. El Consejo interpreta que la entrega del poder implica que la efectividad de la ocupación ha cesado.

Como se sabe, la entrega del poder tuvo lugar tres días antes de la fecha mencionada en la Resolución, esto es, el 27 de junio de 2004. Si se examina la motivación, el objeto y la finalidad de la Resolución, más que su letra, se concluye que la ocupación llegó a su término el 27 de junio. La afirmación del Consejo es declarativa, no constitutiva: se remite a la efectividad. Se trata, entonces, de una referencia móvil, no fija. Por ende, si la efectividad de la ocupación cesó el 27 de junio, no el 30, la ocupación en sí cesó el 27 de junio, no el 30. La afirmación sigue siendo hipotética, ya que todo depende de la situación real, que no se conocía en el momento de adoptar la Resolución. Cabe preguntarse si la declaración del Consejo no es, sin embargo, constitutiva con respecto a un punto, a saber, la significación jurídica de la entrega del poder de la Autoridad al Gobierno. ¿No estableció el Consejo, de manera vinculante para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, que la entrega del poder, prevista para el 30 de junio, equivaldría, *pro veritate*, a la pérdida de efectividad de las potencias ocupantes a partir de la fecha en que se concretara? Por ende, ya no hubiera sido posible argumentar que, después de la entrega del poder, continuaba la efectividad (y por lo tanto, la ocupación).

La situación sobre el terreno no abona la idea de que la entrega del poder realizada el 27 de junio haya representado un corte neto. Estados Unidos, en particular, puso cuidado en instalar en el Gobierno a personas con las que tenía una estrecha relación y de excluir a aquellas que consideraba hostiles a sus intereses; mantiene desplegados[45] los mismos contingentes militares que antes de la fecha de la entrega; coloca a todas esas fuerzas, utilizadas en combate contra la resistencia y el terrorismo en Irak, bajo su mando exclusivo; y se ha reservado el derecho de seguir de cerca las acciones del Gobierno, cuyo margen de autonomía es muy limitado. Por ello, puede decirse, como mucho, que la restauración de la soberanía iraquí es un proceso en curso[46], en el cual la fecha del 27 de junio no representó más que una entrega de poderes limitada y tal vez insuficiente para producir efectos jurídicos en cuanto a la existencia o inexistencia de una ocupación. Ciertos autores prefieren hablar abiertamente de un Gobierno iraquí demasiado dependiente para

44 No la "transferencia" de soberanía, como indican fuentes estadounidenses: la ocupación no altera la soberanía, que queda siempre en manos del Estado ocupado, por lo cual no hay nada que transferir. Ésta es una ilustración de la medida en que la política enturbia las verdades jurídicas más elementales. V. Rahim Kherad, "La souveraineté de l'Irak à l'épreuve de l'occupation", en D. Maillard Desgrées du Loû (ed.), *Les évolutions de la souveraineté*, París, 2006, p. 152.

45 Incluso está previsto aumentar esas fuerzas en 2007.

46 A. Roberts, "The end of occupation", *op. cit.,* nota 30 *supra*, pp. 41–42, 46–47. Este autor reconoce que el derecho de la ocupación podría, por lo tanto, aplicarse también después de las fechas del 27 y el 30 de junio de 2004, en virtud del principio de la efectividad. V., nuevamente, A. Roberts, "Transformative Military Occupation", *op. cit.,* nota 30 *supra*, pp. 616–618.

ser realmente autónomo, ya que no está en posición de transformar la situación jurídica invitando libremente a las fuerzas de la Coalición a que permanezcan en su territorio (lo que transformaría la ocupación de guerra en una ocupación por invitación, ajena al ámbito del DIH). En opinión de esos autores, aunque tal vez no se trate de un gobierno títere, no está lejos de serlo[47]. En ese caso, los actos del nuevo Gobierno no pueden percibirse como actos de soberanía. Por ende, el artículo 47 del IV Convenio de Ginebra sería aplicable y oponible al ocupante. Por nuestra parte, consideramos que el gobierno instaurado en Irak en junio de 2004 todavía carece de la efectividad autónoma necesaria para confirmar la conclusión de que ya no se aplica el derecho de la ocupación.

Cualquiera que sea la interpretación que se haga de los hechos, es indudable que la Resolución 1546 no establece una excepción suficientemente clara a la aplicación del artículo 42 del Reglamento y del derecho consuetudinario, ambos basados en el criterio de la efectividad[48]. El párrafo 2 parece ser declarativo. No excluye expresamente, en modo alguno, el criterio concurrente de la efectividad; por el contrario, parece presuponerlo. En el párrafo 17 del preámbulo se señala que las fuerzas en cuestión se han comprometido a respetar el DIH. Ese párrafo también es declarativo. En él, se señala que los Estados han aceptado cumplir con sus obligaciones jurídicas. Por lo tanto, ese párrafo se refiere a una obligación jurídica "ineludible". Dicho régimen jurídico "esencial" se encuentra en el DIH, del cual forma parte el derecho de la ocupación. ¿Cómo imaginar, entonces, que el párrafo 2, en el cual sencillamente se señala que Irak recuperará la plena soberanía el 30 de junio, y que por ende, finalizará la ocupación, puede exceptuar esa admisión vinculante sobre la aplicabilidad del DIH (y, por ende, también del derecho de la ocupación y de su principio de la efectividad)? Esa declaración no es más que una simple conjetura. Si ésta es desmentida por los hechos —precisamente por la existencia de la efectividad— se seguirán aplicando el DIH y el derecho de la ocupación, siempre que se cumplan las condiciones normales para su aplicabilidad.

47 D. Thürer y M. McLaren, *op. cit.,* nota 25 *supra*, pp. 769 y ss. Según estos autores, dado que no se devolvió al Gobierno iraquí la soberanía efectiva, la ocupación sigue vigente en virtud del principio de la efectividad. Tal es la unidad de medida jurídicamente correcta; Andrea Carcano, "End of the Occupation in 2004? The Status of the Multinational Force in Iraq After the Transfer of Sovereignty to the Interim Iraqi Government", *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, 2006, p. 58. V. también Kherad, *op. cit.,* nota 44 *supra*, pp. 153–154, que postula que el Gobierno Provisional no era ni legal ni legítimo, dado que fue designado por las autoridades de las potencias ocupantes y estaba subordinado a aquéllas, y que, en consecuencia, no estaba en posición de invitar a las fuerzas militares extranjeras a permanecer en su territorio y así transformar una ocupación beligerante en una ocupación pacífica, a la cual, supuestamente, no se aplican ni el IV Convenio de La Haya ni el IV Convenio de Ginebra. Luigi Condorelli, "Le Conseil de sécurité entre autorisation de la légitime défense et substitution de la sécurité collective: remarques au sujet de la Résolution 1546 (2004)", en SFDI (ed.), *Les métamorphoses de la sécurité collective, Droit pratique et enjeux stratégiques*, París, 2005, p. 237, considera que la soberanía y la independencia del nuevo Gobierno Provisional, proclamadas por la Resolución 1546, "pertenecen al mundo de las fábulas y carecen de toda semejanza con la realidad" [Trad. CICR].

48 Por lo tanto, no hay fundamento alguno para pensar que la Resolución 1546 (2004) prevalece sobre el derecho de la ocupación porque suspende su aplicación, como afirma Sassòli, por medio de una cuestión de principio; *op. cit.,* nota 27 *supra*, pp. 683–684. Sin embargo, Sassòli sí reconoce, con razón, que la ocupación sigue siendo efectiva, si se tienen en cuenta solamente los hechos sobre el terreno.

Cabe añadir que el párrafo operativo 1 refuerza esta interpretación, dado que impone al Gobierno Provisional la obligación de abstenerse "de adoptar cualquier medida que afecte al destino del Irak más allá del período provisional limitado hasta que un gobierno elegido de transición del Irak asuma el poder". Esto equivale a decir que el espíritu del principio codificado en el artículo 43 del Reglamento de 1907 opera para limitar el margen de acción del Gobierno iraquí a partir del 27 de junio de 2004. Manifiestamente, el Consejo lo considera como un órgano que no está en posesión de la soberanía plena y completa[49]. Si bien no hay, según lo previsto por el Consejo, una ocupación en sentido estricto, el Gobierno iraquí tampoco tiene una independencia efectiva y completa. Esta sería, entonces, una situación intermedia, ambigua, *sui generis*, pero no por ello exenta de las normas del derecho de la ocupación.

El Consejo de Seguridad no puede decidir excepciones a la aplicación del artículo 42 del Reglamento[50]. Esta aplicación se relaciona con la cuestión de saber quién es el ocupante (o no) y también con la cuestión de saber cuándo termina la ocupación. Si se parte de este concepto, el Consejo no tendría el poder material de hacer excepciones. Entonces, necesariamente habría que interpretar las cláusulas de las resoluciones citadas *supra* en sentido declarativo y no constitutivo, porque, de otro modo, se estaría afirmando su nulidad. Se aplica, por ende, el principio de interpretación de *in dubio pro validitate.*

49 Roberts, "Transformative Military Occupation", *op. cit.,* nota 30 *supra*, pp. 617–618.

50 ¿Por qué esta disposición debe ser imperativa? Es preciso llegar a una conclusión mediante un proceso lógico. Si la condición de aplicabilidad de las protecciones sustantivas del derecho de la ocupación no fuese imperativa, significaría que se deja en manos de una potencia ocupante o del Consejo de Seguridad la facultad de eliminar de plano todas esas protecciones sustantivas, incluidas las humanitarias. Al afirmar que ese derecho no es aplicable, o al restringir sus condiciones de aplicación, sería posible eludir las garantías de fondo. Por ello, todo esfuerzo por garantizar las protecciones humanitarias o declararlas de carácter imperativo, como acabamos de hacer, sería una empresa vana, porque la modificación formal del ámbito de aplicación permitiría suprimir de un plumazo todo el régimen de ocupación desde el principio. En consecuencia, esas garantías sustantivas se verían privadas de todo efecto útil, lo que contraría el espíritu más profundo del derecho de la ocupación moderno (artículos 7, 8 y 47 del IV Convenio). Por lo tanto, se impone la conclusión inversa: si una sola disposición del derecho sustantivo tiene carácter imperativo, es necesario considerar también como imperativa la norma que define el ámbito de aplicación material o personal de esa norma de fondo, y que, en un marco estricto, constituye la condición previa a su aplicación. Se trata de una suerte de norma de segundo grado del *jus cogens.* En ese sentido, el criterio de efectividad del derecho de la ocupación, que conforma el contenido esencial del artículo 42, prevalece por encima de toda determinación adversa del Consejo. Sin embargo, esto no quiere decir que una determinación adversa del Consejo de Seguridad carecería de efectos o de pertinencia. En los hechos, constituye un indicio de la forma en que un órgano importante de las Naciones Unidas percibe la efectividad. Esa determinación podría ser respetada por cualquier operador jurídico, al menos si no entra en abierta contradicción con los hechos. Por lo tanto, es preciso concluir que el Consejo tiene la posibilidad de intentar influir en el derecho de la ocupación mediante determinaciones subjetivas de la situación, pero esas determinaciones no pueden imponerse en detrimento de los criterios establecidos en el artículo 42. Y la Carta no ha conferido al Consejo el mandato de emitir una interpretación vinculante de las condiciones necesarias para la aplicación del artículo 42.

La excepción a las disposiciones sustantivas del derecho de la ocupación

La situación jurídica es, por así decir, más magra aún en lo que respecta a las excepciones decididas por el Consejo en relación con normas sustantivas. En efecto, no hay ni una sola excepción de ese tipo en las resoluciones pertinentes. Según ciertos autores, las resoluciones demuestran, con respecto a esa cuestión y a otras, las virtudes y los vicios que derivan de la existencia de un cierto grado de ambigüedad[51]. En realidad, la ambigüedad es limitada. En efecto, todas las resoluciones en cuestión afirman, de manera directa o indirecta, por referencia a la Resolución 1483, la aplicabilidad del DIH y del derecho de la ocupación, sin excepción alguna. Por ejemplo, en la resolución clave 1483 (2003), que es de naturaleza "constitucional", se lee, en el decimotercer párrafo del preámbulo, que el Consejo toma nota de las cartas de los representantes de Estados Unidos y del Reino Unido por las cuales reconocen "... la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, corresponden a esos Estados en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado". En el párrafo operativo 5, se lee que el Consejo "insta a quienes concierna a cumplir cabalmente las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Reglamento de La Haya de 1907". No se decide acerca de ninguna excepción, y mucho menos una excepción clara. ¡Al contrario!

A continuación, diversos párrafos operativos instan a las autoridades establecidas y a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para reconstruir Irak y conducirlo hacia la independencia soberana. Todas esas disposiciones son de orden genérico. Ninguna de ellas permite ni obliga a las partes a actuar contrariamente al derecho de la ocupación. En el párrafo 1, se hace un llamamiento a las autoridades y a los Estados miembros "para que ayuden al pueblo del Irak en la labor de reformar sus instituciones y reconstruir su país y contribuyan a que existan en el Irak condiciones de estabilidad y seguridad *de conformidad con la presente resolución*" (el subrayado es nuestro); en el párrafo 4, se lee que las autoridades deben promover "el bienestar del pueblo iraquí mediante la administración efectiva del territorio, en particular tratando de restablecer condiciones de seguridad y estabilidad y de crear condiciones en que el pueblo iraquí pueda decidir libremente su propio futuro político"; en el párrafo 8, letra c, se lee que las autoridades, en cooperación con el representante especial del secretario general de las Naciones Unidas, deberán "avanzar en la tarea de restablecer y formar instituciones nacionales y locales para un gobierno representativo y colaborando para facilitar un proceso que culmine en un gobierno del Irak internacionalmente reconocido y representativo"; en la letra e de dicho párrafo, se lee que se deberá promover "la reconstrucción de la economía y condiciones para un desarrollo sostenible"; en la letra g del mismo párrafo, se dice que se deberá promover "la protección de los derechos humanos", etc.

51 Varios autores han señalado este aspecto. V., p. ej., Nehal Bhuta, "The antinomies of transformative occupation", *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, p. 735; M. Zwanenburg, *op. cit.,* nota 25 *supra*, pp. 763 y ss.

Por lo tanto, cabe concluir que el decimotercer párrafo del preámbulo y el párrafo 5 de la parte operativa de la Resolución prohíben las excepciones al derecho aplicable en relación con la ocupación, dado que ningún otro párrafo la permite, sea en forma expresa o razonablemente implícita[52]. Como se ha señalado correctamente, ninguna disposición de las resoluciones del Consejo pide sobrepasar el derecho de la ocupación o desviarse de él[53]. Esta realidad es netamente diferente de la situación en Bosnia o Kosovo[54]. A lo sumo, podría verse en el párrafo operativo 4 una invitación a realizar reformas estructurales con cierto carácter transformativo[55], pero el texto es vago e impreciso. Es demasiado poco para constituir una excepción al derecho de la ocupación, al que se hace expresa referencia, en la misma Resolución, como un factor que pone límites a la acción. Por ende, no es seguro que los autores que afirman, sumariamente, que esas resoluciones amplían los poderes de las potencias ocupantes más allá del derecho de la ocupación, estén en lo cierto[56]. Es verdad que hay algunas instancias en las que el texto va más allá, pero es más una aplicación práctica del derecho de La Haya que una excepción. Esas instancias son muy puntuales, como el caso del régimen establecido para el petróleo[57]. ¿Contradicen realmente el derecho de la ocupación, o se desarrollan dentro de los ámbitos en los que es posible aplicar criterios flexibles?

Como ya se ha dicho, nuestro objetivo no es examinar las innumerables reformas de la Autoridad y decidir si son o no compatibles con el derecho de la ocupación. Esta cuestión no tiene relación directa con el poder de excepción del Consejo, y no corresponde al ámbito del presente artículo. Sin embargo, cabe recordar que reformas tales como la "desbaasificación", destinadas a eliminar estructuras opresivas, y ciertas reformas de los derechos humanos, como la prohibición de la explotación laboral de los menores de edad, son compatibles con el derecho de la ocupación. En principio, esas reformas están incluidas en la excepción de las leyes opresivas y en la obligación de garantizar los derechos

52 V. también K. H. Kaikobad, *op. cit.,* nota 30 *supra*, pp. 262–263 ; D. Thürer y M. McLaren, *op. cit.,* nota 25 *supra*, p. 766.

53 V. G.H. Fox, *op. cit.,* nota 27 *supra*, pp. 257 y ss., 261.

54 Ibíd., nota 27 *supra,* pp. 261–262.

55 V. D.J. Scheffer, *op. cit.,* nota 25 *supra*, pp. 844–845 ; M. Zwanenburg, *op. cit.,* nota 25 *supra*, p. 766.

56 V. Massimo Starita, *op. cit.,* nota 25 *supra*, pp. 893 y ss.; A. Roberts, "Transformative military occupation", *op. cit.,* nota 30 *supra*, p. 613: "En conjunto, los propósitos de la ocupación, tal como se describen en la Resolución 1483, superaron los límites del Reglamento de La Haya y del IV Convenio de Ginebra".

57 Jorge Cardona Llorens, *op. cit.,* nota 42 *supra,* p. 246, se refiere a la venta de petróleo por la Autoridad como una desviación con respecto al derecho de la ocupación (¿o una adición al mismo?). Pero, en primer lugar, este régimen de venta de petróleo se basaba en el programa denominado "Petróleo por alimentos", un régimen internacionalizado aplicado al comercio de este producto, que ya se encontraba en vigencia. En segundo lugar, no es seguro que el derecho de la ocupación no permita soluciones flexibles en el marco del principio general del "usufructo" que encontramos en el artículo 55 del Reglamento de La Haya de 1907. V. Langenkamp R. Dobie y Rex J. Zedalis, "What Happens to the Iraqi Oil? Thoughts on Some Significant Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields", *European Journal of International Law*, vol. 14, N.º 3, 2003, pp. 417 y ss. Por otra parte, es evidente que el establecimiento de los Fondos especiales y el detalle de la reglamentación superan el ámbito del derecho de la ocupación, pero, ¿son contrarios a él?

reconocidos en el IV Convenio de Ginebra y en otras fuentes de derechos "intransgredibles" (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966)[58].

Conclusión

La conclusión de nuestro estudio sobre el caso de Irak puede resumirse en una frase: las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad no contienen excepciones expresas ni implícitas en cuanto a la aplicación del derecho de ocupación, que es formalmente aplicable.

El Consejo actuó con más sutileza. Adoptó textos frecuentemente caracterizados por una ambigüedad deliberada y potencialmente fecunda, dejando que la cuestión de las relaciones entre el derecho de la ocupación y del mandato (ligeramente[59]) transformativo conferido se resolviera en la práctica. Por consiguiente, si se tiene en cuenta esa vaguedad incitante y creativa, no sorprende que la Autoridad de las potencias ocupantes en Irak haya invocado la Resolución 1483 incluso para sus reformas más profundas, como las emprendidas en el ámbito económico. Esa lectura del derecho de ocupación es, cuando menos, para beneficio propio. Esos mandatos imprecisos del Consejo, basados en un enfoque exclusivamente político, constituyen una grave amenaza contra la legalidad internacional. Sin duda, el bastión del derecho internacional aún sigue intacto, desde el punto de vista formal, puesto que no se admite expresamente excepción alguna a la aplicación del DIH. Pero, ¿por cuánto tiempo podrá mantenerse esta situación si se presentan otros precedentes como Irak? Además, la sustancia del DIH, esencial para la protección de las poblaciones locales y su autodeterminación, se deja, subrepticiamente, a la interesada interpretación de los ocupantes. No es difícil adivinar la dirección que

58 Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se acepta que la potencia ocupante no debe aplicar, ni dejar de modificar, leyes nacionales opresivas, como las leyes de Nuremberg del régimen nacionalsocialista. El objetivo de la norma que prohíbe introducir cambios en la legislación local es evitar que se impongan, desde el exterior, leyes contrarias al principio de la autodeterminación. Si se interpretase que el objetivo de esta norma es impedir los cambios legislativos destinados a enmendar leyes opresivas, esa interpretación sería contraria a su finalidad y propósito. Algunos autores hasta han llegado a afirmar que incumbe a la potencia ocupante la obligación positiva de derogar o, al menos, suspender esa legislación. No cabe duda alguna respecto de esa obligación positiva, ya que, de otro modo, la potencia ocupante incumpliría los deberes "humanitarios" establecidos por el IV Convenio de Ginebra, que exige que ciertos derechos sean garantizados por el ocupante en todos los casos. V. Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, pp. 95, 107; Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley University of California (etc.), 1959, p. 245; Allan Gerson, "War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System", *Harvard International Law Journal*, vol. 18, N.º 3, verano de 1977, p. 531; M. Sassòli, *op. cit.,* nota 27 *supra*, pp. 675–676; Howard S. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, vol. 2, Londres / Roma / Nueva York, 1986, p. 716. V. también Jean Pictet (ed.), *Commentaire de la Convention IV de Genève relative a la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Ginebra, 1956, p. 360: "La seconde [réserve] est en faveur de la population et permit d'abroger toutes mesures discriminatoires incompatibles avec les exigences de l'humanité" (La segunda reserva se formula en beneficio de la población y permite abrogar todas las medidas discriminatorias incompatibles con las exigencias de humanidad") [Trad. CICR].

59 Mucho menos transformativo que el de la Administración Civil Provisional en Kosovo.

tomará la interpretación. El ordenamiento jurídico sometido a tal situación inevitablemente se debilita y se desintegra. La aparente maleabilidad de un cuerpo jurídico que queda anulado por una suma de factores (a saber, la vaguedad intrínseca de las normas de La Haya —explicable por la historia—, los mandatos flexibles e implícitos del Consejo, y la interpretación interesada de los Estados ocupantes) menoscaba gravemente su credibilidad. En el peor de los casos, se termina por percibir a ese ordenamiento jurídico como una máscara amenazadora, que, en vez de ofrecer puntos de apoyo sólidos, cumple el distinguido pero indeseable servicio de ocultar púdicamente la realidad.

Sería conveniente realizar una nueva codificación del derecho de la ocupación, a fin de desarrollarlo y elevarlo al nivel de las exigencias y los problemas actuales. Obviamente, desde el punto de vista político, no es éste el momento más propicio para hacerlo. Si se intentase seguir este camino ahora, se correría el riesgo de retroceder en lugar de avanzar. Ciertos Estados intentarían aprovechar la ocasión para desmembrar, en vez de reforzar, o como mínimo para adaptar, el derecho de la ocupación. A falta de esa renovación del derecho, cabe esperar que el Consejo no se deje tentar fácilmente por excepciones explícitas o implícitas da la aplicación del derecho de la ocupación en el futuro, y que no se preste a violaciones implícitas del derecho, dando a las fuerzas de ocupación un margen de libertad excesivo en la aplicación de las reglas que establece, a la vez que les provee una semblanza de legitimidad por medio de resoluciones que se invocan como fuente de autoridad para impresionar a los legos. No debería ser éste el precio para que las Naciones Unidas puedan volver a participar en el proceso de adopción de decisiones sobre el terreno, en lugar de quedar definitivamente en el banco de los suplentes. No debería ser ésta la política aplicada para compensar el hecho de que las Naciones Unidas fueron, de entrada, excluidas de la fase de las operaciones militares, que se emprendieron sin su aprobación y fuera de su legalidad. Hay un mundo de diferencia entre una administración civil amparada por las Naciones Unidas desde el principio, y el distante apoyo prestado por el Consejo de Seguridad a las potencias ocupantes, que persiguen su propio programa político y sus objetivos particulares.

Esta situación representa una amenaza no sólo para el *imperio del derecho* internacional que, aunque débil, existe, sino también para el propio orden jurídico internacional. Las tensiones y los ataques que ese cuerpo jurídico sufre en estos momentos son bien conocidos. La relativa derrota sufrida por el derecho de la ocupación en Irak no es más que una de las tantas vicisitudes que se suceden a lo largo del curso de la historia. Pero, en este punto, cabría exclamar: *Caveant consules, ne quid detrimenti res publica (universale) capiat!* [60].

60 ¡Procuren los cónsules que la República (universal) no sufra daño alguno!

Marzo de 2008, N.º 869 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Ataques suicidas y derecho islámico

Muhammad Munir*

Muhammad Munir es Profesor Auxiliar de Derecho en el Departamento de Derecho de la Universidad Islámica Internacional de Islamabad.

Resumen

Los ataques suicidas son una característica recurrente de muchos conflictos. En tanto el heroísmo bélico y el martirio están permitidos en ciertas circunstancias en épocas de guerra, según el derecho islámico un terrorista suicida podría estar cometiendo al menos cinco delitos cuando perpetra este tipo de ataques, a saber: matanza de civiles, mutilación de sus cuerpos, traición de la confianza de soldados y civiles enemigos, suicidio y destrucción de objetos o bienes pertenecientes a civiles. El autor analiza dichos ataques desde la perspectiva de un jus in bello *islámico.*

...

Según el derecho islámico y al derecho internacional humanitario, el fenómeno de los ataques suicidas es uno de los sucesos más perturbadores en la historia de la guerra. Estas operaciones se llevan a cabo en numerosos conflictos en todo el mundo, y se han vuelto un elemento característico de la guerra que actualmente tiene lugar en

* El autor desea expresar su agradecimiento a Taimoor Aly Khan por sus invalorables comentarios sobre el borrador de este artículo. También desea agradecer profundamente a Maria Jamshaid, Sundus Khan, Mishal Faheem, Shamsul Haq y Kwaja Muhammad por revisar este artículo, y al Profesor Tahir Hakeem, al Muftí Absur Rasheed y a Habib-ur-Rahman por el material proporcionado. Las opiniones aquí vertidas y cualquier simplificación radical son responsabilidad exclusiva del autor. Las citas del Corán mencionadas en el documento original en inglés se han extraído de la traducción al inglés de M. Marmaduke Pickthall, *The Meaning of the Glorious Qur'an: Text and Explanatory Translation*, Begum Aisha Bawany, Karachi, n.d. Para la versión en español, las citas del Corán fueron tomadas de *El Corán*, Edición bilingüe, edición, traducción y notas de Julio Cortés, Editorial Herder, Barcelona, 1999.

Irak[1], así como también en los territorios palestinos ocupados[2] y en Afganistán. En este artículo, nos centraremos en el uso que los musulmanes dan a dichas operaciones desde la perspectiva del *jus in bello* islámico (normas que rigen la conducción de las hostilidades). Si nos retrotraemos en la historia, los primeros ataques suicidas organizados en el islam se atribuyen a los ismaelita nazarí, una comunidad chiita[3]. Fue Hasan-e Sabbah el que emprendió un levantamiento abierto contra los emires selyúcidas (en árabe amı¯r significa "comandante", o "príncipe") y sentó las bases de un estado ismaelita nazarí independiente cuya sede fue su fortaleza de Alamut. Se cree que el visir selyúcida Nizam al-Mulk, quien fue asesinado en el Ramadán 12, en el año 485 H (16 de octubre de 1092), fue la primera víctima importante de los fieles nazaríes (fedayines)[4].

Son varias las cuestiones que deben abordarse en este debate. Por ejemplo, ¿cuál es la posición del derecho islámico en relación con los ataques suicidas? ¿Son actos pérfidos o de martirio? ¿Existen circunstancias en las que esos ataques están permitidos? ¿El heroísmo de los compañeros del Profeta (que la paz esté con Él) y del imán Husain en campos de batalla puede considerarse como un equivalente de los ataques suicidas? ¿Quién puede llevar a cabo tales ataques, y contra quiénes? ¿Pueden mujeres, niños y civiles ser blanco de tales ataques? Estas y otras preguntas pertinentes a las que intentamos responder distan de ser sencillas.

1 Es difícil conseguir estadísticas actualizadas en Irak, pero el diario Boston Globe, en su edición del 10 de junio de 2005, publicó un informe con declaraciones de funcionarios del Departamento de Defensa de Estados Unidos de América (quienes pidieron permanecer en el anonimato) que reveló que más del 50% (en promedio) de los 70 ataques diarios de insurgentes se atribuye a terroristas suicidas. Si bien la cantidad de muertos varía considerablemente, el promedio ronda las 12 víctimas por ataque suicida. La autoría de la mayor parte de ellos corresponde a Al Qaeda, a manos de reclutas fervientes que llegan a Irak desde todo el mundo musulmán. Otras organizaciones que también se han atribuido ataques suicidas son Jaish Ansar al-Sunna (JAS), el grupo "paraguas" de la salafista, y el ejército Mahdi del clérigo chiita Muqtada al-Sadr. V. A.B. Atwan, *The Secret History of Al-Qa'ida*, Saqi Books, Londres, 2006, p.100.

2 Hoy en día, la mayoría de las organizaciones de resistencia en Palestina cuenta con un ala suicida. La más activa desdel comienzo de la segunda Intifada ha sido Hamas, la Brigada de los Mártires de al-Aqsa (parte de Fatah) y la Yihad Islámica Palestina (YIP). V. Christoph Reuter, *My Life is a Weapon: A Modern History of Suicide Bombing*, traducido del alemán por Helena Ragg-Kirkby, Princeton University Press, Princeton N.J. y Oxford, 2004, repr. Manas Publications, Delhi, 2005, p. 79-114.

3 Después de la muerte de Ja'far al-Sadiq, el sexto Imán, en el año 148 H, la mayoría de los chiitas reconoció al Imán Musa Kazim como su séptimo Imán, mientras que la minoría respaldó los reclamos de su hermano mayor, Isma'il. Después de que 'Ubayd-Allah al-Mahdi (297–322 H/ 909–34 DC) creara el estado Fatimí en Túnez, su descendiente al-Mu'iz li-Din Allah (341–65 H/ 953–75 DC) estableció el Califato Fatimí en Egipto. Al-Mustansir, octavo califa fatimí, murió en 487 H y uno de sus hijos, al-Musta'li, se convirtió en el noveno califa y fue el Imán de los ismaelitas occidentales, mientras que su otro hijo Nizar fue el Imán de los nazaríes o ismaelitas orientales. Ambos grupos de ismaelitas existen tanto en la India como en Pakistán: los ismaelitas orientales son seguidores del actual Aga Khan, mientras que a los occidentales se los suele denominar Bohoras. Asimismo, estos últimos también se ubican en África oriental, en el centro de Asia, Persia, Siria y China. V.l caso *Adv.-General v. Muhammad Husen Huseni (Aga Khan case) (*Abogado General vs. Muhammad Husen Huseni (caso Aga Khan*)*, (1886) 12 Bom. HCR 323, p. 504–49; remítase también a Asaf A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, Oxford University Press, Nueva Delhi, 1974,2da. imp. 1999, p. 39–43.

4 V. Farouk Mitha, *Al-Ghazali and the Isma ilis: A Debate on Reason and Authority in Medieval Islam*, Isma'ili Heritage Series, Londres, 2001, vol. 5, p. 23. Remítase también a Farhad Daftari, "*Hasan-i-Sabah and the origins of the Nizari movement*", en Daftari (ed.), *Medieval Isma'ili History and Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, p. 193; y Bernard Lewis, *The Assassins, A Radical Sect in Islam*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1967.

Fallos de algunos eruditos musulmanes con respecto a los ataques suicidas

El 18 de abril de 1983, la yihad Islámica, organización chiita libanesa (precursora de Hezbolá[5] – el Partido de Dios) llevó a cabo ataques suicidas en la embajada de Estados Unidos en Beirut Occidental, con un saldo de sesenta y tres empleados muertos. El 23 de octubre del mismo año, terroristas suicidas atacaron los cuarteles de Estados Unidos y Francia en Beirut, y mataron a 298 hombres y mujeres pertenecientes a las fuerzas armadas. Según Sa`ad-Ghorayeb, esos ataques suicidas se ejecutaron con la autorización de Khomeini, el líder chiita supremo, o *marja*[6]. Los "mártires", como él los denominó, que atacaron la sede de los *marines* estadounidenses, "sólo tenían ante sí a Dios, y vencieron a Estados Unidos y a Israel para Él. Fue el Imán de la nación [Khomeini] quien les mostró el camino e infundió este espíritu en ellos"[7].

En un principio, el líder principal de la comunidad chiita libanesa, Sayyid Muhammad Hussayn Fadlallah, negó haber apoyado estos ataques[8], pero finalmente manifestó su aprobación, al declarar:

> "A veces se presentan situaciones en las que se deben asumir ciertos riesgos. Esto sucede cuando es necesario conmocionar la realidad, de forma violenta, apelando a todo lo oculto en nuestro interior y ampliando los horizontes a nuestro alrededor, como, por ejemplo, en las operaciones de auto-martirio, que algunos llaman operaciones suicidas."

Fadlallah describió los ataques como "la respuesta de los débiles y los oprimidos a los agresores poderosos"[9]. Argumentó que cuando no existe otra alternativa, los métodos no convencionales se vuelven admisibles, e incluso hasta necesarios:

> "Si un pueblo oprimido no cuenta con los medios para enfrentar a Estados Unidos e Israel con las armas en las que son superiores, entonces recurrirá a armas desconocidas…
> La opresión hace que los oprimidos descubran nuevas armas y nuevas fortalezas todos los días… Deben, por lo tanto, pelear con medios especiales que les son propios. Reconocemos el derecho de las naciones a utilizar todos

5 Como bien ha señalado Donald Neff, sin preverlo, y definitivamente sin quererlo, la política de Israel en el Líbano "creó… sus propios peores enemigos": los movimientos de Hezbolá y (posteriormente, y sólo de manera indirecta) Hamas. V. www.wrmea.com/archives/november02/0211020.html (consultado el 17 de diciembre de 2007).

6 Los chiitas deben aceptar la opinión de un *marja* en el *fiqh* (jurisprudencia musulmana) sin posibilidad de disentir.

7 Sa'ad-Ghorayeb, *Amal, Hizbu'llah: Politics and Religion,* Pluto Press, Londres, 2002, p. 67; Martin Kramer, *"Sacrifice and "self-martyrdom" in Shiite Lebanon"*, *Terrorism and Political Violence*, vol. 3 (3) (1991), p. 30–40. V. la versión revisada de Martin Kramer, *Arab Awakening and Islamic Revival*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1996, pp. 231–43.

8 V. Ghorayeb, nota 7 *supra*, p. 6

9 Judith Palmer Harik, *Hezbollah: The Changing Force of Terrorism,* I. B. Tauris, Londres y Nueva York, 2004, pp. 65, 70.

> los métodos no convencionales para combatir a estas naciones agresoras, y no clasificamos como terrorismo lo que los musulmanes oprimidos del mundo hacen con medios primitivos y no convencionales para enfrentar a las potencias agresoras. En nuestra opinión, desde el punto de vista religioso se trata de una guerra lícita contra las potencias imperialistas y dominantes del mundo"[10].

Para Fadlallah no hay diferencia entre ir a una batalla sabiendo que se morirá después de matar a diez enemigos y hacerlo para matar a diez sabiendo que se morirá en el transcurso de la batalla[11]. Sin las operaciones con terroristas suicidas/mártires en Líbano, "no hubiéramos podido ganar", afirmó en 2000, "pero ya no las necesitamos".

El 25 de febrero de 1994, el Dr. Baruch Goldstein, un colono judío, masacró a 29 fieles musulmanes durante la oración comunitaria del *fajr* (amanecer) en una mezquita de Hebrón. En respuesta, el movimiento de resistencia islámico Hamas introdujo el uso de ataques suicidas en el conflicto con Israel y comenzó a atacar el interior de ese país. El ataque suicida del 13 de abril de 1994 en la estación central de ómnibus de Hadera fue probablemente el primero de estos ataques a manos de Hamas. Otro tuvo lugar el 25 de febrero de 1996 en el ómnibus Nº.18, en Jerusalén[12]. Otros grupos palestinos hicieron lo mismo. Ramadhan Shellah, líder de la yihad islámica en los Territorios Ocupados, reconoció que la táctica había sido tomada del Hezbolá libanés. En una entrevista que le dio al periódico Al-Hayat el 7 de enero de 2003, cuando se le consultó si la organización había tomado la idea de "operaciones mártires" de Hezbolá, su respuesta fue "por supuesto"[13].

En esta entrevista, publicada en la página Web de su organización[14], Fadlallah apoyó fervientemente el uso de dichos ataques por grupos palestinos. Explicó:

> "Sabemos que el blanco de los mujaidín no son los civiles, sino el ocupante de la Palestina ocupada. Asimismo, a los colonos que ocuparon los asentamientos sionistas no los consideramos civiles, sino una extensión de la ocupación; y no son menos agresivos y bárbaros que los soldados sionistas. Así como confirmamos la legitimidad de estas operaciones, también las consideramos como una de las pruebas más destacadas de la *yihad* realizada al estilo de Alá, y consideramos que toda crítica contra este tipo de operaciones, sea intencional o no, representa un ataque contra el movimiento de confrontación que el pueblo palestino (incluidas todas las partes) ha emprendido contra la ocupación israelí."

10 V. Martin Kramer, "*The moral logic of Hizballah*", Walter Reich (ed.), *Origins of Terrorism: Psychologies, Ideologies, Theologies, States of Mind,* Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p.131–57, disponible en http://www.geocities.com/martinkramerorg/MoralLogic.htm (consultado el 17 de diciembre de 2007).

11 Martin Kramer, "*The oracle of Hizbu'llah*", disponible en http://www.geocities.com/martinkramerorg/Oracle2.htm (consultado el 17 de diciembre de 2007).

12 Coincide con la fecha del ataque de Baruch Goldstein a la mezquita de Hebrón dos años antes.

13 V. "*An interview with Secretary General of Islamic Jihad*", Al-Hayat, 7 de enero 2003, p. 10. Shellah afirmó que el acto fue inspirador para la yihad islámica.

14 V. http://english.bayynat.org.lb/Islamicinsights/index.htm (consultado el 17 de diciembre 2007).

Por otro lado, Fadlallah fue uno de los primeros intelectuales chiitas de alto rango en condenar públicamente los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, tal vez el ejemplo más horroroso de ataque suicida. Como veremos más adelante, la debilidad de los argumentos de Fadlallah radica en que no distingue entre los ataques suicidas de los combatientes de cualquier bando durante una guerra (que no se hacen pasar por civiles), y aquellos contra objetivos militares o personas civiles y bienes civiles por personas que sí fingen serlo.

El entonces Gran Muftí de Arabia Saudí, el jeque ʻAbd al-ʻAziz ibn Baz, condenó los ataques suicidas argumentando que podrían calificarse como autodestrucción y ser, por lo tanto, ilícitos. Afirmó que "tales ataques no son parte de la yihad, y me temo que se trata lisa y llanamente de suicidios. Si bien el Corán permite, y de hecho exige, matar al enemigo, esto debe hacerse sin contravenir las leyes religiosas"[15]. El jeque Yusuf al-Qaradawi, uno de los líderes de la Hermandad Musulmana, no sólo refutó la fetua de ibn Baz, sino que además justificó los ataques y los denominó "operaciones de martirio", como confirma a continuación:

> "Estas operaciones son la forma suprema de la yihad por el bien de Alá, y un tipo de terrorismo permitido por la sharia… el término "operaciones suicidas" es incorrecto y engañoso, porque éstas son operaciones heroicas de martirio, y no tienen nada que ver con el suicidio… Mientras que quien comete suicidio ha perdido la esperanza para sí y para con el espíritu de Alá, el mujaidín está lleno de esperanza en relación con el espíritu y la misericordia de Alá. Lucha contra su enemigo y contra el enemigo de Alá con esta nueva arma, que el destino ha puesto en manos de los débiles para que peleen contra la maldad de los fuertes y los arrogantes"[16].

El jeque Qaradawi también justificó dichas operaciones cuando los blancos eran civiles, argumentando que:

> "La sociedad israelita es militarista por naturaleza. Tanto hombres como mujeres sirven en el ejército y pueden ser reclutados en cualquier momento. Por otro lado, si un niño o un anciano mueren en una de estas operaciones, su muerte no es intencional, sino desafortunada, y como consecuencia de la necesidad militar. La necesidad justifica lo prohibido"[17].

Qaradawi declaró que "si a todos los que defienden su tierra y mueren defendiendo sus símbolos sagrados se los considera terroristas, entonces me gustaría

15 Ash-Sharq Al-Awsat, Londres, 21 de abril de 2001; Shaul Mishal y Avraham Sela, *The Palestinian Hamas: Vision, Violence and Coexistence*, Columbia University Press, Nueva York, 2000, p. 109.

16 V. Yusuf al-Qardawi, "Shariʻyia al-ʻAmaliyat al-Istishhadiya fi Filastin al-Muhtalla" [Legalidad de las operaciones de martirio en la Palestina Ocupada], al-Islah, vol. 375 (15–18 agosto de 1997), p. 44; disponible en: http://www.memri.org/bin/articles.cgi?Page5archives&Area5ia&ID5IA5301 (consultado el 17 de diciembre de 2007). Ibn Baz fue fuertemente criticado por clérigos y políticos palestinos, como por ejemplo el jeque Muhammad Ismaʻil al-Jamal, el jeque al-Bitawi y el Dr ʻAbdulaziz al-Rantisi. V. Reuter, nota 2 *suora*, p. 123.

17 Ibíd.

estar al frente de los terroristas"[18]. Sin embargo, el jeque condenó los ataques del 11 de septiembre [de 2001] contra Estados Unidos[19]. Hizo una distinción entre las operaciones suicidas en el territorio ocupado israelí y los ataque del 11/9 argumentando que en el primer caso el terrorista está defendiendo su tierra, lo cual constituye un propósito legítimo, mientras que en el segundo los terroristas suicidas "viajaron desde sus países de origen para atacar un lugar donde no tenían problemas"[20]. Sorprendentemente, Qaradawi afirma que los especialistas de todo el planeta han coincidido en que las "operaciones de martirio" llevadas a cabo por los palestinos están justificadas[21], y manifiesta constantemente su apoyo[22].

Otros eruditos sunitas musulmanes importantes en este debate son el jeque Tantawi, el gran imán de al-Azhar en Egipto, y Ali Guma'a, actual muftí de Egipto, quien en relación con las "operaciones suicidas" intentó establecer una distinción entre militares y civiles[23]. Sin embargo, el jeque Tantawi ha sido bastante contradictorio: después de emitir una fetua en respaldo a dichos ataques[24], cambió varias veces de opinión y declaró recientemente que no existe una base islámica para las operaciones de martirio[25]. Durante una conferencia organizada por la Universidad de Al-Azhar, criticó duramente al jeque Qaradawi (quien también estaba presente) por su fetua sobre los ataques suicidas con víctimas civiles[26]. Los eruditos del Centro de Investigación Islámica de la Universidad de Al-Azhar publicaron sus propias opiniones en apoyo a los atentados suicidas[27], y fueron más claros que el gran imán en esta materia.

18 Ibíd.

19 V. http://www.qaradawi.net/site/topics/index.asp?cu_no52&temp_type544 (consultado el 17 de diciembre de 2007)

20 Ibíd.

21 Ibíd.

22 Hace no tanto tiempo, el 28 de marzo de 2007, instó a los palestinos a continuar llevando a cabo "operaciones de martirio"; v. http://www.qaradawi.net/site/topics/index.asp?cu_no52&temp_type544 (consultado el 17 de diciembre de 2007)

23 V.l Informe Especial N.º 580 del 1 de octubre de 2003, disponible en http://www.memri.org/ (consultado el 17 de diciembre de 2007). En la entrevista, apoyó los ataques suicidas de terroristas en Palestina, Afganistán e Irak. Considera que estos ataques son lícitos, ya que el objetivo es liberar a esos países del enemigo. V. "*Mufti Masr: al-'Amaliyat fi Al-Iraq wa Filasteen wa Afghanistan Muqawama wa laisat Irhaban*" [Muftí egipcio: Las operaciones en Irak, Palestina y Afganistán son actos de resistencia, y no de terrorismo], Al-Sharq al-Awsath, 26 de abril de 2006.

24 V. "Leading Egyptian government cleric calls "martyrdom attacks that strike horror into the hearts of the enemies of Allah", Informe Especial N.º 363 del 7 de abril de 2002, disponible en http://www.memri.org/ (consultado el 17 de diciembre de 2007)

25 *"Cleric condemns suicide attacks"*, BBC, 11 de julio de 2003, disponible en www.bbc.com (consultado el 17 de diciembre de 2007).

26 V. *"Al-Tantawi laqqana Al-Qardawi darsan fi al-fatwa*" [Tantawi le da una lección a Qardawi en relación con su fetua], Al-Sharq al-Awsath, 17 de abril de 2002. Tantawi afirmó que los terroristas tienen permitido atacar a los soldados del ejército israelí, pero no a los civiles (ibídem). Sin embargo, como demostraremos más adelante, ni siquiera el primer tipo de ataques está permitido por el *jus in bello* islámico. Cuando un terrorista se oculta bajo otras apariencias, más allá de que dirija su ataque a soldados o a civiles, comete un acto pérfido, estrictamente prohibido por el derecho islámico en tiempos de guerra. Pero si un soldado que no se oculta bajo otras apariencias comete un ataque suicida para matar y mutilar a muchos soldados enemigos, su acto sería considerado como heroísmo bélico. Este último acto no está prohibido por el derecho islámico. El jeque Tantawi desdibujó la distinción entre estos dos tipos, es decir, perfidia y heroísmo bélico.

27 www.memri.org/bin/articles.cgi?Page5archives&Area5ia&ID5IA5301 (consultado el 17 de diciembre de 2007); V. http://www.mediareviewnet.com/default.htm (consultado el 17 de diciembre de 2007).

Otros importantes ulemas sunitas (doctores del islam), que avalan las opiniones del jeque Qaradawi son Suleiman ibn Nasser al-'Ulwan[28], Salman ibn Fahd al-'Awdah[29], Nasser ibn Hamd Al-Fahd[30] y 'Ajeel al-Nashami[31]. Los tres primeros son saudíes, mientras que el cuarto es de Kuwait. Algunos de los ulemas saudíes se han retractado de sus opiniones previas a favor de los ataques suicidas. El último de los especialistas sunitas provenientes de Medio Oriente en justificar los ataques suicidas palestinos contra los civiles israelíes (al igual que Qaradawi) es Faisal Maulawi, del Líbano, que cita más o menos los mismos argumentos que Qaradawi para fundamentar su opinión[32], pero introduce un nuevo argumento: la interpretación errónea del principio de reciprocidad mencionado en el verso 16:126 del Corán. El jeque Nasser al-Fahd ha recurrido a este principio para justificar los ataques suicidas, incluso los del 11 de septiembre contra Estados Unidos. El Teniente Coronel Jonathan Halevi, investigador especialista en Medio Oriente y en islamismo radical y asesor en asuntos árabes del Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel, alega que hay dieciséis clérigos musulmanes de Medio Oriente que apoyan los ataques suicidas de alguna forma u otra[33].

28 En una entrevista con una revista kuwaití, describió a los ataques suicidas llevados a cabo por los palestinos como "la mejor cura" y opinó que no está permitido ningún acuerdo de paz con los judíos. V. "*Al-'Amaliyat al-Istishhadyia Khair 'Ilaj*" [Las operaciones de martirio son la mejor cura], al-Mujtama'a, Nº 1422, 17 de octubre de 2000, p. 59.

29 V. "*Al-Irhab wa al-'Amaliyat al-Istishhadiyya*" [Terrorismo y operaciones de martirio], al-D'awah, N° 1838, 18 de abril de 2002, p. 39, donde ofrece ejemplos de heroísmo bélico para demostrar que las operaciones de suicidio de los palestinos están justificadas. Sin embargo, como veremos más adelante, la analogía es incorrecta.

30 Su justificación se basa en el principio de reciprocidad (Corán, versos 2:194 y 16:126) o, más bien, en su interpretación. Olvida no obstante el precepto contenido en el verso 16:127, que es el que el propio Profeta (que la paz esté con Él) observó. También justificó los ataques a los infieles con armas de destrucción masiva. Remitirse a su par Kuffar '*AamTabahi Musalath karne ki Shar'i Haisiat*, traducción de Hafiz *'Aamar Siddiqui as Justification of Attacking Infidels with WMDs, Dar-ul-Esha'at,* Lahore, 2005, p. 23–4. Las autoridades saudíes lo arrestaron, pero en noviembre de 2003 recuperó su libertad. Admitió públicamente haber cometido errores en algunas de sus fetuas anteriores. No queda claro a qué fetua(s) se refería. Desde entonces, no volvió a tener contacto con la prensa.

31 Manifestó su opinión al respecto en una entrevista con la revista Al-Rabitha de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI). V. "*La Ba'sa bi Ikhtiyar Tariqat al-Mout fi Halatin Wahidah*" [Sin problemas para elegir morir en una situación], Al-Rabithah, N.º 453, octubre, 2002, p. 12–13. Además, cita muchos ejemplos de heroísmo bélico en el islam para demostrar que los ataques suicidas palestinos están justificados. La oportunidad en que se hicieron ambos comentarios es notable. El artículo del jeque Salman se publicó el 18 de abril, fecha del ataque suicida a la Embajada de Estados Unidos en Beirut. La entrevista del Dr. 'Ajeel se publicó en la edición de octubre de Al-Rabitha, mes en que terroristas suicidas atacaron las sedes de las fuerzas militares de Estados Unidos y Francia.

32 Ha emitido tres fetuas sobre "operaciones de martirio". La primera fue la N.º 195, la segunda, la N.º 279, y la tercera, la N.º 593, emitida el 18 de marzo de 2003. V. su página Web: http://www.mawlawi.net/Fatwa.asp?fid5105&mask5 20% (consultado el 17 de diciembre de 2007)

33 V. Jonathan Halevi, "*Al Qaida's intellectual legacy: New radical Islamic thinking justifying the genocide of infidels*", Jerusalem Center for Public Affairs, disponible en http://www.jcpa.org/jl/vp508.htm (consultado el 17 de diciembre de 2007). Este informe está traducido al árabe, copiado y exhibido por www.aafaq.org. Sin embargo, los motivos de ambas páginas Web (www.jcpa.org y www.aafaq.org) son dudosos. Por ejemplo, el informe original no brinda información auténtica, es selectivo al momento de escoger clérigos que opinen sobre el tema, y no menciona las fetuas originales emitidas por ellos; enumera eruditos que no están mencionados por los yihadis y omite a otros militantes más radicales como Ayman Al Zawahiri o clérigos como Faisal Mawlavi y muchos otros.

Bernard Freamon está realizando una rigurosa investigación sobre los antecedentes legales de los ataques suicidas[34]. Argumenta que los ulema chiitas, reinterpretando el martirio de Husayn como auto sacrificio extremo, han revivido su ejemplo de un modo que ha llevado a conductas violentas de auto-aniquilación (ataques suicidas). En su opinión, lo antedicho ha modificado de manera fundamental el concepto chiita de la ley religiosa de martirio. Freamon afirma que el nuevo discurso está a cargo del imán Khomeini y de Syed Hussain Fadlallah[35], y señala que esta "transformación de la doctrina religiosa, defendida por los ulemas chiitas y emulada primero por Hezbolá, luego por los palestinos y más tarde por Al Qaeda, redundó en la aparición de una nueva norma de comportamiento yihadista en el campo de batalla: la auto-aniquilación, norma que muchísimos juristas musulmanes, tanto sunitas como chiitas, aceptan hoy como cumplimiento válido de la obligación religiosa según la ley de la yihad militar"[36]. Su conclusión es apresurada: comenta que "aunque la lógica de la nueva teología pueda tener fallas, es innegable que ha modificado en forma radical la ley de la yihad en todo el mundo musulmán. Lo que tenemos ahora es un nuevo *fiqh* sobre la ley de la yihad militar"[37]. Resulta desafortunado que, en el proceso para llegar a esta conclusión, el autor no analice los argumentos de los clérigos literalistas antes mencionados; sorprende, además, que califique como "un nuevo *fiqh*" de la yihad militar los fallos de dichos clérigos, quienes se "subieron al carro" para emitir sus fetuas.

En Pakistán ha sido poco común que los ulemas escriban o emitan fallos sobre ataques suicidas ejecutados tanto por palestinos como por otros yihadistas internacionales. Fieles inocentes, tanto sunitas como chiitas, han sido blanco de ataques suicidas por los que los extremistas de ambos bandos se han culpado mutuamente. En tal sentido, el muftí Muneeb-ur-Raham, líder intelectual barelví y presidente del *Central Moon Sighting Committee*, escribió una fetua en relación con la prohibición del "homicidio injustificado" en dichos ataques[38] y estableció que los ataques suicidas [llevados a cabo en Pakistán] están estrictamente prohibidos[39]. La fetua fue aprobada por cincuenta y ocho ulemas de diferentes orígenes[40]. No obstante, menciona que es exclusiva para el contexto pakistaní[41] y que la situación en los territorios ocupados, como Cachemira y Palestina, es di-

34 Bernard K. Freamon, *"Martyrdom, suicide, and the Islamic law of war: a short legal history"*, Fordham International Law Journal, vol. 27, 2003, p. 299.

35 Ibíd., pp. 317-353

36 Ibíd., p. 306

37 Ibíd., p. 368.

38 V. Mufti Muneeb-ur-Rahman, Qatl-i-Na Haq ka hukm [Norma para homicidios injustificados], n.d. Si bien la fetua no tiene fecha, algunos de los muftíes que la firmaron sí han consignado fechas, comprendidas entre diciembre de 2004 y marzo de 2005. Se difundió en la prensa el 18 de mayo de 2005.

39 Ibíd., p. 3

40 Hay cuatro ulemas fuera de Pakistán. Todos los ulemas han firmado y sellado la fetua.

41 La fetua está destinada a disipar la impresión de que tales ataques son llevados a cabo por extremistas religiosos que lavan el cerebro, instigan o alientan a los estudiantes en sus seminarios. La ausencia más notable es la del muftí Taqi Usmani, que no firmó la fetua a pesar de los esfuerzos del gobierno. Se dice que su perspectiva responde a un contexto global más que a uno limitado a Pakistán. V. http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page5story_3-7-2004_pg7_25 (consultado el 17 de diciembre de 2007).

ferente. Aunque implícitamente, la fetua pareciera permitir los ataques suicidas en Cachemira y Palestina[42].

De acuerdo con Muhammad Isma'il, otro muftí de Pakistán, no está permitido que los civiles sean blanco de ataques suicidas, pero sí durante una guerra[43]. El 17 de abril de 2007, en una convención en Peshawar a la cual asistieron más de 2.000 ulemas, se emitió un fallo con respecto a los ataques suicidas: los calificaron de estrictamente ilícitos; no obstante, no dieron argumentos jurídicos que apoyaran ese punto de vista[44]. Estos ulemas eran clérigos religiosos dominantes que representaban a casi 1.000 seminarios[45]. La declaración no aporta ningún detalle. Todas estas resoluciones, sin embargo, ignoran la diferencia necesaria entre actos de perfidia y actos de heroísmo durante la guerra, incluidos los ataques suicidas.

Los puntos principales, explícitos o implícitos, de las opiniones de los eruditos antes mencionados se pueden resumir de la siguiente forma:

- autorización de ataques suicidas en contextos específicos, en especial por parte de palestinos en los Territorios Ocupados (jeque Fadlallah, jeque Qaradawi, y otros);
- aceptación de la matanza y mutilación de civiles, incluso mujeres, niños y ancianos, en sociedades militaristas como la de Israel (jeque Qaradawi)[46];
- aceptación del hecho de que quienes perpetran los atentados se hacen pasar por civiles cuando ejecutan los ataques;
- aceptación de la matanza de las víctimas de dichos ataques mediante una explosión (ya que el islam no permite ni siquiera la mera matanza de civiles durante una guerra, el hecho de que mueran mediante una explosión está estrictamente prohibido, como explicaremos más adelante. La mutilación de los cadáveres está estrictamente prohibida en el islam (véase más abajo); la mutilación de los vivos también estrictamente está prohibida);
- aceptación de la destrucción de objetos y bienes pertenecientes a civiles; identificación de dichos atentados con el heroísmo bélico.

Estos son algunos de los puntos que se analizan a continuación desde la perspectiva del *jus in bello* islámico.

42 La fetua menciona que no fue un delito pelear contra las fuerzas de ocupación para liberar al propio país, pero no brinda mayores detalles. Ibíd., p. 3.

43 V. su *Hawa ki Nam* [En el nombre de Hawa], Jami'a Islamia, Rawalpindi, 2005, p. 409. El libro se basa en las resoluciones emitidas por el autor, que evita mencionar específicamente si justifica o no tales ataques en Palestina o en otro lugar.

44 V. "*Ulama convention opposes "Sharia by force"*", Dawn, 18 de abril, 2007, p.1

45 La organización de la convención estuvo a cargo de Jami'at-i- Ulama-i-Islam, el grupo de Fazal ur Rahman. En ese momento, el propio Maulana (especialista religioso) era el líder de la oposición en la Asamblea Nacional de Pakistán.

46 Qaradawi permite la matanza directa de mujeres israelitas, y el asesinato indirecto de niños y ancianos según la doctrina de la necesidad.

Análisis según el *jus in bello* islámico

Uno de los principios básicos del derecho islámico es que, así como el fin debe ser legítimo, también deben serlo los medios para alcanzarlo. Por ello, el islam no sólo alienta a los musulmanes a defender su fe sino que también les indica cómo hacer la guerra. Se distingue entre los atentados suicidas que tienen lugar durante una guerra, realizados por soldados que no se hacen pasar por civiles, y los ataques llevados a cabo por civiles. Nadie puede pedir la muerte de civiles, mujeres, niños y ancianos, ni el secuestro y la matanza de personas que no tienen relación alguna con un incidente específico, una y*ihad*.

La prohibición del suicidio en el islam

El suicidio está estrictamente prohibido en el islam. Se cuenta que el Profeta (que la paz esté con Él) dijo: "Nadie debe pedir la muerte, ni invocarla antes de tiempo, porque cuando alguno de ustedes muere deja de realizar (buenas) acciones y la vida del creyente no se prolonga sino por la bondad"[47]. En el derecho islámico, el suicidio es considerado una autodestrucción intencional por parte del creyente. Hay una *hadith qudsi*, una tradición profética que se le atribuye a Dios mismo, donde el Profeta (que la paz esté con Él) dice que cuando un hombre herido se quita la vida Dios le responde: "Mi servidor se anticipó a mi acción quitándose el alma (la vida) por su propia mano, por lo que no será admitido en el paraíso"[48]. En otra de sus tradiciones, el Profeta (que la paz esté con Él) le hace una dura advertencia a otra persona que está por suicidarse al decirle que el transgresor podría seguir repitiendo indefinidamente el acto suicida en el infierno y permanecer allí para siempre[49]. Todo aquel que cometa un atentado suicida debe recordar que Alá le ha entregado la vida y que no se trata de un bien personal que pueda destruir a su antojo.

Martirio

El imán Muhammad ibn al-Hasan al-Shaybani, conocido como el padre del derecho internacional islámico, ha articulado el concepto de los atentados suicidas permitidos en tiempos de guerra en el tratado que es su obra maestra, y que dice lo siguiente:

> "Una persona tiene permitido lanzarse sobre un grupo de fuerzas enemigas o atacarlas siempre que tenga la esperanza de que al final se salvará o bien, de no existir tal esperanza, en aquellos casos en que inflija daño al enemigo y lo desmoralice, o para estimular a sus propios combatientes, o a causa de un poder extraordinario que sienta esa persona"[50].

47 Muslim Ibn Al-Hajjaj, Saheeh Muslim, Dar Ehya Al-Turath Al- Arabi, 1955, vol. 4, p. 2065, hadiz 2682.
48 Isma eel Al-Bukhari, Saheeh Bukhari, Dar Sahnun, Estambul, 1992, vol. 3, p. 32.
49 Ibíd., vol. 3, p. 212.
50 M. Ibn Al-Hasan Al-Shaybani, Syar Al-Kabir, citado en un comentario de Sarakhasi, Dar al-kutub Elmiya, Beirut, 1997, vol. 4, p. 250. El libro original de Shaybani no está disponible; el texto aparece solamente en el comentario de Sarkhasi.

Al analizar esta declaración con mayor detenimiento queda claro que son tres las condiciones que deben cumplirse para que una operación sea legítima:

(1) debe haber una guerra permanente y activa entre los musulmanes y sus adversarios;
(2) el atacante *no* debería morir en el atentado; y
(3) en caso de que muera, su muerte debe ser causada por el enemigo.

Si muere, será un *shaheed* (mártir) en todo sentido de la palabra. Esto fue lo que hizo Bar'a ibn Malik, el compañero del Profeta (que la paz esté con Él), en las guerras de *riddah* ("apostasía"). Del mismo modo, el jeque ibn Taymiyyah sostuvo que, según los cuatro principales juristas de las escuelas sunitas de *fiqh*, un soldado musulmán puede penetrar en las líneas enemigas incluso si sabe a ciencia cierta que lo matarán, toda vez que esto genere alguna ventaja al ejército musulmán[51]. Los juristas maliki, Al-Qasam ibn Muhammad, ibn al-Majshoon e ibn Kuwaiz, también permiten estos ataques[52]. Se trata de incidentes de heroísmo bélico permitidos y fomentados en el islam, pero no son atentados suicidas perpetrados por soldados que se hacen pasar por civiles. Los estudiosos consultados precedentemente parecen haber hecho caso omiso de esta distinción. Ni siquiera en el minucioso libro de Shaybani se hace referencia a los ataques suicidas llevados a cabo por civiles.

En este punto es importante destacar que el martirio del imán Husayn no puede considerarse un ataque suicida. Algunos autores dicen que él sabía que iba a morir pero, aún así, eligió la muerte[53]. Murió como mártir porque luchó valientemente contra el ejército del gobernador Omeya. No se trató de una operación suicida. Luchar y defender el martirio no es equivalente a hacerse pasar por un civil y engañar a civiles inocentes matándolos sin piedad.

¿Y qué podemos decir acerca de Bar'a ibn Malik, el compañero del Profeta (que la paz esté con Él)? ¿Podemos considerar su accionar como una operación suicida o heroísmo? Tuvo lugar en una batalla contra un ejército al mando de Musaylimah (conocido como "Musaylimah, el Mentiroso"), un hombre que también se proclamaba profeta de Dios, durante las guerras de "apostasía" luego de la muerte del Profeta (que la paz esté con Él). El enemigo estaba acuartelado y oponía una fuerte resistencia, mientras los musulmanes sufrían numerosas bajas en sus vanos intentos por ingresar a la fortaleza. Bar'a, que siempre había querido morir como mártir, se ofreció para que los soldados musulmanes lo catapultaran por encima de un parapeto de manera tal de abrir las puertas de la fortaleza y hacerlos entrar.

51 Ibn Taymiyah, Majmu'a Fatawa Sheikh al-Islam, Dar Aalam Al-Kutub, Riad, vol. 25, p. 540.

52 V. Muhammad Tahir ibn 'Ashoor, Al-Tahreer wa al-Tanweer, Dar Sahnun, Túnez, vol. 1, p. 215.

53 V. Ali Shari ati, "*Martyrdom: Arise and Bear Witness*", traducido por Ali Asghar Ghassemy, Ministerio de Orientación Islámica, Teherán, 1981, p. 144. No dice explícitamente que fue un suicidio; lo que sí dice es que Husayn había elegido el shahdat. V. su libro "*A discussion of Shaheed*" en Gary Legenhausen y Mehdi Abedi (editores), *Jihad and Shahadat: Struggle and Martyrdom in Islam*, Institute for Research and Islamic Studies (Instituto de Investigación y Estudios Islámicos), Houston, 1986, p. 239–40.

Milagrosamente, el plan resultó exitoso; Bar'a no fue martirizado y logró abrir las puertas. Sufrió muchas heridas pero se recuperó[54].

Otro incidente citado por el jeque Qaradawi y otros ulemas es el que tuvo lugar durante el ataque a Constantinopla, cuando Hisham ibn 'Aamir se infiltró en las líneas enemigas para matar el mayor número posible de soldados. Otros combatientes musulmanes exclamaron sorprendidos: "Alabad a Alá y no os entreguéis a la perdición"[55]. Estos incidentes son operaciones heroicas ciertamente permitidas en tiempos de guerra.

¿Autorización en ciertos contextos?

El jeque Qaradawi y otros ulemas citan éstos y otros incidentes para demostrar la legitimidad de los atentados suicidas perpetrados por los palestinos. No obstante, la analogía es errónea, dado que se trató de grandes actos de heroísmo en el campo de batalla que permitieron a los musulmanes obtener victorias decisivas, por lo que no se los puede encuadrar en esta definición. Y aun cuando coincidieran con la descripción de ataques suicidas, estarían permitidos, porque las personas que los llevaron a cabo eran soldados (y *no* se hicieron pasar por civiles).

Puede sostenerse que el principio de "traición de la confianza" no puede aplicarse a la relación entre grupos palestinos e Israel porque no hay ningún acuerdo de cese de hostilidades entre ambas partes. Este argumento es inaceptable, ya que sólo la máxima autoridad del estado musulmán de que se trate está facultada para declarar la guerra, no así los individuos ni los grupos[56]. El problema en Palestina es que hay una guerra no declarada entre el Estado de Israel y grupos palestinos. En general, la Autoridad Palestina exige moderación y suele condenar cada atentado suicida contra los israelíes. Incluso, no puede haber acuerdo entre el gobierno israelí y una o más organizaciones en Palestina. Sólo un Estado puede

54 Para detalles del incidente, v. Al-Qurtubi, al-Jami'a li Ahkam al-Qur'an, Dar al-kutub al-Misryyia, n.d., vol. 2, pp. 362–363, e Ibn Jareer al-Tabary, *The History of al-Tabary: The Conquest of Arabia*, traducido por Fred M. Donner, 1993, pp. 105–34.

55 Traducido al español de la traducción al inglés de Pickthall, arriba, nota sin numerar. Según otros comentaristas, este verso suele interpretarse como una prohibición del suicidio y otras formas de autoflagelación. V. *The Qur'an: A New Translation*, traducido por Abdel Heleem, Oxford University Press, Oxford, 2004, reproducido por la serie Oxford World's Classics, 2005, p. 22. (Nótese que la cita del texto precedente fue tomada de Pickthall, arriba, nota sin numerar). Para conocer detalles sobre el incidente V. Tarmizi, Sunnan, hadiz 2898, y Abi Dawood, Sunnan, hadiz 2151. Abu Ayub al-Ansari, uno de los que presenció este incidente, se puso de pie y dijo: "Cómo pueden interpretar este verso [2:195] así, que se revela según el Ansar. Abu Ayub dijo que cuando el islam ganó poder nos dijimos unos a otros sin informar al Profeta (que la paz esté con Él) que, como el islam se ha fortalecido y tiene muchos aliados, parece que hemos descuidado nuestras ocupaciones. Por lo tanto, debemos dar un paso atrás para recuperar lo que se ha perdido cuando se reveló el verso [Y no os entreguéis a la perdición]." Corán 2:195 (Versión en español de Julio Cortés).

56 El Imán Abu Yusuf, un importante jurista de la escuela hanafí y el Presidente del Tribunal de Justicia de Haroon al-Rashid, formuló este principio de la siguiente manera: "No se puede iniciar ninguna expedición sin el permiso del gobierno." V. Abu Yusuf, Kitab al-Khiraj, ed. M. Ibrahim al-Banna, Maktaba Farooqia, Peshawar, n.d., p. 385.

celebrar un acuerdo con otro(s) Estado(s), pero no pueden hacerlo individuos ni organizaciones dentro de un Estado[57].

Lo argumentos del jeque Qaradawi —que sostiene que es la ocupación israelí de la tierra de los musulmanes en Palestina y la mayor debilidad militar de los palestinos, o la naturaleza militarista de la sociedad israelí lo que autoriza a los musulmanes a realizar atentados suicidas y que las mujeres son blancos legítimos de dichos ataques— carecen de fundamento y son, por ende, inaceptables. Esto implicaría que el *jus in bello* islámico es aplicable cuando los musulmanes invaden u ocupan un territorio enemigo, pero no cuando se invade u ocupa territorio musulmán; es decir, que el *jus in bello* islámico se aplica cuando los musulmanes salen victoriosos, pero no se aplica si pierden la guerra. Se desprende de esto que deberíamos seguir un principio para determinada situación porque nos conviene, pero otro principio diferente para otra situación si el primer principio no nos beneficia. Si así fuera, no tendríamos principios ni integridad en absoluto en los términos de Dworkin[58]. Por el contrario, según el derecho islámico, los musulmanes tienen un único conjunto de principios, así invadan u ocupen un territorio enemigo, sean débiles o fuertes, ganen o pierdan. Las normas del *jus in bello* islámico son inalterables.

Principales conceptos del *jus in bello* islámico

Prohibición de la traición y la perfidia

Si un atacante suicida se hace pasar por un civil, o si un soldado finge rendirse agitando una bandera blanca, no van a ser blancos de las fuerzas armadas a las que se acerquen, ya que gozan de la inmunidad del no combatiente. Sin embargo, si esta persona luego se inmola para matar a los miembros de las fuerzas armadas enemigas comete traición o perfidia[59], un acto estrictamente prohibido por el derecho islámico y por el derecho internacional humanitario[60]. Ha traicionado la confianza del enemigo, que en el futuro puede desconfiar de los verdaderos civiles o soldados que se entregan genuinamente. Los ataques suicidas a civiles también están estrictamente prohibidos por la inmunidad que les confieren ambos ordenamientos jurídicos. No obstante, si esos ataques son perpetrados por soldados contra soldados del ejército enemigo que no fingen ser civiles, se consideran una táctica de batalla legítima.

57 El reconocimiento por parte del Estado de Israel de un grupo militante palestino como el representante legítimo del pueblo palestino implicaría que Israel retire su reconocimiento a la actual Autoridad Palestina, que es el gobierno de jure del [futuro] Estado de Palestina. Esto se asimilaría a retirar en forma prematura el reconocimiento, lo cual es ilegal en el derecho internacional.

58 Para un análisis de la teoría de Dworkin, v. mi artículo "*How right is Dworkin's: 'right answer thesis*" y su *"law as integrity theory"?"*, Journal of Social Sciences, vol. 2 (1) (agosto de 2006), pp. 1–25.

59 Ambas palabras se usan como sinónimo a los efectos de este artículo.

60 V. artículo 51 del Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. V. también Hans-Peter Gasser, "Actos de terror, "terrorismo" y derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* N.º 842, septiembre de 2002, disponible en español en *Revista Internacional de la Cruz Roja. Selección de artículos 2002,* en www.cicr.org/spa/revista.

El Profeta (que la paz esté con Él) y sus sucesores, que recibieron la orientación correcta, han prohibido estrictamente la traición y la perfidia. Se dice que el Profeta (que la paz esté con Él) reiteró esta prohibición en numerosas ocasiones[61]. En el octavo año luego de su migración a Medina, ordenó lo siguiente a su ejército, que partía:

> "Pelead en nombre de Dios y manteneos en su camino. Combatid a quienes no creen en Él. Pero luchad sin hacer trampa, no traicionéis la confianza, no mutiléis a nadie ni matéis a ningún menor"[62].

En otra ocasión, mientras instruía al ejército dirigido por 'Abd ar-Rahman ibn 'Awf, dijo:

> "Oh, hijo de 'Awf! Tomadlo [al estandarte]. Luchad todos en el camino de Dios y combatid a quienes no creen en Su sendero. No traicionéis la confianza, no cometáis traición, no mutiléis a nadie y no matéis a ningún niño ni mujer. Ésta es la voluntad de Dios y la conducta que Su Mensajero os da como ejemplo"[63].

Según el derecho islámico, si un comandante musulmán o cualquiera de sus soldados prometen clemencia a un soldado enemigo, esa promesa es vinculante para todos los musulmanes y no se puede derogar. El Profeta (que la paz esté con Él) condenó severamente a cualquiera que rompiera su promesa, calificándolo de hipócrita. También dijo que "en el día de la resurrección, quedará expuesto quien haya roto su promesa con una bandera cuyo tamaño será acorde al de su traición. Y recuerden que la mayor traición es aquélla que comete el líder de una nación"[64].

En los tiempos de Umar I, el Segundo Califa, durante una guerra entre el estado islámico y el imperio persa, un soldado persa se refugió en la copa de un árbol. Un soldado musulmán le dijo en persa *"ma tars"* (no temas). Su adversario pensó que le estaba dando una tregua y protección, y bajó, pero el soldado musulmán lo mató. Este hecho llegó a oídos del califa, quien emitió una declaración de principios donde usó las mismas palabras persas y dispuso que cualquiera que dijera estas palabras a un soldado enemigo y luego lo matara, sería juzgado por asesinato y condenado a muerte[65].

Para citar otro ejemplo, una vez el califa Omeya Amir Mu'awiyah estaba preparando a su ejército para marchar contra el Imperio Romano porque, si bien el tratado de paz entre ambos imperios aún estaba vigente, quería atacar apenas éste quedara sin efecto. Un compañero del Profeta (que la paz esté con Él), 'Amr ibn 'Anbasah, consideró que era traición preparar y enviar al ejército a la frontera, por

61 'Abd al-Jalil, Shu'ab al-Iman (MS. Bashir Agha, Estambul, N.º 366, p. 558.
62 El Imán Shoukani, Nail al-Awtar, Ansar Al-Sunah Al-Muhammadiya, Lahore, n.d., vol. 7, p. 246.
63 Abdul Malik ibn Hisham, Al-Sirah Al-Nabawyia, ed. Mustafa Al-Saqa et al., Dar al-Ma rifah, Beirut, n.d., vol. 2, p. 632.
64 Muslim, nota 47 arriba, vol. 3, hadiz 1738, p. 1361.
65 V. Badruddin 'Ayni, Umdah Al-Qari Sharh Saheeh al-Bukhari, Idarat Al-Taba at Al-Muneeriya, Cairo, n.d., vol. XV, p. 94.

lo que se acercó rápidamente al califa vociferando: "Dios es grande, Dios es grande. Debemos cumplir la promesa y no violarla." El Califa cuestionó sus palabras, a lo cual él respondió que había oído al Profeta (que la paz esté con Él) decir:

> "Si alguien tiene un acuerdo con otra comunidad, no debe alterarlo ni modificarlo [unilateralmente] hasta que caduque su vigencia. Y si existiera un riesgo de incumplimiento de la otra parte, debe notificar la finalización del acuerdo en forma recíproca"[66].

La tradición respeta el verso del Corán que dice: "Si temes una traición por parte de una gente, denuncia, con equidad, la alianza con ella. Alá no ama a los traidores"[67].

Por lo tanto, ante el peligro de que el enemigo traicione la confianza, es posible enfrentarlo y decirle abiertamente que el acuerdo dejará de ser vinculante para los musulmanes. Pero esta declaración debe hacerse de manera tal que tanto los musulmanes como la otra parte gocen de las mismas condiciones. No deben tomarse medidas previas para enfrentar a la otra parte sin aviso, con la intención de tomarla desprevenida y sin darle la posibilidad de prepararse para la defensa[68].

Por lo tanto, el islam redefine la justicia en el sentido de que se protegen los derechos del enemigo, se imponen restricciones a los musulmanes más que a sus adversarios, y los musulmanes no pueden preparar un ataque contra el enemigo antes de declarar su intención de dar por finalizado el acuerdo. La mejor ilustración de esto es el caso de Mu'awiyah mencionado anteriormente. Si un atacante suicida comete traición, actúa contra las enseñanzas del Sagrado Corán y la Sunna, dos de las fuentes fundamentales del derecho islámico (la tercera es la *ijma*).

Inmunidad del no combatiente

Una de las normas consolidadas en el *jus in bello* islámico es que no se puede atacar ni matar civiles en la guerra. Su inmunidad surge del Corán y de muchas tradiciones del Profeta (que la paz esté con Él). Como principio general, no se deben matar civiles en una guerra. El Sagrado Corán dice: "Combatid por Alá contra quienes combatan contra vosotros, pero no os excedáis. Alá no ama a los que se exceden"[69].

La reserva que se hace al expresar "quienes combatan contra vosotros" en el texto original del verso es de suma importancia, ya que el vocablo árabe *muqatil* (pl.

66 Shaybani, nota 50 arriba, vol. 1, p. 185. Según Sarakhasi, significa que debe evitarse cualquier acto que se asemeje a una traición, ya sea de forma o de fondo. Remítase también al imán Termidhi, Sunnan, Dar Sahnun (Gagri, Yayinlari), Estambul, n.d., vol. 4, hadiz 580, p. 143.

67 Corán, 8:58 (Versión en español de Julio Cortés)

68 Cuando un tratado de paz se da por finalizado o caduca, se entiende que las relaciones entre ambas comunidades se tornan hostiles.

69 Corán, 2:190 (versión en español de Julio Cortés) La traducción de Pickthall [al inglés] de "wa la ta atadu" difiere de la mayoría de los comentaristas (más arriba, nota sin numerar). Por ejemplo, según el muftí M. Taqi significa: "Y no transgredid. Ciertamente, Alá no ama a los transgresores." V. su *The Meaning of the Noble Qur'an*, Maktab Ma ariful Qur'an, Karachi, 2006, vol. 1, p. 60.

muqatileen) significa combatiente. Por lo tanto, los no combatientes no deben ser agredidos. Según Muhammad ibn al-Hasan al-Shaybani (fallecido el año 189 H), está prohibido matarlos porque el Corán dice: "Combatid a quienes combatan contra vosotros" y "ellos no combaten"[70]. Asimismo, en el verso anterior, el Corán exige a los musulmanes no transgredir sus preceptos "matando no combatientes" ni "comportándose en forma degradante con quienes ya están vencidos". Según se explica a continuación, el Profeta (que la paz esté con Él) ha prohibido estrictamente mutilar cadáveres en tiempos guerra y las matanzas *sabran* (que consisten en atar a una persona viva para usarla como blanco y dispararle con distintas armas hasta que muera)[71].

Luego de la conquista de La Meca, las tribus de Hawazin y Thaqif le declararon la guerra a los musulmanes. Al finalizar la batalla de Hunayn, el Profeta (que la paz esté con Él) vio el cuerpo sin vida de una mujer asesinada entre los paganos. "¿Quién la mató?" preguntó. Uno de los presentes respondió: "La mataron las fuerzas de Khalid ibn Walid". El Profeta (que la paz esté con Él) dijo a uno de ellos: "¡Vayan donde Khalid! Díganle que el Mensajero de Dios le prohíbe matar niños, mujeres y sirvientes." Uno de los presentes replicó: "Pero, buen mensajero de Dios, ¿no son esos los hijos de los paganos?", a lo que el Profeta (que la paz esté con Él) respondió: "¿Acaso los mejores de ustedes no fueron hijos de paganos alguna vez? Todos los niños nacen con su verdadera naturaleza y son inocentes"[72]. También se dice que el Profeta (que la paz esté con Él) ha prohibido, con las palabras más fuertes que existen en el idioma árabe, matar a una mujer: "Nunca, jamás, maten a una mujer o a un sirviente"[73]. Hay un consenso unánime (*ijma'a*) entre los juristas musulmanes acerca de la prohibición de matar mujeres y niños[74].

Sólo hay dos excepciones a esta prohibición: cuando las mujeres y niños participan en las hostilidades[75], y cuando la matanza no es intencional[76].

En numerosas ocasiones el Profeta (que la paz esté con Él) ha dado indicaciones que no podemos citar aquí para no desviarnos del foco de nuestro análisis. Sin embargo, vale la pena transcribir la cita completa de la instrucción de Abu Bakr, el primer sucesor del Profeta (que la paz esté con Él), dado que constituye un mini-

70 Shaybani, nota 50 *supra*, vol. 4, p. 186

71 Abu Dawood, Sunnan, Dar Sahnun, Estambul, 1992, vol. 3, p. 137, hadiz 2687. Para más información, V. mi artículo *"Non-combatant immunity in Islamic law"* en la próxima edición de Hamdard Islamicus.

72 Al-Tabrezzi, Mishkat al-Masabih, al-Maktab al-Islami, hadiz 3955; Ibn Majah, Sunnan, Dar Ehya Al-Turath Al- Arabi, Beirut, n. d., vol. 2, p. 101. En algunos informes hay un agregado: "que ella no podía luchar." Abu Dawud, Sunnan, Ibíd., vol. 3, p. 122, y Shoukani, Nail al-Awtar, nota 62 *supra, v*ol. 7, p. 261.

73 Ibn Majah, Sunnan, nota 72 *supra*, vol. 2, p. 948, hadiz 2842; Imán al-Nasa'i, al-Sunnan al-kubra, Dar Al-Kotob Al- Elmyia, Beirut, vol. 5, p. 187, hadices 8625 y 8626; Abu Bakr al-Baihaqi, al-Sunnan al-kubra with al-Jawhar al-Naqi, Dar al-Fikr, Beirut, n.d., vol. 9, p. 83. Este hadiz también se suele citar con un texto levemente diferente en Abi Ja'far al-Tahwi's Sharh Ma'ni al-Asa'r, Dar Al-Kotob Al-'Ilmia, Beirut, vol. 3, p. 222.

74 Abu Zakaryia Nawavi, Sharh Saheeh Muslim, Matba'at Mahmood Tofeeq, vol. II, p. 48; v. también Al-Qurtubi, Ahkam al-Qur'an, 1950, vol. 1, p. 232.

75 Esto es congruente con los principios generales del derecho islámico, tales como "Lo que es legítimo por un motivo deja de serlo cuando dicho motivo desaparece."

76 Este es el caso del *tatarrus*, es decir, cuando el enemigo usa prisioneros musulmanes, mujeres y niños y sus propios no combatientes como escudos humanos. En este caso, los musulmanes pueden atacar al enemigo pero deben tomar todas las precauciones necesarias para proteger a los cautivos. V. Abu Bakar Al-Sarkahsi, al-Mabsut, Dar Ehya Al- Turath Al- Araibi, Beirut, 2002, vol. 10, p. 154. Lo mismo se aplica a los bombardeos nocturnos al enemigo. Para más información, v. mi artículo "*Non-combatant immunity in Islamic law*", nota 71 *supra*.

compendio del *jus in bello* islámico. Cuando le ordenó a Yazid ibn Abi Sufyan seguir hacia Siria, lo acompañó y le ordenó lo siguiente:

> "¡Oh, Yazid! Te encontrarás con gente que se ha recluido en conventos; déjala dónde está. También te encontrarás con gente en cuya cabeza ha encontrado morada el demonio; a esa gente quítale la cabeza. Pero no mates ancianos, mujeres, menores, enfermos ni monjes. No devastes ninguna población. No cortes un árbol a menos que el motivo valga la pena. No quemes una palmera ni la riegues en exceso. No cometas traición, no mutiles [cadáveres], no seas cobarde y no hagas trampa"[77].

Por lo tanto, el derecho islámico prohíbe estrictamente la matanza de civiles no combatientes, sean cuales fueren las circunstancias. De ello se desprende que el argumento del jeque Qardawi que sostiene que la naturaleza militarista de la sociedad israelí justifica también los atentados suicidas contra mujeres israelíes es inaceptable. Cabe destacar en todas estas tradiciones que en la época del Profeta (que la paz esté con Él) todos los hombres sanos solían participar de la guerra porque no había un verdadero ejército para luchar contra el enemigo y la sociedad como un todo participaba en los esfuerzos bélicos. Esto sucedía tanto en las comunidades musulmanas como en las que no lo eran. Fue en aquel momento y en esas mismas circunstancias que el Profeta (que la paz esté con Él) urgió a los musulmanes a no matar a mujeres, niños, sirvientes y otros civiles. El Profeta (que la paz esté con Él) conocía la situación pero, no obstante, ordenó a los musulmanes que protegieran a las mujeres y a los niños.

Reciprocidad y represalias

Reciprocidad

La explicación del principio de reciprocidad se encuentra en el Corán mismo (verso 9:7) cuando Alá dice: "Mientras cumplan con vosotros, cumplid con ellos." Es decir, debe haber reciprocidad en las relaciones entre las dos comunidades. Los juristas musulmanes han dado a esta doctrina el estatus de principio. El imán Sarakhsi de la escuela de pensamiento hanafí lo definió de la siguiente manera: "Las relaciones entre nosotros [los musulmanes] y los no musulmanes se basan en la reciprocidad"[78]. Este principio

77 'Ali al-Muttaqiy, Kanz-ul-'Ummal, Haiderabad Daccan, vol. II, No. 6259, bajo la autoridad de al-Baihaqiy.

78 V. Shaybani, nota 50 *supra*, vol. 5, pp. 285, 286. Aquí el contexto es interesante. Shaybani menciona que un recaudador de impuestos de la época de 'Umar le preguntó cuánto cobrarle a los comerciantes provenientes de dar al-harb, que literalmente significa la esfera de la guerra pero técnicamente se refiere a un territorio fuera de la jurisdicción de los estados musulmanes. (Para un análisis detallado del significado técnico de dar al-harb, v. Sarkahsi, Al-Mabsut, nota 76 *supra,* vol. 10, pp. 85–94, y Sayyid Maududi, Suud (Urdu), Publicaciones Islámicas, Lahore, 1973, pp. 312–13.) 'Umar le aconsejó cobrarle exactamente lo mismo que se le cobraba a los comerciantes musulmanes. Sarakhasi ofrece el motivo de esta directiva y cita la máxima anterior. Asimismo dice que "si a los comerciantes musulmanes no se les cobrara impuesto alguno tampoco debía cobrársele al resto; y si los otros nos cobran un 5 por ciento debemos cobrarles 5 por ciento nosotros también". Del mismo modo "sus comerciantes deben pagar impuestos sólo una vez por año aunque hayan visitado nuestro territorio varias veces, porque ellos le cobran a nuestros comerciantes sólo una vez por año, dado que nuestra relación se basa en la reciprocidad". V. Shaybani, nota 50 *supra*, vol. 5, pp. 285–6.

también se expresa en el verso 5:58 del Corán, que hace referencia al incumplimiento de un tratado de paz, mencionado anteriormente.

Otro ejemplo es el verso 2:194 que dice: "El mes sagrado por el mes sagrado. Las cosas sagradas caen bajo la ley del talión. Si alguien os agrediera, agredidle en la medida que os agredió. Temed a Alá y sabed que Él está con los que le temen"[79].

Para comprender este verso, es importante conocer el contexto en que fuera revelado. Como bien se sabe, el Profeta (que la paz esté con Él) y sus compañeros deseaban ir a La Meca para realizar la *'Umrah* (literalmente, visita a La Meca; técnicamente, peregrinación menor que hacen los musulmanes cada vez que entran a La Meca) en el sexto año luego de la *hijrah* (migración). Cuando llegaron a Hudaibiyya, fuera de La Meca, fueron detenidos por los mecanos infieles. Luego de algunas gestiones diplomáticas, ambas partes firmaron el famoso tratado de paz. Acordaron, entre otras cosas, que los musulmanes podían volver ese mismo año, pero debían realizar la *'Umrah* el próximo año. Se dice que cuando los musulmanes intentaron hacerlo al año siguiente temían la traición, y pensaban que los infieles quizás no les permitieran entrar a La Meca o los atacarían durante el mes sagrado[80], cuando ellos no tenían permitido defenderse. Entonces Alá les explicó que un mes sagrado se cambia por otro mes sagrado; es decir, el trato es recíproco. Dado que los musulmanes corrían el riesgo de sufrir el ataque de los mecanos en el mes sagrado de Zul-Qa'da, tenían permitido aplicar la reciprocidad, de ser necesario, en esa misma temporada dado que la santidad de los meses es recíproca[81]. Otra interpretación de este verso [un mes sagrado por otro mes sagrado] es que era una compensación del año anterior[82].

Represalias

Queda claro ahora el significado del verso 2:194, dado que establece que los musulmanes pueden defenderse si sufren un ataque en el mes sagrado. No obstante, esto nunca incluyó que puedan matar a civiles inocentes en atentados suicidas. De hecho, matar a mujeres y niños del enemigo como represalia sería matar gente inocente de forma intencional, lo cual está totalmente prohibido por el islam. Al explicar este verso, Qurtubi (fallecido en el año 1273) sostiene que si alguien sufre una ofensa debe ser compensado por la persona que lo dañó, pero bajo ninguna circunstancia debe herir a los padres, hijos o familiares de dicha persona[83]. Es por esto que solo se castiga al acusado como compensación y ninguno de los miembros de su familia puede ser castigado directamente por su ofensa.

Lo importante aquí es si se permite aplicar la reciprocidad bajo la forma de represalias, en especial si ello significaría hacer algo que está estrictamente prohibido.

79 Versión en español de Julio Cortés

80 Los árabes antiguos tenían cuatro meses sagrados durante el año (Muharram, Rajab, Zul-Qa'ida y Zul-Hijja), por lo que se consideraba ilícito luchar durante estos meses.

81 Moulana 'Abdul Majid, Tafsir-ul-Qur'an, Darul-'Ishaat, Karachi, 1991, vol. 1, p. 125; Muhammad Tahir ibn 'Aashoor, Al-Tahreer wa al-Tanweer, Dar Sahnun, Túnez, n.d., vol. 1, p. 210.

82 Ésta era la opinión de 'Abdullah ibn 'Abbas, Qatadha, Dahak y Suddi. V. Ibn Aashor, nota 80 *supra*, vol. 1, p. 210.

83 Muhammad ibn Ahmad al-Qurtubi, al-Jam'i li Ahkam al-Qur'an, Dar al-Kutub al-Misria, vol. 1, p. 240.

La respuesta es un contundente: "¡No!" Los juristas musulmanes, en respuesta a una cuestión similar, sostienen que la matanza de rehenes del enemigo está prohibida, aun cuando el enemigo haya asesinado musulmanes y aunque haya un acuerdo expreso de decapitar a los rehenes a modo de represalia[84]. En consecuencia, los actos que están prohibidos en tiempos de guerra no dejan de estarlo ni son legitimados si el fin es tomar represalias. De ello se infiere que el principio de reciprocidad no se aplica a los actos prohibidos.

Faisal Mawlavi y Nasser al-Fahd, mencionados anteriormente, aseguran que los versos 2:194 y 16:126 del Corán justifican los atentados suicidas sobre la base de la reciprocidad. Faisal Mawlavi interpreta que estos versos justifican los ataques a civiles en Israel, mientras que Nasser al-Fahd entiende que los musulmanes tienen justificativo para matar a tantos civiles estadounidenses como civiles musulmanes hayan sido asesinados por Estados Unidos. En sus interpretaciones, ambos clérigos han distorsionado uno de los principios más fundamentales del derecho internacional islámico y del derecho internacional público.

El verso 16:126, que dice "si castigáis, castigad de la misma manera"[85], fue revelado cuando el Profeta (que la paz esté con Él) vio el cuerpo sin vida de su tío Hamzah, que había sido cruelmente mutilado por el enemigo en la batalla de Uhd. Cabe recordar que Uhd fue la segunda batalla librada luego de la migración del Profeta (que la paz esté con Él) a Medina y él aún estaba recibiendo las revelaciones. Tal como se dijo anteriormente, el Profeta (que la paz esté con Él) había prohibido estrictamente las mutilaciones, por lo que el verso 16:126 debe entenderse como la prohibición total de esta práctica. Se desprende que quienes interpretan este verso como la justificación de los atentados a civiles también justifican la mutilación de los cadáveres.

Prohibición de destruir los objetos y los bienes de los civiles

Se prohíbe la destrucción de objetos y bienes de civiles en tiempo de guerra porque esto sería equiparable a *fasad fi al-ardh* (daño a la tierra). Alá dice: "Y no obréis mal en la tierra corrompiendo"[86]. Alá odia el *fasad* y se lo atribuye a los *munafiq* (hipócritas): "Pero, apenas te vuelve la espalda, se esfuerza por corromper en el país y destruir las cosechas y el ganado. Alá no ama la corrupción"[87]. Las directivas de Abu Bakr citadas anteriormente prohíben dañar y destruir los objetos y los bienes de civiles.

Conclusión

Según el *jus in bello* islámico, la perfidia o la traición están prohibidas; las matanzas o ataques intencionales a mujeres, niños y demás civiles están estrictamente prohibidos; el principio de reciprocidad no es aplicable cuando puede implicar la realización de actos prohibidos por el islam, y tampoco se permite la destrucción de

84 Imán Mawardi, Al-Ahkam al-Sultaniya, Matba t Mahmoodyia, Cairo, n.d., p. 84.
85 Versión en español del Corán de Julio Cortés
86 Corán, 2:60 (Versión en español de Julio Cortés)
87 Corán, 2:205 (Versión en español de Julio Cortés)

objetos y bienes pertenecientes a civiles. No obstante, el heroísmo de los combatientes en guerra está permitido en determinadas circunstancias. El derecho islámico permite los "martirios" sólo si están dadas las siguientes condiciones:

- sólo pueden llevarse a cabo durante una guerra;
- deben ser realizados por soldados;
- los soldados no deben fingir ser no combatientes;
- los ataques no deben dañar a los civiles ni a sus bienes; y
- el dispositivo utilizado no debe mutilar los cuerpos.

Cuando un atacante suicida tiene por blanco a civiles puede estar cometiendo al menos cinco delitos según el derecho islámico, a saber: matanza de civiles, mutilación al emplear explosivos, traición de la confianza de los soldados y de los civiles enemigos, suicidio y, por último, destrucción de los objetos y bienes pertenecientes a los civiles. En mi opinión, esta persona no es un *shaheed* (mártir) debido a los delitos cometidos. Quienes llamen *shaheed* a esa persona simplemente ignoran las enseñanzas del Corán y la Sunna en materia del *jus in bello* islámico y se burlan de la ley de Dios.

Por consiguiente, una misión suicida se opone a las normas del *jus in bello* islámico y no tiene lugar en el pensamiento jurídico del islam. Un acto de ese tipo no puede ser una norma de comportamiento en el campo de batalla según el islamismo, dado que las reglas establecidas del *jus in bello* islámico no pueden reemplazarse por actos que están prohibidos en tiempo de guerra. Las opiniones de los ulemas que defienden los atentados suicidas son opiniones personales, y no son vinculantes para los demás. Tales opiniones han empañado en repetidas ocasiones la imagen del islam, dándole una reputación negativa. Si se aceptan estas opiniones tendremos entonces que revisar los tratados originales de nuestros grandes doctores del derecho islámico.

Marzo de 2008, N.º 869 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Cruzar el desierto. El CICR en Irak: análisis de una operación humanitaria

Daniel Palmieri*

Es responsable de investigaciones históricas en el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Resumen

Durante casi sesenta años, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha hecho importantes esfuerzos para prestar ayuda humanitaria a los grupos que más la necesitaban en Irak. En este artículo, se describen las operaciones humanitarias realizadas por la Institución en ese país desde 1950 hasta nuestros días, en particular el apoyo que ha prestado a los diferentes grupos minoritarios y las acciones humanitarias que ha realizado ante los diversos conflictos armados. Se demuestra que el marco jurídico que sirve como base a sus actividades humanitarias también limita su capacidad de actuar en situaciones que no caben dentro de su mandato. En los conflictos armados, el CICR corre el riesgo de ser utilizado por los gobiernos para sus propios fines. El desafío que se le plantea es encontrar un término medio entre el respeto de sus obligaciones convencionales y el ejercicio de su derecho de iniciativa humanitaria, así como evitar seleccionar a los beneficiarios de su ayuda sobre la mera base de las posibilidades ofrecidas por los gobiernos.

***

Irak, que en los últimos treinta años ha estado permanentemente en los titulares de los periódicos, constituye un laboratorio ideal para el estudio de la violencia armada y de sus consecuencias humanitarias. En efecto, son pocos los Estados donde la sucesión y la diversidad de los conflictos proporcionan una visión de conjunto tan vasta sobre los múltiples aspectos que revisten los conflictos bélicos modernos a mediano plazo.

* Esta contribución es una versión resumida de la tesis del autor para el Centro Universitario para Derecho Humanitario de Ginebra, galardonada en 2007 con el premio Henry Dunant.

En tal contexto, es interesante analizar las formas de la asistencia prestada a las víctimas de la guerra. Este procedimiento es tanto más pertinente cuanto que el actor humanitario a través del cual se efectúa el gesto caritativo también puede examinarse, a su vez, a largo plazo, recorriendo así las distintas etapas de la historia bélica de un Estado. Tal es el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en el marco de sus actividades en Irak.

En efecto, el CICR —activo en Irak desde hace casi sesenta años— ha sabido enfrentarse a numerosas situaciones de riesgo que lo han obligado a pensar, en cada caso, diferentes respuestas que hoy constituyen una colección de experiencias casi única en su género.

Por ello, este artículo se propone, en primer lugar, reconstruir la historia de la acción del CICR en este país de Oriente Próximo desde la década de 1940 hasta nuestros días. Luego, intentará señalar las principales características que permiten comprender este importante capítulo de la historia humanitaria[1].

Historia de una acción humanitaria

Ayuda a las minorías judías de Irak

Los primeros pasos del CICR en Irak estuvieron estrechamente ligados al contexto de la Segunda Guerra Mundial. En aquel entonces, los delegados del CICR visitan a los prisioneros de guerra italianos detenidos en ese país durante la ocupación aliada[2]. Conforme a su cometido, inspeccionan en repetidas oportunidades los campos donde estos están internados. Paralelamente, la Institución también verifica las condiciones de vida de algunos civiles iraquíes detenidos por los beligerantes del lado opuesto, en particular en la Francia de Vichy.

Pero las actividades del CICR sólo conocieron su verdadero impulso en Irak a partir de la década de 1950, en relación con la situación interna que prevalecía en el reino hachemita[3]. La situación geopolítica en Oriente Próximo había cambiado radicalmente poco tiempo antes con la proclamación del Estado de Israel, el 14 de mayo de 1948, y luego con la guerra de Palestina. La victoria israelí suscita, entre otras cosas, el problema de las minorías judías que residen en los Estados árabes vecinos, en algunos casos desde hace varios milenios.

1 Para el período que va hasta 1965, este artículo se basa en archivos del CICR que ya están abiertos al público. Para el períodoperíodo posterior a 1965, las informaciones están tomadas únicamente de la documentación pública del CICR. Motiva esta decisión el interés de permitir que el lector ajeno al CICR e interesado en iniciar un debate crítico sobre este texto tenga acceso a las mismas fuentes que las que han utilizado los autores.

2 El golpe de Estado republicano y antibritánico de Rashid Ali al-Gailani, el 3 de abril de 1941 (con el apoyo de Alemania y de la Francia vichysta) había provocado la intervención militar de Gran Bretaña. La monarquía se restablece el 1 de junio de 1941 y el país es ocupado por las tropas aliadas.

3 La monarquía es derrocada —y el rey Faysal II y su entorno, asesinados— el 14 de julio de 1958, después del golpe de Estado republicano del general Kassem.

Después de 1948, esas poblaciones ven degradarse súbitamente su estatus y se convierten, entonces, para sus gobiernos, en ciudadanos de segunda con libertades individuales restringidas y sujetos a discriminaciones o vejaciones. En el caso de Irak —donde se estima que en 1950 hay unos 135.000 judíos—, se desata durante la guerra de Palestina una ola de "*psicosis de la quinta columna*" (según de Coquatrix, delegado del CICR)[4] que provoca una "persecución larvada" de la comunidad israelí. Al igual que en otros países vecinos, los judíos finalmente no tendrán más opción que intentar emigrar al nuevo Estado de Israel. En marzo de 1950, accediendo a un pedido del rabinato de Bagdad, el parlamento iraquí adopta una ley que autoriza a los judíos a dejar el país a cambio de su renuncia formal a la nacionalidad iraquí. Por otro lado, la ley restringe los bienes que los emigrantes pueden llevarse consigo. En total, más de 110.000 personas ingresan a Israel entre la primavera de 1950 y el verano de 1951, gracias a la creación de un puente aéreo.

Ya en marzo de 1950, durante una gira del presidente del CICR, Paul Ruegger, por Oriente Próximo, se abordó el tema de la minoría judía en Irak con las autoridades iraquíes. Más tarde, en agosto, el CICR inicia una misión especial en Bagdad, preparada con mucha antelación, para tratar más exhaustivamente esta cuestión. Durante las entrevistas con los representantes del gobierno y de la Media Luna Roja iraquíes, la Institución obtiene la autorización de principio para establecer un sistema de intercambio de mensajes de Cruz Roja entre los judíos de Irak y sus familiares radicados en Israel. A pesar de varias misivas del CICR en las que insiste en que el intercambio de mensajes civiles es una actividad tradicional y convencional de la Institución[5], el proyecto no seguirá desarrollándose debido al veto de los gobiernos iraquí e israelí.

El CICR obtiene una pequeña victoria, en cambio, en lo que respecta a los detenidos políticos judíos en Irak. En julio de 1950, las autoridades iraquíes informaron el descubrimiento de un "complot sionista" y procedieron al arresto de varios acusados. Estos son enviados a prisión con otros judíos iraquíes acusados, por su parte, de ser "comunistas" o de haber cometido actos "terroristas". Tras un pedido del representante israelí ante las Naciones Unidas transmitido en octubre de 1952, el CICR logra —con ayuda de la Media Luna Roja de Irak—hacer llegar a esos detenidos políticos (cuyos nombres obtuvo por medio de las autoridades iraquíes), primero, mensajes familiares y, luego, paquetes de socorros. También informa regularmente al gobierno israelí sobre las liberaciones que se van produciendo una vez cumplidas las penas. Pero el CICR nunca estará autorizado a visitar a esas personas. Ese tipo de actividad finalizará a comienzos de la década de 1960, cuando comienza a perfilarse en el horizonte iraquí un conflicto de una envergadura muy diferente, que mantendrá ocupada a la Institución durante dos décadas.

4 Las informaciones relativas a esta cuestión se tomaron del expediente de los Archivos del CICR [en adelante, ACICR], B AG, 233-098-001.

5 Se hacía así referencia al artículo 25 del IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la posibilidad de dar y recibir noticias familiares para toda persona que se encuentre en un territorio de una Parte del conflicto u ocupado por ella. Aún existía un estado de guerra entre Israel e Irak, ya que después de la guerra de Palestina de 1948-1949 no se había firmado ningún armisticio.

La minoría kurda

En 1958, el general Kassem recibe el apoyo de la minoría kurda durante su golpe de Estado republicano a cambio de la promesa de garantizar las particularidades lingüísticas y regionales del Kurdistán iraquí. Pero ese acuerdo tácito no es respetado y, durante los años siguientes, las tensiones entre las comunidades árabes y kurdas se intensifican hasta degenerar, en septiembre de 1961, en una rebelión armada en el norte de Irak. Entonces, se desata una guerra civil que provoca numerosas víctimas. El 28 de septiembre, los representantes de algunas asociaciones kurdas se ponen en contacto con el CICR. Estos organismos le piden a la Institución que intervenga ante las autoridades iraquíes, por un lado, para que éstas respeten el derecho de la guerra y, por el otro, para que autoricen al CICR a visitar a los detenidos kurdos y, de manera más general, a ayudar a la población civil. También indican que están dispuestos a facilitar el acceso de los delegados a los soldados iraquíes en manos de la rebelión[6].

En junio de 1962, frente a la extensión del conflicto y basándose en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el CICR propone a la Media Luna Roja de Irak enviar equipos médicos y socorros para prestar ayuda a la población civil kurda. Este ofrecimiento de servicios es inmediatamente rechazado con el argumento de que las autoridades nacionales ya están prestando la ayuda necesaria a las víctimas. La misión realizada en Bagdad en diciembre de 1962 no modifica la situación, pues el gobierno niega oficialmente la presencia de militares iraquíes en manos kurdas[7] y no muestra ningún gesto de apertura ante una eventual acción del CICR en Irak. La Sociedad Nacional, por su parte, declara abiertamente que no puede actuar, pese a las necesidades comprobadas, bajo pena de represalias del régimen.

La caída y el asesinato del general Kassem, el 9 de febrero de 1963, y la llegada al poder del partido Baath dan lugar a negociaciones con la insurrección kurda. Durante algunos meses, se instala una tregua. Pero a partir del 10 de junio, los enfrentamientos en Kurdistán se reanudan con tanta fuerza que el CICR llega a hablar de "guerra de exterminio"[8]. Frente a esa situación, el 3 de julio se hace un nuevo ofrecimiento de asistencia al gobierno iraquí. Paralelamente, para prevenir una nueva negativa de las autoridades de Bagdad, el Comité Internacional se dirige de forma simultánea y oficial a los dirigentes de las Sociedades del León y el Sol Rojos de Irán y de la Media Luna Roja turca y les solicita que sus respectivos gobiernos lo autoricen a enviar socorros a Kurdistán a través de sus territorios. Las tres gestio-

6 El CICR envió "tarjetas de captura" (fichas que completaba cada detenido con sus datos personales) al lado kurdo y, durante el conflicto, obtuvo a cambio más de un centenar de nombres de prisioneros, así como mensajes de Cruz Roja. Sin embargo, estos últimos, transmitidos a las autoridades iraquíes, nunca parecen haber llegado a sus destinatarios. Por otra parte, la Institución también interviene, con éxito, en la liberación de ciudadanos extranjeros capturados por los kurdos.

7 Tras esa negativa, el presidente del CICR, Léopold Boissier, inicia una gestión directa, en enero de 1963, ante el general Kassem donde le solicita que se transmita a los familiares una muestra de unas diez tarjetas de captura entregadas al CICR por la rebelión kurda.

8 ACICR, A PV, sesión del Consejo de la Presidencia, 27/06/1963.

nes son desestimadas[9]. No obstante, eso no impide que el CICR vuelva a interpelar formalmente al poder iraquí transmitiéndole, el 14 de julio de 1965, un recordatorio donde propone una acción de socorro conjunta con la Sociedad Nacional y la visita a los detenidos de ambas partes. Este documento no obtiene respuesta.

Sin embargo, y al no poder utilizar las vías "legales", en la primavera de 1963, el CICR comienza a proveer socorros (medicamentos, ropa, mantas, carpas, etc.), provenientes de asociaciones privadas o de otras Sociedades Nacionales de la Cruz Roja, a los representantes de las asociaciones kurdas que lo habían contactado. Luego, estas Sociedades Nacionales se encargan solas de distribuir los bienes, que son enviados a Kurdistán con transportistas privados y a través del territorio iraní. Es la única actividad concreta que puede efectuar el CICR hasta el verano de 1966, cuando se firma un acuerdo entre Bagdad y el líder kurdo Barzani que abre una perspectiva de autonomía para los kurdos en la nueva constitución iraquí.

Pero la calma durará poco. Pese a haber estado asociados al poder (su lengua se volvió, incluso, la segunda del país), los kurdos vuelven a impulsar, en marzo de 1974, una rebelión contra el Estado central. La reanudación de las hostilidades lleva al CICR a ofrecer nuevamente sus servicios a las partes (pero no obtendrá respuesta de los iraquíes) y a volver a poner a disposición de las víctimas socorros médicos (que continúan transitando por el territorio iraní). Pero, el año siguiente, tras los acuerdos de Argel firmados entre Irak e Irán, la Institución debe poner fin a esa actividad a pedido del gobierno de Teherán. Paralelamente, el CICR debe renunciar a la supervisión de las repatriaciones a Irak de refugiados kurdos en Irán, un papel que, sin embargo, las autoridades de Bagdad le habían confiado un mes antes. El único consuelo para la Institución es haber podido visitar, en enero de 1975, a unos 160 militares iraquíes prisioneros de los kurdos. Luego esas personas serán entregadas directamente por la guerrilla kurda a las autoridades iraquíes y repatriadas por la Sociedad Nacional. Habrá que esperar hasta la segunda guerra del Golfo para que el CICR vuelva a cumplir concretamente un papel humanitario en favor del Kurdistán iraquí[10].

La minoría iraní

Mucho antes de la firma del tratado de Argel de 1975, que daba una solución provisional a los diferendos territoriales entre los dos Estados, habían surgido tensiones en la frontera entre Irak e Irán en la primavera de 1969. El motivo del conflicto era Chatt Al Arab y el hecho de que numerosos ciudadanos iraníes establecidos en Irak habían sido expulsados a su país de origen. Entonces, muchas familias estaban separadas de un lado y otro de la frontera.

Después de una misión realizada en junio de 1969 en Teherán, y luego en agosto en Bagdad, se le permite al CICR poner en marcha un programa con el objetivo de

9 El Gobierno iraquí declara que sus servicios nacionales pueden hacer frente a las necesidades. Las dos Sociedades Nacionales, por su parte, indican que no se puede hacer nada sin antes obtener el consentimiento de las autoridades de Bagdad.

10 Durante la primera guerra del Golfo (conflicto entre Irak e Irán), el CICR realizó algunas misiones de evaluación en el Kurdistán iraquí, pero sin poder prestar ningún tipo de asistencia humanitaria.

facilitar el reagrupamiento en Irak de las familias separadas. Tras la firma de un acuerdo con las autoridades iraquíes, una delegación se instala en Bagdad durante el otoño y, a partir del mes de octubre, los delegados pueden proceder al traslado a Irak de un primer grupo de ciudadanos iraníes. En total, unas 150 personas pueden regresar a sus hogares gracias al CICR. Como la situación parece haberse normalizado, en marzo de 1970 la Institución cierra su delegación. No obstante, un año más tarde, el gobierno y la Sociedad Nacional iraníes vuelven a solicitar la intervención del CICR en favor de unos 50.000 ciudadanos iraníes forzados a abandonar Irak. Después de una visita, en Irán, a los campamentos donde se alojaban los expulsados, el CICR efectúa una misión en Bagdad, en febrero de 1972; propone a sus interlocutores gubernamentales y de la Media Luna Roja una reunión entre las Sociedades Nacionales de ambos países para encontrar una salida favorable al problema humanitario. En mayo, se lleva a cabo una primera reunión en la sede del CICR en Ginebra, seguida por otra en julio, en Bagdad. Durante 1973, la Institución sigue dialogando sobre los iraníes expulsados de Irak con las autoridades de ambos países. Pero, el año siguiente, no vuelven a solicitarse sus servicios.

La guerra entre Irán e Irak

Lejos de resolverse, el problema fronterizo de Chatt Al Arab se intensifica y, el 22 de septiembre de 1980, Irak ataca Irán. Al día siguiente, el CICR recuerda a los beligerantes las obligaciones que tienen en virtud de los Convenios de Ginebra. Luego, a partir del 26 de septiembre, se autoriza a la Institución a enviar delegados a Irak[11].

Durante los ocho años que durará ese conflicto internacional excesivamente sangriento, y conforme a su cometido, derivado directamente de los Convenios, la delegación de Bagdad registra y visita a decenas de miles de prisioneros de guerra iraníes (pero sin nunca tener acceso a su totalidad, en especial cuando estos habían sido capturados muy al comienzo o muy sobre el final de la guerra), les brinda una ayuda médica, de ser necesario (y supervisa la repatriación de los prisioneros gravemente heridos o enfermos), y les permite comunicarse con sus familiares por medio de mensajes de Cruz Roja. Para esa sola actividad, la Institución deberá gestionar más de once millones de mensajes escritos o recibidos por los prisioneros de guerra. Los delegados del CICR también visitan a civiles kurdos o de Juzestán de nacionalidad iraní refugiados en territorio iraquí e internados en campamentos[12]. Para esas personas, se efectuaron distribuciones de libros y de material pedagógico, así como actividades de restablecimiento del contacto entre familiares.

En lo que respecta a la población civil iraquí, la principal tarea del CICR durante esos años de guerra es el registro y la transmisión a las autoridades correspondientes, vía un Comité *ad hoc* encargado de las víctimas de la guerra, de peticiones de investigación sobre militares o civiles iraquíes dados por desaparecidos. En total, se trasmitieron más de 65.000 pedidos antes de que esta actividad fuera

11 El CICR ya tenía una oficina en Teherán, abierta en abril de 1978.

12 A pedido de las autoridades iraquíes, el CICR se encargó de buscar países de acogida que estuvieran dispuestos a recibir a ciudadanos iraníes refugiados en Irak.

interrumpida, en marzo de 1985, debido a la falta de voluntad de los beligerantes para cumplir con sus obligaciones en este ámbito.

Sin embargo, el cese de las hostilidades que entró en vigor el 20 de agosto de 1988, no pone fin a la participación del CICR, puesto que a partir de entonces, más allá de continuar con las actividades tradicionales antes mencionadas, también debe organizar la repatriación de todos los prisioneros de guerra. Pero esa operación avanza lentamente y tropieza con la mala voluntad de las partes, incluso en lo que respecta a las repatriaciones prioritarias de heridos o de enfermos graves[13]. Sólo el 15 de agosto de 1990, Irak anuncia su decisión de liberar a todos los prisioneros de guerra capturados durante el conflicto con Irán. A partir de esa fecha, se producirán regresos masivos a ambos lados de la frontera[14]. Paralelamente, junto a los vivos, regresan los soldados muertos, y el CICR cumple asimismo un papel de intermediario en la repatriación de los restos mortales. Cabe observar que ese tipo de operaciones continuará hasta mucho después de la caída del régimen de Sadam Husein que, mientras tanto, daba que hablar, una vez más, al mundo entero.

La invasión de Kuwait y la segunda guerra del Golfo (1990-1991)

En efecto, el 2 de agosto de 1990, las tropas iraquíes invaden Kuwait. Ese mismo día, el CICR interviene recordando a los beligerantes su obligación de respetar los Convenios de Ginebra. Luego, el 23 de agosto, el CICR solicita formalmente a las autoridades iraquíes la autorización para realizar sus actividades en Irak y en Kuwait. Esa gestión también apunta a obtener la posibilidad, debido al embargo internacional, de enviar víveres y medicamentos de primera necesidad dentro de las fronteras de Kuwait e Irak y de participar en el traslado de los ciudadanos extranjeros que desean abandonar ambos países o facilitar la comunicación entre estos y sus familiares en el extranjero.

Pese a los persistentes esfuerzos realizados durante todo el resto del año —incluso a nivel de la presidencia del CICR—, la Institución no obtiene nada del poder de Bagdad, que se ampara en el pretexto de que no se trata de un conflicto internacional, sino de una simple crisis política en la que el CICR no tiene autoridad para intervenir[15].

Finalmente, el 31 de enero de 1991, es decir, después del comienzo del conflicto con las fuerzas de la Coalición, el CICR puede enviar un primer convoy (al que luego seguirán otros) de asistencia masiva en Irak[16]. El objetivo es suplir las graves penurias de víveres y medicamentos que sufre la población civil iraquí, en especial en la capital. También se presta particular atención al agua potable. Y, a partir de febrero, se instalan en Bagdad estaciones móviles para purificar el agua,

13 Pese a un acuerdo firmado por los beligerantes en noviembre de 1988 en la sede del CICR.

14 Estas continúan, con altibajos, hasta mayo de 2003. En total, más de 95.000 prisioneros de guerra de ambos lados serán repatriados.

15 Christophe Girod, *Tempête sur le désert. Le Comité international de la Croix-Rouge et la Guerre du Golfe 1990-1991*, Bruselas, París, Bruylant, LGDJ, 1995, pp. 32-33.

16 Previamente, no obstante, la delegación de Bagdad había prestado una asistencia de emergencia a la población y los hospitales de la ciudad.

mientras que los ingenieros sanitarios del CICR también se dedican a reparar las instalaciones ya existentes. El estallido de la rebelión chiita en el sur del país, y luego la de los kurdos en el norte, incita al CICR a ampliar su campo de acción también en favor de los cientos de miles de víctimas en ambas zonas. Así, a partir del mes de marzo, se realizan distribuciones de víveres, bienes de primera necesidad y medicamentos y se instalan equipos médicos del CICR[17].

Los enfrentamientos armados en Kurdistán también dan lugar a visitas de militares iraquíes tomados prisioneros por los combatientes kurdos. El CICR facilita entonces el regreso de esos detenidos a sus familiares; sin embargo, no puede intervenir en favor de los peshmergas capturados por el ejército iraquí.

Paralelamente, desde la suspensión de las hostilidades internacionales, el 28 de febrero de 1991, el CICR comienza a registrar los datos de los prisioneros de guerra iraquíes o los miembros de la Coalición y a cerciorarse de la voluntad de cada uno de ser repatriado. La Institución visita a unos 85.000 soldados iraquíes. Durante las semanas siguientes, el CICR organiza el regreso al país de esas decenas de miles de hombres. Como en todos los conflictos, luego se plantea la cuestión de los desaparecidos y de su búsqueda. Aún hoy continúan las reuniones a este respecto entre los ex beligerantes con el apoyo del CICR.

De una guerra a otra

Durante los años posteriores a la segunda guerra del Golfo, el CICR continúa sus actividades humanitarias en Irak. Éstas se centran, principalmente, en la asistencia médica —con un importante programa sanitario—, en relación con el embargo internacional impuesto al país, así como en las acciones de protección y restablecimiento del contacto entre familiares. Entre 1993 y 2002, el CICR destina entre el 77% y el 91% de los gastos en Irak a estos dos ámbitos.

Las tensiones entre kurdos que surgen en mayo de 1994[18] y que pronto se convertirían en un enfrentamiento abierto, sobre todo entre los dos partidos principales (el Partido Democrático de Kurdistán, PDK, y la Unión Patriótica de Kurdistán, UPK), llevan al CICR a intervenir y a coordinar las actividades del Movimiento de la Cruz Roja en el norte de Irak. A partir de entonces, se trata de prestar asistencia (con distribuciones de material en colaboración con la Media Luna Roja de Irak) y protección a la población civil, la principal víctima de las hostilidades[19]. Los delegados del CICR también realizan visitas a los soldados enemigos que han caído en manos de las distintas facciones kurdas.

17 *Golfo 1990-1991: de la crisis al conflicto. La acción humanitaria del CICR*, Ginebra, CICR, 1991.

18 Apenas en 1998, las dos formaciones se ponen de acuerdo sobre la creación de un gobierno y un Parlamento interino en Kurdistán. No obstante, el acuerdo de paz entre el PDK y la UPK sólo se firmará en abril de 2002.

19 A los enfrentamientos entre kurdos también se suman las incursiones esporádicas del ejército turco en territorio iraquí en su lucha contra el Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK).

De 2003 a nuestros días

El 20 de marzo de 2003, una coalición militar enviada por Estados Unidos invade y ocupa Irak, después de derrocar el régimen de Sadam Husein. Al igual que en 1991, el CICR es entonces el único organismo humanitario internacional que sigue operando en todo el territorio iraquí en el momento álgido de los enfrentamientos. Durante esta nueva guerra internacional, la prioridad de sus delegados es suministrar socorros médicos a los hospitales para los heridos de guerra y mantener en actividad sus servicios sanitarios básicos (en especial, el sistema de aprovisionamiento de agua). También se brindará una ayuda de emergencia a personas desplazadas o a instituciones sociales. Por último, el CICR visita a cientos de prisioneros de guerra o internados civiles capturados por las tropas de ocupación.

Aunque las hostilidades concluyen oficialmente en mayo de 2003, y formalmente en junio de 2004 con la instauración de un nuevo Gobierno iraquí después de un período de ocupación militar, el conflicto internacional cede lugar a conflictos internos que, progresivamente, se van convirtiendo en una guerra civil en potencia. En tal contexto, el CICR continúa cumpliendo su cometido humanitario en favor de las víctimas. Primero lo hace desde sus oficinas en Irak; más tarde, después de un sangriento atentado con coche bomba contra su delegación en Bagdad, el 27 de octubre de 2003, coordina sus actividades en "control remoto" desde Jordania[20].

Análisis de una operación particular

Este breve panorama histórico de las actividades del CICR en Irak durante casi sesenta años plantea numerosas cuestiones relativas a la esencia misma de la labor humanitaria en una situación de violencia latente o manifiesta.

La primera cuestión tiene que ver con el margen de acción del que dispone una Institución como el CICR para poder realizar su labor humanitaria, teniendo siempre presentes los límites intrínsecos a esta región. Estos están determinados por el marco "jurídico" en el que evoluciona la Institución y que está compuesto por dos líneas de fuerza distintas. Una está ligada a un derecho, la otra, a un deber. En lo que respecta al primer punto, el cometido del CICR se desprende, en lo esencial, de un cuerpo de derecho internacional humanitario compuesto por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977. El CICR se basa en esos textos jurídicos no sólo para legitimar su acción en favor de las víctimas de la guerra, sino también para obtener legitimidad ante los miembros de la comunidad internacional signatarios de esos tratados. Sin duda, se trata de dos importantes ventajas para quien desea actuar en contextos de violencia armada. Pero a éstas se contrapone la limitación que con frecuencia imponen al CICR los Estados beligerantes: no salirse de su cometido convencional. En otras palabras, le impiden hacer uso de la segunda posibilidad de la que dispone, a saber, su derecho de iniciativa humanitaria que, por su parte, se funda en la mera observación del deber de ayudar a las víctimas.

20 Esto no impide al CICR seguir empleando a cientos de colaboradores iraquíes, que trabajan directamente en el país.

En el caso iraquí, y en particular durante el conflicto con Irán, las autoridades de Bagdad le recordaron constantemente al CICR que sólo lo aceptaban en su territorio dentro del marco de su actividad directamente vinculada a los Convenios de Ginebra y a sus beneficiarios inmediatos (los prisioneros de guerra iraníes, en primer lugar). En consecuencia, toda petición que excediese ese marco convencional tropezaba con una desestimación por parte de un gobierno que se mantenía muy distante frente a cualquier injerencia en sus asuntos internos[21].

En este ejemplo, que por otra parte puede generalizarse al conjunto de los contextos en los que opera, el CICR debió adaptar su política a fin de encontrar un punto de equilibrio entre lo que se le permitía y lo que se le podría prohibir hacer, entre lo lícito y lo tabú. En ese difícil ejercicio de equilibrio, el CICR también tuvo que tomar siempre en consideración la necesidad de cumplir con el cometido convencional que le corresponde y, para ello, debió asegurar su presencia entre los principales beneficiarios de sus servicios. En consecuencia, procedió a sopesar los distintos intereses, preguntándose en cada oportunidad si se hacía peligrar la asistencia a las víctimas protegidas por los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, al reclamar un acceso a otras víctimas fuera de la competencia formal del CICR. La tensión entre derecho y deber llegó aquí a su punto àlgido. Y fue tanto más dolorosa cuanto que obligó a hacer una selección entre las víctimas que necesitaban ayuda humanitaria.

Esto nos lleva, pues, a preguntarnos para qué tipo(s) de víctimas trabajó el CICR durante esos casi sesenta años de presencia en Irak.

Primero, observamos que las poblaciones que se beneficiaron de la atención y/o del apoyo de la Institución (al menos hasta 1991) entran en la categoría de minorías. Ya sean judías, kurdas o iraníes (y, en este caso, también durante la guerra entre Irán e Irak), ya sea que exalten (kurdos) o no (judíos) su particularismo, esas categorías de personas son consideradas y tratadas por el poder central como poblaciones alógenas, cualquiera sea su nacionalidad. Por lo demás, esa distinción, así exista *de facto* o en función de una actualidad particular (guerra de Palestina), atraviesa todos los tipos de régimen que conoce el país y no carece de consecuencias sobre las posibilidades que tiene el CICR de ayudar a esas minorías.

Si bien, como hemos visto, el CICR puede actuar sin demasiadas dificultades en favor de las poblaciones protegidas por los Convenios de Ginebra (en particular el III y el IV Convenios), es decir, los ciudadanos iraníes, no sucede lo mismo con las poblaciones que podrían beneficiarse con el solo derecho de iniciativa de la Institución. En este caso, el balance no es realmente positivo si se toma en consideración los primeros treinta años de actividades del CICR en la antigua Mesopotamia. El CICR tropieza entonces, continuamente, con la mala voluntad de las autoridades cuando se trata de actuar en favor de los judíos y los kurdos (otra

21 Por otra parte, la ausencia de reciprocidad por parte de Irán debe considerarse como un factor agravante que endureció un poco más la posición del gobierno de Bagdad con respecto a los pedidos del CICR. En efecto, impedido durante meses de desarrollar sus actividades de protección en favor de los prisioneros de guerra iraquíes, el CICR dependió de esa difícil situación que, inevitablemente, se vio reflejada en el diálogo que pudo mantener con el régimen de Sadam Husein: éste impedía toda nueva iniciativa humanitaria del CICR incluso en Irak, argumentando su inacción en territorio enemigo.

prueba de la posición de inferioridad en la que se coloca a esas poblaciones). En el caso de los primeros, a pesar de cierta pugnacidad, el CICR sólo obtiene la posibilidad de restablecer el contacto entre familiares (junto con el envío de una pequeña asistencia material) entre detenidos "políticos"[22] judíos y sus parientes. En cuanto a los kurdos, el fracaso es más evidente, puesto que frente a la inflexibilidad del poder para reconocer una situación de guerra, y bloqueando así cualquier intervención legal del CICR, la Institución se verá forzada a actuar fuera del marco jurídico, enviando medicamentos casi de contrabando al Kurdistán iraquí.

De modo que la falta de resultados concretos se debe fundamentalmente a la actitud intransigente de los gobiernos iraquíes frente a las peticiones de la Institución. Pero ¿no hubo acaso también cierta autocensura por parte del propio CICR, que le impidió exigirle más al poder de Bagdad? La respuesta es sin duda afirmativa en el caso de la minoría israelí. En efecto, los delegados en el país no dudan en informar a la sede que todo pedido de acción en favor de judíos en Irak suscita inevitablemente la problemática cuestión de lo que la Institución hace por las poblaciones árabes que también se encuentran en una situación delicada. Como resume el delegado de Coquatrix: "*Cuando hablamos de la minoría judía, no dejaron [las autoridades iraquíes] de hacernos sentir que de cierto modo era extraño que quisiéramos ocuparnos tan atentamente de los judíos que se van de forma voluntaria a Israel mientras que no parecíamos preocuparnos demasiado por la suerte de los 800.000 árabes que han perdido todo y a quienes se quiere impedir que regresen a sus hogares*[23]." Al no poder ayudar a los segundos (que en aquel entonces estaban completamente fuera de su cometido), ¿el CICR "moderó" sus esfuerzos en favor de los primeros?

Esta cuestión, que no necesariamente tiene respuesta, debe plantearse tomando en cuenta la actitud general de la Institución frente al "problema judío" considerado en su conjunto. La situación de las minorías israelíes que viven en distintos países árabes después de la Guerra de Palestina preocupa al CICR. Y, si bien éste se interesa por la suerte de esas poblaciones en Irak (presionado por las distintas organizaciones judías, también debemos subrayarlo), actúa del mismo modo en Egipto, Siria o Yemen, por ejemplo. Más allá del gesto humanitario, ¿no debemos ver también en las tentativas del CICR la expresión de un intento de aliviar cierta mala conciencia? En efecto, parecería que uno de los factores de la implicación de la Institución en el problema de las minorías judías araboparlantes apunta, conscientemente o no, a suplir la impotencia —que, de hecho, se le reprocha desde 1945— que demostró en lo que respecta a las víctimas judías de la Segunda Guerra Mundial[24]. Ahora bien, el trabajo bajo presión, incluso la que uno se autoimpone, nunca da

22 Ponemos la palabra políticos entre comillas porque el CICR sólo puede ayudar a las personas formalmente acusadas de actividades "sionistas" o "comunistas". No obstante, podemos preguntarnos si los motivos por los cuales en aquel entonces había judíos en prisión en Irak no eran todos de naturaleza política, independientemente de las acusaciones que pesaran sobre ellos.

23 ACICR, B AG 233 098-001, nota al CICR N° 1589, 25/04/1951. Las autoridades iraquíes incluso llegarán a plantear cuestiones consideradas "inconvenientes", como la de la influencia "judía" sobre el CICR o la cantidad de judíos en el Comité, ídem, Informe sobre la misión en Irak del 2 al 6 y del 19 al 21 de septiembre de 1954, 16/11/1954.

24 Jean-Claude Favez, *Une mission impossible? Le CICR, les déportations et les camps de concentration nazis*, Lausana, Payot, 1988.

buenos resultados. A esto también se suma la multiplicación de las víctimas. Ya que, si bien durante un tiempo el CICR consideró a las poblaciones judías de los países árabes como la única comunidad que necesitaba asistencia, pronto se sumarían a ellas otras víctimas, esta vez árabes, como resultado de la guerra de 1948. El opresor también cambiaba de lado, lo cual tal vez no carecerá de consecuencias sobre los resultados, o más bien la ausencia de resultados, en esta cuestión.

En el caso de los kurdos, parecería que la actitud demasiado prudente del CICR fue lo que impidió la esperanza de actuar en favor de esa población. Pese a la observación explícita de que se trataba de una guerra civil (situación en la que se reconoce el derecho de acción del CICR desde 1921, bajo determinadas condiciones), el CICR se escuda en una postura de espera: la de obtener el consentimiento del poder central antes de cualquier acción de su parte. Sin embargo, la Institución señalará que, en otras situaciones —y en especial en el marco de la guerra de Argelia— se había atrevido a desafiar la posible reticencia del gobierno legítimo, limitándose a informarle el envío de delegados a la parte adversa. Pero ese precedente, y otros más, no son aprovechados en el caso iraquí. ¿Fue porque el CICR de cierta forma se había visto "forzado" a interesarse por la cuestión bajo las presiones de las asociaciones kurdas apoyadas por cientos de peticionarios (muchos de los cuales eran originarios del bloque del este) que se habían dirigido a él de forma directa[25]?

En lo que respecta a las minorías iraníes expulsadas de Irak a principios de la década de 1970, el análisis es más delicado. En efecto, el CICR obtiene la posibilidad de actuar directamente en su favor al conseguir —por primera vez— la posibilidad de establecerse físicamente en el país.

Pero los resultados de esa acción suscitan muchos interrogantes. Ya que la Institución sólo ayuda a un centenar de individuos —lo cual ya es loable en sí— a regresar a Irak, mientras que más tarde nos enteraríamos de que había decenas de miles de otros que también habrían necesitado sus servicios. En esas condiciones, ¿por qué cerró tan pronto su delegación en Bagdad? ¿Fue de forma voluntaria? ¿O lo hizo por presión del gobierno iraquí? Frente al silencio de los documentos públicos del CICR sobre esta cuestión, tal vez sólo la apertura de los archivos de ese período para responder a este interrogante.

Por último, no todas las minorías de Irak se encuentran en igualdad de condiciones. Para algunas, y pese a los pedidos de ayuda, el CICR no hace nada. Es el caso, especialmente, de los asirios o asirio-caldeos. Contactada por representantes de la comunidad asiria en el extranjero con motivo del encarcelamiento de algunos de sus miembros en Irak, la Institución sólo se limita a pedir informaciones suplementarias sobre las condiciones de vida de esta minoría. Y, durante los distintos encuentros con las autoridades iraquíes, no se hace mención oficial de esta población cristiana.

Pero lo que importa no es tanto la preocupación o no del CICR por las

25 También podemos preguntarnos si esa actitud de espera del CICR frente a Irak no imitaba la de la diplomacia federal. Así, en 1958, el jefe del Departamento de Asuntos Exteriores, Max Petitpierre, no había querido intervenir —contrariamente a los deseos de la legación suiza en Bagdad— en un pedido contra la condena a muerte de políticos por el gobierno de Kassem, ya que no quería interferir en los asuntos internos iraquíes. Obsérvese que, en 1961, Max Petitpierre se convirtió en miembro del Comité del CICR.

minorías iraquíes como la falta de interés por el resto de la población iraquí. Esto se observa especialmente en el ámbito de la detención de carácter político[26]. Consciente desde fines de la década de 1950 de la situación de los detenidos políticos iraquíes, en especial después del golpe de Estado del general Kassem, de los maltratos a los que estos fueron sometidos y de la falta total de garantías judiciales[27]; e incluso aunque algunos miembros de la Media Luna Roja de Irak solicitaran su ayuda, el CICR se escuda detrás de una serie de argumentos a la vez jurídicos y políticos. Por un lado, no existe ningún marco jurídico para una acción debido a la ausencia de una situación real de conflicto; por el otro, es demasiado alto el riesgo de "cabrear" o "enfurecer" (estos son los términos empleados) al gobierno al presentarle una gestión que podría percibirse como inoportuna. En esas condiciones, la Institución nunca efectuará una gestión oficial al respecto. Y si se piensa en poder actuar algún día en Irak, sería en favor de los miembros del partido Baath detenidos después del ascenso al poder de Abdul Salam Arif, en noviembre de 1963. Cabe observar, al pasar, que el CICR es consciente de su "impotencia" en el terreno, la cual, por otra parte, no carece de consecuencias sobre otras categorías de víctimas. Así, para evitar "*que se lo acuse de ser imparcial y de tener una particular simpatía por los judíos*", la Delegación General para Oriente Próximo no querrá "*disociar la situación de un puñado de detenidos israelíes del conjunto del problema*[28]". En otras palabras, la reserva del CICR hacia los primeros también podría concebirse como una consecuencia de su falta de acción hacia los segundos.

La guerra y la ayuda humanitaria

La guerra entre Irán e Irak, y luego las otras dos guerras del Golfo, nos permiten analizar otra dimensión de la acción humanitaria, a saber, su posible instrumentalización por un gobierno. Una vez más, la problemática no se reduce al ejemplo iraquí y puede aplicarse a otros contextos operacionales del CICR.

Como hemos visto, a partir de 1980, el CICR se instala de forma permanente en Irak. Una vez más, Institución se ocupa, con el aval del poder, de una minoría, pero esta vez protegida por el derecho internacional humanitario: los prisioneros de guerra y las poblaciones civiles iraníes internadas. En ese sentido, la presencia física del CICR en el territorio iraquí no aumenta la cantidad de categorías de víctimas que necesitan potencialmente la protección de la Institución. En otras palabras, durante la década de 1980, no se efectúa ninguna gestión en favor de beneficiarios iraquíes y, en primer lugar, de los detenidos políticos (esto es al menos lo que se desprende de la documentación pública de la Institución). Ya hemos explicado el porqué de ese "silencio": la oposición sistemática de Bagdad a toda posible acción del CICR que no entrara dentro de su cometido convencional.

26 V. el archivo ACICR B AG 225 098-001.

27 ¡Un delegado incluso llegará a comparar los procesos en Irak con los realizados durante la Revolución Francesa!

28 ACICR, B AG 233-098-001, nota N° 131, 25/05/1959.

Entonces, podemos hacernos una doble pregunta: ¿en qué medida la actitud del CICR (y, en particular, su reserva sobre la situación interna en Irak) les resultó útil a las autoridades iraquíes y en qué medida el gobierno de Bagdad aprovechó la presencia de la Institución para su propia propaganda e, incluso, tal vez, para mantenerse en el poder?

Aunque es difícil responder a la primera parte de esta pregunta, señalaremos que la descripción de las actividades del CICR durante la guerra entre Irán e Irak, tal como aparece en los informes anuales públicos de la Institución, estigmatiza mucho más a uno de los adversarios que al otro[29]. Evidentemente, las "críticas" de la Institución están fundadas en la realidad de los hechos. Pero, por ejemplo, en la cuestión del empleo de armas químicas, es válido preguntarse por qué las distintas exhortaciones del CICR ponen a los dos beligerantes en pie de igualdad cuando sólo uno de ellos empleó de forma masiva y *comprobada* los gases de combate[30]. En ese contexto, el hecho de no plantear los problemas internos que podía encontrar una de las partes en el conflicto no podía finalmente sino favorecerla.

La instrumentalización del CICR por el régimen iraquí también es difícil de evaluar, puesto que no existe una documentación de archivos. Al autorizar a la Institución a establecerse en el país al comienzo del conflicto con Irán, después de años de estar cerrada, ¿el régimen iraquí no la usó como pretexto para mostrar al mundo exterior su buena voluntad de actuar con total humanidad y, de ese modo, recuperar un poco de simpatía? Del mismo modo, Irak se vio mucho más beneficiado por escuchar al CICR y respetar un poco mejor los Convenios de Ginebra —en particular en la cuestión estratégica y mediática de los prisioneros de guerra— que su vecino, que se ganará la reprobación del CICR y, por esa vía, la de una parte de la comunidad internacional.

Por último, y siempre en la misma óptica, podemos preguntarnos si el trabajo efectuado por la Institución en Irak después de 1991 —y la publicidad que se le dio— no sirvió también, al fin de cuentas, como arma de propaganda para el régimen de Sadam Hussein para denunciar, junto con el CICR, las desastrosas consecuencias humanitarias del embargo impuesto por las Naciones Unidas. De ese modo, el poder iraquí pudo hacerse pasar fácilmente por una víctima. Y quizá fue gracias a esa victimización orquestada que pudo mantenerse en el poder durante unos diez años más.

Conclusión

Durante los últimos sesenta años de su historia, Irak condensó el conjunto de las distintas formas que pueden adoptar los conflictos modernos. De la guerra

29 A nivel semántico, podemos observar la utilización de los términos "dificultades" (RA, 1981, p. 48), "serias dificultades" (RA, 1982, p. 65, de reiteradas violaciones de los Convenios (RA, 1983, p. 57) cuando se trata de describir las actividades en Irán, términos que no tienen un equivalente del lado iraquí, donde se emplean palabras más neutras ("esta cuestión aún no se había resuelto", RA, 1981, p. 48).

30 A partir de 1983, Irak emplea armas químicas contra el ejército iraní, pero también contra poblaciones civiles, en particular kurdas. Ese empleo no suscita grandes reacciones de la comunidad internacional, pese a que Irak hubiera firmado en 1931 el Protocolo de Ginebra de 1925. La tesis defendida por Bagdad, y retomada a su vez durante un tiempo por la administración Reagan, sostenía que el ejército iraní empleaba armas químicas. Esa acusación, que nunca pudo probarse, fue invalidada por muchos especialistas, inclusive por el *International Crisis Group*.

civil al conflicto internacional, pasando por los disturbios internos o la lucha contra el "terrorismo", este macabro inventario ofrece, no obstante, una importante base de observación de las respuestas humanitarias que puede brindar a largo plazo una institución como el CICR.

Ahora bien, la primera observación que se impone es que, independientemente del contexto del conflicto, la acción del CICR durante mucho tiempo se centró, por motivos jurídicos y/o políticos, en un solo grupo de víctimas por vez. En otras palabras, nunca tuvo la posibilidad, hasta comienzos de la década de 1990, de realizar una acción global para una mayoría de iraquíes. Si bien esa situación se debe, en parte, a la actitud de las autoridades iraquíes, que se oponían a toda iniciativa humanitaria que excediera el marco estricto de las convenciones internacionales que habían firmado, el CICR tiene algo de responsabilidad al haberse "autocensurado" en sus potencialidades de acción[31], es decir, al no elegir el camino de una mayor insistencia y firmeza en sus reivindicaciones (sobre todo en el caso de los kurdos) por temor a entrar en contradicción con el poder de Bagdad. El posicionamiento de la Institución fue el resultado de una elección que tendía a minimizar los riesgos y a maximizar las oportunidades de poder hacer algo concreto por las víctimas de la violencia. De modo que existió un constante tironeo entre el derecho a actuar y el deber de hacerlo. Esa decisión se tomó, además, en un entorno hostil, frente a gobiernos que estaban dispuestos a usar en contra de la Institución el más mínimo paso en falso que diera, sobre todo cuando ésta se aventuraba a abordar cuestiones de política interna. Por ello, no sorprende que cuando las autoridades iraquíes dieron muestras de cierto espíritu de apertura y comprendieron en cierta medida las actividades que el CICR proponía efectuar, esos gestos sólo se refirieron a poblaciones pertenecientes a minorías (como en el caso de los judíos iraquíes, en particular); en otras palabras, a personas consideradas, con o sin razón, como "extranjeras", es decir, al margen de la "verdadera" sociedad iraquí. La actitud conciliadora de Bagdad no carecía, pues, de segundas intenciones, como durante la guerra entre Irán e Irak, donde el régimen de Sadam Husein apuntaba a mejorar su imagen mostrando a la comunidad internacional cuán dispuesto estaba a colaborar con una institución humanitaria instalada en su territorio y, en consecuencia, a respetar de antemano sus preceptos y sus recomendaciones. Finalmente, la selección de las víctimas —y, como corolario inmediato, el hecho de que algunas categorías de ellas fueran dejadas de lado— se efectuó a través de una combinación de la evaluación de los intereses institucionales, el equilibrio entre obligación convencional e iniciativa humanitaria y las posibilidades efectivas de acción que ofrecía el poder iraquí.

La Institución finalmente logra socorrer de manera concreta a una mayor cantidad de iraquíes gracias a las circunstancias externas, en este caso la invasión de Irak por las tropas de la Coalición durante la segunda guerra del Golfo y luego los disturbios en el norte y el sur del país. Aunque la ayuda a los kurdos y los chiitas se efectúa sin el real consentimiento de Bagdad, debido a la instauración de zonas

31 Esta autocensura no tiene únicamente aspectos negativos para el CICR. En efecto, se puede plantear la hipótesis de que su poco compromiso para con la minoría judía en Irak —que trata de justificar como un acto de imparcialidad— permitió, en contrapartida, que la Institución conservara determinada imagen y determinada posición en un Oriente Próximo ampliamente hostil a Israel.

protegidas, el poder iraquí se adapta a la presencia del CICR en los territorios aún controlados por él, pero, una vez más, esencialmente por motivos de propaganda y de estabilidad interna.

Para terminar, nos referiremos brevemente a la situación posterior a marzo de 2003, donde se observa uno de esos giros que la historia sabe dar. Pues, en el mismo momento en que, después de cincuenta años de fricciones con el gobierno iraquí, ya fuera monarquista o "republicano", comienza a instaurarse progresivamente un Estado más "democrático" y, por ende, más capaz de colaborar verdaderamente con el CICR, éste se ve forzado, debido a la violencia armada que lo alcanza de forma directa, a abandonar el territorio iraquí y a expatriar su delegación a Jordania.

¿Se trata, al final, de un regreso al casillero de partida? La respuesta sería afirmativa si considerásemos que el compromiso humanitario siempre sigue un desarrollo lineal y continuo. Ahora bien, la historia del CICR en Irak demuestra que, a largo plazo, la mecánica de una acción humanitaria no opera de esa forma, sino que más bien procede por etapas, en un movimiento con altos y bajos modulado por contingencias tanto internas como externas. En esta última categoría, se debe incluir en particular la propia evolución del contexto de la violencia que, en el caso de Irak, alcanzó las formas más extremas. Pero ello tampoco exonera al CICR, en especial en lo relativo a su decisión de ayudar o no a tal o cual grupo de víctimas. Quedaría por determinar entonces si, en su larga experiencia iraquí, el CICR siempre eligió a las víctimas que más lo necesitaban.

Marzo de 2008, N.º 869 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Acción neutral, imparcial e independiente: clave para la aceptación del CICR en Irak

Karl Mattli y Jörg Gasser*

Resumen

En este artículo, se describe el contexto de las actividades del CICR en Irak, donde el conflicto de 2003 y la violencia entre comunidades fueron precedidos por la guerra entre Irán e Irak en los años 1980, la guerra del Golfo entre 1990 y 1991, y los efectos de las sanciones. Los numerosos y graves ataques, como el atentado contra la delegación del CICR en Bagdad el año 2003, y las amenazas permanentes contra sus delegados, han obligado a la Institución a mantener un perfil bajo y a adoptar nuevas modalidades de acción. En efecto, la presencia en el lugar es reforzada por dispositivos de control a distancia cuando se efectúan actividades de asistencia en las regiones más peligrosas. Los proyectos para responder a las necesidades básicas, como abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y apoyo a establecimientos sanitarios, son ejemplos de ese marco operacional nuevo para el CICR. Si bien la dirección a distancia y las operaciones de apoyo han permitido llevar adelante programas de alcance y amplitud crecientes, no reemplazan la presencia directa en el terreno y, para favorecer la aceptación del CICR, ha sido necesario reforzar los contactos y la comunicación. De todos modos, los autores de este artículo consideran que una acción neutral, imparcial e independiente sigue siendo posible en Irak, a pesar de los peligros inherentes a la situación.

***

Los conflictos y los disturbios internos permanentes que se han producido en las últimas décadas, así como la tensión política y sus consecuencias, han devastado Irak, donde todavía no se han resuelto muchos problemas internos. Su posición geoestratégica en Oriente Medio y la riqueza de sus recursos naturales siguen exponien-

* Karl Mattli fue jefe de la delegación del CICR a cargo de Irak entre 2005 y 2007. Jörg Gasser fue vicejefe de esa delegación durante el mismo período.
Este artículo refleja las opiniones de los autores y no necesariamente las del CICR. Los estudios de caso sobre las actividades de abastecimiento de agua y saneamiento se basan en los informes redactados por el delegado expatriado y los ingenieros iraquíes en el terreno y en la sede, quienes trabajaron en la ejecución del proyecto en Irak a lo largo de varios años.

do al país a las injerencias tanto regionales como internacionales. La invasión de 2003 y el actual conflicto han provocado inmenso sufrimiento a toda la población. Aún queda mucho por hacer para restablecer la ley y el orden por completo y para lograr la reconciliación política. La prestación de ayuda humanitaria por los militares y por algunas organizaciones humanitarias integradas a las fuerzas armadas sin duda ha erosionado la distinción entre el papel de los militares y el de los trabajadores humanitarios. Al igual que otros organismos humanitarios, el CICR ha pagado un precio muy alto en Irak: su delegación sufrió un atentado y algunos de sus colaboradores fueron asesinados.

El contexto

Después de las dos guerras de los años 1980 y de 1990-1991, la política del Consejo de Seguridad de la ONU con respecto a Irak consistió en un bloqueo económico total, aplicado con rigor[1]. La población iraquí tuvo que llevar parte de la carga, a pesar del programa "petróleo por alimentos"[2] iniciado en 1996, que rápidamente mostró sus limitaciones, en cuanto a su alcance y sus efectos.

La crisis actual fue precipitada por los hechos del 11 de septiembre de 2001, que condujeron a la "guerra contra el terror" y a la consiguiente designación de Irak como uno de los componentes del "eje del mal". A comienzos de 2003, Estados Unidos anunció que la diplomacia había fallado y que procedería, con una coalición de países aliados (la llamada "coalición de la voluntad"), a "limpiar a Irak de sus armas de destrucción masiva"[3]. El 20 de marzo se inició la invasión a Irak (la llamada "Operación Libertad Iraquí"). Las fuerzas de la coalición avanzaron rápidamente y, el 9 de abril, llegaron a Bagdad; el ejército iraquí fue vencido y, hacia finales de mes, la etapa de invasión estaba prácticamente terminada. Sadam Husein había desaparecido y su régimen había caído[4].

1 V. Resolución 661 del Consejo de Seguridad de la ONU, 6 de agosto de 1990.

2 El 14 de abril, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 986 por la que se establecía un programa de "petróleo por alimentos", que ofrecía a Irak la posibilidad de vender petróleo para financiar la compra de socorros humanitarios y autorizaba diversas actividades prescritas por la ONU para Irak. Ese programa, tal como lo había establecido en Consejo de Seguridad, se proponía como "medida provisional para atender a las necesidades humanitarias del pueblo iraquí hasta el cumplimiento por Irak de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, incluida especialmente la resolución 687 (1991), de 3 de abril de 1991", disponible en http://www.un.org/spanish/docs/sc95/scres95.htm (consultado el 25 de febrero de 2008).

3 Declaración del presidente George W. Bush en la Asamblea General de la ONU el 12 de septiembre de 2002, disponible en www.whitehouse.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html (consultado el 25 de febrero de 2008). En una declaración del 6 de febrero de 2003, confirmó que "Estados Unidos, junto con una coalición de países cada vez más numerosos, está decidido a iniciar las acciones que sean necesarias para garantizar su defensa y desarmar al régimen iraquí", disponible en www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/20030206-17.html (consultado el 25 de febrero de 2008).

4 Sadam Husein fue capturado por la 4ª división de infantería y la Unidad Especial 121 del ejército de Estados Unidos el 13 de diciembre de 2003. Luego fue procesado y condenado a muerte. Su ejecución tuvo lugar el 30 de diciembre de 2006. Los dos hijos de Sadam Husein, Uday y Qusay, resultaron muertos en combate con las fuerzas de la coalición el 22 de julio de 2003. La mayoría de las personas que figuraban en la lista de los norteamericanos, en particular 55 ex dirigentes del partido Baas, fueron capturados o asesinados. Izzat Ibrahim ad-Douri, vicepresidente de Sadam Husein y, presuntamente, uno de los principales líderes de la insurgencia, hoy es considerado la persona más buscada por Estados Unidos y por el gobierno iraquí.

De la resistencia contra el ocupante...

La falta total de seguridad que se produjo tras la derrota del ejército iraquí dio lugar al caos y la violencia, así como al saqueo de hospitales, museos y arsenales militares. Las fuerzas de la coalición no pudieron hacer frente a la situación, al tiempo que la violencia se intensificaba sobre todo en la ciudad de Bagdad y en el llamado "triángulo sunita"[5]. Rápidamente, comenzaron a perpetrarse bombardeos que dejaron numerosas víctimas fatales. Un ataque contra la sede de la ONU en Irak, el 19 de agosto de 2003, causó la muerte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Sergio Vieira de Mello y de otros veintidós colegas, por lo menos. El 27 de octubre, un ataque contra la delegación del CICR en Bagdad causó la muerte de dos de sus empleados. Los militantes antiocupación se fortalecieron. Se criticaba cada vez más la incapacidad de la Autoridad Provisional de la Coalición (APC) para restablecer los servicios públicos, tal como estaban antes de la guerra. El 31 de marzo de 2004, el asesinato, en Faluya, de cuatro agentes militares privados y la mutilación de sus cadáveres[6] desencadenaron una gran operación militar por parte de Estados Unidos para "pacificar" la ciudad. Paralelamente, milicias chiitas, en particular miembros del ejército mahdi y seguidores del clérigo Muqtada al Sadr, comenzaron a atacar a las fuerzas de la coalición en Kufa, Kerbala y Nayaf y en la zona de Sadr City, en Bagdad. Los secuestros se volvieron una práctica común, y las imágenes de decapitaciones conmocionaron al mundo civilizado. El 28 de junio de 2004, la APC transfirió la soberanía formal al gobierno provisional de Irak, devolviéndola así al pueblo iraquí. Sin embargo, las encuestas de opinión mostraban que la amplia mayoría de los iraquíes seguía viendo a Estados Unidos como un ocupante[7].

La Resolución 1546 del Consejo de Seguridad de la ONU, del 8 de junio de 2004, estableció que el gobierno provisional de Irak debería asumir "sus plenas funciones y autoridad para el 30 de junio de 2004"[8]. La Fuerza Multinacional para Irak (FMN-I) seguiría en el país con amplios poderes que le asignaba la ONU.

... a la violencia sectaria

Pero los disensos continuaron. Después de las elecciones de la Asamblea Nacional provisional, el 30 de enero de 2005, se inició un período de intensa violencia sectaria. Las negociaciones para una nueva constitución dejaron en claro que existía una distancia cada vez más grande entre los árabes sunitas, por un lado, y los chiitas y los kurdos, por otro[9]. El enfrentamiento político entre esos grupos dio lugar a

5 Región con alta densidad de población ubicada al noroeste de Bagdad, donde viven sobre todo árabes musulmanes sunitas. Se suele considerar que los vértices de ese triángulo virtual son un punto ubicado levemente al este de Bagdad, Ramadi (al oeste) y Tikrit (al norte). El triángulo engloba también las ciudades de Baquba, Mosul y Faluya.

6 Los cadáveres calcinados fueron colgados en el puente sobre el Éufrates. V., por ejemplo, http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3585765.stm (consultado el 25 de febrero de 2008).

7 V. www.globalexchange.org/countries/mideast/iraq/2050.html (consultado el 25 de febrero de 2008).

8 Resolución 1546 del Consejo de Seguridad de la ONU, 8 de junio de 2004, párr. 1.

9 A pesar de que los árabes sunitas finalmente participaron en el referéndum del 15 de octubre de 2005, lo hicieron para rechazar la Constitución.

actos de violencia que afectaban, sobre todo, a los civiles. En 2004, se publicaron fotos de abusos físicos y sexuales, y de vejaciones de prisioneros iraquíes por el personal de las fuerzas armadas norteamericanas en la cárcel de Abu Ghraib, lo que perjudicó considerablemente la imagen de Estados Unidos en Irak. Los denuncias de malos tratos graves de detenidos árabes sunitas en las estaciones de policía y en centros administrados por el Ministerio del Interior generaron más desconfianza entre las comunidades.

Las elecciones generales de diciembre de 2005 y la posterior formación de un gobierno no ayudaron a evitar la espiral de tensión sectaria. El 22 de febrero de 2006, el atentado contra el mausoleo chiita de Askariya en Samarra destruyó la cúpula de la mezquita dorada y desencadenó una ola de violencia intercomunitaria de una intensidad sin precedentes, sobre todo en Bagdad[10].

El ejército y las fuerzas de seguridad iraquíes, que aún no estaban del todo constituidos, no podían hacer frente a los altos niveles de violencia. Por otro lado, la creciente tensión entre Estados Unidos e Irán no ayudaba a llevar seguridad y estabilidad a Irak. En 2007, la intensificación de la ofensiva de las fuerzas militares estadounidenses, la decisión de las fuerzas del "Consejo del Despertar" sunita de luchar contra Al Qaeda y la decisión de Muqtada Al Sadr de suspender las operaciones del ejército de Mahdi, contribuyeron a mejorar la seguridad en zonas de Irak antes turbulentas, incluida Bagdad. Por primera vez desde 2003, el número de víctimas comenzó a disminuir en Bagdad, aunque siguió siendo muy elevado. Sin embargo, esas mejoras siguen siendo frágiles. No son uniformes en todo el país, y la reconciliación política sigue demorándose. La mayoría de los iraquíes temen que la estabilidad provisional actual estalle en cualquier momento.

Factores de división y de cohesión

Los conflictos pasados y recientes, especialmente en torno a la cuestión kurda y la brutal violencia sectaria que enfrenta a sunitas y chiitas, han socavado considerablemente la unidad del país. En 2007, los efectos del conflicto interno, con su componente internacional adicional, continuaron provocando sufrimiento y miseria en muchas partes de Irak. Su centro geográfico se trasladó al norte, en particular a las provincias de Ninewa, Diyala y Tameem. El sur del país no ha vivido esos altos niveles de violencia, a pesar de que su población también está expuesta a incidentes de seguridad aislados y la zona de Basora sigue siendo inestable.

La zona administrada por el Gobierno Regional Kurdo (GRK) siguió estando comparativamente tranquila, se produjeron incidentes de seguridad ocasionales, en un clima de permanente tensión, en Kirkuk y en las llamadas "zonas grises", las zonas disputadas de composición étnica mixta[11]. En las zonas montañosas de la frontera norte de Irak, donde la población local vive temiendo los ataques y una ofensiva terrestre por parte de los turcos, la tensión se ha mantenido alta.

10 V. www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/02/22/AR2006022200454.html (consultado el 25 de febrero de 2008).

11 International Crisis Group, "Iraq and the Kurds: resolving the Kirkuk crisis", Middle East Report, N.º 64, 19 de abril de 2007, disponible en www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id54782 (consultado el 25 de febrero de 2008).

El escenario del conflicto en Irak hoy es tan complejo como antes. Con el riesgo de caer en simplificaciones, los conflictos pueden clasificarse de la siguiente manera: árabes sunitas y milicias y grupos chiitas contra la Fuerza Multinacional en Irak y las fuerzas armadas y de seguridad iraquíes; violencia sectaria entre sunitas y chiitas; y árabes sunitas y chiitas contra los kurdos (disputa más bien latente por el destino que se dará a las "zonas grises" y a Kirkuk). Pero también hay enfrentamientos *dentro* de las milicias árabes sunitas y chiitas en varias partes del país[12]. A nivel regional, también hay aspectos, *inter alia*, de una "guerra por procuración" entre Estados Unidos, otros países de la zona e Irán, así como la cuestión kurda que implica también a Turquía, Irán y Siria. En una escala más amplia, pueden verse los efectos de la dinámica geoestratégica internacional, incluida la llamada "guerra contra el terror", principalmente entre Estados Unidos y los "yihadistas". A pesar de las arraigadas oposiciones que acabamos de describir, han surgido algunas tendencias a la cohesión. Muchos observadores creen que los kurdos, si bien insisten en su estatus especial, tienen interés en mantener a Irak unido. Las reivindicaciones por la independencia del sur de Irak prácticamente han desaparecido. Los kurdos y los chiitas saben que necesitan negociar con los árabes sunitas. Además, muchos sunitas han expresado su disposición a aceptar la nueva realidad política iraquí. De todos modos, es muy difícil predecir hacia dónde se dirige el conflicto en Irak.

El CICR ante una crisis con graves consecuencias humanitarias

Una gran parte de la población iraquí sigue viviendo con el temor constante de ser secuestrada, asesinada, alcanzada por una explosión o arrestada. Los civiles siguen pagando el precio del conflicto; muchos han resultado heridos, otros han perdido sus medios de subsistencia; se han producido desplazamientos de población a gran escala dentro de Irak y hacia los países vecinos; las comunidades anfitrionas están sobrepasadas por la gran cantidad de personas internamente desplazadas (PID) y refugiados que reciben. El mejoramiento de las condiciones de seguridad que se vivió en algunas partes de Irak en el segundo semestre de 2007 no ha tenido un efecto significativo en la cantidad de familias desplazadas, muchas de las cuales aún temen que las condiciones no estén dadas para regresar a su lugar de origen. Las pocas personas que han regresado tienen problemas en acceder a su propiedad; muchas personas tal vez nunca puedan regresar. Los altos niveles de desplazamiento han tenido un efecto drástico en la configuración demográfica de Irak, cuyas consecuencias son impredecibles para la sociedad.

Desde 2003, cientos de miles de personas han sido arrestadas en relación con el conflicto. La mayoría fueron liberadas poco después del arresto, pero otras pueden quedar tras las rejas durante años. Con la introducción, en febrero de 2007, del Plan de Seguridad de Bagdad, una operación conjunta de la coalición e Irak para imponer la ley y el orden, el número de arrestos comenzó a aumentar significativa-

12 Si bien, en general, las zonas chiitas hoy se encuentran en relativa calma y estabilidad, existen tensiones sobre todo en relación con disputas políticas y financieras, sobre todo en Basora. Pero otras tensiones entre chiitas (en general, por motivos religiosos) también afectan a ciudades como Kerbala y Nayaf. Tras décadas de "opresión", los chiitas parecen estar afirmando el papel mayoritario que han adquirido.

mente[13]. Las cuestiones relativas al trato y a las condiciones generales de detención han dado lugar, en repetidas ocasiones, a graves críticas públicas acerca del sistema de detención en Irak[14].

El posicionamiento y la seguridad del CICR

La presencia permanente del CICR en Irak comenzó en los primeros años de la década de 1980, durante la guerra entre Irán e Irak. Se fortaleció en los años 1990-1991, durante la guerra del Golfo, cuando el CICR fue la única organización internacional presente en Irak.

Durante esos dos conflictos, decenas de miles de prisioneros de guerra e internados civiles fueron visitados por delegados del CICR en diferentes lugares, siguiendo las condiciones establecidas en los Convenios de Ginebra III y IV, y decenas de miles de personas fueron repatriadas bajos los auspicios de la Institución[15]. Durante el sistema de sanciones, el CICR llevó adelante proyectos de asistencia y mantuvo una presencia constante en todo Irak; se convirtió en la institución de referencia para todo lo relativo a la situación humanitaria en ese país[16]. Con los años, los programas del CICR fueron transformándose paulatinamente para cubrir aspectos no contemplados por el programa "petróleo por alimentos", es decir, la rehabilitación de la infraestructura pública y la capacitación y el fortalecimiento de capacidades del sector de la salud[17]. Además, el CICR siguió realizando actividades de protección en favor de nacionales de terceros países sin representación diplomática, prisioneros de guerra del conflicto entre Irak e Irán y personas dadas por desaparecidas después de la guerra del Golfo de 1990-1991[18].

Las condiciones establecidas por el CICR para su trabajo, los procedimientos que sigue y la red que ha desarrollado con los diferentes ministerios técnicos a

13 Si bien, a comienzos de 2007, el número total de personas retenidas en centros de internamiento dirigidos por Estados Unidos y la Fuerza Multinacional en Irak se elevaba a unas 13.000, hacia finales de ese año había aumentado a 23.000. El número de personas detenidas por el gobierno iraquí también aumentó drásticamente y, según el Ministerio de Justicia, las cárceles iraquíes han colmado su capacidad. Con la introducción del Plan de Seguridad de Bagdad, los Ministerios de Defensa y del Interior comenzaron a arrestar a numerosas personas, y su papel en ese ámbito ha cambiado sustancialmente. Abrieron nuevos centros de detención, mientras que los antiguos centros fueron cerrados o entregados al Ministerio de Justicia. Las cárceles iraquíes y otros lugares de detención estarían alojando entre 10.000 y 15.000 personas hacia finales de 2007. Otras 2.000 personas estarían detenidas en el norte bajo la responsabilidad directa del Gobierno Regional Kurdo.

14 V. *Human Rights Report*, 1 de enero-31 de marzo de 2007, Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Irak (UNAMI), párrs. 66-78, disponible en http://i.a.cnn.net/cnn/2007/images/04/25/un.report.pdf (consultado el 25 de febrero de 2008).

15 V. Christophe Girod, *Tempête sur le désert : Le Comité international de la Croix-Rouge et la guerre du Golfe 1990-1991*, Bruylant, Bruselas, 1994.

16 V. el informe del CICR, "Iraq 1989–1999: a decade of sanctions", 14 de diciembre de 1999, disponible en www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwpList322/4BBFCEC7FF4B7A3CC1256B66005E0FB6#a4 (consultado el 25 de febrero de 2008).

17 En octubre de 1991, unos quince meses después de la adopción de la Resolución 661 del Consejo de Seguridad de la ONU y la imposición de sanciones comerciales, el CICR envió una misión especial a Irak para evaluar las necesidades de la población y determinar las respuestas adecuadas. El informe de las conclusiones de esa evaluación fue transmitido a los miembros del Consejo de Seguridad en noviembre de 1991. V. también Informe del CICR, "Iraq 1989-1999", nota 16 *supra*.

18 Ibíd.

lo largo de los trece años de sanciones económicas, en particular las autoridades nacionales encargadas de la salud y el abastecimiento de agua, ayudaron a consolidar su reputación como organismo humanitario confiable y eficiente.

Durante la aguda etapa del conflicto en 2003, el CICR fue, una vez más, la única organización humanitaria de envergadura que seguía presente y realizando actividades en Irak[19]. Luego, el CICR se esforzó por honrar su compromiso de mantener una presencia física en el terreno y llevar adelante, al mismo tiempo, una operación dirigida a distancia en las zonas del país donde el acceso era más difícil. Aumentó su personal y se dotó de la infraestructura correspondiente, utilizando sus actividades médicas y de agua y saneamiento como vectores de las competencias adquiridas para realizar otras actividades humanitarias[20].

Como hemos descrito, el CICR también fue afectado por cierta confusión creada por la estrecha asociación de otros organismos humanitarios con la Fuerza Multinacional. Después del asesinato de un delegado del CICR el 22 de julio de 2003[21], el bombardeo de las oficinas de la ONU el 19 de agosto y el ataque a la delegación del CICR en Bagdad el 27 de octubre en el que murieron dos empleados del CICR, la Institución decidió trasladar a algunos de sus colaboradores a Amman, capital de Jordania, y mantener sólo un pequeño grupo en Irak. Sin embargo, dejó abiertas algunas opciones para los movimientos del personal internacional en el país, reservados sólo para las actividades de protección. Desde 2004 en adelante, se reestablecieron los contactos en relación con sus programas de asistencia en casi todas las provincias. El brutal asesinato de otro colaborador del CICR en enero de 2005 fue un trágico retroceso, y la Institución tomó la difícil decisión de reducir sus actividades en Irak por un período de varios meses.

Nuevo marco operacional en las zonas más riesgosas

Si bien Irak fue considerado un contexto de alto riesgo, donde los criterios mínimos de seguridad de la Institución estaban al límite, después de largas consultas el CICR decidió permanecer en el país, pero adoptando un nuevo marco operacional. Este marco se aplicó y perfeccionó a lo largo de 2006, cuando las condiciones de seguridad se deterioraban constantemente. La delegación redujo significativamente la exposición de su personal, limitando su presencia visible, así como sus desplazamientos, a lo estricto necesario. Al mismo tiempo, la delegación fortaleció sus varios programas asistenciales, en parte a través de mecanismos de dirección a distancia, así como de la ejecución directa de actividades relativas a la detención.

Firmemente convencido de que la población iraquí necesitaba una acción humanitaria imparcial e independiente[22], se incrementaron los esfuerzos para establecer contactos que permitieran propiciar una mayor aceptación del CICR.

19 V. *Annual Report 2003*, CICR, Ginebra, p. 264.

20 Ibíd.

21 Este fue el segundo hecho fatal, dado que otro delegado del CICR resultó muerto en medio de un tiroteo en Bagdad el 8 de abril de 2003.

22 V. también *Coming to Terms with the Humanitarian Imperative in Iraq*, Feinstein International Center, enero de 2007.

Las actividades de protección como prioridad

Actividades relativas a la detención

El número de personas detenidas en Irak en relación con el conflicto varía cada año. A lo largo de 2006, el CICR siguió de cerca las condiciones de vida de unos 30.000 detenidos o internados en manos de las autoridades iraquíes y de la Fuerza Multinacional en Irak[23]. El CICR es la única organización internacional recibida en los lugares de internamiento de la FMN-I. También visita a las personas detenidas por el gobierno regional kurdo en el norte de Irak, donde puede tener acceso a todos los lugares de detención. El CICR sigue manteniendo conversaciones con el gobierno iraquí a fin de firmar un acuerdo general que le permitiría tener acceso a todos los lugares de detención iraquíes. Mientras tanto, el Ministerio de Justicia ha autorizado visitas a los lugares de detención bajo su autoridad y una primera visita a un sitio de ese tipo tuvo lugar a finales de 2007. Una de las principales dificultades que debe afrontar el CICR al respecto es la necesidad de garantizar la seguridad y la protección de sus delegados expatriados durante su permanencia en Irak y sus visitas a esos lugares.

Las actividades de protección relativas a las personas internadas por las fuerzas británicas y de la FMN-I y Estados Unidos continuaron a lo largo de 2006 y de 2007, cuando las condiciones de seguridad eran particularmente críticas. Además del seguimiento habitual del trato que se da a los detenidos y de las condiciones en que están alojados, se prestó particular atención al hecho de que no se ha asignado un estatuto jurídico a los detenidos y al restablecimiento de los contactos de los detenidos con sus familiares. El CICR ha fortalecido el diálogo con la FMI-I en torno a los aspectos jurídicos fundamentales y ha entablado los primeros contactos sobre el mismo tema con las autoridades iraquíes. Además, ha lanzado un programa de ayuda financiera a los familiares a fin de permitirles visitar a sus seres queridos detenidos en dos establecimientos de internamiento en el sur del país; se está estudiando la posibilidad de lanzar un programa similar para los dos establecimientos de internamiento de Bagdad[24]. Los delegados recogen y distribuyen mensajes de Cruz Roja entre los detenidos y sus familiares, y se ha instalado un sistema de llamadas telefónicas de seguimiento rápido para que los delegados puedan dar noticias e informaciones a los familiares de los detenidos[25]. En cuanto a los lugares de detención temporarios de la FMN-I (donde son alojados los detenidos antes de su traslado a establecimientos de internamiento), recientemente se ha autorizado al CICR a ingresar, en principio, a los lugares de detención en las brigadas y las divisiones. Las primeras visitas a esos lugares tuvieron lugar en febrero de 2008.

En el norte de Irak, el CICR continuó visitando con regularidad a las personas privadas de libertad en todos los lugares de detención e intensificó el diálogo con las autoridades competentes del gobierno regional kurdo sobre las principales cuestiones relativas a la detención. El CICR efectúa intervenciones individuales y estructurales, prestando particular atención a las garantías procesales.

23 *Annual Report 2006*, CICR, Ginebra, p. 234.

24 En 2007, el CICR financió 31.186 visitas de familiares a 11.622 detenidos o internados.

25 En 2007, el CICR, con la Media Luna del Irak, recogió unos 42.800 mensajes de Cruz Roja y remitió unos 33.300.

Personas desaparecidas y protección de la población civil

A fin de averiguar lo sucedido a las personas dadas por desaparecidas, el CICR fomenta el diálogo entre las partes por medio de diversos mecanismos vinculados a los tres conflictos internacionales recientes. Apoya a estructuras que eventualmente facilitarán la recolección de datos sobre las personas desaparecidas y permitirán que sus familiares sepan lo ocurrido. Para aumentar la capacidad de las morgues iraquíes, el CICR efectúa reparaciones, instala cámaras frías y distribuye sacos mortuorios y otros artículos[26]. Además, se brindó capacitación para mejorar las competencias de los equipos de forenses, a los que se entregó el material necesario. Ese programa, realizado en un primer momento en el Instituto de Medicina Forense de Bagdad, luego fue extendido a otras provincias, así como a algunos de los principales hospitales.

Hallar los medios para garantizar el respeto de la población civil en Irak sigue siendo un verdadero desafío. Desde comienzos de 2007, la delegación ha intentado recabar de manera más sistemática información sobre la protección de la población civil, gracias a fuentes internas y externas. Gracias a un mejor control de las denuncias de violaciones del derecho, el CICR está en mejores condiciones de efectuar el seguimiento de hechos vinculados a la conducción de las hostilidades cometidos por las diversas partes en el conflicto.

Por otro lado, las restricciones impuestas por las precarias condiciones de seguridad en el transcurso de los últimos años han continuado limitando el acceso a las víctimas civiles del conflicto y han dificultado la tarea de documentar directamente las violaciones del derecho internacional humanitario o de mantener un diálogo constante con los diversos grupos armados que podrían tener influencia en la protección de las personas civiles. El CICR continuó haciendo llamamientos para que todas las partes respeten el derecho humanitario, en particular las normas que protegen a los civiles y las actividades del personal sanitario.

Actividades relativas al abastecimiento de agua y al saneamiento

En Irak, las infraestructuras básicas de abastecimiento de agua y saneamiento, así como de salud, siguen siendo muy insuficientes en el plano cualitativo y cuantitativo. Las principales razones son las frecuentes interrupciones de la corriente eléctrica, la falta de mantenimiento a causa de la escasez de mano de obra calificada, la falta de repuestos, productos químicos para purificar el agua y combustible para los generadores, así como los daños causados por los enfrentamientos y por los sabotajes y los saqueos. A todo ello se suma la inseguridad, que obstaculiza los esfuerzos nacionales de reconstrucción. El estado deplorable de los sistemas de agua y saneamiento representa un riesgo potencial de salud pública en numerosas partes del país.

El CICR responde a las necesidades en materia de agua y saneamiento en Irak desde finales de la guerra del Golfo de 1990-1991. En un primer momento, priorizó la ayuda de urgencia a escala individual; durante el período de las san-

26 En 2007, se repararon o reemplazaron las cámaras frías de nueve hospitales e institutos de medicina forense.

ciones, la asistencia material del CICR se destinaba a las reparaciones urgentes y al mantenimiento de las instalaciones de agua y saneamiento, para ayudar a un mayor número de personas. A partir de 1999, el CICR amplió sus actividades para volver a poner en funcionamiento las instalaciones de abastecimiento de agua y saneamiento, así como los dispositivos esenciales en los hospitales y los centros de atención primaria de la salud en todo el país[27]. En los meses anteriores a la ofensiva militar lanzada en marzo de 2003 bajo la conducción de Estados Unidos, el CICR se preparó para responder a las mayores necesidades que pudieran presentarse en los sectores de abastecimiento de agua y saneamiento, enviando personal calificado suplementario, así como recursos materiales. Las operaciones militares y la ola de saqueos que se desataron en todo Irak durante ese período dejaron en un estado de decrepitud total a una infraestructura que ya era bastante frágil.

Modalidad operacional: ejecución directa o a distancia

El CICR realiza sus actividades relativas al abastecimiento de agua y al saneamiento sea directamente, a través de su personal (sobre todo en el norte y el sur del país), o mediante una modalidad de dirección a distancia, adaptando la gestión de los proyectos en materia de agua y saneamiento. En algunas zonas, el CICR puede funcionar de manera tradicional o directa, que es el método de trabajo prioritario y más común; en cambio, en otras zonas, debe recurrir a la dirección a distancia. En el transcurso de 2007, esas actividades del CICR beneficiaron a 2,7 millones de personas (el 50% eran mujeres, y el 30%, niños).

La ejecución directa exige la supervisión del CICR en el lugar y, con frecuencia, su participación, al menos en algunas etapas del proyecto, como las de evaluación de las necesidades y evaluación final. El CICR sólo recurre al método de dirección a distancia para proyectos que responden a criterios estrictos en el plano técnico y en materia de riesgos financieros, y que conoce bien gracias a intervenciones anteriores, lo que permite a la Institución aprovechar su experiencia directa en el proceso de toma de decisiones. Ese modelo de dirección a distancia se basa en la movilización de una red de contratistas y asesores locales competentes, que trabajan en estrecha colaboración con los ingenieros del CICR[28].

El éxito del modelo de conducción de programas a distancia se basa en los siguientes factores:

- empleados iraquíes del CICR muy experimentados, motivados y dedicados;
- colaboración estrecha con las colectividades locales competentes, que luego deberán asumir las actividades;
- extensa red de contratistas y asesores locales en todo el país;
- mecanismos de control sólidos, con entidades distintas para evaluar las necesidades, planificar el proyecto, ejecutarlo, seguirlo y evaluarlo.

27 En 2007, el CICR entregó material de asistencia para 73 salas de urgencias (en 69 hospitales y establecimientos médicos) y 27 quirófanos (en 27 hospitales). Además, hizo 55 entregas a 28 hospitales de diferentes insumos médicos y medicamentos para atender a más de 5.500 heridos de guerra, así como material médico e insumos a 84 hospitales y 12 centros de atención primaria de la salud.

28 Sólo en la región central de Irak, más de 60 empresas locales colaboran con el CICR.

En 2007, se realizaron 54 proyectos de agua y saneamiento bajo supervisión directa del CICR y 78 proyectos dirigidos a distancia, mientras que doce proyectos estaban pasando de una ejecución dirigida a distancia a una supervisión directa del CICR. Conforme a la situación local en lo relativo a la seguridad, la mayoría de los proyectos dirigidos a distancia se emprendió en las zonas oeste y centro del país más propensas a la violencia (provincias de Anbar, Bagdad, Diyala, Ninive y Salaheddine), mientras que la mayor parte de los proyectos ejecutados en forma directa se ubicaba en el sur (provincias de Basora, Missan, Muthanna y Dhi Qar) y en el norte (provincias de Erbil, Ta'mim, Dohouk y Soulaymaniyah). Los proyectos transferidos a un régimen de supervisión más directa del CICR se ubicaban principalmente en el centro y el sur (provincias de Babil, Kerbala, Nayaf, Qadissiyah y Wasit).

Las actividades realizadas por dirección a distancia son una respuesta compleja que permite ejecutar programas en zonas donde la seguridad del personal corre altos riesgos. El hecho de cooperar con socios en los que la Institución puede confiar plenamente, con breves visitas periódicas de colaboradores expatriados del CICR a Irak, le permite mantener una gama de actividades y aumentar progresivamente el nivel de competencias y responsabilidades del personal local del CICR. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar los inconvenientes que conlleva esa modalidad de trabajo: los contactos son limitados, en el espacio y en el tiempo, lo que también limita la coordinación. Incluso con la presencia permanente de colaboradores locales del CICR, los contactos con los interlocutores a veces pueden ser difíciles, según las condiciones de seguridad y la evolución política locales. Por otro lado, cuando es imposible actuar con perfil alto, la Institución debe construirse una reputación y fomentar su aceptación por otros medios. Para el CICR, el reto consiste en afirmar su identidad sobre la base de esa acción sometida a fuertes limitaciones y, a menudo, invisible. Las redes creadas por los expatriados y las actividades de comunicación tienen, en ese sentido, un papel clave.

A pesar del éxito relativo de la dirección a distancia y de las operaciones de apoyo, el CICR sigue persuadido de que, para lograr los efectos máximos de sus programas, ese método no puede competir con una presencia física directa en el terreno. En tal sentido, queda mucho por hacer a fin de aumentar el acceso del personal internacional del CICR a numerosas partes de Irak, donde los riesgos de seguridad siguen siendo elevados. La presencia permanente sigue limitada al norte kurdo, mientras que, en el resto del país, los delegados se limitan a breves estadías y, en el mejor de los casos, están presentes en las oficinas del CICR[29]. Los irreemplazables empleados locales iraquíes logran cumplir sus tareas en muchas otras zonas consideradas suficientemente seguras para ellos y donde las actividades no los exponen a riesgos desmedidos.

29 Además del equipo del CICR en Ammán, a finales de 2007, había unos 400 empleados nacionales y 17 expatriados en 7 oficinas en Irak (Bagdad, Basora, Dohouk, Erbil, Khaneqin, Nayaf y Soulaymaniyah).

Estudio de caso 1: estación de tratamiento de agua de Baquba, provincia de Diyala, centro de Irak

Las instalaciones y sus servicios

Esta instalación es una de las principales plantas de tratamiento del agua de la ciudad de Baquba, capital de la provincia de Diyala, de mayoría sunita, donde siguen teniendo lugar algunos de los enfrentamientos más violentos del conflicto actual. Abastece a más de 300.000 personas. Construida en 1958, desde hace varios años la planta abastece de agua de mala calidad, que pone en peligro la salud de los usuarios. Por otro lado, ha funcionado sobrepasando su capacidad teórica, sobre todo durante el calor estival, lo que ha aumentado los riesgos de averías.

Evaluación inicial

Una evaluación profunda del CICR, realizada a comienzos de 2006, mostró que la planta de Baquba, como muchas otras plantas de tratamiento de agua en Irak, sufría carencias crónicas de infraestructura. Un buen número de piezas que forman parte del ciclo de tratamiento del agua estaba fuera de uso o funcionaba mal. Los problemas eran, en particular, el mal funcionamiento del dispositivo que permite bombear el agua del río Diyala, las canalizaciones, los sistemas de filtrado, purificación química y eléctrica, y bombeo para evacuar los barros residuales, así como las cisternas de almacenado, que estaban en malas condiciones de higiene. Por todos esos factores, el agua tenía un olor y un gusto desagradables y representaba un riesgo potencial para la salud.

Medidas tomadas para evitar situaciones de urgencia

A partir de 2006, el CICR procedió a una revisión completa de la planta. Las piezas defectuosas o desgastadas, como la cañería, las válvulas y los componentes eléctricos, fueron reparadas o reemplazadas; se instalaron nuevas bombas y se mejoró el sistema eléctrico.

Resultados

Hoy en día, la planta de tratamiento de agua de Baquba funciona correctamente y abastece de agua potable en forma confiable y en cantidades suficientes a más de 300.000 personas residentes en la zona, lo que ha permitido reducir la amenaza potencial para la salud pública causada por la calidad mediocre del agua provista por la planta antes de las reparaciones.

Modo operacional

Todo el proyecto se realizó a través del modelo de dirección a distancia.

Estudio de caso 2: estación de tratamiento de agua de Urfali, Sadr City, Bagdad

Las instalaciones y sus servicios

Este complejo, que cuenta con dos unidades compactas adyacentes, está ubicado en el distrito de Urfali, en las periferias de Sadr City, suburbios de Bagdad, donde hay una alta densidad de población, chiita en su mayoría. Construido en los años 1980, responde a las necesidades de agua de unas 10.000 personas, entre las cuales se cuentan los pacientes y el personal médico del hospital psiquiátrico Al Rashad (1.200 camas), el mayor establecimiento de salud de ese tipo en Irak, así como un hogar para ancianos y diversos barrios residenciales de la zona.

Evaluación inicial

Una evaluación realizada por el CICR en el primer semestre de 2007 demostró que el complejo funcionaba a menos del 40% de su capacidad y que la calidad del agua que producía era inferior a la establecida por las normas. Una de las dos unidades compactas estaba totalmente fuera de uso, mientras que la segunda sólo funcionaba parcialmente debido al mal estado de las bombas de alta presión que debían inyectar el agua purificada en las redes principales de distribución. Además, varias piezas de purificación, filtrado y electricidad no funcionaban a capacidad plena o estaban fuera de uso.

Medidas tomadas para evitar situaciones de urgencia

El CICR restableció la capacidad de bombeo de las dos unidades compactas y mejoró el proceso de tratamiento del agua; para ello, reactivó y mejoró las unidades de tratamiento químico, limpió las cisternas de sedimentación y reparó o reemplazó los repuestos de los sistemas eléctricos y de filtrado.

Resultados

Dotada hoy de un buen generador de auxilio y una capacidad importante de almacenamiento de agua, la instalación ahora puede abastecer de agua potable y salubre durante por lo menos seis horas por día, incluso en caso de interrupción de la corriente eléctrica, duración netamente superior al promedio de la mayoría de los barrios de Bagdad. La mejora de la calidad del agua, así como la mayor confiabilidad y cantidad de agua provista por la planta de Urfali, redujo la necesidad de distribuir agua en camiones cisterna en las zonas y los establecimientos abastecidos por la estación. En este caso también, se redujo la amenaza potencial para la salud pública que representaban la mala calidad y la cantidad insuficiente de agua provista por la planta antes de la reparación.

Modo operacional

Todo el proyecto se realizó a través del modelo de dirección a distancia.

Refacción o reconstrucción de instalaciones sanitarias

Las actividades del CICR consistentes en construir, reparar o mejorar instalaciones sanitarias en Irak comenzaron en 1999. Desde entonces, centenares de hospitales y centros de atención primaria de la salud se refaccionaron en todo el país, sobre todo en las zonas más duramente afectadas por las hostilidades, donde esos establecimientos tienen muchas dificultades para atender la gran cantidad de heridos que reciben a diario. Por otro lado, se construyeron varios centros de atención primaria de la salud en zonas que hasta entonces carecían de establecimientos médicos[30].

En el transcurso de 2007, la capacidad de los servicios médicos de urgencia iraquíes fue mantenida por un apoyo fortalecido del CICR a unos 100 establecimientos de salud, que recibieron material para salas de urgencias y quirófanos, así como medicamentos e insumos. En el marco de un enfoque integrado, los sistemas de agua y saneamiento de numerosos hospitales y centros de atención primario de la salud que atienden a heridos fueron reparados o mejorados y varios hospitales grandes recibieron agua en forma cotidiana. Por otro lado, los pacientes heridos en accidentes de gran amplitud recibieron la atención que necesitaban gracias a un abastecimiento rápido de material a los hospitales (entre 48 y 72 horas).

Actualmente, se cuentan unas 130.000 personas discapacitadas físicas en Irak, que necesitan miembros artificiales u otros dispositivos ortopédicos o ayudas para caminar. Los centros de reeducación física del país recibieron la ayuda del CICR para fortalecer sus capacidades de equipar a los pacientes con dispositivos de ese tipo.

30 En 2007, por ejemplo, se realizaron las siguientes actividades de refacción o construcción de centros de salud:
- Centro de atención primaria de la salud Al Smood (provincia de Nainawa): la refacción del centro beneficia a los 40 pacientes que se atienden a diario (modo operacional: supervisión directa).
- Distrito de Hadithah (provincia de Al Anbar): se refaccionaron los tres centros de atención primaria de la salud del distrito (capacidad total: 215 pacientes por día), y el hospital general de Hadithah, que es el hospital de referencia, con 120 camas para una población de 220.000 personas que viven en 19 aldeas (modo operacional: dirección a distancia).
- Centro de reeducación física de Faluya (provincia de Al Anbar): la construcción de este nuevo centro comenzó en septiembre de 2007. Tendrá una capacidad de producción de 500 prótesis por año (modo operacional: supervisión directa por el CICR).
- En la provincia de Basora (sur de Irak): el CICR inició un amplio programa de refacción o de construcción de centros de atención primaria de la salud, sobre todo en las zonas más pobres, en favor de una población compuesta por más del 50% de mujeres y 30% de niños. El programa incluye, en particular, los proyectos siguientes: reconstrucción del centro de atención primaria de la salud de la localidad de Qadisiyah (70 pacientes atendidos por día), refacción y ampliación (superficie suplementaria de 170m^2) del centro de atención primaria de la salud en la localidad de Al Singer (120 pacientes atendidos por día), reconstrucción del centro de atención primaria de la salud de la localidad de Hay Al Husein (150 consultas por día), construcción del centro de atención primaria de la salud en la localidad de Shaibe (80 pacientes atendidos por día).
- En septiembre de 2007, comenzaron las obras de reconstrucción del centro de atención primaria de la salud de Basora, ubicado en el centro de la ciudad (300 consultas por día); deberían concluir en marzo de 2008. El programa también preveía la construcción de un nuevo centro de atención primaria de la salud de tipo comunitario en el barrio de Hay Al Jihad, para una población de unas 1.500 personas, que hasta entonces carecían de servicios de salud (concluido en marzo de 2007). Desde su apertura, el nuevo centro recibió en promedio 70 pacientes por día, más del 50% de los cuales eran mujeres y el 40%, niños (modo operacional: supervisión directa por el CICR).

Distribución de socorros

A principios de 2007, la delegación formó un equipo para reforzar las actividades en respuesta a las necesidades de seguridad económica. Ese programa de asistencia, que consiste en distribuciones de paquetes de víveres y artículos de higiene y otros artículos domésticos esenciales, se dirigió a personas desplazadas dentro del propio país y a las poblaciones locales vulnerables. En 2007, el CICR entregó socorros de urgencia a más de 730.000 personas, distribuidos por sus equipos en el terreno (filiales de la Media Luna Roja del Irak u ONG locales).

Numerosas personas desplazadas hallan refugio en "comunidades de acogida", que también están afectadas por el conflicto. Las condiciones de vida de la población local a veces son tan difíciles como las de numerosas personas desplazadas y la acogida de éstas representa una carga suplementaria para sus habitantes. Las necesidades en ese ámbito en Irak son enormes, y el CICR no está en condiciones de responder a ellas por sí solo[31].

Con el transcurso de los años, la Media Luna Roja del Irak ha cumplido un papel vital en la ejecución del programa de seguridad económica del CICR. Sin embargo, las controversias que tuvieron lugar en noviembre de 2007 impidieron que ambas organizaciones se pusieran de acuerdo en cuanto a las exigencias mínimas del CICR en materia de evaluación, gestión de los stocks, distribuciones y rendición de cuentas; el acuerdo de cooperación sobre la distribución de paquetes de víveres y otros artículos de socorros de urgencia no pudo renovarse para 2008. Por lo tanto, hacia finales de 2008, el CICR ya no podía contar con el apoyo de la Sociedad Nacional para la distribución de socorros de urgencia y, desde entonces, ha fortalecido sus propias distribuciones, así como su cooperación con ONG locales y con las autoridades

Conclusión

Desde 1980, la delegación del CICR en Irak ha mantenido una presencia operacional sin interrupciones en el terreno, en una situación extremadamente difícil en materia de seguridad. El compromiso y el coraje de su personal iraquí han sido un elemento fundamental para lograr esa continuidad.

La reacción del CICR ante la complejidad del contexto operacional en Irak, con los riesgos elevados que implica para la seguridad del personal, ha sido doble. Por un lado, la Institución se mantuvo fiel a sus principios tradicionales de neutralidad, imparcialidad e independencia, firmemente persuadida de que la población iraquí la aceptaría aun más, diferenciándose de la ONU y de otros organismos que contaban

31 El objetivo para 2007 se fijó, en función de la capacidad total estimada de la delegación, en 10.000 familias asistidas por mes y, tras algunos problemas de logística en los primeros meses, la delegación logró prestar esa asistencia en forma regular a la escala fijada. La experiencia inicial adquirida en el marco de ese programa es mitigada; con frecuencia depende de la confiabilidad de los eventuales socios de ejecución. Actualmente está siendo examinada. El programa se perfeccionó a fin de englobar la realización de pequeños proyectos de producción conducidos por residentes vulnerables y por personas desplazadas. El seguimiento indica que los efectos son positivos, por lo que el CICR prevé ampliarlo.

con la Fuerza Multinacional para garantizar su seguridad y su logística. Por otro lado, el CICR aplicó mecanismos innovadores de dirección a distancia, a fin de posibilitar la continuidad de sus actividades humanitarias en las zonas de alto riesgo.

Además de mantenerse fiel a los Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, la acción humanitaria neutral, imparcial e independiente del CICR tiene consecuencias muy concretas en Irak. No se trata sólo de proteger la vida del personal que distribuye socorros humanitarios. En algunos casos, se trata también de una manera de proteger la vida de iraquíes vulnerables que dependen de esa asistencia y que han declarado que temían ser atacados, en caso de que grupos armados percibieran que colaboraban con organizaciones que apoyan la "ocupación" del país. Ese peligro es exacerbado por la ausencia de distinción clara entre las unidades militares que, para favorecer objetivos militares, distribuyen también socorros humanitarios y algunas organizaciones humanitarias que se apoyan en gran medida en un apoyo militar para sostener su presencia en Irak.

El desarrollo de un modo operacional de dirección a distancia se inscribe en un proceso de aprendizaje empírico a través del cual el CICR ha diseñado un tipo de respuesta nuevo en zonas geográficas donde el riesgo de seguridad es particularmente elevado. Esa modalidad no podría ser posible sin la vasta red creada por el CICR.

La experiencia reciente del CICR en Irak, así como la de algunas otras instituciones y organizaciones, merece ser profundizada, pero sin duda ha tenido efectos positivos para centenares de miles de iraquíes. Preservar una presencia y una proximidad en el terreno, intervenir cuando es posible, nos permite no sólo realizar una acción humanitaria, sino también mejorar nuestros conocimientos y nuestra comprensión de una situación compleja y no perder de vista las necesidades humanitarias. Se pueden hallar soluciones integrando componentes locales a la acción humanitaria. Una presencia en el terreno ofrece ocasiones de diálogo humanitario, de la que por lo general dependen la percepción positiva y, luego, la aceptación. Esa presencia a una escala más importante también permite mantener el equilibrio entre las diversas comunidades respondiendo a sus necesidades, por más variadas que puedan ser de un lugar a otro.

Mantener una operación humanitaria en un medio muy riesgoso como Irak, donde el umbral tradicional de las nociones de seguridad del CICR se suele traspasar, ha exigido una voluntad de correr riesgos calculados. La delegación de Irak es una de las pocas en el mundo donde el personal del CICR es designado a título voluntario. Según la evolución de la situación, la acción del CICR probablemente seguirá siendo obstaculizada en los años venideros, por un acceso restringido a la población y por preocupaciones de seguridad en un teatro de operaciones de riesgos elevados; por lo tanto, en ciertos aspectos seguirá siendo incompleta. La respuesta a las necesidades de protección y de asistencia de numerosas víctimas en Irak probablemente será insuficiente, por lo que muchas personas quedarán aisladas y contarán sólo con sus propios mecanismos de defensa, ya muy exigidos.

La frustración y el fatalismo crecientes de la población iraquí sin duda se expresan en el sentimiento de impotencia de los trabajadores humanitarios. Y sin

embargo las violaciones muy graves y cotidianas del derecho internacional humanitario no podrían aceptarse como fatalidades. Son cada vez más numerosos los iraquíes que rechazan la situación actual como intolerable e inadmisible, con frecuencia corriendo enormes riesgos personales. Es indispensable que la comunidad humanitaria internacional tome fuertes medidas para apoyar el coraje extraordinario demostrado por los iraquíes.

Junio de 2008, N.º 870 de la versión original

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

Sanciones

Junio de 2008, N.º 870 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

EDITORIAL

En el marco de una encuesta realizada por el CICR en varios países hace algunos años, la abrumadora mayoría de las personas consultadas opinó que ciertos actos de guerra son suficientemente graves como para ser calificados de crímenes de guerra, y que sus autores deben ser juzgados y castigados. La exposición directa de esas personas a los conflictos armados y enfrentamientos parecía haber reforzado su opinión de que los criminales de guerra debían ser sancionados. Además, entre las personas encuestadas prevalecía la opinión de que la responsabilidad de muchas de las atrocidades perpetradas recae sobre los jefes militares, quienes ejercen enorme presión sobre los soldados y los combatientes, incitándolos a cometer toda clase de actos abominables a fin de obtener alguna ventaja estratégica. En sus respuestas, tanto los civiles como los combatientes tendieron a eximir a los combatientes jóvenes y escasamente formados de la responsabilidad por los actos cometidos. La clara conclusión de esa consulta es que la cultura de la guerra y el constante quebrantamiento de las normas éticas y de las convenciones de la guerra han generado un reclamo de justicia entre combatientes y no combatientes.

La forma de justicia a la que aspiran los ciudadanos —es decir, los tipos de sanciones, los fundamentos jurídicos y las instancias competentes— varían considerablemente de un contexto a otro. Sin duda, la experiencia de las personas incluidas en la consulta con respecto a los tribunales internacionales, los tribunales nacionales, las instancias estatales y las autoridades militares, ha influido en su opinión acerca de la capacidad de esas instituciones de ejercer una justicia equitativa. En la mayoría de los países que carecen de autoridades públicas sólidas, las personas consultadas tienden a preferir un tribunal internacional, porque consideran que las instituciones de su país son demasiado débiles o demasiado corruptas para actuar con imparcialidad.

El derecho internacional humanitario exige a los Estados reprimir todas las infracciones de sus normas. Las sanciones forman parte de todo sistema jurídico coherente, y la amenaza de sanciones efectivas tiene efectos disuasivos. Los Estados deben garantizar el respeto de las normas establecidas en los acuerdos internacionales y en el derecho internacional consuetudinario, y adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y reprimir las infracciones. Algunas de esas medidas son los reglamentos militares, los decretos administrativos y otras medidas de reglamentación y control. En casos de infracciones graves del derecho internacional humanitario, los presuntos autores deben ser sometidos a juicio penal.

En particular durante los conflictos armados, la obligación de reprimir las infracciones del derecho internacional humanitario exige a las autoridades redoblar la vigilancia, sobre todo con respecto a actos cometidos por miembros de sus propias fuerzas armadas. A menudo, suele ser la laxitud de los jefes la que permite que los soldados cometan actos criminales. A fin de reprimir eficazmente las infracciones durante los conflictos armados, es preciso que la disciplina estricta y la firme voluntad de hacer respetar la ley prevalezcan en toda la jerarquía militar.

Los mismos criterios se aplican a los grupos armados no estatales, aunque para ellos es más difícil satisfacer estas exigencias, dado que su organización es menos estructurada y no siempre cuentan con los medios necesarios para hacerlo.

En el período posterior a un conflicto armado, la situación política, económica y social influye no sólo en las formas de justicia que se eligen, sino también en el momento de su aplicación. Es cierto que se debe responder a las necesidades de una sociedad que sale de un conflicto (por lo que respecta a la estabilización, la seguridad, la reconciliación y la desmovilización), pero también hay que hacer justicia. No sólo en beneficio de las víctimas, sino como parte de una serie de medidas indispensables para prevenir nuevas infracciones que afecten a las generaciones futuras. Es fundamental que los Estados demuestren la firme voluntad política de velar por que las personas sospechosas de haber cometido crímenes de guerra sean debidamente procesadas, sea en los tribunales nacionales o internacionales. El objetivo es claro: las atrocidades deben cesar y las personas responsables deben rendir cuenta de sus actos. Es preciso adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar esta meta. La *International Review of the Red Cross* espera contribuir a este esfuerzo mediante el análisis del papel que desempeñan las sanciones en el fortalecimiento del respeto del derecho internacional humanitario.

Toni Pfanner
Redactor jefe

Junio de 2008, N.º 870 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Discurso del general Jean-René Bachelet

El general retirado Jean-René Bachelet fue inspector general de las Fuerzas Armadas de la República Francesa. En 1995, estaba al mando de las fuerzas de UNPROFOR asignadas al sector de Sarajevo, en ex Yugoslavia, durante el período álgido del sitio de la ciudad, hasta que lo levantaron. Entre 1999 y 2004, dirigió un estudio para elaborar un marco de referencia en materia de ética y comportamiento para el ejército francés, y puso en marcha una ambiciosa reforma de los planes de estudio que rigen la formación inicial de los oficiales en Saint Cyr, la principal academia militar francesa. El discurso a continuación fue pronunciado como introducción en la Reunión Interregional sobre el papel de las sanciones en el fortalecimiento del respeto del derecho internacional humanitario, celebrada en Ginebra del 15 al 17 de noviembre de 2007.

***

Cuando me invitaron para presentar este tema, al principio temí que mis anfitriones estuvieran tomando un riesgo al ceder la palabra a una persona que vistió uniforme durante 42 años, y para colmo, en el arma de infantería. Ésta es una reunión de expertos, y obviamente, yo no soy experto en derecho internacional ni tengo conocimientos sobre las sanciones destinadas a garantizar el respeto de sus normas. Sin embargo, mi temor de que hubiesen elegido a la persona equivocada se apaciguó cuando, al leer la documentación relativa a esta reunión, vi que el telón de fondo del tema era el comportamiento en la guerra, una cuestión con la que sí estoy familiarizado, y mucho.

Voy a comenzar por describir el contexto, que es importante, incluso fundamental, para comprender los comportamientos en tiempo de guerra. Por esta razón, en el marco de esta reflexión sobre el derecho humanitario en la guerra, me parece útil empezar por caracterizar los enfrentamientos bélicos. Se trata de situaciones excepcionales, que a veces traen consigo momentos de violencia desenfrenada, en los cuales desaparecen los marcos de referencia normales. Probablemente, muchos

de ustedes ya conocen estas situaciones, pero con esta descripción podremos captar la atmósfera a la que deseo referirme.

Quisiera aclarar que me referiré a esta cuestión como ex miembro de una fuerza armada institucional, el ejército francés, y no como "portador de armas", expresión que me resulta ajena. En este marco, no cabe duda de que las personas que ejercen lo que llamaré "la profesión de las armas" están sometidas al derecho, y, más concretamente, al derecho nacional, el cual, a su vez, está incuestionablemente vinculado con el derecho internacional.

La necesidad de adoptar un código moral

Cuando se habla de comportamientos, es decir, de acciones, se plantea la siguiente pregunta: ¿cuáles serían los efectos de una ley basada en una ética que no contase con la aprobación de los actores? La respuesta es que, muy probablemente, carecería de toda utilidad. Por analogía, cabe imaginar que, en una nación, en un Estado basado en el imperio del derecho, el día en que los ciudadanos dejen de guiarse por la conciencia de vivir conforme a valores comunes, peligrará la paz civil. Por ende, a un nivel más profundo y probablemente más poderoso que el de la ley —que, sin embargo, no constituye una alternativa a ella— el comportamiento es guiado por la ética que cada persona ha interiorizado.

Por esta razón, tras caracterizar la convulsionada atmósfera de los enfrentamientos armados, me propongo delinear un contexto para el tema que se desea abordar en esta reunión. Para ello, describiré algunos de los principios fundamentales que subyacen a un código moral de la profesión de las armas destinado a guiar el comportamiento en tales situaciones. Por lo tanto, entraremos de lleno en la cuestión. Para ello, no me referiré a episodios históricos de un remoto pasado, sino a un acontecimiento relativamente reciente que, de todas maneras, se sitúa en el contexto de los conflictos actuales.

El contexto del conflicto

Estamos en Sarajevo, en mayo de 1995. Desde hace tres largos años, la comunidad internacional presencia impotente la implosión de la antigua Yugoslavia. Después de Croacia, fue el turno de Bosnia; quienes estaban familiarizados con el país y su historia sabían que la lucha iba a ser despiadada; en efecto, así fue.

El entorno político-militar

No recuerdo con exactitud cuántas resoluciones de la ONU fueron burladas apenas promulgadas. Se enviaban sobre el terreno tropas de cascos azules, cada vez más nutridas, pero aparentemente inoperantes. En esa época, solamente en el sector de Sarajevo se encontraban presentes un batallón egipcio, un batallón ruso, un batallón ucranio, tres batallones franceses y un destacamento de la fuerza aérea francesa en el aeropuerto, todos ellos bajo el mando de un general francés a cargo de ese sector, asistido por un estado mayor multinacional.

Es probable que los historiadores estudien con interés e incluso perplejidad esos tres largos años, durante los cuales parece increíble que, en nuestro mundo tan inteligente, se haya podido acumular tal cantidad de errores, sobre todo en cuanto a la confusión entre las normas de la diplomacia y las que se aplican cuando se ha decidido usar la fuerza. El hecho es que cuando, como resultado de las negociaciones diplomáticas, nuestras tropas quedaron colocadas en la posición de rehenes potenciales, llegó el momento de los rehenes verdaderos. Cuando los aviones de la OTAN bombardearon los suburbios de Pale, la capital bosnio serbia (sin que, por lo demás, esa acción hubiese sido notificada al comandante del sector Sarajevo), los bosnios serbios respondieron tomando como rehenes a decenas de cascos azules.

Los cascos azules pertenecían a grupos diseminados por toda la zona serbia desde el invierno anterior, cuando, tras la masacre del mercado de Markalé, los serbios se habían visto obligados a reagrupar sus cañones en diversos puntos. La presencia de tantos destacamentos de la UNPROFOR en cada una de esas localidades tenía la finalidad de disuadir del uso de esa artillería pesada. Menospreciando las reglas tácticas más elementales, esos destacamentos estaban situados en posiciones completamente vulnerables, situación que fue denunciada por todos los jefes militares que se encontraban sobre el terreno. Sin embargo, esos reclamos no obtuvieron ni la más mínima respuesta, hasta ese día de mayo en que la reacción serbia al bombardeo de Pale provocó una gravísima crisis.

La atmósfera de la acción militar

Éste es, pues, el escenario de la acción que me propongo describir, a fin de transmitir la atmósfera de la acción militar en su aspecto de extrema brutalidad. La acción se desarrolla en uno de los puestos de control situados en la periferia de Sarajevo. Ese puesto está enclavado entre el centro de la ciudad, por el norte, y el barrio serbio de Grbavica, por el sur. Esos sectores de la ciudad están separados por el río Miljaka, cruzado en ese lugar por el puente de Verbanja, el cual dio su nombre al puesto de control.

El primitivo puesto de control se había transformado en un verdadero búnker, porque los soldados apostados en él debían defenderse de los disparos de ambos lados. Pero, aunque el búnker garantizaba un nivel mínimo de protección, su posición desafiaba todas las reglas tácticas de la defensa. Enclavado en la zona serbia del otro lado del río Miljaka, estaba dominado por los edificios serbios de un lado y por los bosnios del otro. Para llegar a él, había que cruzar el puente y luego atravesar una explanada de cincuenta metros, que conducía a las laderas de la montaña situada enfrente. El puesto estaba rodeado de una alambrada y en su interior había una docena de hombres, miembros de un batallón francés de la UNPROFOR, que se relevaban una vez por semana. En ese momento, la misión, cuyo mandato inicial era vigilar uno de los escasos puntos de cruce abiertos entre las dos zonas, se había suspendido; en ese momento, era cuestión de aguantar y esperar.

Una noche de mayo de 1995, en plena "crisis de los rehenes", el comandante de la compañía que estaba a cargo de ése y de otros puestos de control, pierde el contacto radial. Corre al puesto de control en su jeep. Al llegar, cruza la alambrada

pero, de inmediato, percibe que algo no está bien, a pesar de que frente a la puerta se observa la silueta de un casco azul. Al darse cuenta de que no es uno de sus hombres, comprende que los serbios han tomado el puesto por sorpresa, y logra escapar junto con los soldados que lo acompañan.

Todavía es de noche. De inmediato, se toma la decisión de recuperar el puesto por la fuerza. Esta decisión señala un cambio de actitud espectacular y saludable, en comparación con todo lo que se había hecho hasta ese momento. El único ataque de la guerra —en el sentido brutal y sanguinario que esa palabra tiene en el léxico militar— de las fuerzas de la "comunidad internacional" fue lanzado por los cascos azules. Unos meses después, las supuestamente robustas fuerzas de la OTAN no hacían otra cosa que "mantener la paz"... pero ésa es otra historia. Por ahora, quisiera invitarlos a revivir esa incursión.

Hay que imaginarse la escena en el alba. La compañía del capitán baja por las laderas hacia el puesto de control. Para hacerlo, los hombres tienen que cruzar las líneas de los bosnios, que los miran con incredulidad. Entre los edificios bosnios, se han apostado discretamente vehículos blindados que, en el momento adecuado, pueden usar sus cañones para cubrir el avance de los hombres. Hasta ahora, todo está en calma.

Los hombres están frente a la explanada y a unos 50 metros del recinto rodeado de la alambrada. Tienen entre 18 y 22 años. Su jefe es un teniente apenas mayor que ellos. También está allí el capitán, cuya edad ni siquiera llega a los 30 años. A él toca lanzar la orden: "¡al ataque!"

Los "marsoines" (nombre que se da en el ejército francés a la infantería de marina, a la que pertenecía esa compañía) se lanzan en avanzada. Uno de ellos muere apenas iniciada la marcha. El grupo de asalto llega hasta la alambrada. Uno de los atacantes recibe un disparo y cae sobre el alambre. Sus camaradas pasan por encima de su cuerpo para franquear el obstáculo. Llegan a la entrada del puesto de control. Todos están heridos. Herido en la cabeza, el teniente está cubierto de sangre.

Recapitulemos: la extrema tensión de la partida, un nudo de miedo en el vientre y después una brutal liberación de adrenalina; todo sucede entre el crepitar de los disparos, las explosiones de las granadas, el fragor de los cañones, el olor de la pólvora y, en seguida, el de la sangre.

Los jóvenes que irrumpen en el puesto de control están como ebrios. Pisándoles los talones, llega el capitán, que tiene miles de preocupaciones. La primera es saber qué sucedió con los hombres que custodiaban el puesto de control, cuya suerte desconoce; tal vez fueron tomados prisioneros y todavía se encuentran dentro del puesto. Se preocupa por maniobrar sus fuerzas de apoyo, es decir, por reorientar los disparos de los tanques. Sigue a sus hombres, que han entrado en el puesto de control.

Los serbios se han replegado a la otra parte del puesto de control, que es larga y angosta; un estrecho corredor la divide en dos secciones. Han dejado atrás a dos de sus heridos, quienes ven a los atacantes lanzarse sobre ellos en las condiciones físicas y psicológicas descritas.

El papel decisivo del jefe

Deben ustedes comprender que, en ese instante, la vida de aquellos heridos pende de un hilo. Frente a ellos, hay un grupo de jóvenes de veinte años, cubiertos de sangre, presas de la furia asesina que se apodera de los hombres en esas situaciones, en las que todo sucede con gran rapidez. ¿Protegerá el derecho a los dos serbios heridos? Dejo a ustedes responder a esa pregunta.

En ese instante, se revela la figura del capitán, que hoy ostenta el grado de coronel. Inmediatamente toma el control de la situación. Escoge a los más gravemente heridos de los atacantes —sus hombres— y les confía la custodia de los prisioneros serbios con la expresa recomendación de velar por ellos. Acto seguido, reinicia el ataque, pero esta vez hacia la segunda parte del puesto de control.

Aquí pondré punto final a esta narración, cuyo único objetivo era caracterizar este tipo de situaciones, en las cuales la línea que separa el comportamiento de soldado —tal como lo dictan nuestra herencia cultural y el derecho internacional— de la barbarie se torna casi imperceptible. En esas circunstancias, ¿cuál es el factor decisivo? ¿Creen ustedes que el comportamiento será dictado por el derecho internacional existente? ¿Por el derecho nacional? ¿Por la sanción que podría derivar de tal situación? Desde luego que no. Lo que decide el rumbo de las cosas son los reflejos, las reacciones instintivas. Pero, en una situación como ésa, el instinto es bárbaro por naturaleza. Allí interviene el jefe militar, cuyo papel es esencial: si cuenta con el apoyo de sus hombres; si es reconocido; si, más que el líder, es el hermano mayor que se impone por la fuerza de su carácter, su autoridad y su competencia, pero también por su corazón, él será la única persona capaz de controlar la histeria del combate que empuja a la barbarie. Ése es el peso de su responsabilidad.

Éste es, en suma, el contexto. Sobre la base de esas situaciones de la vida real, les propongo ahora recordar los aspectos fundamentales de la acción militar y luego deducir los principios susceptibles de inspirar un código moral para la profesión de las armas.

Principios morales

Tras cada uno de los grandes conflictos librados en el siglo XX, el intenso deseo de paz que experimenta la humanidad desde tiempos inmemoriales dio lugar, una y otra vez, a un contrasentido por lo que respecta a la índole de los ejércitos y de la acción militar. Se atribuye a los ejércitos, en virtud de su misma existencia, la responsabilidad de las guerras; esa idea dio lugar a la ola pacifista que atravesó Occidente durante toda la guerra fría. Sin embargo, tras la caída del muro de Berlín, allí donde algunos espíritus nobles creyeron ver el surgimiento de una era de paz perpetua, lo que se presencia es lo opuesto: una vez desaparecido el freno representado por la bipolaridad del mundo, se dio rienda suelta a una violencia largamente contenida.

De este modo, redescubrimos lo que ya habíamos constatado en el decenio de 1930: la capacidad individual y colectiva del hombre de cometer las peores injusticias contra el prójimo en condiciones cuya supresión exige el uso de la fuerza,

cuando todos los otros cursos de acción, sobre todo los diplomáticos o los económicos, se demuestran ineficaces, si no directamente contraproducentes.

Predominio de la fuerza sobre la violencia sin límites

¿Qué significa la fuerza? Una capacidad de coerción que permite vencer a la violencia. ¿Y qué más? De hecho, y sin eufemismos, es la capacidad de infligir la destrucción y la muerte, si no hay otra forma de poner fin a la violencia desenfrenada.

He aquí la capacidad que es preciso conservar. En relación con los valores de nuestra civilización, esa capacidad es indudablemente excesiva pero, a la vez, indispensable, puesto que la alternativa es someterse a la ley del más fuerte o, mejor dicho, del más violento, lo cual equivaldría a traicionar, por defecto, los valores que se nos llama a defender: la universalidad del hombre y el valor de la vida, la integridad y la dignidad humanas.

¿Significa esto que responderemos a la violencia desenfrenada con la misma violencia? En tal caso, traicionaríamos los mismos valores, en este caso por exceso. Por estas razones, la fuerza debe poder vencer a la violencia, pero sin permitirse recurrir a cualquier método. Este aspecto conlleva una fuerte exigencia ética, sobre la cual volveremos más adelante.

Concretamente, los ejércitos son instituciones que tienen el deber, en caso necesario, de usar la fuerza definida de este modo. Su legitimidad deriva de las naciones, puesto que las fuerzas armadas son, en alguna medida, sus agentes. En Occidente, éstos son los fundamentos de la "profesión de las armas".

Pero, volvamos ahora a las situaciones en el terreno, como aquella que describí al principio. En esas circunstancias excepcionales, ¿qué nos impulsa a obedecer la orden de ataque? Dicho de otra forma, ¿qué motivación extraordinariamente poderosa anima a un joven de veinte años a lanzarse al ataque en respuesta a una orden, sin considerar los sufrimientos y la muerte? Sólo quienes desconocen las cuestiones militares o los antimilitaristas viscerales pueden pensar en una supuesta robotización de los soldados, o que existe algún tipo de feroz disciplina que les hace temer más al jefe que a las balas.

El papel primordial de la solidaridad o la fraternidad de las armas

Pero, no es ésa la explicación. Entonces, ¿la motivación se relaciona con el llamado a defender la bandera, los valores, la libertad y demás cosas? No. En estas circunstancias, entra en juego una constante histórica. Avanzamos porque, en una tropa que funciona bien, se forma una red de solidaridad extremadamente fuerte. Por una parte, la solidaridad es "horizontal": se trata del espíritu de camaradería típico de las unidades militares. Los soldados tienen confianza absoluta en los camaradas que se encuentran a su derecha, a su izquierda y a sus espaldas. A lo largo de los días y las noches, en los buenos y malos días, a través de las alegrías y las pruebas compartidas, se construye una verdadera fraternidad. Históricamente, todos los testimonios coinciden acerca de este fenómeno.

La solidaridad "horizontal" va acompañada de la solidaridad "vertical". Como hemos dicho, el ejercicio de la autoridad no consiste en la imposición de una disciplina feroz. Es una sutil alquimia que nace de la relación de confianza absoluta entre el comandante y los subordinados. Obviamente, esa relación se basa en la competencia y en la autoridad del jefe, pero también en la atención bondadosa que presta a cada uno de sus hombres; el componente emocional es de suma importancia. Es lo que llamamos —en términos que pueden sonar pomposos— "la fraternidad de las armas". Ése es el factor que nos impulsa hacia adelante; confiamos en nuestros camaradas, en nuestro jefe y además, en nosotros mismos, porque no podemos defraudar a nadie. A la hora de la verdad, ésa es la verdadera motivación operacional del soldado.

Podría objetarse, sin embargo, que toda esta estructura adolece de peligrosas ambivalencias, tanto para mejor como para peor. En efecto, se puede pensar que las Waffen SS también cultivaban la fraternidad de las armas... y ésta es la razón por la cual es imprescindible encontrar una fuente de inspiración común y fundamentalmente ética, dictada por los valores de nuestra civilización que mencioné anteriormente.

El soldado interioriza las normas de la ética sólo en la medida en que el espíritu de cuerpo y la fraternidad de las armas se sustentan en esa inspiración. Por lo demás, el código debe interiorizarse con anticipación, ya que, de otro modo, no podrá influir en el comportamiento del soldado cuando éste se encuentre en situaciones de violencia extrema, como la que describí al principio de mi alocución.

Eficiencia y humanidad

Consecuentemente, nuestro soldado está sometido a dos principios que, en parte, son antagónicos. Por un lado, está el principio de la eficiencia: hay que vencer al adversario, dominar al violento, ser el más fuerte. Pero, en nombre de los valores de la civilización, esas metas no se pueden alcanzar de cualquier manera o a cualquier precio; es esencial respetar el principio de humanidad. Por ello, la fuerza no se traduce en violencia desenfrenada, sino que es mantenida bajo control.

A aquellos que se sientan tentados de ver en esa idea un concepto moderno —unos para congratularse del progreso de la conciencia moral, otros para ironizar acerca de lo que hoy es "políticamente correcto"— les recuerdo que se trata de una herencia de muchos siglos de civilización. Su origen se remonta al siglo V d.C., durante la decadencia del Imperio Romano. Cuando los vándalos invadieron el norte de África, dejando tras sí una estela de devastación y atrocidades, las estructuras políticas y administrativas habían desaparecido y la única entidad que podía ofrecer una respuesta era la incipiente iglesia cristiana. En la ciudad de Hipona, que en tiempos de la Argelia francesa se denominaba Bona y hoy Annaba, el obispo se llamaba Agustín. Sus fieles se dirigieron a él, preguntándole: "¿Dejaremos que masacren a nuestras mujeres y a nuestros hijos?". Y Agustín respondió: "No".

Jus ad bellum y *jus in bello*

Nace así, en torno al concepto de "guerra justa" —un concepto ciertamente ambivalente, pero ¿no lo son todas las cuestiones humanas?—, la inmensa ambición, a menudo traicionada pero nunca negada, de aplicar, en caso necesario, una fuerza que no sea equivalente a la violencia. Como ustedes saben, ese concepto se tradujo a términos jurídicos en la Edad Media; no es a los juristas a quienes debo explicar lo que significa *jus ad bellum* y jus in bello. El derecho de los conflictos armados" de hoy ¿no es acaso la traducción contemporánea de jus in bello? Del mismo modo, cuando el entonces ministro de Asuntos Exteriores francés, Xavier de Villepin, esforzándose por disuadir a los estadounidenses de embarcarse en la calamitosa guerra de Irak, pronunció un vehemente discurso ante la ONU, pudo observarse que la argumentación se basaba, prácticamente punto por punto, en los artículos del *jus ad bellum* medieval. Sin duda alguna, no fue una acción consciente del orador, pero quedó demostrado que esos principios están firmemente anclados en nuestra cultura. Lejos de ser un efecto de la moda, el concepto de la fuerza controlada está intrínsecamente ligado a los valores de nuestra civilización desde hace siglos.

La interiorización y el comportamiento instintivo

Sin embargo, como se ha visto, es necesario interiorizar esos principios. Allí es donde interviene la formación, sobre todo la de los jefes. Cuando todavía estaba en actividad, tuve que hablar sobre esta cuestión en nuestras academias de oficiales en Saint Cyr-Coëtquidan. Para ello recurrí, en particular, a un testigo, un comandante. Yo sabía que, cuando era teniente, él había estado en Sarajevo durante la crisis de los rehenes de la que he hablado, y había observado un comportamiento ejemplar en una situación particularmente difícil. Uno de los estudiantes de la audiencia preguntó: "¿Por qué reaccionó usted así?" Su respuesta espontánea fue: "No lo pensé". Ésta fue la mejor respuesta que podía darnos, porque equivalía a decir que, en situaciones de violencia paroxística y urgencia absoluta, la reacción es prácticamente instintiva. De nada sirven las órdenes recibidas, el "comportamiento que se debe observar", las "reglas de enfrentamiento" y, a fortiori, el derecho; lo único que cuenta es el "capital básico" de la persona. Si ese "capital básico" ha absorbido los principios a los que nos referimos, allí estará nuestra única defensa válida contra el comportamiento bárbaro.

La guerra sin odio

Antes de concluir, quisiera volver sobre el carácter profundamente cultural de los conceptos y principios que hemos mencionado y, sobre todo, la cuestión del respeto por el enemigo. El tercer artículo del Código del Soldado Francés, dice: "Dominando su propia fuerza, [el soldado] respeta a su adversario y evita causar daño a las personas civiles". En la Legión Extranjera, el "código del legionario", anterior al citado código del soldado, dice: "No odiarás a tu enemigo". No cabe duda

de que estos principios se enmarcan en el multisecular espíritu heredado del jus in bello medieval.

Sin embargo, conocemos ciertas culturas militares —y no precisamente las menos importantes— que hacen del odio al enemigo un aspecto del comportamiento que se inculca durante la formación militar. Parece claro que, a la vez que es preciso esforzarse por mejorar el derecho internacional, resulta igualmente necesario cuestionar las culturas militares que hacen del odio al enemigo uno de los principios básicos de la formación de los soldados.

Aunque no dejaría de ser interesante, no es mi intención desarrollar ahora una argumentación para demostrarles que, frente al objetivo humanista multisecular que he descrito, la mayor parte de las transgresiones pueden interpretarse como frutos de la demonización del adversario. Pero, la historia nos ha demostrado que la sacralización de los objetivos de la guerra y su corolario, la demonización del adversario, en nombre de Dios, de la nación, de la raza o por cualquier otra razón, abren la puerta a la barbarie.

Hoy, debemos preguntarnos si un cierto grado de sacralización de los derechos humanos no estaría ayudando a producir el efecto opuesto del que se desea lograr. Lo mismo podría decirse de la idea de demonizar manifiestamente el "terrorismo". Demonizar al adversario es condenarse uno mismo a las regresiones y a la barbarie. Además, en este caso, equivale a alimentar el mismo terrorismo que intentamos suprimir.

Obviamente, no se puede negar que los ataques indiscriminados, dirigidos contra personas de todas las edades y condiciones, son absolutamente reprensibles. Sin embargo, hay una lógica terrorista. Esa lógica es evidente para los protagonistas: consiste en una estrategia indirecta que involucra un desvío de los débiles a los fuertes. La fuerza del adversario es de tal magnitud, que la única solución parece ser desviar la propia fuerza para golpear donde más duele. En las sociedades occidentales, ¿dónde duele? A nivel de las personas y las opiniones. Ésa es la lógica de los protagonistas. Hace uso de hombres o mujeres claramente "fanatizados" pero cuyas motivaciones verdaderas son, sin lugar a dudas, la humillación y la desesperación.

Cuanto más aplastante es la fuerza de adversario, tanto más incentiva las "desviaciones" y, por ende, tanto más fortalece el terrorismo que intenta suprimir. Cuanto más se empuja a poblaciones enteras a la desesperación y, para peor, a la humillación, tanto más se fomenta el terrorismo.

Cuando oigo decir que se ha declarado la guerra al terrorismo, no sé si reír o llorar. El terrorismo es un arma. Es como si los soberanos del Renacimiento europeo hubiesen declarado la guerra al arquebús. Es una noción que no tiene sentido.

Conclusión

Por estas razones, las "nuevas formas" de los conflictos contemporáneos no invalidan para nada el elevado objetivo humanista heredado de nuestra civilización. Al igual que todos, si no más, el soldado es portador de esa herencia, aunque la tragedia de las situaciones que afronta lo condena, en el mejor de los casos, al mal

menor. Concluir significa tanto resumir como abrir nuevos caminos de pensamiento. Para hacerlo, quisiera ofrecerles dos breves citas. La primera es del moralista Vauvenargues, quien, en su estilo notablemente conciso, escribió: "El vicio fomenta la guerra, y quien lucha es la virtud". Sí, la violencia es vicio, y la fuerza virtud.

Pero esta, cita podría ser objeto de interpretaciones enojosas, si no se complementase con una sentencia pronunciada muchos siglos atrás por el gran Agustín del que antes hablé: "Hay algo peor que el vicio: es el orgullo de la virtud". Sin duda, debería recomendarse la lectura de las obras de San Agustín a los dirigentes políticos y militares de hoy.

Junio de 2008, N.º 870 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Eficacia de las sanciones como medio para lograr un mayor respeto del derecho humanitario

Anne-Marie La Rosa*

La doctora Anne-Marie La Rosa es asesora jurídica en el Servicio de Asesoramiento de la División Jurídica del CICR. Además, es profesora de derecho penal internacional.

Resumen

El examen de la eficacia de las sanciones como medio para fomentar un mayor respeto del derecho humanitario tiene distintas facetas: en primer lugar, el fortalecimiento del respeto de la ley; en segundo lugar, la sanción en sí, y en tercer lugar, las características de los autores de las infracciones. La situación de los grupos armados se analiza por separado. La autora también examina la justicia transicional como mecanismo complementario, analiza el problema de cómo atender a las víctimas y, por último, formula propuestas para ayudar a las partes a establecer un sistema de sanciones capaz de ejercer una influencia duradera en el comportamiento de los portadores de armas y lograr un mayor respeto del derecho internacional humanitario.

***

* La autora está a cargo del proyecto sobre sanciones que realiza el Servicio de Asesoramiento del CICR. Desde 2006, el proyecto ha recibido el apoyo y el asesoramiento permanente del Director del Centro de Derecho Internacional de la Universidad de Aix Marsella III, profesor Xavier Philippe, y de un grupo de expertos con experiencias y antecedentes diversos, en particular: Emmanuel Castano, Nueva Escuela para la Investigación Social, Nueva York; Amedeo Cottino, Universidad de Torino; Emmanuel Decaux, Universidad de París II; Pierre Hazan, periodista, asesor sobre justicia transicional; Christian Nils-Robert, Facultad de Derecho, Universidad de Ginebra; Eric Sottas, OMCT, Ginebra; Eric Steinmyller, Ministerio de Defensa, Francia; e Yves Sandoz, miembro del Comité Internacional de la Cruz Roja. Este artículo refleja en gran parte los resultados del proceso de consulta iniciado en 2006, incluida la Reunión Interregional sobre el papel de las sanciones para garantizar un mayor respeto del derecho internacional humanitario, celebrada en Ginebra del 15 al 17 de noviembre de 2007.
Las opiniones vertidas en este artículo son de la autora, no necesariamente del CICR.

En 2004, el CICR publicó un estudio sobre los orígenes del comportamiento en la guerra (en adelante, Estudio Influencia) cuyo objetivo era identificar los factores que condicionan de manera decisiva el comportamiento de los portadores de armas en los conflictos armados[1]. Una de las principales conclusiones del Estudio Influencia es que la instrucción rigurosa de los combatientes, las órdenes estrictas sobre su conducta y las sanciones eficaces en caso de incumplimiento de esas órdenes son los elementos más adecuados para lograr que los portadores de armas respeten en mayor medida el derecho humanitario.

Desde 2006, el CICR ha decidido profundizar esas conclusiones, concentrándose en particular en el papel de las sanciones cuando se trata de lograr un mayor respeto del derecho humanitario. Esa decisión también se justifica por el hecho de que, en el ámbito de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, las sanciones son ineludibles. En general, los tratados internacionales prevén, en términos más o menos similares, que las Partes deben adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar su aplicación y, en particular, prever sanciones penales adecuadas, realmente eficaces y estrictamente aplicadas o incluso sanciones suficientemente disuasivas, cuando se han cometido violaciones que afectan valores fundamentales.

En los esfuerzos de acompañamiento del CICR a los Estados y las partes en conflicto a los que incumbe la responsabilidad principal de aplicar e implementar el derecho internacional humanitario, es crucial buscar medios que permitan una mejor realización de las sanciones. En otras palabras, se trata de concentrarse en las condiciones que permitirían aumentar el efecto disuasivo de las sanciones y precisar la legibilidad de su mensaje cuando se las aplica a las violaciones del derecho internacional humanitario.

La profundización del papel de las sanciones para lograr un mayor respeto del derecho humanitario también permite reafirmar la importancia de la primacía del derecho y de los valores universales fundamentales que defiende. Esta reflexión debería contribuir al fortalecimiento de la norma misma y a evitar, por esa misma vía, su cuestionamiento. Además, debería tomarse en cuenta cuando se determina qué podría ser negociable y qué no.

Para realizar este ejercicio y hallar el justo equilibrio entre los principios teóricos y el pragmatismo, deben superarse algunos desafíos. En primer lugar, puede sorprender nuestra decisión de no definir desde el principio la noción de "sanción"[2]. Si bien las sanciones penales y su eficacia siguen siendo centrales en el debate, nos parece que el mérito de las diferentes sanciones debe analizarse en el marco de un proceso de justicia que se inscribe en el tiempo y en el espacio y que reviste una pluralidad de formas complementarias. Considerada en forma aislada, una sanción por lo general resulta insuficiente y poco eficaz. Sin embargo, puede volverse totalmente pertinente si se la coloca en un proceso general. Permite, por lo demás, responder a

1 Daniel Muñoz Rojas, Jean-Jacques Frésard, *Origines du comportement dans la guerre – Comprendre et prévenir les violations du droit international humanitaire*, CICR, Ginebra, octubre de 2004.

2 Sobre la definición de "sanción" en el derecho internacional, v. la contribución de Emmanuel Decaux: "The definition of traditional sanctions: their scope and characteristics", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, pp. 249-257, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

exigencias a veces contradictorias, como las de justicia reflexiva y celeridad. Profundizar el papel de las sanciones para lograr un mayor respeto del derecho humanitario nos obliga a detenernos tanto en la naturaleza y las características de las sanciones propiamente dichas, como en cuestiones tales como las formas de justicia, las personas a las que se aplican o incluso el contexto donde se las utiliza.

En segundo lugar, para ser creíble y suficientemente profunda, la reflexión sobre el papel de las sanciones obliga a abrir el debate y someter las cuestiones al fuego cruzado de las diferentes especialidades, con la intención de generar una fertilización recíproca y corriendo el riesgo de quedarnos en el plano de las generalidades. Por último, también debemos ser conscientes de que siempre existirá una diferencia entre el número de sanciones y el número de crímenes cometidos en el contexto de conflictos armados, dado el carácter con frecuencia masivo o sistemático de esos crímenes: el respeto estricto del principio de igualdad en tales circunstancias parece difícilmente realizable.

Dicho esto, se imponen algunas restricciones. La reflexión se limita a los portadores de armas, incluidos los grupos armados, aun cuando en este último caso la información por lo general es incompleta y fragmentaria. De modo que el telón de fondo es el comportamiento en la guerra, y la atención se centra en las violaciones del derecho aplicable en los conflictos armados. En ese marco, se debe tomar en consideración la realidad social de una situación de guerra donde los crímenes —incluso los graves— suelen ser cometidos debido a circunstancias y por personas que no habrían caído en la criminalidad en circunstancias normales. La reflexión se limita a las medidas dirigidas a los individuos y no a los Estados tras un hecho internacionalmente ilícito, aun cuando esas cuestiones a veces son inextricables, sobre todo cuando se trata de juzgar a los dirigentes y cuando las violaciones del derecho humanitario son la consecuencia de una política que ellos mismos han elaborado. En efecto, no se debe ignorar el papel importante que pueden cumplir los organismos judiciales internacionales cuando se reconocen oficialmente las violaciones del derecho internacional humanitario de que fueron objeto las víctimas y les otorgan reparación cuando los Estados no han respetado sus obligaciones internacionales. Además, esa jurisprudencia puede tener una influencia real en el comportamiento de los Estados, lo cual debe tomarse en consideración[3].

3 Al respecto, se han podido observar importantes desarrollos en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; v., en particular, los numerosos casos presentados antes la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la cuestión de los desaparecidos en Chechenia. En esos casos, la Corte consideró que, para evitar un trato inhumano de los familiares de los desaparecidos, el Estado debía instaurar un mecanismo efectivo para dar respuestas a los familiares. V. también la contribución de Xavier Philippe relativa a la repartición de competencias entre organismos judiciales: "Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, pp. 359-370. Disponible en español en www.cicr.org/spa/revista.

La reflexión sobre el papel de las sanciones para lograr un mayor respeto del derecho internacional humanitario se dividió en siete temas que fueron identificados en los trabajos iniciados por el CICR en 2006:

1) la adhesión a las normas y el grado de conocimiento del derecho internacional humanitario por las partes concernidas;
2) las sanciones propiamente dichas;
3) las características del autor de la violación;
4) la situación particular de los grupos armados;
5) la problemática de grupo;
6) la justicia transicional como medida de acompañamiento;
7) la problemática de las víctimas.

Para cada uno de estos temas, se propondrán algunos elementos que podrían servir como base para el desarrollo de una herramienta operacional. Ésta debería ayudar a las partes implicadas en la instauración de un sistema de sanciones capaz de influir de manera duradera en el comportamiento de los portadores de armas de tal modo que respeten en mayor medida el derecho internacional humanitario. Esos elementos se presentan de manera sintética en las conclusiones. En las diferentes secciones se señalan las cuestiones que merecen investigaciones suplementarias, según se pudo ir identificando a lo largo del proceso.

Adhesión a la norma

Aplicar sanciones significa también reconocer un grado insuficiente de adhesión a la norma respecto de la cual se señala una inobservancia. Pero para que los individuos respeten una norma en particular, es necesario que la conozcan, que forme parte de su marco de referencia. El simple hecho de que un Estado sea parte en un tratado internacional no alcanza, y las autoridades competentes deben tomar las medidas necesarias para trasladar las normas de esos tratados al derecho nacional.

Si bien el derecho internacional humanitario prevé la obligación de represión de todas las violaciones graves de sus disposiciones, lamentablemente debemos reconocer que la legislación de un buen número de países no cumple ese requisito. Algunos hechos que deberían ser castigados —y, por ende, las sanciones aplicables a esos hechos— simplemente no están incluidos en la legislación de referencia de numerosos Estados, y de ninguna forma. Esa situación se explica por diferentes factores, como la antigüedad de los textos correspondientes, la ausencia de prioridad o de interés de las autoridades en lo relativo a las cuestiones de derecho humanitario o, por último, una falta de voluntad política.

En los casos en que se han tomado algunas medidas, puede observarse que con mucha frecuencia son incompletas y generan problemas tanto de fondo como de forma. Por ejemplo, suele suceder que la lista de crímenes incluidos en la legislación nacional es incompleta. En algunos casos, ni siquiera figuran las disposiciones relativas a los principios generales de derecho penal internacional. Por lo tanto, las

disposiciones de aplicación general de las legislaciones penales nacionales son aplicables a los crímenes internacionales y permiten interponer obstáculos, en forma indebida, a la acción penal, como las prescripciones extintivas o la defensa de las órdenes de un superior. Además, no siempre se realizan las modificaciones y los ajustes necesarios a todos los textos pertinentes, en particular aquellos que se aplican a los portadores de armas y posibilitan un trato diferenciado para los mismos hechos tanto como crímenes correspondientes a la legislación penal de derecho común como a las infracciones militares. Esos crímenes por lo general son juzgados por instancias distintas y dan lugar a penas a veces diferentes. Por último, los sistemas suelen pecar de falta de claridad, pues las disposiciones relativas a la represión de las violaciones más graves del derecho internacional humanitario están dispersas en varios textos de aplicación (código penal, código de procedimiento penal, código de justicia militar, código penal militar, código de disciplina militar, ley especial...). Esas disposiciones rara vez se hallan agrupadas en un solo texto. Los crímenes a veces están incluidos en los textos de derecho penal general o en los de índole militar, o en ambos a la vez. En algunos casos, las jurisdicciones de derecho común son exclusivamente competentes para juzgar esos crímenes, mientras que en otros lo son los tribunales militares. Otros sistemas prefieren la competencia concurrente. Esas disparidades dan lugar al desconocimiento de las normas y de su aplicación y a una doble incoherencia. Incoherencia en cuanto a la división de las jurisdicciones encargadas de juzgar los mismos hechos; incoherencia en cuanto a los riesgos de diferencia de trato, de procedimiento y de fondo, que pueden existir entre los diferentes órdenes o tipos de jurisdicciones. Se necesita un esfuerzo de racionalización para asegurar una mejor eficacia de las sanciones. La unificación en favor de un solo tribunal parece deseable, pero es poco realista si se tiene en cuenta el apego de los Estados a sus respectivos sistemas jurisdiccionales. En cambio, la idea de similitud de las garantías, incluso de los procedimientos, ante las jurisdicciones encargadas de procesar las violaciones graves del derecho internacional humanitario debería ser objeto de una mejor recepción por parte de los Estados.

Debemos reconocer, además, que algunas normas del derecho internacional humanitario deberían ser esclarecidas para permitir una mayor coherencia de las diferentes justicias penales. En efecto, los jueces nacionales suelen verse confrontados no sólo a la ausencia de normas sino a su falta de concreción en razón del escaso número de asuntos que deben tratar. Esta situación puede ser la causa de cierta timidez respecto de los crímenes internacionales, cuando deben juzgarlos, y pueden llevar a que se declaren incompetentes respecto de los hechos reprensibles, o a una interpretación errónea o incompleta de la norma existente. La clarificación de las normas podría ayudar a reducir ese riesgo.

Características de las sanciones

Una reflexión sobre la eficacia de las sanciones en el ámbito de las violaciones del derecho internacional humanitario debe referirse en gran parte a los numerosos trabajos realizados a nivel nacional en la materia, en particular en los ámbitos

de criminología y penología. Sin embargo, se deben tomar en cuenta ciertas características específicas en esta reflexión. En primer lugar, no se debe olvidar que esas violaciones son cometidas en una situación excepcional de violencia exacerbada. Se debe reconocer también que es difícil pensar que todos los crímenes serán reprimidos; además, las personas que cometieron esos crímenes y que deberían ser objeto de esas sanciones por lo general no presentan, en su mayoría, el perfil de criminales de derecho común. De modo que esas consideraciones deben tenerse en cuenta cuando se trata de precisar las características de las sanciones.

Eficacia de las sanciones

Una sanción eficaz es la que produce el efecto deseado. Desde ese punto de vista y habida cuenta de la variedad de los crímenes como de sus autores y sus víctimas, puede ser difícil evaluar la eficacia de las sanciones cuando se han cometido violaciones del derecho humanitario. En efecto, los objetivos de las sanciones pueden multiplicarse y superponerse, variar en el tiempo y en el espacio, y depender de los individuos de que se trata. Por ejemplo, no se puede asimilar las medidas de que deberían ser objeto los responsables de planificar, organizar y ordenar la ejecución de crímenes a las que se dirigen a quienes los cometen, entre los cuales a veces se cuentan niños, lamentablemente. Tampoco se puede excluir de la evaluación de las sanciones los impactos que éstas tienen en las personas que han sido lesionadas de una manera u otra.

En general, la definición de las infracciones y las sanciones sufre cierta falta de previsibilidad o de legibilidad para las personas que pueden verse implicadas en conflictos armados como portadores de armas. Por otro lado, el enfoque exclusivamente penal del comportamiento ilícito y de las sanciones hace que el efecto disuasivo de éstas se vuelva bastante ilusorio. La dinámica del ejercicio consiste en buscar los factores y las condiciones que permitirían evitar que el crimen se produzca o se repita. Para ello, se trata de recordar constantemente la idea de una construcción de un sistema de restricciones (adopten éstas la forma de sanciones o no) en cada etapa de un proceso que conduce al individuo a cometer un crimen. Esa capacidad de reacción existe en teoría, pero se la aplica insuficientemente en la práctica.

Dicho esto, algunas características de las sanciones son invariables, independientemente de las circunstancias, de los individuos a los que se dirijan o de la jurisdicción que las pronuncie. En primer lugar, parece que las sanciones no pueden cumplir su papel sino en la medida en que permitan señalar en todos los casos el carácter reprensible de la infracción, durante su comisión o apenas después. Las sanciones deben caracterizarse por la certeza de que serán pronunciadas y de que lo serán en forma inmediata, es decir que se producirá una reacción sin demora. Evidentemente, se debe reconocer que algunas sanciones, en particular penales, no siempre permiten esa celeridad, de allí el interés de explorar la combinación de medidas más aptas para producir los efectos buscados en los autores de las infracciones, las víctimas o cualquier otra persona implicada. Las sanciones también deben aplicarse indistintamente a todos los autores de violaciones, sean cuales sean sus grupos de pertenencia, a fin de respetar el principio de igualdad y de evitar generar un sentimiento de "justicia del vencedor".

En segundo lugar, es importante la publicidad que pueda darse a las sanciones. La obligación de difundirlas es fundamental para su eficacia, ya que a través de ella la gente se informa y se educa sobre lo que constituye una violación grave y sobre las consecuencias que conlleva. Esa publicidad plantea cuestiones complejas, sobre todo en cuanto a la manera de realizarla en tiempo de paz y en tiempo de guerra. En todos los casos, debe dar cuenta del razonamiento de la sanción, es decir explicar por qué se la ha elegido, volverla legible. Además, debe referirse a todo el proceso que lleva al pronunciamiento de la sanción (teniendo en cuenta, sin embargo, los imperativos de la protección de los datos individuales), lo que de entrada excluye en todas las circunstancias las jurisdicciones clandestinas y los lugares secretos.

En tercer lugar, las sanciones deberían caracterizarse por su proximidad tanto formal como sustancial. En la medida de lo posible, deberían imponerse cerca de los lugares donde fueron cometidas las infracciones y de las personas en las que deberían producir sus efectos. Se debe evitar, dentro de lo posible, los procesos abstractos, desligados de un contexto territorial específico. No debería recurrirse a la deslocalización sino cuando la justicia *in situ* resulta imposible por razones ligadas en particular a la incapacidad o a la falta de voluntad de las partes responsables y debería ser acompañada sistemáticamente de un proceso complementario de sensibilización local. En todo caso, se debe tener en cuenta el contexto local (nacional), ponderando este factor con criterios universales como los que hemos mencionado. Por contexto entendemos el conjunto de los elementos mediatos e inmediatos que permiten un mayor impacto de la sanción en el mando y en el individuo a los que se aplica, teniendo en cuenta, sobre todo, el factor cultural. El ámbito de la sanción parece abierto a la exploración de procesos que van más allá del sistema de acusación y que se basan en lógicas que podrían producir mejores efectos en algunas circunstancias, como los procesos basados en la estigmatización pública (*shaming*) o la rehabilitación[4]. En otras palabras, los Estados deberían explorar más las diferentes maneras de aplicar el derecho "a su manera", sin excluir el recurso a formas adaptadas de justicia más tradicional, con miras a una mejor eficacia del derecho.

En cuarto lugar, nada justifica apartarse de los principios bien establecidos de la individualización y la proporcionalidad de la pena. Sin embargo, se debe reconocer que el principio de proporcionalidad parece difícil de aplicar en el caso de violaciones sistemáticas o masivas del derecho internacional humanitario[5]. Sin embargo, si se observa con más detenimiento, el principio de proporcionalidad es una de esas falsas ideas claras de la ciencia jurídica, a las que todo el mundo se refiere sin establecer verdaderamente sus límites. Concepto nómade de diferentes ciencias, la proporcionalidad es un principio ineludible en razón de la función lógica que ejerce en la aplicación de las normas del derecho. Su riqueza —y también

4 Al respecto, v. en particular la contribución de Amedeo Cottino, que analiza el procesamiento de los crímenes por las comunidades de navajos e indígenas hawaianas. "Crime prevention and control: Western beliefs vs. traditional legal practices", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, pp. 289-301, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

5 Al respecto, Emmanuel Decaux observa que, justamente, porque el crimen cometido no tiene comparación, la dimensión moral escapa a la lógica de la venganza, del ajuste de cuentas, sin por ello conformarse con un "proceso simbólico"; v. la nota 2 *supra*.

su complejidad— se halla en la evaluación de una relación entre varias magnitudes o variables que obligan, primero, al actor, luego al juez, a mantener "relaciones de proporción", como lo haría el pintor al reproducir un paisaje en el lienzo. Evidentemente, además de la proporción inicial entre la gravedad de la falta y la sanción, existen varias otras "relaciones de proporción", lo que explica que se hable más —o que se debería hablar más— del "principio de ausencia de desproporción" que de principio de proporcionalidad. En derecho penal, el principio de proporcionalidad obliga al juez a un procedimiento sintético, es decir a tomar en consideración no sólo los hechos que se adjudican al autor sino también la totalidad del entorno que condujo a su comisión a los fines de determinar la pena. Esa interpretación del principio de proporcionalidad permite apartarse de la lógica estricta de ciclos de venganza y de violencia que ciertamente no contribuyen a un mayor respeto del derecho internacional humanitario[6].

Tipología de las sanciones

Desde este punto de vista, las sanciones pueden ser de diversos tipos: penal o disciplinaria, jurisdiccional o no, impuesta por un órgano penal de derecho común o militar, o incluso internacional o nacional. Pareciera que el derecho internacional humanitario no debería excluir de entrada el recurso a otras soluciones que no sean la sanción penal. Éstas podrían tomar más en consideración las particularidades contextuales y ser más aptas para dar cuenta del carácter masivo o sistemático de las violaciones. Sin embargo, no se puede transigir con el hecho de que es obligatorio conservar una sanción penal para las violaciones graves del derecho internacional humanitario y que el encarcelamiento es indispensable en esos casos. El encarcelamiento es la única sanción imaginable para castigar a los autores de crímenes graves mucho tiempo después de la comisión de las infracciones (en algunos casos, décadas después), hipótesis creíble en la medida en que estos crímenes son imprescriptibles y en los que la lucha contra la impunidad ha adquirido una nueva dinámica desde hace algunos años. De todos modos, ello no impide intentar alimentar esa forma de sanción considerándola no la concreción de la neutralización o de la eliminación de la persona de que se trate, sino más bien un proceso por el cual se la conduce a aceptar su responsabilidad, incluso frente a las víctimas. El programa destinado a su rehabilitación también debería tomar en cuenta esas especificidades. Las particularidades contextuales tampoco pueden poner en entredicho las normas internacionalmente reconocidas en el ámbito de la justicia de menores, aplicables también a los niños que han participado en la comisión de violaciones del derecho internacional

6 V. la contribución de Damien Scalia para un análisis de la aplicación a la pena de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y no retroactividad. "A few thoughts on guarantees inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, pp. 343-357, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

humanitario y se que se basan, ante todo, en el interés superior del niño y persiguen un objetivo de rehabilitación y reintegración[7].

Esta visión integrada de las sanciones, animada por la voluntad de extraer toda su capacidad, lleva a combinar varios tipos. Por ejemplo, en el caso de los portadores de armas, debería preferirse el recurso a la sanción disciplinaria aplicada sin demoras, junto con un proceso penal cuando se trata de violaciones graves[8]. En efecto, la sanción disciplinaria que constituye la reacción inmediata de la jerarquía puede afectar toda la dinámica del grupo y señalar de forma instantánea lo prohibido, evitando cualquier desvío sistémico posterior. La sanción penal, por su parte, que necesariamente se aplica más tarde, funciona como un recordatorio de las normas y las reglas del derecho humanitario para el autor de la infracción y para la sociedad.

El hecho de aceptar que la eficacia de la sanción puede depender de una combinación de sus diversas formas también supone que pueden utilizarse diferentes sistemas de justicia. Nunca se podría insistir demasiado en la importancia de contar con normas nacionales e internacionales claras que planteen los criterios que deberán respetarse en lo relativo a la imparcialidad, la independencia, el carácter publico y la conformidad con las normas que garantizan un proceso equitativo, incluido el pronunciamiento de la pena. Además, los responsables de emitir el fallo deben estar correctamente formados antes de asumir sus funciones, incluso en lo que respecta al contexto cultural en el que deben intervenir. Una vez que se cuenta con esta base, queda por determinar cuál es el sistema más adecuado según las circunstancias. Se ha observado una clara preferencia, cuando ha sido posible, por un sistema nacional, antes que internacional, y por jurisdicciones penales comunes, en lugar de jurisdicciones penales militares, pero con bastantes matices. Sin duda existen situaciones en las que el complemento internacional es indispensable, incluso inevitable, y ámbitos donde la justicia militar puede completar armoniosamente la justicia común, en particular cuando permite un despliegue rápido en el lugar[9]. En todo caso, esos tribunales deben ofrecer todas las garantías judiciales de los derechos de la persona y del derecho internacional humanitario.

7 V. en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de septiembre de 1990, arts. 37, 39 y 40; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976, art. 14 (4), y también los textos internacionales que abordan específicamente la cuestión, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), documento oficial AGNU/RES/40/33, 29 de noviembre de 1983; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia (Directrices Riyadh), documento oficial CES/RES/1989/66, 14 de mayo de 1989; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, documento oficial AGNU/RES/45/113, 14 de diciembre de 1990; y Directrices de las Naciones Unidas relativas a los niños en el sistema de justicia penal, documento oficial CES/RES/1997/ 30, 21 de julio de 1997.

8 Sobre la cuestión de las sanciones disciplinarias aplicables en el contexto de las fuerzas armadas, v. la contribución de Céline Renaut "The impact of military disciplinary sanctions on compliance with international humanitarian law", *International Review of the Red Cross,* N.º 870, junio de 2008, pp. 319-326, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

9 En situaciones de conflicto armado, se debe precisar que los textos de referencia establecen que los prisioneros de guerra deben ser enjuiciados, en general, por tribunales militares, de modo que asimilan los prisioneros de guerra a las fuerzas armadas de la potencia detenedora. En cambio, los civiles que se encuentran en poder del enemigo deberán ser enjuiciados por los tribunales que normalmente serían competentes en su territorio (v. en particular el Convenio de Ginebra (III), arts. 82-88 y 102; Convenio de Ginebra (IV), arts. 3, 64-66 y 71).

El papel complementario que también puede cumplir la justicia tradicional en el proceso merece un análisis atento que responda al gran desafío de conciliar la preocupación por la eficacia con la preservación de los principios esenciales, en particular los vinculados a las garantías de un proceso equitativo, en situaciones donde se han cometido violaciones masivas[10]. Aun reconociendo la importancia de la especificidad cultural que permite evitar una visión etnocéntrica, esa especificidad no puede convertirse en un pretexto para sacrificar esos principios; además, no debe subestimarse el riesgo de instrumentalización de la justicia tradicional.

En el caso de las partes que no están en condiciones de responder por sí mismas a las violaciones y donde es necesario el complemento internacional, se abre un campo de investigación que debería ser alimentado por las experiencias aún frescas que se realizaron en los sistemas muy diversos que se han aplicado. Sin embargo, nadie duda de que el aporte internacional debería ser transitorio y apuntar a que los sistemas nacionales vuelvan a funcionar, fortaleciendo sus capacidades. Es hora de evaluar los méritos de esos sistemas *ad hoc*, como el de Bosnia-Herzegovina con la integración de jueces internacionales en el sistema nacional, el de Sierra Leona, con la creación de un tribunal mixto, o el de los tribunales internacionales independientes de los sistemas nacionales, como los de ex Yugoslavia y Ruanda, teniendo en cuenta, por supuesto, la existencia de la Corte Penal Internacional. Evidentemente, todos esos sistemas tienen sus límites, sobre todo en razón de su capacidad de absorción limitada, lo que puede constituir una fuente de frustración. De modo que se trataría de intentar formular directrices para identificar las condiciones más propicias para que las competencias internacionales enriquezcan las estructuras nacionales, para suscitar una respuesta nacional adecuada y favorecer un diálogo provechoso entre los diferentes sistemas de justicia. En esa convivencia de sistemas diferentes, se debe velar por evitar las desigualdades que pueden generar tanto los sistemas mismos como su aplicación en la determinación y la imposición de la sanción.

Competencia universal y complementariedad de las sanciones

Por último, en esta reflexión sobre la complementariedad de los papeles de los sistemas que deben señalar el oprobio, no podemos dejar de mencionar la competencia universal, principio que avala a los tribunales de todos los Estados para conocer de determinados crímenes internacionales, más allá del lugar de comisión de la infracción o de la nacionalidad del autor o de la víctima. El objetivo de esa competencia es garantizar que se repriman, en todos los casos, las infracciones particularmente graves. Es una expresión de la solidaridad de los Estados en la lucha contra la delincuencia internacional y, al menos en teoría, debería permitir encontrar en todos los casos un organismo competente para castigar. Algunos ejemplos recientes también han demostrado que la competencia universal, es decir la iniciación de procesos en el exterior, podría tener influencia en las jurisdicciones del Estado en cuyo territorio fueron cometidos los crímenes o del Estado de la nacionalidad del autor, incitando a la incoación de una acción en el territorio nacional.

10 V. la contribución de Amedeo Cottino al respecto, nota 4 *supra*.

La competencia universal también tiene repercusiones en la percepción de la sanción en el marco nacional. La tendencia general de las autoridades judiciales con respecto a las violaciones graves del derecho internacional humanitario consiste en considerar que el riesgo relativamente limitado de tener que procesar asuntos de esa índole vuelve inútil toda profundización de sus conocimientos en esos ámbitos. Pero si los mecanismos de la competencia universal se desarrollaran, incluso los lugares más pacíficos del planeta pueden verse confrontados al deber de juzgar a criminales de guerra. La situación está lejos de ser hipotética; el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, por ejemplo, transfirió a los Estados algunos casos de acusados que serán examinados en el marco de sus sistemas judiciales nacionales, y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda se prepara para hacer lo mismo[11]. Por ello, el conocimiento por los jueces de las normas relativas a los crímenes internacionales es una necesidad y la prolongación natural de una competencia universal reafirmada. Y es indispensable sobre todo porque la efectividad de la sanción es un asunto que nos concierne a todos.

La competencia universal parece esencial debido al hecho de que está vinculada a la eficacia de la sanción y a la idea de que ningún criminal de guerra puede quedar impune. Sin embargo, en la práctica, si la aplicación suele ser difícil y tropieza con obstáculos tanto técnicos (las condiciones no son idénticas en todos los países) como políticos (selectividad de los casos) que contribuyen a que hoy se la ejerza de manera esporádica y anárquica. Por ello, parece oportuno elaborar directrices sobre el ejercicio de la competencia universal que podrían aprovechar el marco de la complementariedad recomendada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esas directrices, que tendrán en cuenta trabajos ya realizados[12], podrían establecer el mínimo de vínculos que deben existir entre el autor de la infracción y el lugar del proceso, exigiendo por ejemplo su presencia en el territorio de que se trate, insistiendo en las modalidades de cooperación entre los Estados que corresponda y haciendo hincapié en la importancia, para los Estados donde se cometieron las infracciones, de respetar su obligación de represión o, si no lo hacen, de permitir a otros Estados u organismos internacionales competentes que procedan a hacerlo.

Características del autor de la infracción

En general, los estudios revelan la necesidad de aplicar mecanismos para castigar tanto al autor de la violación como a la jerarquía que es su responsable. En cuanto al responsable de la violación propiamente dicho, quedan por resolver cuestiones relativas a su grado de responsabilidad cuando los crímenes son cometidos

11 Se trata del procedimiento previsto en el artículo 11 bis de sus reglamentos de procedimiento y prueba.

12 V. en particular los trabajos iniciados por la Universidad Princeton sobre la competencia universal que, en 2001, identificó algunos principios, disponibles en www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html (consultado en octubre de 2008). V. también la resolución del Instituto de Derecho Internacional, adoptada en su sesión de Cracovia en 2005, relativa a la competencia universal en materia penal respecto del crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, disponible en www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf (consultado en julio de 2008).

en respuesta a una orden (manifiestamente) ilegal. Debemos recordar que la disciplina militar exige que las órdenes se cumplan sin tergiversación, bajo pena de sanciones que pueden ser muy severas, sobre todo cuando la desobediencia tiene lugar en el marco de operaciones en el terreno. La inobservancia de la orden puede darse en, por lo menos, dos casos que deben distinguirse. El primero es cuando la orden dada es *a priori* legal, pero su ejecución no lo es debido a que su imprecisión no permite que los subordinados comprendan lo que significa o las medidas que autoriza. En ese caso, es obvio que la formación se vuelve muy importante. El margen de interpretación de la orden que se deja en forma voluntaria o no a los subordinados debería medirse en función de las normas aplicables del derecho humanitario que hayan integrado, y su acción debería permanecer en la legalidad, si el proceso se ha aplicado correctamente.

El segundo caso se refiere a una orden manifiestamente ilegal. En este caso, el derecho es claro: su respeto está sujeto a sanciones y de ninguna manera puede ser un factor de exoneración, cuando mucho se lo puede considerar como circunstancia atenuante, en ciertas condiciones estrictas. De modo que el subordinado debe negarse a aceptar dicha orden. Una orden manifiestamente ilegal es una conminación cuya ilegalidad es obvia. Desde este punto de vista, el carácter ilegal de las infracciones graves previstas en los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I, del genocidio y de otros crímenes contra la humanidad difícilmente pueda cuestionarse. Es ésa la visión adoptada por el Estatuto de Roma, al menos para los dos últimos crímenes mencionados[13]. En esos casos, se trata de una concreción del principio de humanidad en el sentido de que pueden atentar contra el ser humano en aquello que le es más esencial y de que son indiscutiblemente reprensibles. La situación del subordinado que debe evaluar el carácter manifiestamente ilegal de una orden es más delicada por lo que respecta a ciertos crímenes de guerra que toman en consideración un elemento de proporcionalidad[14] o que obligan a distinguir entre quienes participan en las hostilidades y quienes no lo hacen. En los casos en que se decide la responsabilidad del subordinado, la sanción sin duda debería tener en cuenta la situación difícil en la que se hallaba (incluidas las presiones que soportó, incluso las amenazas que recibió). Cuando se trata de una orden que el soldado considera como manifiestamente ilícita, el marco operacional debería prever un mecanismo de clarificación de la orden al que el subordinado podría recurrir.

El superior jerárquico, por su parte, puede ver comprometida su responsabilidad en diferentes aspectos por haber participado de una forma u otra en la infracción, por haber ordenado cometer una violación, por haber omitido impedir la comisión de una infracción y, por lo tanto, no ha cumplido su obligación de vigilancia; por haber omitido castigar a quienes han cometido las infracciones o, peor aún, por haberlos encubierto. A ello se añaden las obligaciones por lo que respecta a la formación de sus subordinados.

13 Estatuto de Roma, art. 33, párr. 2.

14 Se hace referencia aquí al principio de proporcionalidad propio del derecho internacional humanitario que requiere que la gravedad de las consecuencias de una conducta determinada en las personas y los bienes protegidos por ese derecho no sea excesiva con respecto a la ventaja militar prevista.

Nadie duda de la importancia de la responsabilidad de los superiores civiles y militares, aun cuando no hayan participado directamente en la infracción. Además, nos complacen los recientes desarrollos de la jurisprudencia en la materia, tanto a nivel nacional como internacional, sobre todo en lo que respecta a las condiciones que deben reunirse para que los superiores civiles o militares vean comprometida su responsabilidad[15]. Sin embargo, se reconoce que varias cuestiones deben clarificarse para que esa forma de responsabilidad sea integrada plenamente en los teatros de operaciones por lo que respecta tanto a las violaciones graves del derecho humanitario como a las que no lo son.

En primer lugar, debería precisarse la noción de superior. Al respecto, el comentario del Protocolo I sostiene que se trata de "un superior que tenga una responsabilidad personal con respecto al autor de las actuaciones en cuestión, porque este último, al ser su subordinado, está bajo su control"[16]. Sin embargo, poco dice respecto de los problemas vinculados a la cadena jerárquica y al mando, así como al grado de responsabilidad en los diferentes casos, que van de la orden de cometer la infracción a las lagunas en cuanto a la formación, pasando por la complicidad, la instigación, la incitación y la tolerancia. Esta cuestión podría profundizarse y vincularse provechosamente a la de la orden manifiestamente ilícita antes mencionada.

En segundo lugar, las medidas que deben ser tomadas por los superiores deberían definirse más claramente en función de su jerarquía y de su posición en la cadena de mando para permitirles ver mejor lo que razonablemente se espera de ellos. Por último, no podemos desconocer los vínculos que existen entre el control militar y el poder del órgano civil de tutela. Es necesario que el espectro de la sanción pueda influir en todos los que podrían ver comprometida su responsabilidad, sobre todo los directivos.

En tercer lugar, se debe reconocer que este enfoque basado en la distinción entre superiores y subordinados oculta la importancia de los cuadros intermedios tanto en la ejecución de actos criminales como en la reconstrucción de una sociedad que sale de un conflicto. En efecto, el examen de las penas pronunciadas por el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia revela que las penas más severas se reservaron para los mandos que fueron juzgados y para los subalternos cuyos actos eran particularmente ignominiosos. A la luz de los primeros análisis, parece que los acusados que habían ocupado posiciones intermedias en la jerarquía fueron sancionados, en general, de manera más clemente, lo que también podría traducir su desvinculación con respecto a las políticas criminales enjuiciadas o incluso su voluntad de aliviar los daños o los sufrimientos resultantes de aquellas. Se debe tener en cuenta que fue el contexto particular del conflicto armado el que hizo caer en la criminalidad a muchos de ellos. Además, a partir de ellos se iniciarán los esfuerzos de reconstrucción social en el período posterior al conflicto. En ese contexto, el carácter pedagógico y didáctico de la sanción cobra toda su importancia. En efecto, debe detallar correctamente la conexión que existe entre el

15 Para más información al respecto, v. la contribución de Jamie A. Williamson, "Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008. Disponible en español en www.cicr.org/spa/revista.

16 CICR, *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)*, Tomo II, Plaza y Janés, Bogotá, 2001, párr. 3544.

crimen reprochado y la persona de que se trate, de manera que ésta no tenga más opción que reconocerlo. Una sanción que no explicara suficientemente en que medida es reprochable la participación de esa persona o que diera a entender que su responsabilidad no está comprometida sino en razón de una asociación lejana con el crimen[17] lamentablemente puede hacer surgir un fenómeno de rechazo del conjunto del proceso y fomentar sentimientos de rencor que inevitablemente se transmitirán a las generaciones futuras, reproduciendo precisamente lo que la sanción intenta evitar[18].

Este enfoque binario basado en la oposición superior-subordinado no toma suficientemente en consideración el papel de los instigadores en la preparación del entorno propicio a la violación del derecho internacional humanitario. Al respecto, debemos felicitarnos del hecho de que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda retome las disposiciones ya incluidas en 1949 en la Convención sobre el genocidio que hacen punibles la incitación directa y pública a cometer un genocidio y que ese Tribunal no ha dudado en aplicarlas. Por lo demás, no había motivos contrarios a extender esa forma de participación criminal a los demás crímenes internacionales, dado el lugar que ocupan los instigadores que, a través de su discurso, contribuyen a la demonización del adversario y a la justificación de los crímenes cometidos en su contra, tal como se explica más abajo.

Por último, debemos señalar también la importancia, para una justicia adecuada, de cubrir a todos los que pueden cometer violaciones del derecho humanitario. El caso particular de las fuerzas de la Organización de las Naciones Unidas o de organizaciones regionales debe seguir siendo objeto de investigaciones, si bien se han realizado muchos trabajos al respecto. La reciente resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los funcionarios de esa organización y de los expertos en misión que recomienda prever, en la legislación nacional, disposiciones penales particulares para los contingentes de los países que integran las fuerzas de la ONU merece ser destacada y considerada por todos los que participan y apoyan el proceso de aplicación de las obligaciones internacionales a nivel nacional[19]. Además, las Naciones Unidas y las organizaciones regionales competentes deberían aplicarse también a sí mismas los criterios más severos en la materia y, en particular, prever la instauración de un sistema disciplinario común que podría responder a la necesidad de celeridad y de inmediatez que exigen las sanciones[20]. Esas organizaciones también deberían velar por la formación adecuada de sus cuadros y difundir la información y los conocimientos en todos los niveles. En tal contexto, la cuestión de la imputabilidad de las empresas de seguridad privadas y de sus miembros también debería abordarse.

17 Se debería prestar particular atención a los casos donde se recurre a la noción de "empresa criminal común".

18 Se debe señalar también que el proceso al que es sometida una persona condenada debe, para producir los efectos analizados, abarcar también los mecanismos que permiten modular la pena en función del individuo, así como de la situación a la que esa persona deberá enfrentarse una vez purgada la pena.

19 V. en particular el documento oficial AGNU A/RES/62/63, 8 de enero de 2008, sobre todo los párrafos 2 y 3.

20 Al respecto, E. Decaux agrega, con razón, que un sistema de ese tipo debe fundarse en los principios de subsidiariedad y de *non bis in idem*, nota 2 *supra*.

Grupos armados[21]

Si se considera que las sanciones deberían producir los mismos efectos en personas que se encuentran en circunstancias similares, ¿en qué medida pueden alcanzar a las partes disidentes de conflictos armados no internacionales? De entrada se descartan las sanciones que podrían imponer las autoridades contra los miembros de facciones armadas por el mero hecho de haber participado en las hostilidades, sin que esa participación implique violaciones del derecho humanitario[22]. Lo que nos interesa aquí es la medida en la que el discurso de las sanciones puede integrarse en la lógica de los grupos armados y contribuir a un mayor respeto del derecho humanitario.

La difusión de la norma entre los grupos armados es un punto clave no sólo para sensibilizarlos con respecto a las sanciones, sino también para lograr su adhesión al proceso. Dado que el acceso a esos grupos es más difícil y sus estructuras suelen ser poco claras, la aplicación del derecho internacional humanitario puede ser aleatoria. En materia de sanciones, el mensaje debe transmitirse con claridad: los miembros de los grupos armados, los de los demás grupos que participan en el conflicto, así como los miembros de las fuerzas gubernamentales o de los grupos vinculados a éstas, deberán responder por las infracciones cometidas. Es ésta la visión adoptada por la Corte Penal Internacional, para la que los crímenes atañen a toda persona física, incluidos los actores no estatales. Además, ese mensaje debería tener dos connotaciones. Por un lado, debería advertir a los potenciales autores de infracciones que corren el riesgo de que se tomen medidas en su contra y que el conflicto no será una excusa. Por otro lado, también permite subrayar que todos serán juzgados con la misma vara, reafirmando así el principio de igualdad. Por lo demás, los expertos han observado que el CICR puede cumplir un papel particular respecto de los grupos armados. En la medida en que tiene acceso a esos grupos, el CICR puede transmitir un mensaje claro sobre las sanciones y sobre la importancia de castigar toda violación grave del derecho internacional humanitario. Pero la difusión de la norma no alcanza; es necesario, además, que el discurso aborde las modalidades del respeto, así como los mecanismos que deben aplicarse en caso de infracción, mecanismos que en todos los casos deben respetar los principios de una justicia equitativa.

Varios factores influyen en el papel que cumplen las sanciones sobre el comportamiento de los grupos armados. El tamaño del grupo, la intensidad y la duración del control ejercido en un territorio son factores de los que depende la instauración de instituciones similares a las que los Estados tienen la obligación de establecer. La

21 El CICR se interesa particularmente por la cuestión del respeto del derecho internacional humanitario por los grupos armados y ha identificado una serie de herramientas útiles para ello; v. en particular el anexo 3 del informe titulado "El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos", presentado en la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, disponible en http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5U6L4U/$File/INTCONFIHL%20Main%20report%20final%20SPANISH_2.pdf. V. también la contribución de Carolin Wuerzner y de la autora de este artículo sobre la cuestión, "Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008. Disponible en www.cicr.org/spa/revista.

22 V. Protocolo II, art. 6 (5), que prevé que, cuando cesen las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por otorgar la mayor amnistía posible a las personas que hayan participado en el conflicto.

existencia de una cadena de mando clara es esencial para transmitir normas conformes al derecho humanitario y formar a las tropas en la materia, así como para poner término a comportamientos que se aparten de ese derecho y sancionarlos. Por último, los objetivos perseguidos por el grupo armado también pueden influir en el lugar reservado a las sanciones en la lógica del grupo. Por ejemplo, la importancia del reconocimiento del grupo armado por la comunidad internacional puede ejercer una influencia positiva determinante ya que podría incitarlos a demostrar su respeto del derecho y su capacidad de señalar y reprimir lo que está prohibido, lo que también podría contribuir a realzar su imagen. En cambio, es posible imaginar que los efectos de las sanciones serán escasos en un grupo armado cuyo principal objetivo sea la desestabilización y la voluntad de romper con todo elemento de normalización. Si el grupo lucha contra un régimen racista u opresor, se adherirá más fácilmente a algunos valores que si su objetivo principal es el cuestionamiento de esos valores y el rechazo del sistema en el que se basan. La importancia que otorga el grupo de la primera categoría a la imagen que proyecta en la comunidad internacional puede tener una influencia positiva en su voluntad de demostrar su preocupación por respetar esos valores y su capacidad de reprimir su transgresión.

De todos modos, es obvio que, en este ámbito, deben realizarse investigaciones más profundas en cuanto a la manera en que podrían hacer justicia las partes disidentes de conflictos armados no internacionales, así como a la adaptación, si fuera necesario, de los principios de una justicia adecuada, en esas situaciones que, por su naturaleza, son inestables y, en principio, transitorias. El derecho internacional humanitario no parece excluir *a priori* que los grupos armados inicien procesos penales. Insiste, más bien, en la importancia de la formación regular de esos tribunales, en su carácter independiente e imparcial y en el hecho de que deben ofrecer todas las garantías procesales reconocidas[23]. Al respecto, parece importante y necesario realizar estudios para poner de relieve las garantías procesales indispensables para una justicia penal adecuada y garantizar su aplicación y su respeto. Si las partes interesadas no toman ninguna medida contra los miembros de los grupos armados que han cometido violaciones del derecho humanitario, esa asimetría en la aplicación de la sanción no puede más que generar un sentimiento de injusticia e impunidad que lamentablemente anula todo efecto positivo de las sanciones. Por lo tanto, es importante buscar mecanismos que garanticen, sobre una misma base, la represión de toda persona que viole el derecho internacional humanitario, más allá del grupo al que pertenezca.

Grupos y sanciones

El papel del grupo en el comportamiento del combatiente se ha tratado debidamente en el Estudio Influencia. Por ejemplo, se observa que numerosos trabajos de investigación realizados en el transcurso de las últimas décadas han demostrado que los combatientes muchas veces están influenciados no por la ideología, el odio

23 V. en particular el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el apartado 2 del artículo 6 del Protocolo adicional II.

o el miedo, sino más bien por la presión del grupo y el temor de ser rechazados, incluso castigados, por éste. El Estudio Influencia destaca la importancia de comprender las dinámicas de los grupos de referencia[24]. En términos militares, en general la referencia es al espíritu de camaradería de la unidad militar a las que se pertenece y que produce una solidaridad tanto vertical como horizontal. En ese contexto, el obedecimiento a la autoridad adquiere toda su importancia. Un dirigente de la UNPROFOR (Fuerza de Protección de las Naciones Unidas), presente en el sitio de Sarajevo en 1995, observó en la reunión interregional realizada por el CICR sobre la cuestión del papel de las sanciones, que el ejercicio de la autoridad no es la imposición de una disciplina feroz. Es, más bien, una alquimia sutil que se crea en una confianza absoluta entre el jefe y sus subordinados y que se basa en la competencia del jefe, por supuesto, en su autoridad, pero también en la atención benevolente que preste a cada uno de sus hombres, con un componente afectivo muy fuerte[25]. Puede observarse la ambivalencia manifiesta de estas expresiones y la posibilidad de que esta dinámica sea para mejor o para peor. De allí la importancia de conciliar los principios y las normas que promueve la autoridad con el derecho internacional humanitario, de tal forma que la presión del grupo y la autoridad se ejerzan de manera positiva sobre el individuo. Se debe hacer todo lo posible para evitar que la presión del grupo se ejerza en un sentido favorable a la comisión de violaciones graves. En ese caso, puede desencadenarse una espiral de violencia, profundizando, muchas veces de manera irreversible, la fractura inicial entre los comportamientos reprensibles de los miembros del grupo y el respeto de la norma[26].

Pero, para que las tropas respeten las normas y los principios del derecho humanitario en las situaciones de violencia exacerbada que son los conflictos armados, deben recibir la formación adecuada en la materia. Las tropas deben seguir un entrenamiento que les permita interiorizar plenamente las normas y los principios del derecho humanitario, al igual que las demás obligaciones vinculadas al servicio, hasta que las hayan incorporado como un reflejo. El portador de armas no debe tener que evaluar las ventajas y las desventajas en el calor de la acción, y sus reacciones instintivas deben ser conformes a derecho[27].

Las sanciones también deben formar parte de ese proceso y, ante todo, ser coherente con las normas existentes en la sociedad o el grupo de que se trate, ya que, mientras haya una legitimación de los crímenes, no surtirán efecto alguno. La idea del respeto necesario de la ley y, por consiguiente, de las sanciones, también debe ser parte de la formación, de forma tal que el portador de armas sepa que será castigado si no respeta la norma. Al respecto, parece adecuado que los cuerpos armados elaboren códigos de conducta que incluyan normas simples que integren de

25 V. en particular el discurso de Jean-René Bachelet, general retirado, Francia, "Discurso del general Jean-René Bachelet", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

26 V. la contribución de Amedeo Cottino, que aborda la cuestión de la responsabilidad de la entidad colectiva, que no fue profundizada en este informe pero cuya importancia no debe desestimarse (nota 4 *supra*).

27 V. la contribución de Emmanuel Castano, Bernhard Leidner y Patrycja Slawuta, relativa a la influencia del grupo "Social identification processes, group dynamics and the behaviour of combattants", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

manera práctica los comportamientos que debe generar el respeto de los principios del derecho humanitario, incluso en lo relativo a las consecuencias vinculadas a su inobservancia. No se puede sino reprobar las culturas militares (o las culturas en general) que hacen del odio del adversario uno de los fundamentos de la formación militar[28]. Esas actitudes son fundamentalmente contrarias a toda la filosofía del derecho internacional humanitario y socavan sus fundamentos mismos. La inobservancia de los principios de humanidad suele ser el resultado de la demonización o la deshumanización del adversario o de políticas que apuntan a excluir al Otro.

Al respecto, el peso del grupo tampoco debe subestimarse en la construcción que se hace del enemigo. Antes de que comience el conflicto, el grupo puede tener un papel determinante en la conciencia que transmite a sus miembros de pertenecer a un conjunto, al tiempo que estigmatiza la no pertenencia —en el grado que sea— de los otros que son entonces vistos como "anormales". En ese esquema, la "normatividad" se equipara a la "normalidad", lo que se traduce por la construcción de nuevas normas sociales que apartan a los y las que son "anormales", es decir que forman parte de otro grupo creado para esa circunstancia. Entonces, cuando se ha declarado un conflicto armado, es muy fácil apuntar a los grupos que son el "otro", basándose en su condición particular (de minoría creada) y su ausencia de normalidad en el sentido en que ese término comienza entonces a entenderse. El hecho de dejarlos fuera de la ley presenta la ventaja de justificar el tratamiento discriminatorio reservado a los grupos creados y, sobre todo, permite a los miembros del grupo dominante encontrar una justificación para su acción considerándola como normal y conforme a las nuevas normas establecidas. Así se crea una política de la justificación de las infracciones y permite una aceptación de las violaciones sin que la cuestión de su conformidad a las normas del derecho internacional humanitario siquiera se plantee.

Existe entonces una suerte de transferencia del marco y de los valores de referencia que lleva a los autores de violaciones no sólo a aceptar, sino también a considerar como "normales" a los actores que habían condenado sin reservas unos años antes. Esa transferencia de la normalidad explica que la amenaza de una sanción es no sólo improbable en el espíritu del grupo, sino que, además, se sienten protegidos por las nuevas normas a las que sus miembros se han adherido.

Se observará, asimismo, que ese tipo de actitud puede diferenciarse en función de los círculos de influencia. Ello significa que la normalidad no es necesariamente la misma dentro de una sociedad y entre los portadores de armas que pueden aceptar con mayor facilidad algunas violaciones del derecho internacional humanitario, al considerar que la percepción de su entorno no es necesariamente la misma que la del ciudadano común y que la defensa de su causa justifica las infracciones. Ésta puede variar incluso dentro de un mismo grupo armado en función de las actividades y las responsabilidades de los miembros del grupo. A cada círculo de influencia y de

28 V. en particular M. Yakovleff, "Fondement du moral et de l'éthique dans les armées : des différences révélatrices entre proches alliés", *Inflexions*, 2007, N.º 6, pp. 151-176.

decisión puede corresponder una percepción diferente de la normalidad[29].

Por lo tanto, es necesario quebrar esa dinámica de grupo que conduce a minimizar la gravedad de las violaciones, insistiendo en el hecho de que las sanciones no son negociables y recordando que no se trata de una eventualidad sino de una certeza, y que se deberá rendir cuentas de las infracciones cometidas.

Justicia transicional

Incluir la cuestión de las sanciones previstas por el derecho humanitario en el contexto de la reflexión sobre la justicia transicional significa reconocer que, si se las considera en forma aislada, a menudo son insuficientes, incluso ineficaces. También significa aceptar que el derecho humanitario no excluye el recurso a soluciones complementarias que sean más aptas para tomar en consideración el carácter masivo o sistemático de las violaciones que hayan sido cometidas en el contexto de conflictos armados, o incluso las particularidades contextuales, así como las expectativas de las poblaciones o las personas de que se trate.

Colocar el derecho humanitario en ese lugar permite dinamizar su respeto y su aplicación, reubicándolos en la continuidad de la justicia que, cuando se han cometido violaciones masivas, puede llevar décadas, adoptar formas variables que van de la búsqueda de la verdad a la reparación, pasando por la memoria, y exigir mecanismos adaptados a tales fines. Esta visión integrada basada en el pragmatismo permite aprovechar todas las oportunidades, con miras a desencadenar una suerte de dinámica saludable a nivel de la sociedad y de las personas afectadas: cuando se ha dañado profundamente el tejido social, lo peor es que no se haga nada. Se acepta entonces que la justicia transicional sea complementaria de la justicia penal y que pueda ayudar a reconstruir una sociedad y las personas que la componen, y también a escribir una historia coherente, auténtica y honesta. Sin embargo, no se podría hacer concesiones respecto de que las violaciones graves deben ser sancionadas penalmente para señalar que las prohibiciones son absolutas y no son objeto de derogación alguna, aun cuando, en la realidad contextual, esta visión pueda enfrentarse a las que tienden a promover la paz y se basan en mecanismos de olvido y amnistía[30]. Se debe tener en cuenta, además, el riesgo de manipulación de las medidas de justicia transicional cuando se las utiliza en el marco de políticas de impunidad no declaradas[31].

29 Para un análisis de las diferentes dinámicas que pueden existir en forma paralela, con un acento en el aspecto local, v. la contribución de Samuel Tanner, "Crímenes masivos en ex Yugoslavia: ¿participación, sanción y prevención?", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

30 El peligro de condicionar un acto de justicia a imperativos políticos fue subrayado por E. Sottas en su contribución "Transitional justice and sanctions", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

31 Ibíd. V. también la contribución de Pierre Hazan, que analiza un ejemplo de comisión de la verdad y la reconciliación donde no se tuvo en cuenta el componente de responsabilidad y represión, "The nature of sanctions: the case of Morocco's Equity and Reconciliation Commission", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

La justicia transicional desplaza la atención del crimen y coloca a la víctima en el centro del proceso. Sus mecanismos también son complementarios y pueden clasificarse según los objetivos que persiguen: "búsqueda de la verdad", "reparación", "represión" y, por último, "sanción", en el marco del objetivo general y principal que es la reconciliación. La reforma de las instituciones es un requisito con frecuencia necesario para la instauración efectiva y eficaz de los mecanismos de la justicia transicional. Integra las iniciativas propias de la justicia reparadora, que considera que el crimen ha provocado una herida que es preciso sanar. Desde este punto de vista, la cuestión de la reparación debe ocupar el lugar que le corresponde, ya que, si la finalidad es que las sanciones tengan un efecto preventivo, se debe prestar la atención necesaria a la reparación de las víctimas. En efecto, no puede haber justicia sin justicia social, y tampoco puede haber justicia social o recuperación de una convivencia pacífica cuando una gran parte de la población es abandonada al sufrimiento. Esto también permite el paso de la escala individual —cara a cara en el contexto de un proceso penal— a una escala más colectiva, que permite tomar mejor en cuenta el principio de trato equitativo. Estas reparaciones integran los aspectos clásicos de la responsabilidad, pero los superan al incluir reparaciones que están fuera de las obligaciones jurídicas tradicionales, basadas en la responsabilidad individual. Parece entonces que es un grave error vincular estrechamente la reparación con una condena penal, sobre todo en una situación donde finalmente sólo se condena a una pequeña minoría de culpables.

Las reparaciones pueden adoptar diferentes formas, ser de tipo pecuniario o no, o ser otorgadas sobre una base colectiva o individual. Las reparaciones también pueden formar parte de políticas públicas en favor de las víctimas o de sus derechohabientes en materia de acceso a los servicios públicos y de igualdad de oportunidades. Abarcan también medidas de rehabilitación y de reinserción, así como otras más simbólicas, como disculpas oficiales, garantías de no repetición, construcción de monumentos para la memoria o realización de ceremonias conmemorativas, a las que las víctimas suelen estar particularmente apegadas[32]

Víctimas

Es innegable la importancia del papel de la víctima en el proceso de aplicar sanciones. Por lo general, las reflexiones giran en torno a su definición y su alcance, así como a los medios de que disponen las víctimas para hacer oír su voz[33].

En efecto, numerosas personas pueden ser afectadas en forma directa o indirecta por las violaciones del derecho humanitario, lo cual exige examinar los tipos de violaciones de que son objeto. El papel y el lugar de las víctimas en el proceso

32 Para un análisis más elaborado sobre la justicia transicional y sus componentes, v. en particular Anne-Marie La Rosa y Xavier Phillipe, "La justice transitionnelle" en *Lexique pratique bilingue sur la consolidation de la paix et la reconstruction post-conflictuelle*, Cambridge, University Press, 2008 (en prensa).

33 La contribución de Christian-Nils Robert, Mina Rauschenbach y Damien Scalia profundiza la cuestión de la participación y de las expectativas de las víctimas en el proceso penal, incluso a nivel internacional, "Víctimas y justicia penal internacional: ¿una cuestión espinosa?", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

de sanción pueden clasificarse de diferentes maneras. En efecto, dependen de la naturaleza de la medida que las víctimas privilegian en función de las circunstancias, considerando que puede haber medidas que no son penales ni disciplinarias, pero que pueden ser eficaces para las personas afectadas. Por ejemplo, "el derecho a saber", reconocido por el derecho humanitario y que no se interpreta solamente en términos de represión, concede a las víctimas, que son los familiares de las personas desaparecidas, el derecho a obtener información sobre lo ocurrido a sus allegados y, por ello, conlleva un reconocimiento oficial de las violaciones de que han sido objeto.

La variedad de medidas que pueden imaginarse no desmerece en absoluto la importancia del proceso penal para las víctimas que, a través del pronunciamiento de la pena, señala la prohibición y les otorga una forma de reparación simbólica. Nadie duda de que las víctimas deben tener acceso al proceso penal, a veces como testigos y, en general, en el marco de la acusación, sobre todo como parte civil en los países que tienen esa institución. La cuestión que hoy se plantea consiste en determinar en qué etapas (investigación, proceso, pena) y con qué modalidades les es abierto el proceso penal[34]. En todo caso, se debe evitar crear expectativas poco realistas a través del proceso de participación de las víctimas. La búsqueda de la verdad judicial que se define en función de los objetivos del proceso no siempre responde a la voluntad de las víctimas de contar sus historias que contribuirán a formar una realidad más completa. Se debe prestar atención al hecho de que la reivindicación absolutamente legítima de una justicia al servicio de las víctimas no pervierta la manera en que se hace justicia y no atente contra su serenidad, su integridad y su imparcialidad. Por otro lado, habría que evitar que las prerrogativas vinculadas a la necesidad de pronunciar una sentencia en un plazo razonable perviertan la investigación judicial al privilegiar procedimientos de negociación sobre las acusaciones, la culpabilidad o la pena (*plea bargaining*) a través de los cuales se oscurece la verdad. A fin de que estos procedimientos de justicia consensual produzcan los efectos deseados, deben ser iniciados en un marco preciso y dejar a los jueces toda la discreción necesaria para rechazar los acuerdos concluidos entre la demanda y la defensa, si no están íntimamente persuadidos de que los hechos, tal como se los ha presentado, corresponden a la realidad. Además, esos procesos deben acompañarse obligatoriamente de garantías mínimas que permitan garantizar su carácter espontáneo y la expresión de arrepentimientos sinceros, y sean la oportunidad de disculparse ante las víctimas.

También es imperioso tomar más en cuenta, en el proceso penal, el problema de la víctima que debe prestar testimonio, así como el sufrimiento y el riesgo que puede representar para ella, insistiendo en la coherencia que debe imperar en un mismo procedimiento judicial con respecto a diferentes asuntos y también entre las diferentes instancias internacionales y nacionales. Nunca se podrá insistir demasiado en la importancia de que los jueces y los asesores, incluso nacionales, estén debidamente formados sobre la manera de realizar los interrogatorios y, en particular, los contra interrogatorios, a los fines de preservar la integridad de las personas

34 Para una presentación crítica de los mecanismos de participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional, v. la contribución de E. Baumgartner, en este número de la *International Review of the Red Cross*, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

interrogadas que, en muchos casos, han sido víctimas de los crímenes por los que está siendo juzgado el acusado. En ese contexto, se debe prestar particular atención a las víctimas de la violencia sexual.

Por último, parece haber un consenso prácticamente unánime acerca de que la participación de las víctimas en el proceso penal no incluye la etapa de la determinación de la pena, que debería quedar bajo la sola responsabilidad del órgano judicial competente.

Conclusión - Orientaciones para aplicar sanciones

La multiplicidad de los factores que influyen en la definición y la aplicación de las sanciones explica la dificultad de que éstas, si se las aplica en forma aislada, permitan modificar comportamientos en forma duradera.

Al analizar las razones concretas de la ineficacia de las sanciones y los factores de su cuestionamiento, se ha intentado comprender por qué las sanciones no son aprovechadas de la mejor manera posible por los actores que participan en los conflictos y por los observadores externos. Se ha reflexionado sobre el fortalecimiento del marco existente, pero también sobre las soluciones complementarias que podrían volver a dar a las sanciones un lugar que hoy no tienen. Se han identificado elementos que podrían mejorar concretamente la eficacia de las sanciones en los esfuerzos realizados por todas las partes a fin de lograr un mayor respeto del derecho internacional humanitario. A continuación, presentamos brevemente esos elementos, incluidos los que condicionan la eficacia de las sanciones, los que son propios de las violaciones del derecho humanitario y los que corresponden a los autores de las violaciones.

Elementos que condicionan la eficacia de las sanciones

1. Todo discurso sobre las sanciones de las violaciones del derecho internacional humanitario debe estar necesariamente acompañado de medidas tendientes a mejorar la adhesión a esas normas y a aumentar su respeto.

- Las medidas necesarias deben ser tomadas por todas las partes interesadas a fin de que integren las normas y las sanciones en su sistema de referencia, las conozcan y las apliquen debidamente.
- A nivel nacional, los jueces deben recibir formación en derecho internacional humanitario y participar en el proceso de interpretación y clarificación de esta rama del derecho, teniendo en cuenta las actividades iniciadas al respecto a nivel internacional.
- A fin de garantizar una mayor eficacia de las sanciones, debe realizarse un esfuerzo de racionalización en los textos donde están incluidas las incriminaciones y en las jurisdicciones competentes.
- Se debería alentar a los Estados a que hagan todo lo necesario para que las garantías, y los procedimientos, sean similares antes las jurisdicciones encargadas de enjuiciar las violaciones del derecho internacional humanitario.

2. Para que las sanciones cumplan su papel preventivo, los autores potenciales de violaciones del derecho internacional humanitario deben estar informados debidamente sobre los diferentes tipos de sanciones y sobre las modalidades de su aplicación.

- A este nivel, la educación debe permitir a las personas identificar claramente lo que está permitido y lo que no lo está.
- Esa educación debe impartirse también a todos los que cumplan un papel en la aplicación del derecho internacional humanitario, sea cual sea su grupo de pertenencia, incluso a las personas que actúan en el marco de las Naciones Unidas y las organizaciones regionales competentes.
- Los principios y las normas que promueve la autoridad deben atenerse a los requisitos del derecho internacional humanitario.
- Se debe excluir de la formación todo elemento basado en el odio del adversario.

3. Se debe integrar la formación y la educación en derecho humanitario como mecanismos ineludibles, que desencadenen reacciones reflejas, sobre todo en los portadores de armas.

- La información sobre las sanciones debe incluir el carácter reprensible *a priori* del comportamiento sancionado.
- La eficacia de las sanciones y su carácter disuasivo dependen del grado de interiorización, por los portadores de armas, de la norma que ha dado lugar a las sanciones.
- Esa interiorización debe apuntar a provocar, en los portadores de armas, verdaderas reacciones reflejas que conduzcan al respeto de la norma.

Elementos inherentes a las sanciones por violaciones del derecho humanitario

4. El concepto de sanciones debe incluir la prevención de la repetición del crimen y basarse en un enfoque pragmático y realista.

- Las sanciones deben concebirse, en su definición, su procedimiento y su aplicación, de tal manera que permitan prevenir la repetición de los crímenes.
- Un enfoque pragmático y realista consiste en buscar las oportunidades, los factores, las condiciones y los medios que permitan evitar que el crimen se produzca o se repita. Debe responder al doble desafío de atenerse a las normas y los principios del derecho internacional general y humanitario, sin apartarse de las exigencias contingentes del marco nacional.
- Las sanciones no pueden definirse *in abstracto*, sino en su relación con la noción de justicia; en tal contexto, se debe reconocer el carácter complementario de la justicia transicional.
- Este enfoque pragmático y realista, que conlleva cierto esfuerzo de raciona-

lización, también debería permitir elaborar directrices sobre el ejercicio de la competencia universal, basadas en los trabajos realizados en la materia y en un posible vínculo que debería existir entre el autor de la infracción y el lugar del proceso, así como sobre las modalidades de cooperación entre los Estados correspondientes.

5. Las sanciones penales son el eje ineludible y primordial para procesar todas las violaciones graves del derecho humanitario.

- Las sanciones deben contribuir al fortalecimiento de la norma y los valores universales fundamentales que la sustentan.
- Las sanciones penales que imponen la privación de la libertad física deben ser el elemento central del "discurso" sobre las violaciones graves del derecho internacional humanitario.
- Las sanciones penales no pueden concebirse solamente como penas privativas de la libertad. Deben pensarse en términos de eficacia respecto del contexto, es decir del conjunto de elementos que permiten que las sanciones tengan mayor efecto en los individuos a los que se aplican y en la sociedad a la que pertenecen, teniendo en cuenta sobre todo el factor cultural.

6. Las sanciones de las violaciones del derecho humanitario deben presentar características comunes e ineludibles independientemente de las circunstancias.

- Las sanciones deben presentar un carácter de certeza para el autor de las violaciones, es decir un carácter de automaticidad sea cual sea el autor. La idea es que todos los autores de violaciones sepan que deberán pagar un precio.
- Para ser eficaces, las sanciones deben intervenir lo más rápidamente posible después de que el acto fue cometido (criterio de celeridad). La primera reacción debe producirse sin demora, así sea combinando medidas disciplinarias y medidas judiciales.
- Las sanciones deberían aplicarse respetando el principio de igualdad en todas sus facetas. Deben conducir a tratar a todos los autores indistintamente, sea cual sea su grupo de pertenencia.
- Las sanciones deberían pronunciarse lo más cerca posible del lugar donde se ha cometido el crimen y de las personas sobre las que debe producir efectos. Por ello, la justicia internacional debe tender a reforzar las capacidades nacionales y no constituir, en todo caso, más que un proceso transitorio o complementario. La deslocalización no debería considerarse sino como último recurso y debería ir acompañada, necesariamente, de un mecanismo de sensibilización local.

7. Además de la gravedad del crimen, se deben tomar en cuenta otros elementos al elegir la sanción, en particular los elementos vinculados al contexto y a las características personales del autor (individualización).

- La proporcionalidad de la sanción con respecto a la gravedad del crimen es indispensable para evitar generar incomprensión y resentimiento tanto en las víctimas como en los autores de los crímenes. Es una garantía para todas las partes.
- El juez penal debe adoptar un enfoque sintético que le permita tener en cuenta la totalidad del entorno que condujo a la comisión del acto reprensible.
- El principio de proporcionalidad implica la apreciación de las relaciones complejas entre diversas variables, que debe considerar el juez a fin de evitar en todos los casos una ausencia de proporción.
- La sanción debe tomar en cuenta la personalidad de cada autor, lo que implica efectuar un procesamiento individualizado de cada infracción.

8. Para cumplir eficazmente su papel de prevención en la sociedad, las sanciones deben darse a conocer públicamente y difundirse adecuadamente.

- La eficacia de las sanciones está vinculada a su rapidez y a su carácter público, tanto respecto del autor como del grupo.
- La obligación de difundir las sanciones es fundamental, porque a través de la difusión se informa y se educa a la gente sobre lo que constituye una violación grave y sobre las consecuencias que conlleva.
- La claridad de la norma y del mensaje que la acompaña es indispensable para su eficacia. El mensaje debe incluir el razonamiento que condujo a la sanción y que justifica la elección de ésta. Además debe referirse a todo el proceso que conduce al pronunciamiento de la sanción.

9. Los diversos mecanismos de sanción (penal o no) deben apuntar a fortalecerse mutuamente con miras a una eficacia óptima de todo el proceso.

- Esos mecanismos deberían basarse en normas claras, que precisen los criterios que deberán respetarse en términos de imparcialidad, independencia, carácter público y conformidad a las normas que garantizan un proceso equitativo, incluso en el pronunciamiento de la pena.
- La multiplicación de las fuentes de sanción (jurisdiccional, no jurisdiccional, disciplinaria, tradicional u otras) debe dar lugar a una repartición clara de las competencias entre los órganos.
- Esto es sumamente importante en los sistemas donde se combinan medidas disciplinarias y jurisdiccionales. La complementariedad debería privilegiar la eficacia, y los mecanismos no deberían duplicarse.
- Para ello, los mecanismos de la justicia tradicional también deberían explorarse, garantizando siempre el respeto de los criterios antes mencionados.

Elementos relativos a los autores de los crímenes

10. Las sanciones deben conducir al reconocimiento, por los autores de las infracciones, de su responsabilidad en la violación del derecho humanitario y contribuir a permitir a la sociedad en su conjunto a tomar conciencia del alcance de algunos acontecimientos que la han afectado.

- Como mínimo, el proceso instaurado debería garantizar que el autor no tenga más opción que aceptar su responsabilidad y que la sanción corresponda al grado de su responsabilidad en las violaciones cometidas.
- En la medida de lo posible y más allá de lo que hemos mencionado, el proceso debe permitir al autor de las infracciones demostrar su arrepentimiento y ofrecer la oportunidad de pedir perdón.

11. Se debe dar a los subordinados la oportunidad de comprender el alcance de sus actos y asumir la responsabilidad de estos.

- Se deben elaborar códigos de conducta que incluyan normas simples que integren de manera práctica los comportamientos a los que debe dar lugar el respeto de los principios y de las normas del derecho humanitario, incluso por lo que respecta a las consecuencias ligadas a su inobservancia.
- Los individuos también deben estar informados de sus derechos y sus obligaciones con respecto a una orden que *a priori* sería manifiestamente ilícita y de las consecuencias que podría tener.
- Se deben prever mecanismos operacionales que permitan a los subordinados obtener clarificaciones en cuanto a las órdenes que reciben, sobre todo cuando consideran que la orden es imprecisa o manifiestamente ilícita.
- Los subordinados no pueden ampararse en la orden recibida para eximirse de responsabilidad.

12. Las sanciones deben apuntar prioritariamente a los mandos responsables de crímenes masivos.

- Las sanciones no deben estar vinculadas exclusivamente al carácter directo de la participación en la comisión de la violación, sino que también deben tener en cuenta el grado de responsabilidad en relación con la orden dada.
- La responsabilidad de los mandos y los superiores militares y civiles no se limita a las órdenes dadas, sino que incluye también la laxitud en el control y las carencias en la formación.
- Desde un punto de vista operacional, es primordial que se establezca claramente la cadena de mando y las medidas que razonablemente pueden esperarse en cada nivel de esta cadena.

13. El papel de los instigadores debe evaluarse con precisión y dar lugar a un compromiso proporcional de su responsabilidad.

- Debe reconocerse claramente la responsabilidad de los instigadores en la preparación del entorno propicio a la violación del derecho internacional humanitario, en especial cuando contribuyen a la demonización del adversario y a la justificación de los crímenes que se han cometido en contra de éste.

14. Con miras a alcanzar su objetivo, el proceso de las sanciones en su conjunto debe procurar que las víctimas lo apoyen y tener consideraciones propias de la justicia social.

- La sanción del autor de la infracción no puede aplicarse sin una búsqueda previa de la verdad (no se puede imponer una pena sobre la base de pruebas insuficientes o de un razonamiento por analogía) y sin ofrecer respuestas (reparaciones) a las víctimas.
- La participación de las víctimas y de la sociedad en general en el proceso de justicia permitirá volverlo creíble y adaptar el sistema a cada contexto.
- La justicia transicional centrada en la víctima permite ampliar el marco de la sanción clásica integrando otros aspectos que no deben confundirse con su núcleo duro original.
- Se debe reconocer el papel de la víctima en la justicia penal, pero ese papel no debe llegar hasta su participación en la determinación de la cuantía de la pena.

Junio de 2008, N.º 870 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Crímenes masivos en ex Yugoslavia: ¿participación, sanción y prevención?*

Samuel Tanner

Samuel Tanner prepara un doctorado en Filosofía en la Escuela de Criminología de la Universidad de Montreal. Es también asistente de investigación en el Centro Internacional de Criminología Comparada de la Universidad de Montreal.

Resumen

En este artículo, presento un estudio acerca de la prevención y sanción de actos de violencia masiva. Pero, en lugar de adoptar un enfoque clásico, centrado en los actores formales, como los soldados, los oficiales o los dirigentes políticos, que actúan dentro de una cadena de mando legítima, examinaré el comportamiento de los actores no estatales, basando mis reflexiones en los casos de cuatro ex milicianos serbios que participaron en actos de violencia masiva en ex Yugoslavia. Postulo que es fundamental evaluar la relación social entre esos actores locales y sus respectivas comunidades, a fin de potenciar el efecto de las sanciones y, tal vez, prevenir que potenciales perpetradores cometan nuevas infracciones.

***

Crímenes masivos: enfoques jurídico y sociológico

¿Qué efecto tendrían las sanciones penales internacionales, nacionales o locales en las bandas armadas que participaron en los crímenes masivos en Croacia y en Bosnia-Herzegovina durante el decenio de 1990? En este artículo, postulo que, a fin de prevenir y castigar esos actos, es necesario, en primer lugar, evaluar y

* Las ideas y propuestas expuestas en este artículo pretenden servir más como materia de reflexión que como soluciones probadas. Se trata exclusivamente de opiniones del autor, basadas en reflexiones colectivas y personales, que no reflejan necesariamente la posición del CICR.

comprender cómo vivieron los perpetradores su participación en actos de violencia masiva. Para empezar, los casos de "limpieza étnica" o genocidio, como los que tuvieron lugar en ex Yugoslavia o Ruanda, pueden estudiarse desde dos puntos de vista: el jurídico y el sociológico. Tomemos, por ejemplo, el concepto de genocidio. El enfoque jurídico define el genocidio como una violación de la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en 1948. Sin embargo, el genocidio puede también contemplarse desde una perspectiva sustantiva o sociológica: y éste es el enfoque que adoptaré en este artículo. De este modo, el genocidio no será examinado como una violación de normas internacionales sino como el resultado de ciertas prácticas sociales. No se trata solamente de un crimen "nominal" que viola una norma del derecho internacional, sino también de un conjunto de acciones y prácticas sociales que hay que captar y comprender, no sólo para prevenirlas, sino también para sancionarlas. Por ende, desde el punto de vista jurídico, los crímenes masivos se refieren a toda la gama de violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos; incluyen, entre otros, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En cambio, la violencia masiva —para volver a la perspectiva sociológica— incluye las diferentes prácticas sociales agresivas perpetradas por un grupo o entidad contra una población civil. El grupo de perpetradores puede consistir en milicias, matones armados, un ejército o incluso un Estado entero. La naturaleza masiva de estas prácticas sociales depende de varios criterios. En primer lugar, implican la existencia de grupos en ambos lados, perpetradores y víctimas. En segundo lugar, ocurren de manera extensa: por ejemplo, la limpieza étnica en Bosnia-Herzegovina fue perpetrada por una compleja red de soldados, milicianos, grupos armados y protagonistas políticos. Y en tercer lugar, las prácticas sociales que caracterizan la violencia masiva se desarrollan durante un largo período: la limpieza étnica de Bosnia-Herzegovina duró tres años. Las matanzas, las violaciones, las deportaciones, el terror, la detención en campos de concentración y el exterminio conforman las principales características de la violencia masiva. En el análisis que sigue, basándome en la tipología descrita y en mi experiencia en el ámbito de la criminología social, me centraré, fundamentalmente, en la evaluación sustantiva o sociológica de la experiencia de cuatro ex victimarios serbios que tomaron parte en los crímenes masivos cometidos en Croacia y en Bosnia-Herzegovina entre 1991 y 1995. A continuación, recapitularé los resultados de mi investigación y luego formularé algunas propuestas relacionadas con la prevención y el castigo de los autores de actos de violencia masiva.

Evaluación de la experiencia de cuatro ex perpetradores serbios en las guerras de Yugoslavia

La bibliografía dedicada a analizar cómo las personas "se vuelven malas"[1] o cometen genocidios o asesinatos en masa tiende a señalar a los agentes del Esta-

1 James Waller, *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killings*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 316.

do. Por definición, éstos actúan dentro de una estructura jerárquica y burocrática específica que respeta las cadenas de mando y refleja una amplia división del trabajo. Aunque la coordinación entre instituciones estatales como ésta no siempre sea adecuada[2], transmiten la idea de "instituciones totales". Por consiguiente, el soldado evoluciona en un medio que lo subordina a las decisiones y órdenes de sus superiores y lo hace depender de ellas. Esa estructura social regula todos los ámbitos de su vida personal[3]. El estudio específico de los agentes estatales ha permitido acumular un valioso acervo de conocimientos, que echa una luz fundamental sobre la forma en que esos perpetradores participan en actos de violencia contra la población civil, sea por la "obediencia a la autoridad"[4], por la "banalidad del mal"[5], por el "desdoblamiento de la personalidad"[6], etc. Sin embargo, recientes sucesos, como la violencia generalizada que se desencadenó en ex Yugoslavia, muestran tendencias diferentes y, a veces, más sutiles que las del Holocausto, evento en que se basa la mayor parte de la literatura. En los acontecimientos que tuvieron lugar en Yugoslavia, hay indicios de que algunos perpetradores se beneficiaron de un "entorno aquiescente", esto es, de cierto margen de maniobra —fruto de la negligencia criminal de las autoridades del Estado— dentro del cual podían actuar a discreción. No todos los perpetradores formaban parte o recibían órdenes de la cadena de mando legal[7]. Entre estos operadores no asociados con la cadena de mando, me centraré en las "bandas armadas", que pueden definirse como grupos de perpetradores que están a mitad de camino entre dos tipos de criminalidad: por una parte, participan en actos criminales "de corto o mediano alcance", como robos, disturbios, crimen organizado o tráfico de drogas[8]; por la otra, toman parte en actos criminales "de largo alcance", como la limpieza étnica. El concepto del "alcance" se relaciona, en este caso, con las consecuencias que cada tipo de criminalidad genera en términos de vidas humanas. La criminalidad de largo alcance se relaciona principalmente con proyectos políticos criminales adoptados por los gobiernos centrales. Debido a su participación tanto en la criminalidad de corto y de largo alcance, para explicar la participación de las bandas armadas en la violencia masiva no basta con exponer razones como

2 Por ejemplo, en su novela *Les Bienveillantes* (Gallimard, París, 2006), Jonathan Littell describe cómo las SS y las SA competían entre sí durante la instrumentación de la "solución final" aunque, supuestamente, estaban obligadas a cooperar dentro de la compleja burocracia nazi.

3 Erving Goffman, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Anchor Books, Garden City, Nueva York, 1961, p. 386.

4 Stanley Milgram, *Obedience to Authority: An Experimental View*, Harper & Row, Nueva York, 1974, p. 224.

5 Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Viking Press, Nueva York, 1964, p. 312.

6 Robert Jay Lifton, *The Nazi Doctors: Medical Killing and the Psychology of Genocide*, Basic Books, Nueva York, 1986, p. 561.

7 Chérif Bassiouni, *Informe Final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)*, Naciones Unidas, Nueva York, 1994, disponible en http://digitalcase.case.edu:9000/fedora/get/ksl:mps17-finalreportSPAN0000/mps17-finalreportSPAN0000.pdf (consultado el 12 de junio de 2009).

8 Bill Buford, *Among the Thugs*, Norton, Nueva York, 1992, p. 317; Vadim Volkov, *Violent Entrepreneurs: The Use of Force in the Making of Russian Capitalism*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 2002, p. 201.

el odio étnico[9] o el fervor nacionalista[10]. Sin embargo, otras explicaciones, como la codicia, el oportunismo o el placer[11], también pecan de imprecisas, porque dejan de lado los objetivos políticos que esas bandas armadas también persiguen[12]. Por lo tanto, propongo una hipótesis alternativa, denominada "esquema de la premeditación emergente"[13], que describiré sucintamente en la siguiente sección.

Esquema de la premeditación emergente: enfoque y conclusiones

Dicho en pocas palabras, el esquema de la premeditación emergente adopta un enfoque secuencial en cuanto a la participación de las bandas armadas en la violencia masiva. Por lo tanto, aunque el consentimiento sea una de las razones que inducen a los miembros a participar en hechos de violencia masiva, mi idea es que, debido a sus características, ese consentimiento no es el resultado de un plan largamente meditado con miras a lograr la destrucción total o parcial de un grupo. Por el contrario, ese consentimiento se divide en una serie de decisiones derivadas de eventos significativos producidos por las interacciones entre los miembros de un mismo grupo, con sus comunidades respectivas y con los eventos políticos y sociales del momento, relacionados con la guerra. El esquema de la premeditación emergente se basa en material que recopilé durante una investigación que hice sobre el terreno en relación con cuatro ex perpetradores/acusados serbios, a quienes llamaré Radislav, Ivan, Nenan y Janko[14]. Radislav, Nenan e Ivan operaron en Croacia (Knin y Vukovar) entre 1991 y 1992. Janko, Nenan e Ivan participaron en eventos que tuvieron lugar en Bosnia-Herzegovina entre 1992 y 1995 (Bratunac, Zvornik, Srebrenica y Sarajevo). Las personas entrevistadas formaban parte de dos grupos distintos: Radislav, Nenan e Ivan formaban parte de una milicia asociada a la oposición política del ultranacionalista Movimiento Serbio de Renovación (SPO), dirigido, en ese momento, por Vuk Draskovic, un enérgico opositor a la camarilla que apoyaba a Slobodan Milosevic, entonces presidente de Serbia. En contraste, Janko actuaba dentro de un grupo armado que simpatizaba con el gobierno central. Salvo Nenan, a quien Radislav e Ivan conocieron durante los episodios de violencia que tuvieron lugar en Krajina (Croacia), todos provenían del mismo pueblo (que llamaré Uzila) y se conocían desde hacía varias décadas. En mi análisis, quedan de relieve cuatro características importantes de la relación que se estableció entre los perpetradores, la estructura colectiva a la que pertenecían y el contexto en el que tuvieron lugar las atrocidades. Esos cuatro elementos interactuaron, se combinaron,

9 Neil, J. Kressel, Mass Hate: *The Global Rise of Genocide and Terror*, Westview Press, Cambridge, Mass., 2002, p. 312.

10 Misha Glenny, *The Balkans: Nationalism, War and the Great Powers*, 1804–1999, Viking Press, Nueva York, 2000, p. 726.

11 Paul Collier and Anke Hoeffler, "Greed and grievance in civil war", *Oxford Economic Papers*, 56 (4), 2004, p. 28; John Mueller, *The Remnants of War*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 2004, p. 258.

12 Jeremy M. Weinstein, *Inside Rebellion: The Politics of Insurgent Violence*, Cambridge University Press, Nueva York, 2007, p. 402.

13 Samuel Tanner, "Political opportunities and local contingencies in mass crime participation: Personal experiences by former Serbian militiamen", *Global Crime*, vol. 8 (2), 2007, p. 19.

14 Para más detalles sobre la metodología y los trabajos de campo, v. ibíd.

y terminaron por alimentar el proceso que indujo a estas personas a participar en actos de violencia masiva.

Política y militarización en Serbia durante el período 1990-1991

El conflictivo clima político que predominaba en 1990-1991 en Serbia, entre las facciones monárquicas y las favorables a Milosevic, tuvo su origen en una trama subyacente que, en última instancia, condujo a la participación de los cuatro perpetradores y acusados en atrocidades masivas[15]. El Movimiento Serbio de Renovación consideró que el clima político era propicio para fortalecer su propia legitimidad política. Con ese objetivo en la mira, la oposición monárquica, echando mano del "repertorio de la difamación", lanzó una agresiva campaña centrada en cuestiones de seguridad, con la que se proponía desacreditar a Milosevic y al Ejército Popular de Yugoslavia federal sugiriendo que ya no era posible confiar en este último. Básicamente, la oposición deseaba organizar un auténtico ejército serbio formado por *chetniks* (guerrilleros nacionalistas eslavos) modernos, con el propósito de defender a la "nación serbia" dentro y fuera de las fronteras de Serbia. Según algunas opiniones, esa estrategia influyó en la sensación de inseguridad de la población, independientemente de sus afinidades políticas[16]. Esta disputa política, interpretada por los cuatro perpetradores/acusados como el momento clave para actuar, desencadenó un proceso de formación de milicias que, sin duda alguna, representó un paso más hacia la violencia masiva. Por lo tanto, la movilización de los perpetradores representó, por un lado, una acción contra el Gobierno, y por otro, la voluntad de proteger a los serbios en el extranjero; la suma de estos factores los incitó a marcharse a Croacia en 1991.

Guiones cognitivos nacionalistas locales[17]

Es innegable que el conflictivo clima político, descrito en la sección anterior, estimuló las actitudes nacionalistas y los guiones cognitivos que dan forma a los marcos de sentido, que "no solamente afectan los cálculos estratégicos de los individuos... sino también sus preferencias más básicas y hasta su propia identidad"[18]. Además de un programa político que impulsaba la restauración de la monarquía y el

15 Esa disputa giraba en torno de las elecciones multipartidarias celebradas en Serbia en diciembre de 1990, en las que triunfó el partido de Milosevic (el Partido Socialista de Serbia). Esa victoria fue impugnada por el Movimiento Serbio de Renovación, el cual alegó que el partido de Milosevic le había robado su plataforma política, centrada en la creación de la Gran Serbia.

16 Dubravka Stojanovic, "The Traumatic Circle of the Serbian Opposition", en Nebojsa Popov (ed.), *The Road to War in Serbia. Traumas and Catharsis*, Central European University Press, Budapest, 1996, p. 29.

17 "Los guiones cognitivos son una forma de la estructura de la memoria que se desarrollan debido a la exposición reiterada al mismo conjunto de estímulos y/o a la repetición de un determinado comportamiento." V. A. Lakshmi-Ratan y Easwar Iyer, "Similarity analysis of cognitive scripts", *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 16 (2) (1988), disponible en www.springerlink.com/content/hv0089x18652mqp3/ (consultado el 12 de junio de 2009).

18 Peter A. Hall y Rosemary C. R. Taylor, "Political science and the three new institutionalisms", *Political Studies*, N.º 44 (1996), p. 22.

retorno de los *chetniks*, había otros tres guiones cognitivos que daban forma al marco de sentido de los cuatro perpetradores/acusados. El primero se relaciona con las teorías raciales basadas en el evolucionismo, según las cuales el tipo serbio se ubica en el extremo superior de la escala. Consecuentemente, según la percepción de estos cuatro individuos, correspondía a los serbios dominar todo el territorio de Yugoslavia. En varias ocasiones, las entrevistas con estas personas revelaron una historia en gran parte reinventada, que omitía los hechos básicos de la demografía balcánica.

El segundo conjunto de guiones cognitivos que dio forma al marco de sentido de los perpetradores/acusados gira en torno de la mitología y la religión. Esos contenidos se activan sobre todo al escuchar canciones populares que celebran las proezas de los antiguos *chetniks*. En esas canciones, así como en la narración de los cuatro acusados, esos guerreros suelen actuar con el beneplácito de la iglesia ortodoxa y son considerados, por ende, impulsores y defensores del cristianismo contra el islam. Por esta razón, se tiende a identificar y a hablar de los victimarios como guerreros celestiales, en lugar de verlos como criminales de guerra. A excepción de Janko, los acusados se transformaron en verdaderos creyentes tras participar en la violencia masiva. Pero, esos guiones cognitivos también se revelan en las conversaciones sobre la historia de Serbia, la religión ortodoxa, las novelas y cuestiones sumamente delicadas como la continua disputa entre croatas y serbios acerca del número de víctimas serbias causado por los *ustasha* (asociados al nazismo) durante la Segunda Guerra Mundial.

Por último, hay un tercer conjunto de guiones cognitivos, que se basa en creencias específicas compartidas por los participantes y por la comunidad a la cual pertenecen. Esos conceptos giran en torno de los valores rurales locales, que difieren de los urbanos, e incluyen, en particular la desconfianza hacia las personas que viven en centros urbanos como Belgrado, el regreso a los intereses y valores locales (la cría de cerdos y pollos, la agricultura) y, en paralelo, una fuerte resistencia a la modernización de la política y la sociedad serbias (el activismo relacionado con los derechos humanos, los puntos de vista neoliberales, el pluralismo político y las protestas contra la guerra). Aunque los acusados promovían un programa nacionalista, es importante subrayar que, en muchos aspectos, ese programa era diferente del que promovían Belgrado y el gobierno central. Éste, por otra parte, era percibido en esa zona como un gobierno ilegítimo y muy distanciado de los intereses de la población rural. La mayoría de las comunidades serbias que vivieron la guerra y la violencia en forma directa, sea como perpetradoras sea como testigos de la llegada de los refugiados serbios que llegaron de Croacia tras la Operación Tormenta, ejecutada en esa zona en 1995, eran de zonas rurales, no de Belgrado, la capital[19].

Contexto organizativo de las escenas de violencia masiva

También conviene examinar el contexto social y organizativo subyacente que preparó el terreno para los actos de violencia masiva. A continuación, describiré brevemente los dos contextos en que operaban las cuatro personas entrevistadas:

19 Esto no significa que la población de Belgrado no haya soportado años de privaciones durante la década de 1990 a causa del embargo internacional impuesto por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Croacia y Bosnia-Herzegovina. El primero se refiere a la participación de Radislav, Nenan e Ivan, entre agosto de 1991 y febrero de 1992, en los acontecimientos que rodearon la formación de la autoproclamada Región Autónoma de Krajina en el este y oeste de Croacia. Como se ha documentado, en esas zonas se efectuó la limpieza étnica de la totalidad de la población no serbia[20]. A partir de julio de 1991, Krajina comenzó a recibir cada vez más apoyo humano y material externo, sobre todo de Serbia. Cabe señalar que los documentos y entrevistas de la época indican que ese apoyo no sólo era suministrado de modo oficial (y extraoficial) por el Gobierno central serbio, sino también *de facto* por voluntarios como los *chetniks* de Vojislav Seselj o por victimarios como Radislav, Nenan e Ivan, asociados con el Movimiento Serbio de Renovación. Existen indicios de que muchos perpetradores actuaron al margen de la cadena de mando única y unida, encarnada en el estado mayor conjunto del Ejército Popular Yugoslavo[21]. Asimismo, la situación parece haber sido muy compleja, ya que, según los perpetradores/acusados, había ásperos conflictos entre las múltiples cadenas de mando, muchas de las cuales ni siquiera podían identificarse con claridad. Por ende, además de crear un "entorno aquiescente", esta red de perpetradores que competía por el control de los territorios no sólo atizaba la violencia, sino que la hacía más indeterminada e imprevisible. Aunque el nacionalismo es un elemento clave, definitivamente no es suficiente para catalogar a los múltiples perpetradores que intervinieron en Croacia. Entre los principales protagonistas figuraban el Ejército Popular Yugoslavo, las Fuerzas de Defensa Territorial croatas y serbias, la policía de Milan Martic, varias milicias (entre ellas, los *chetniks* de Vojislav Seselk), los "asesinos de fin de semana", como los llamaba Radislav, y muchos otros. La movilización de Radislav, Nenan e Ivan fue diferente en cada caso. No fueron llamados por el gobierno central y el mando legítimo para engrosar las filas del Ejército Popular Yugoslavo o unirse a milicias leales al gobierno central, sino que cada uno entró en la guerra por su propia cuenta, para ver cómo podía "ayudar"[22]. Pocos días después de llegar al terreno, se incorporaron a unidades con ideologías cercanas a las suyas, las cuales, en su opinión, "se inclinarían por defender" los intereses serbios en Croacia.

Durante las entrevistas, los tres perpetradores/acusados mencionados insistieron enérgicamente en que no podían confiar en el Ejército Popular Yugoslavo, porque se lo percibía entonces como infestado de "quintacolumnistas". Los tres hombres participaron en el ciclo final de violencia que tuvo lugar en Croacia a finales de 1991 y principios de 1992. Curiosamente, Radislav reconoce que la decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de desplegar la Fuerza de

20 TPIY, *The Prosecutor v. Milan Martic*, Caso N.º IT-95-11, Sentencia (Sala de Primera Instancia), 17 de junio de 2007.

21 TPIY, *The Prosecutor v. Vojislav Seselj*, Caso N.º IT-03-67, Tercera Acusación Enmendada, 7 de diciembre de 2007; TPIY, *The Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Caso N.º IT-02-54, Acusación Enmendada (Bosnia), 21 de abril de 2001; Acusación Enmendada (Croacia), 22 de julio de 2004.

22 Radislav me dijo que, como era médico, al partir a Croacia su idea inicial era prestar ayuda a las víctimas serbias en los hospitales locales.

Protección de las Naciones Unidas[23] en Croacia fue el factor que precipitó su decisión de salir de la zona. Radislav subrayó que no quería caer en manos de los "Cascos azules" y afrontar el riesgo de un juicio. Se observa, por ende, que la eliminación de la población civil no se encontraba exclusivamente en manos de un partido único, concretamente el Estado, como se ha considerado y argumentado hasta ahora en la mayoría de los casos. La violencia masiva fue resultado de una estructura policéntrica formada por numerosos actores que, pese a compartir un programa político nacionalista, tenían motivaciones y objetivos tal vez diferentes. Como señalaron los acusados, la ausencia de una autoridad única con pleno control sobre el territorio tuvo consecuencias devastadoras para la población civil no serbia. El campo de acción que daba a la intervención oportunista abrió la puerta a la competencia entre diferentes perpetradores, todos ansiosos por llevar a cabo su programa (tanto político como criminal), y dio rienda suelta al método más radical de que disponían los cuatro perpetradores/acusados: la violencia extrema. El embrutecimiento —como consecuencia de los intentos de las partes contendientes por tomar el control del territorio— aceleró la violencia generalizada en curso y sumió más aún a los perpetradores en la ejecución de crímenes masivos. Para muchos, esta violencia en masa descentralizada[24] presentaba, al menos durante los primeros meses de la guerra, numerosas oportunidades para adquirir capital político y legitimidad.

Además, durante los primeros meses de la guerra, en marzo y abril de 1992, Ivan, Nenan y Janko operaron en la zona este de Bosnia-Herzegovina, sobre todo en lugares como Bijeljina, Visegrad, Bratunac y Zvornik. Nenan, Ivan y Janko también operaron en Srebrenica antes del genocidio y durante éste[25]. El material recopilado proporciona una visión diferente, pero complementaria, del contexto organizativo que presidió los escenarios de violencia masiva. Por ejemplo, Janko explicó que, aunque algunas órdenes provenían de su jefe, un hampón criminal, también recibía muchas instrucciones —por ejemplo, sobre qué hacer y adónde ir— de personas civiles locales en Bosnia-Herzegovina y de miembros de los comités de crisis locales[26]. Janko también reveló la existencia de una atmósfera de consentimiento que eliminaba todas las trabas a la violencia masiva en la región donde operaba. Las actitudes aquiescentes de los funcionarios y de la población local dieron libertad de acción a Janko y sus camaradas. Añadió que normalmente actuaba de noche, en grupos pequeños formados por tres o cuatro personas, y que, cuando llegaban al

23 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 743 (1992) sobre el establecimiento de una Fuerza de Protección de las Naciones Unidas ("UNPROFOR") en el territorio croata controlado por las para-autoridades (Documento de las Naciones Unidas S/RES/743/1992).

24 Ocurrió en paralelo con la política criminal centralizada de Serbia orientada a eliminar en Croacia a las personas que no fuesen serbias.

25 Así se califica en el caso *Krstic*: TPIY, *The Prosecutor v. Radislav Krstic*, Caso N.º IT-98-33, Sentencia (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004.

26 Comités locales encargados de organizar y coordinar la eliminación de la población no serbia en Bosnia-Herzegovina. Estaban compuestos por miembros del Ejército Bosnio-serbio (VRS), oficiales de policía, servicios secretos integrados por bosnios serbios y serbios de la República Serbia, alcaldes y políticos locales, y representantes de la población local. Los miembros de los comités de crisis tenían afinidad ideológica con el Partido Democrático Serbio (SDS) dirigido por Radovan Karadzic, y eran también responsables de dirigir la acción de las milicias y de los victimarios que llegaban desde fuera de Bosnia.

lugar indicado, la población local les decía exactamente dónde realizar sus operaciones. No tenían problema alguno en encontrar armas: tras la retirada del Ejército Popular Yugoslavo de Bosnia-Herzegovina, como exigía el Consejo de Seguridad el 15 de mayo de 1992, sabían dónde encontrarlas. El tráfico de armas también era útil en ese sentido. Por último, cuando terminaban de "limpiar" una zona, el Ejército Bosnio Serbio (VRS) cavaba fosas comunes y borraba las huellas.

Esos hallazgos contradicen la ampliamente documentada descripción de los victimarios como personas que actuaban exclusivamente bajo las órdenes de una cadena de mando legítima. Desde luego, no se puede negar la importancia del "paradigma estatal", en el cual la responsabilidad de los crímenes recae en las elites políticas y los agentes del Estado. Pero, obviamente, la perspectiva "de arriba abajo" no explica las múltiples formas de la violencia masiva. Basta pensar en la dinámica de las comunidades para comprender que no toda la participación en los crímenes de masa deriva de la "obediencia a la autoridad". Por lo tanto, el enfoque centrado en las funciones y responsabilidades de los jefes de los ejércitos regulares y los dirigentes políticos no sólo no alcanza para abordar las cuestiones de la sanción y la prevención de los crímenes masivos, sino que puede incluso ocultar las dinámicas esenciales que gobiernan la eliminación de personas civiles.

Características organizativas de las comunidades: delitos menores y tendencias de la interacción comunitaria

A los ojos de muchos serbios, la acción en favor de los serbios realizada en Croacia y Bosnia-Herzegovina transformó a los actores marginales *de facto* en acreditados protectores de la nación serbia y de sus tradiciones. Aun así, muchos nacionalistas no ingresaron en las milicias y no participaron en la violencia masiva. Dentro del contexto general, caracterizado por el conflicto político, la agitación nacionalista y la propagación de la violencia colectiva, también se articulaban incentivos paralelos y recursos de facilitación que inducían a la participación en los crímenes masivos. En esta sección, me referiré a las actividades criminales y a las características organizativas de las comunidades.

Actividades criminales

Como ya se ha dicho, Radislav, Ivan y Janko se conocían desde jóvenes. Tenían muchas experiencias en común, una de las cuales —y no la menos importante— era la criminalidad de corto o mediano alcance. Radislav admite que esa actividad los llevó a participar en los crímenes cometidos durante la guerra, reconociéndola como una forma de continuación, pero de naturaleza distinta. Janko también admite que, aunque la lucha contra "la amenaza musulmana" fue, sin duda alguna, el incentivo inicial que lo llevó a Bosnia y lo indujo a quedarse allí, se enriqueció saqueando propiedades y robando las casas de sus víctimas. La solidaridad forjada durante las actividades delictivas del pasado ayudó a establecer una red de confianza mutua que facilitó las operaciones criminales en tiempo de guerra.

Esa red no sólo generaba conexiones, sino que también obligaba a sus miembros a proteger a los participantes y a las actividades criminales[27]. Los delitos menores no conducen automáticamente a la violencia masiva. Pero los guiones nacionalistas y los modelos de interacción transmitidos a través de las redes de confianza ayudaron a movilizar a los tres hombres para cometer actos de violencia masiva. En este sentido, son reveladores los comentarios de Radislav sobre la oposición del trío al gobierno de Milosevic y su intención de luchar contra él son. Su convencimiento de la pasividad del gobierno central en relación con las comunidades serbias en el exterior preparó el camino para que los activistas realizaran acciones no estatales de forma cuasi institucional. En ese contexto, las redes criminales facilitaron la acción colectiva.

Tendencias de la acción comunitaria

Radislav ocupa un cargo público en la pequeña ciudad donde lo conocí. Era y sigue siendo una persona importante en la zona. Durante el período en que lo acompañé para observarlo en el desempeño de sus numerosas actividades, se puso de manifiesto una compleja red de asociaciones. Su posición estratégica le exige realizar constantes esfuerzos para mantener su capital social. Por ejemplo, Radislav debe convidar copas, resolver disputas entre miembros de la comunidad y mostrarse solidario con vecinos que atraviesan circunstancias difíciles o felices. Posiblemente, esas pequeñas interacciones no expliquen, por sí mismas, la participación en la violencia masiva. Pero, sumadas a otras consideraciones (la situación política y la creciente militarización de Serbia en 1990-1991, los guiones cognitivos nacionalistas locales y el contexto organizativo de los escenarios de la violencia masiva), narran la crónica de la compleja red social de los cuatro acusados y esclarecen, en gran medida, su experiencia de la violencia masiva. La combinación de todos esos elementos influye en el concepto local de *komsije*, un conjunto de prácticas y consideraciones cotidianas que sostienen y fortalecen la solidaridad entre personas que frecuentan los mismos vecindarios, bares y clubes deportivos. El mecanismo del *komsije s*e desarrolla en una serie de pequeños actos repetidos que crean vínculos sólidos, a diferencia de las alternativas ideológicas y de comportamiento, que terminan por estigmatizar a sus autores y causan su expulsión. Los mecanismos informales, como avergonzar a las personas, obligan a éstas a obedecer las reglas que instituyen, en general, sujetos como Radislav, Nenan, Ivan y Janko. La gente depende de ellos y se moviliza a su pedido. De este modo, Radislav, Ivan, Nenan y Janko asumen el carácter de operadores políticos y criminales: prescriben soluciones y acciones organizativas que transforman a los guiones nacionalistas y las actividades antes consideradas criminales, en un capital social y simbólico casi permanente. Los guiones nacionalistas y las actividades criminales, incluido el patrimonio obtenido por ese medio, representan el modo de transformar a hampones e ideólogos antes marginales, en actores centrales de la comunidad local. En el contexto de posguerra, su influencia en la población local facilita el ocultamiento

27 Charles Tilly, *Trust and Rule*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, p. 196.

de las actividades que realizaron en tiempo de guerra, y la confianza es, sin duda alguna, parte esencial de esa influencia. Por ello, aunque hayan operado desde los márgenes de la estructura global y del mando legítimo responsable de los estragos desatados en ex Yugoslavia, los cuatro perpetradores tuvieron un papel clave en el establecimiento de escenarios idiosincrásicos que no sólo minimizan y difuminan sus propias responsabilidades, sino que, además, distorsionan los hechos históricos. Estas técnicas producen escenarios alterados de los crímenes pasados y mantienen a la población local desinformada, en el mejor de los casos, e indiferente a los programas nacionales destinados a "superar el pasado" que se encuentran en curso.

El desafío de las sanciones apropiadas

En mi opinión, sancionar y prevenir la participación de tales individuos en crímenes masivos son medidas que también requieren un enfoque local y comunitario. Es fundamental encarar las cuestiones como las sanciones y la prevención a través de la relación característica de los perpetradores de ese tipo con la población serbia en general y con su comunidad local en particular. En primer lugar, presentaré algunas observaciones sobre el impacto de las sanciones aplicadas hasta ahora por los sistemas de justicia internacionales y nacionales. En segundo lugar, expondré ciertas cuestiones que podrían ser pertinentes para la construcción de una estrategia que prevenga la participación de ese tipo de grupos armados no estatales en la violencia masiva. Aunque seguiré concentrándome en el ejemplo de los cuatro perpetradores entrevistados y sus respectivas comunidades, considero que el contenido general de mi argumentación puede tener resonancias en otras partes del mundo que actualmente afrontan la participación de grupos armados no estatales en actos de violencia masiva.

Sanciones por crímenes masivos: el contexto nacional

A pesar de los crímenes cometidos, las pruebas indican que, cuando participaron en actos de violencia masiva, los cuatro acusados conocían bien los principios fundamentales del derecho internacional humanitario. Sin embargo, las normas eran, al parecer, susceptibles de interpretación y negociación. Aunque reconocían haber participado en infracciones graves del derecho internacional humanitario, sostenían que sus víctimas también lo habían hecho. Refiriéndose a la "Operación Tormenta" (en la que cientos de miles de serbios de Croacia fueron expulsados por las fuerzas croatas), opinan que puede acusarse de los mismos pecados a croatas y musulmanes. Este sofisma parte de la siguiente conclusión injustificada: la necesidad de matar a civiles inocentes. Aunque esas actitudes constituyan falsas justificaciones y/o representen una forma de tranquilizar la conciencia moral de los perpetradores, ellas neutralizaron el significado básico del derecho internacional humanitario: que se ha de respetar, en toda circunstancia, a los civiles y a las personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades. A la vez, esas actitudes eliminaron la razón de respetar y hacer respetar ese ordenamiento jurídico. Lo más per-

turbador es que, pese a reconocer sus faltas, los cuatro individuos consideran que sus acciones estaban justificadas. Por lo tanto, es posible que la difusión de conocimientos sobre el derecho internacional humanitario no tenga la eficacia deseada.

Sanciones de la justicia internacional

¿Qué influencia tendrían las sanciones internacionales en estos individuos? Es preciso destacar tres cuestiones. En primer lugar, las consecuencias y los efectos disuasivos de la justicia internacional ejercida por el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia son lejanos y difusos para ese tipo de malhechores locales. Aunque se mantienen muy bien informados acerca de los juicios en curso y las sentencias pronunciadas por el tribunal, no se sienten realmente amenazados por éste. Muchos de los victimarios locales no se identifican con los oficiales del ejército o los funcionarios gubernamentales de alto nivel que han sido acusados. Por el contrario, como he procurado demostrar en los párrafos que anteceden, durante los conflictos armados los perpetradores locales estaban en contra de la mayoría de esos oficiales y funcionarios.

En segundo lugar, cabe destacar un aspecto interesante: se puede trazar un paralelo entre las víctimas y los perpetradores con respecto al impacto de la justicia internacional a nivel local. Para ambos grupos, esa forma de justicia tiene poco peso y escasos efectos en su vida y rutina cotidianas. Pero, mientras que las víctimas sienten, con o sin razón, que la justicia internacional no aporta el tipo de justicia que piden o esperan, para los perpetradores la situación es diferente. Teniendo en cuenta el tipo de personas procesadas por la justicia internacional, es decir, funcionarios públicos de alto nivel, se sienten seguros porque no actuaron dentro de una cadena de mando legítima.

En tercer lugar, la justicia internacional tiene escasas repercusiones en las comunidades locales, donde prácticamente nadie se interesa por ella. En mi opinión, esa falta de interés se debe tanto a la distancia como al tipo de personas que persigue (ex oficiales y políticos de alto nivel). Salvo una minoría, la gente en Serbia hoy se preocupa sobre todo por su diario vivir y los problemas económicos del país. Por ende, el destino de sus ex dirigentes o de los oscuros y desconocidos miembros de los servicios secretos, suscita poco o ningún interés. No digo que esos funcionarios no deban ser juzgados. Pero, cuando se trata de hacer justicia, es posible que los diferentes interesados, incluida la población local, no coincidan ni sean tan categóricos en relación con la licitud, la legitimidad y la aceptabilidad. Cuando se descarta esa dinámica, los resultados suelen ser ineficaces y contraproducentes. Por todas esas razones, considero que, en las comunidades locales, la aplicación de la justicia internacional causa un impacto limitado, tanto a corto como a largo plazo.

Sanciones aplicadas por la justicia nacional y local

En cambio, las sanciones de los tribunales nacionales, como las que actualmente aplica la Cámara de Crímenes de Guerra de Serbia, encargada de enjuiciar los crímenes cometidos por ciudadanos serbios, tienen un impacto mucho mayor.

En primer lugar, esas sanciones no son impuestas por un lejano tribunal internacional, que la opinión local asocia con aquellos que bombardearon la región en 1999. Dado que en Serbia se trata ahora de sanar las heridas y de "superar el pasado", las sanciones impuestas por un tribunal local pueden ser más eficaces que la justicia internacional. Como dijo una persona que conocí en Belgrado:

> "Algunos de nuestros ciudadanos cometieron crímenes en el extranjero en nuestro nombre. Ahora, juzgarlos aquí [en Serbia] es importante para nuestra recuperación, porque significa que, contrariamente a lo que afirma la opinión internacional, no somos todos culpables de estos actos, y que podemos identificar a los culpables y juzgarlos. Para otros de la misma clase, es una señal clara de que puede tocarles el turno[28]."

Este proceso puede ayudar a la sociedad a experimentar una distinción fundamental, ya planteada por Hannah Arendt, entre la culpa colectiva y la responsabilidad colectiva[29]. Según Arendt, si se considera que todo el mundo es culpable, en tal caso, paradójicamente, nadie lo es; aplicar esta idea equivaldría a utilizar el mismo sofisma y la misma línea de defensa que los perpetradores. En los hechos, no todos mataron o violaron, pero lo que sí sucedió es que un amplio círculo de individuos cerró los ojos o no intentó impedir esos crímenes. Según esta filósofa, es precisamente allí donde reside la responsabilidad colectiva. Si las instituciones judiciales nacionales declaran a algunos de los "ciudadanos comunes" (en contraste con los altos dignatarios) culpables de crímenes de guerra en los eventos que, en ese momento, se presentaban como actos de protección de la identidad serbia, significa que "hubo algo malo" y que se ha violado una norma. De algún modo, eso induce a la gente, opine lo que opine, a tomar posición sobre esa cuestión y la alienta a examinar su propia conciencia.

Las sanciones deben ir acompañadas de un proceso de sensibilización o de difusión que recuerde a las personas la índole criminal de los actos efectuados en nombre de la población serbia. Tal proceso ayudaría a transformar a los héroes de guerra o "guerreros celestiales" en criminales de guerra a los ojos de las comunidades locales. Por ejemplo, la película en la que se muestra a un grupo de milicianos locales, conocidos como los "Escorpiones", ejecutando a un grupo de musulmanes jóvenes e inofensivos sacudió a la opinión pública en Serbia y en todos lados. Esos individuos no eran funcionarios de nivel superior. Al contrario, provenían de la misma esfera que la población general, y esa proximidad tiene un impacto en la población serbia. Es muy probable que ese tipo de sanción ayude a la gente a tomar conciencia de los acontecimientos pasados y a cambiar la opinión pública, engañada por la propaganda nacionalista[30].

28 Entrevista realizada en marzo de 2006 a un activista de derechos humanos del Centro de Derecho Humanitario, en Belgrado.

29 Hannah Arendt, *Responsibility and Judgment*, editado por Jerome Kohn y con una introducción de éste, Schocken Books, Nueva York, 2003, p. 295.

30 Eric Gordy, *The Culture of Power in Serbia: Nationalism and the Destruction of Alternatives*, Pennsylvania State University Press, University Park, 1999, p. 230.

Aparte del aspecto retributivo de las sanciones, es importante tener en cuenta los efectos que se desea lograr mediante su aplicación y, concretamente, el grupo destinatario de esos efectos. ¿La comunidad internacional? Sería contraproducente, dado que los serbios, como nación, ya habían sido condenados por la opinión pública internacional incluso antes de las primeras condenas. ¿Los ex dirigentes yugoslavos? Las sentencias pronunciadas contra los ex líderes podrían constituir una fuerte señal para los que siguen prófugos. Sin embargo, los casos de Karadzic y Mladic también podrían llevar a la conclusión de que hay una escapatoria, pese a que esos dos acusados son los fugitivos más buscados. En otras palabras, los esfuerzos por sensibilizar a la población local pueden elevar su opinión de la justicia e impulsarla hacia la introspección y el examen de conciencia.

Prevención de los crímenes masivos

A modo de conclusión, formularé algunas propuestas relacionadas con la prevención de los crímenes masivos. Nuevamente, me concentraré en la experiencia de los cuatro perpetradores/acusados y su relación con la comunidad, y abordaré la cuestión de la prevención primero a nivel internacional y luego a nivel local.

Iniciativas internacionales

Tanto la organización como las acciones de los cuatro milicianos entrevistados son extremadamente volátiles. No hay una verdadera socialización, ni vínculos con los valores humanos que se reflejen en su "cadena de mando". Sin embargo, el propio Radislav reveló un elemento que se puso de manifiesto durante las investigaciones sobre el terreno, y que podría ser útil para prevenir o poner fin a las atrocidades. En respuesta a la pregunta de por qué dejaron Croacia a principios de 1992, habló del despliegue de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR). Esa fuerza cambió el balance del poder militar y de las otras formas de poder en la región, y constituyó un nuevo obstáculo a los planes de los perpetradores. Éstos, al percibir que la aplicación de su programa político y la consecución del control absoluto sobre Krajina resultarían empresas cada vez más arduas, decidieron replegarse. Por ende, cabe contemplar la intervención internacional como posible medio de prevención.

Iniciativas locales

Como se ha dicho, es preciso tomar en cuenta no sólo el aspecto retributivo de la sanción sino también el efecto que tendría en el grupo destinatario específico, es decir, la comunidad a la que pertenece el perpetrador. En numerosas comunidades rurales serbias, la justicia internacional, hasta ahora, ha transformado a los criminales de guerra en mártires. El caso Seselj es el más representativo de este fenómeno, aunque podría considerarse un ejemplo lejano. Por lo tanto, hay que hacer un gran esfuerzo por modificar la imagen que estas comunidades tienen de sus

"guerreros celestiales". Las medidas de prevención de las atrocidades en masa deben apuntar no sólo a los propios perpetradores sino también a la relación primaria entre ellos y sus comunidades.

El primer paso sería evaluar por qué las comunidades de esos individuos les confieren tanto capital social y poder simbólico. Una forma de hacerlo es tener en cuenta los temores que experimentaban esas comunidades en 1991, al principio de la guerra. Por ejemplo, la televisión serbia transmitía numerosas imágenes de croatas que amenazaban a sus "hermanos serbios". Buena parte de esas imágenes eran propaganda; se exhibían filmaciones de la Segunda Guerra Mundial que mostraban actos de violencia cometidos contra los serbios por los ustasha croatas fascistas. Estas imágenes causaban gran impacto en las comunidades locales "abandonadas a su suerte" por la elite, más preocupada por mantener su poder que por encarar la crisis social y económica que atravesaban las zonas rurales. La situación resultante reflejaba la aplicación de modalidades mafiosas: la población aceptó la iniciativa propuesta por operadores independientes como Radislav, Nenan, Ivan y Janko como una alternativa vital, que no sólo ofrecía a las comunidades locales una forma rápida de resolver sus dificultades económicas y apaciguar sus legítimos temores, sino que además, los presentaba a ellos como personas dignas de confianza y capaces de cambiar la situación. Estos perpetradores dejaron de ser operadores económicos para transformarse en dirigentes morales y nacionalistas que promovían los "verdaderos" valores del "espíritu serbio", combinando esos valores con programas criminales que aplicaban en el extranjero. Por otra parte, la comunidad local no presenció muchos de los crímenes cometidos por estos individuos; por esta razón, sus partidarios basaron su confianza en una imagen que no era más que parcial. ¿Qué hacer para reducir el capital simbólico otorgado a estos perpetradores? ¿Cuál sería la alternativa para una población que necesita ayuda para solucionar cuestiones concretas, como el empleo y la seguridad? Es fundamental cortar, de entrada, el apoyo que los cuatro acusados y otros como ellos pueden recibir de su comunidad, esto es, encarar los temores iniciales que inducen a esas comunidades a confiar en esas personas. ¿Cómo podemos mostrar a esas comunidades que hay otras soluciones? Probablemente, una buena forma de debilitar el capital social de esa clase de personas y la dependencia de ellas es que sean sancionadas por la justicia local; pero, sin duda alguna, también es imprescindible abordar la cuestión de los guiones cognitivos, las representaciones y los intereses locales.

Es absolutamente esencial examinar el vínculo entre los casos concretos de violencia masiva y la estructura social y política circundante en la que se inserta el perpetrador. Los victimarios que se han descrito en este artículo contaban, incuestionablemente, con una suerte de autorización tácita derivada de la ausencia (¿voluntaria?) de sanciones u otras medidas que el gobierno central, que sabía lo que estaba ocurriendo, podría haber tomado para poner fin a las actividades criminales; pero, por otra parte, también contaban con la aquiescencia y el consentimiento de la población local, pese a que ésta conocía las consecuencias últimas de su apoyo. El control social era prácticamente inexistente, por lo cual era casi imposible que las instituciones judiciales locales pudiesen aplicar el derecho internacional durante

el conflicto. Aunque el grupo en el que operaban Radislav, Nenan e Ivan se oponía enérgicamente al gobierno de Milosevic, ese gobierno, paradójicamente, se benefició en gran medida de la participación de grupos armados de oposición ultranacionalistas, ya que todos ellos perseguían el mismo fin: eliminar a la población no serbia de Croacia y Bosnia-Herzegovina para ganar nuevos territorios. En situaciones de este tipo, la intervención militar podría ser más eficaz que la aplicación de la ley.

Por último, aunque he hecho más hincapié en las sanciones penales, primer pilar de la justicia de transición, también es imprescindible prestar atención al segundo, consistente en los "mecanismos de búsqueda de la verdad". En algún momento de la realización de mi estudio sobre el terreno, Radislav expresó pesar por lo sucedido, aunque sigue convencido de que actuó justificadamente. Algunos de los victimarios están atormentados por lo que hicieron en los años noventa y necesitan expresarlo, pero, ¿cómo, y a quién? Si se crease una comisión de la verdad y la reconciliación con alcance regional panbalcánico, Radislav narraría sus experiencias y hablaría de lo que pasó[31]. Por otro lado, teniendo en cuenta que todavía se realizan investigaciones penales para arrestar a los perpetradores y enjuiciarlos, Radislav admite que por nada se arriesgaría a hablar públicamente de sus actos. No soy en modo alguno experto en justicia de transición, pero en este caso parece haber una oportunidad desaprovechada. La divulgación de información sobre la participación en crímenes masivos de un ex perpetrador y las consecuencias que soporta (vivir escondido, sufrir traumas, tener pesadillas, etc.) ¿serviría para disuadir a potenciales perpetradores de participar en actos de violencia masiva?

31 Sin embargo, si bien todos coinciden en que es necesario revelar la verdad sobre los acontecimientos que tuvieron lugar en ex Yugoslavia, pocos realmente anhelan la reconciliación o se atreven a hablar de ella.

Junio de 2008, N.º 870 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal

Jamie Allan Williamson*
Jamie A. Williamson es asesor jurídico regional del CICR

Resumen

El derecho internacional humanitario (DIH) impone a los superiores el deber de velar por que sus subordinados respeten las normas de ese ordenamiento jurídico. Esta responsabilidad incluye no solamente instruir a los subordinados con respecto a las disposiciones del DIH, sino también tomar las medidas necesarias para prevenir que éstos infrinjan sus normas y castigar a aquellos que lo hagan. Los superiores que omiten cumplir con estas obligaciones incurren responsabilidad penal, a menudo llamada también responsabilidad del superior. En el siguiente artículo, el autor examina, desde la perspectiva práctica y jurídica, algunas de las cuestiones planteadas por la aplicación y la evolución de esta forma de responsabilidad.

***

* Las consideraciones expuestas en este artículo reflejan las opiniones del autor, y no necesariamente las del CICR.

Pues los príncipes son el espejo, la escuela y el libro
donde los ojos del súbdito aprenden, leen y miran[1].

El derecho internacional humanitario (DIH) impone a los superiores la obligación de velar por que sus tropas respeten las normas de ese ordenamiento jurídico durante los conflictos armados y las hostilidades. El incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a responsabilidad. Un mero "incumplimiento del deber", por el cual el superior ha omitido cumplir con las responsabilidades correspondientes a alguien de su rango, normalmente se sanciona mediante una medida disciplinaria. Sin embargo, cuando un superior omite prevenir o reprimir las infracciones del DIH cometidas por sus subordinados, es probable que deba afrontar una acción penal, y que la pena refleje la gravedad y la índole del crimen cometido por el subordinado[2]. En efecto, a raíz de su posición de mando sobre las tropas y los subordinados, así como de su influencia y responsabilidades como superiores, los jefes militares y otros superiores jerárquicos tienen el deber afirmativo de actuar para prevenir infracciones del DIH por sus subordinados. En lo esencial, el superior adquiere responsabilidad por defecto u omisión. Al evadir su responsabilidad de intervenir para hacer respetar el DIH, el superior es considerado responsable por las acciones de sus subordinados y, en determinadas circunstancias, se estima que su culpa es incluso más grave que la de ellos. Esto no significa que los subordinados queden libres de culpa y cargo: como individuos, ellos también están obligados a respetar el DIH y se les atribuirá responsabilidad personal por las infracciones cometidas.

En el presente artículo, se analizan ciertas cuestiones planteadas por la aplicación y la evolución de esta forma de responsabilidad, denominada "responsabilidad del mando" o "responsabilidad del superior", que implica la responsabilidad penal de los superiores. Tras recapitular el principio de la responsabilidad del mando, el autor comenta brevemente las normas de *mens rea* aplicables a los oficiales militares y funcionarios civiles superiores, las "medidas necesarias y razonables" que se espera que tomen para prevenir la comisión de crímenes, la gradación de las penas aplicables y la cuestión de las órdenes ilícitas, también relacionada con el tema del artículo.

Responsabilidad del mando

La posible responsabilidad penal de un superior por infracciones del DIH cometidas por sus subordinados constituyó la cuestión central del caso *Yamashita*,

1 William Shakespeare, *El rapto de Lucrecia*.

2 V. Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), sentencia en el caso *Celebici*, Caso N.º IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, punto 226: "El artículo 7(3) del Estatuto [del TPIY] se refiere a la responsabilidad del superior que surge de la omisión de actuar a pesar de conocer la situación. Sin embargo, el incumplimiento de la obligación de adquirir ese conocimiento no figura en la norma como una infracción separada; por ende, conforme a estas disposiciones, el superior no es responsable por ese incumplimiento sino únicamente por la omisión de adoptar las medidas razonables y necesarias para prevenir o reprimir." (Trad. del CICR)

examinado por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1946[3]. En este caso, el general Tomuyuki Yamashita, jefe de las fuerzas japonesas en Filipinas durante el período 1944-1945, fue acusado de no haber cumplido su obligación de controlar las operaciones realizadas por las personas que se hallaban bajo su mando, que habían infringido las leyes de la guerra. En la sentencia mayoritaria, pronunciada por el juez Stone, presidente de la Corte Suprema, se enuncia el principio de que las leyes de la guerra imponen al jefe de un ejército la obligación de tomar las medidas apropiadas que estén a su alcance para controlar a las tropas que se encuentran bajo su mando y prevenir que infrinjan las leyes de la guerra. En opinión del tribunal, si los jefes no tuviesen el deber afirmativo de prevenir las infracciones de las leyes de la guerra, quedaría frustrado el propósito de esas leyes. Dijo la Corte Suprema:

> "Es evidente que la conducción de operaciones militares por tropas cuyos excesos no sean contenidos por las órdenes o las medidas de su jefe, resultará, casi con certeza, en infracciones cuya prevención constituye el objeto de las leyes de la guerra. Su finalidad de proteger a las poblaciones civiles y a los prisioneros de guerra contra la brutalidad se vería prácticamente anulada si el jefe de un ejército invasor pudiese, impunemente, omitir tomar las medidas razonables para proteger a esos grupos. En consecuencia, el derecho de la guerra presupone que la infracción de sus normas debe evitarse mediante el control de las operaciones que llevan a cabo los jefes, quienes son, hasta cierto punto, responsables de sus subordinados."

Así pues, se consideraba que los jefes tenían la clara responsabilidad de controlar a sus subordinados y velar por que éstos respetasen el DIH. La omisión de hacerlo cuando se hubieran cometido infracciones del DIH daba lugar a acciones penales y a penas proporcionales a los crímenes cometidos[4]. Como se manifestó muy apropiadamente en el caso *United States vs. Wilhelm von Leeb et al. (High Command Case)* posterior a la Segunda Guerra Mundial, "conforme a los principios básicos de la autoridad y la responsabilidad del mando, el oficial que, a sabiendas de que sus subordinados están ejecutando una orden criminal de sus superiores, se mantiene al margen, viola una obligación moral del derecho internacional. El no hacer nada no le permite lavarse las manos de la responsabilidad internacional"[5].

Desde la perspectiva del DIH, tuvieron que pasar unos treinta años más para que estos principios quedasen codificados en un convenio. Los precedentes

3 *In Re Yamashita No. 61,* Misc. Supreme Court of the United States 327 US 1; 66 S. Ct. 340; 90 L. Ed. 499; 1946 U.S. LEXIS 3090. La principal acusación contra el general Yamashita era que "el derecho de la guerra impone al jefe de un ejército la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas que estén a su alcance para controlar las tropas bajo su mando, a fin de prevenir la comisión de actos que constituyen infracciones del derecho de la guerra y que suelen producirse cuando tropas descontroladas ocupan territorios hostiles; y puede atribuirse al jefe responsabilidad personal por la omisión de adoptar dichas medidas cuando tienen lugar tales infracciones." (Trad. del CICR)

4 La Corte Suprema de Estados Unidos finalmente confirmó la sentencia de muerte dictada por la Comisión Militar contra el general Yamashita.

5 *United States v. Wilhelm von Leeb et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N.º 10, Vol. XI* (US Govt. Printing Office, Washington, 1950), 1230, 1303.

establecidos por los casos de la Segunda Guerra Mundial, incluido el mencionado más arriba y los del Tribunal Militar Internacional para Lejano Oriente (el Tribunal de Tokio) y el Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg influenciaron, hasta cierto punto, la redacción del texto del artículo 86 (Omisiones) del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, del 8 de junio de 1977:

> "1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.
>
> 2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción."

Actualmente, la responsabilidad del mando se reconoce en numerosos manuales militares nacionales, y los diversos tribunales penales internacionales han seguido elaborando este concepto tanto en sus documentos constitutivos como en su jurisprudencia[6]. En los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) se dispone lo siguiente:

> "El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en... el presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía motivos para saber que el subordinado iba a cometer esos actos o los había cometido, y si omitió adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir esos actos o castigar a sus perpetradores."

La razón principal del desarrollo de esta forma de responsabilidad, principalmente en el ámbito del derecho penal internacional, es el reconocimiento de que, a menudo, los oficiales o el personal militar inferior cometen crímenes porque

6 Por ejemplo, en el Manual del Derecho de los Conflictos Armados del Reino Unido se explica que "los jefes militares son responsables de prevenir las infracciones de la ley (en particular, de las normas del derecho de los conflictos armados) y de aplicar las medidas disciplinarias que sean necesarias. El jefe es penalmente responsable si participa personalmente en la comisión de un crimen de guerra... en particular, si ordena su comisión". Sin embargo, también asume responsabilidad penal si "hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber" que se estaban cometiendo o se iban a cometer esos crímenes y si "no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento". Ministerio de Defensa, *Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, párr. 16.36.

los superiores no previenen o reprimen esos actos[7]. Como se ha dicho, se acepta, en general, la noción de que la responsabilidad del mando es necesaria para que los enjuiciamientos puedan avanzar más allá de los autores directos de los crímenes. Sin esta forma de responsabilidad, los superiores podrían absolverse a sí mismos de todo acto ilícito, argumentando, por ejemplo, que los subordinados no estaban siguiendo órdenes cuando cometieron los crímenes, o que ellos en ningún momento estuvieron en el escenario de las infracciones. Hoy, la ley es clara: el jefe tiene el deber de intervenir cuando los actos de los subordinados constituyen o podrían constituir infracciones del DIH, y debe prevenir o reprimir esos actos.

Condiciones para establecer la responsabilidad del mando

A partir de la jurisprudencia dimanada de los tribunales penales internacionales, se acepta, en general, que a fin de establecer la responsabilidad del mando han de cumplirse tres condiciones clave: en primer lugar, debe existir una relación superior/subordinado. Como se explica en el Comentario del CICR sobre el artículo 86 del Protocolo adicional I, "...se alude solamente a un superior que tenga una responsabilidad personal con respecto al autor de las actuaciones en cuestión, porque este último, al ser su subordinado, está bajo su control... La noción de superior... ha de tomarse en una perspectiva jerárquica, que engloba la noción de control"[8]. Esta relación puede ser *de jure* o *de facto*, y su factor determinante es el ejercicio del mando, el control o la autoridad efectivos[9]. En segundo lugar, el superior sabía o tenía motivos para saber que uno o varios subordinados cometieron o iban a cometer actos criminales. En tercer lugar, el superior omitió tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar la comisión de esos actos. Como se verá más adelante, los últimos dos elementos han sido tema de abundante jurisprudencia.

El requisito del conocimiento: jefes militares y otros superiores

Tradicionalmente, la medida y la índole del "conocimiento" que se exigía a un superior con respecto a las acciones de sus subordinados era el mismo tanto para los jefes militares como para los otros superiores jerárquicos (por ejemplo,

7 V. A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 205.

8 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), CICR/Plaza & Janés Editores Colombia S.A., Bogotá, 2001, tomo II, pp. 1413-14.

9 V. Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), sentencia en el caso *Prosecutor v. Delalic et al. (Celebici)*, Caso N.º IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, punto 195: "El poder o la autoridad de prevenir o castigar no sólo surge de la autoridad *de jure* conferida por un nombramiento oficial. En numerosos conflictos contemporáneos, puede haber únicamente gobiernos *de facto* autoproclamados, y por lo tanto, ejércitos *de facto* y grupos paramilitares subordinados a ellos. En esos casos, la estructura de mando, organizada con apresuramiento, puede ser desordenada y primitiva. A fin de aplicar la ley en estas circunstancias, es preciso determinar la responsabilidad no sólo de cada infractor por separado, sino también la de sus jefes u otros superiores que, según las pruebas, los tenían bajo su control, aunque no hubiesen sido designados o nombrados formalmente a tal efecto. Un tribunal sería incapaz de aplicar el derecho humanitario contra los superiores *de facto* si sólo aceptase, como prueba del mando, una carta formal de nombramiento aunque en el momento en cuestión, los superiores hubiesen estado actuando con todas las facultades correspondientes a un superior o jefe nombrado oficialmente". (Trad. del CICR)

ministros, alcaldes, directores de fábricas), independientemente del cargo que ocupasen. Ello se refleja en la Norma 153 del estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario: para que ambas categorías de superiores fueran responsables, debía demostrarse que el superior *sabía* o *debería haber sabido*[10].

En tanto que establecer que el superior *sabía* no ha resultado una cuestión particularmente contenciosa, el concepto de *debería haber sabido*, una forma de conocimiento basado en la interpretación, ha sido objeto de debate en el ámbito de la jurisprudencia. El artículo 86(2) del Protocolo adicional I arroja alguna luz sobre este concepto al señalar que los superiores serán responsables si poseían información que les hubiera permitido concluir, en las circunstancias del momento, que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer tal infracción. Debido a una pequeña divergencia entre las versiones francesa e inglesa del Protocolo adicional I, en el Comentario del CICR sobre dicho Protocolo se explica que la información disponible para los superiores tendría que ser la que *les permitiera* concluir, no la que *les habría permitido concluir*[11].

En otras palabras, los superiores deben contar con cierta información que los ponga sobre aviso acerca de la comisión de infracciones del DIH por sus subordinados. Ésta es la norma que han tenido en cuenta las Salas de Apelaciones del TPIR y del TPIY:

> "La norma basada en los "motivos para saber" no exige que se establezca el conocimiento efectivo, bien sea explícito o circunstancial. Tampoco exige que la Sala se satisfaga de que el acusado realmente sabía que se habían cometido o se iban a cometer los crímenes. La norma solamente exige que la Sala se satisfaga de que el acusado "tenía en su poder alguna información general que lo pondría sobre aviso acerca de la comisión de posibles actos ilícitos por sus subordinados"[12]."

Es interesante señalar que en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) se proponen dos normas separadas. Para los jefes militares, la condición es que la persona hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. La frase "hubiere debido saber" no se diferencia mucho de la formulación tradicional "tenía motivos para saber".

En contraste, para atribuir la responsabilidad a superiores no militares es preciso demostrar que la persona tenía conocimiento o que *deliberadamente hizo caso omiso de información que indicaba claramente* que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Éste fue el enfoque adoptado por el TPIR en el caso *Kayishema & Ruzindana*. En este caso, la Sala de Primera Instancia, tras citar el artículo 28 del Estatuto de la CPI y aprobar su contenido, ma-

10 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, 2 volúmenes, CICR, Buenos Aires, octubre de 2007, pp. 632-636.

11 Comentario, nota 8 *supra*, pp. 1414-15.

12 *Prosecutor v. Bagilishema*, Sentencia (Fundamentos), Caso N.º ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002 (Sentencia Bagilishema), párr. 28.

nifestó lo siguiente con respecto a la responsabilidad del mando correspondiente a los superiores jerárquicos civiles:

> "A la luz del objetivo del artículo 6(3), que es comprobar la responsabilidad penal individual por crímenes graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las infracciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y de su Protocolo adicional II, la Sala considera que la Fiscalía debe demostrar que el acusado en este caso sabía o que *deliberadamente hizo caso omiso de información que indicaba claramente o que constituía un aviso* de que sus subordinados habían cometido o que se proponían cometer actos que constituían infracciones de los artículos 2 a 4 del Estatuto de este Tribunal[13] (el subrayado es nuestro)."

De este modo, el Estatuto de la CPI introduce requisitos adicionales que deben reunirse a fin de establecer que un superior jerárquico no militar tenía la *mens rea* necesaria para ser considerado responsable en razón de la responsabilidad del mando. Debe demostrarse no sólo que el superior contaba con información relacionada con los actos de sus subordinados, sino que el superior *deliberadamente hizo caso omiso* de esa información; en otras palabras, que eligió no tener en cuenta esa información y no actuar en respuesta a ella. Además, la información debe *indicar claramente* que los subordinados cometieron o que se proponían cometer los crímenes. En cierta medida, esta noción supera los límites de la norma general aplicada por el TPIR o el TPIY, la cual exigía que la información sencillamente pusiera al superior sobre aviso de *posibles* actos ilícitos de sus subordinados. Por ende, conforme al Estatuto de la CPI, en el caso de los superiores jerárquicos no militares, es necesario establecer un elemento de *certidumbre,* no de *posibilidad*, con respecto a la comisión de los crímenes.

Pese a sus méritos, la norma de la CPI, aplicada en el caso *Kayishema & Ruzindana*, suscita cuestiones tanto jurídicas como de política. Como se ha dicho, uno de los objetivos principales de la responsabilidad del superior es castigar a las personas que ocupan posiciones más elevadas en la escala jerárquica y que, sin ser quienes empuñan las armas directamente, son considerados penalmente responsables por haber omitido controlar y reprimir apropiadamente a sus subordinados. La responsabilidad del superior ha demostrado ser un instrumento fundamental para los fiscales de los tribunales internacionales, ya que les ha permitido enjuiciar a jefes de Estado, ministros y otros superiores civiles que, en su calidad de superiores jerárquicos civiles, desempeñaban claramente un papel trascendente en cuanto a supervisar y ordenar la comisión de infracciones del DIH, de crímenes de lesa humanidad y de genocidios, sin necesariamente estar presentes en el escenario de los combates o los lugares donde se cometían los crímenes.

Al exigir que se demuestre que los jefes no militares "deliberadamente hicieron caso omiso" de información que "indicaba claramente" que los subordinados

13 *Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana*, Sentencia, Caso N.º ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 228.

estaban realizando acciones ilícitas, la carga de la prueba de establecer la responsabilidad del mando respecto de esos superiores se hace mucho más exigente. Consecuentemente, podría ser más difícil llegar a enjuiciar a los superiores no militares por infracciones del DIH sobre la base de la responsabilidad del mando. Podrá argumentarse que la aplicación de un concepto de *mens rea* diferente y más estricto para enjuiciar a los superiores no militares sólo puede debilitar la lucha contra la impunidad, dado que buena parte de los acusados ante los tribunales penales internacionales son dirigentes civiles.

Sin embargo, cabría señalar que esta diferenciación se justifica porque, en los contextos civiles, las relaciones entre superiores y subordinados suelen basarse en el control *de facto* más que en el control *de jure*. La existencia de relaciones comparativamente más formales e institucionalizadas en los ámbitos militares acentúa la exigencia de que los superiores militares actúen sobre la base de información, incluso cuando ésta no indica claramente que los subordinados están infringiendo el DIH sino que meramente lo sugiere.

Medidas "necesarias y razonables"

El artículo 86(2) del Protocolo adicional I impone a los superiores la obligación de tomar todas las medidas factibles que estén a su alcance para impedir o reprimir la infracción del DIH por sus subordinados. En el derecho penal internacional, la norma que se ha introducido se basa en la omisión del superior de adoptar las medidas *necesarias y razonables* a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de infracciones por los subordinados. Casi todos los sistemas jurídicos nacionales contienen definiciones sucintas del término "razonables" y también, pero en menor medida, del término "necesarias". La jurisprudencia penal internacional se refiere a una prueba de "razonabilidad en las circunstancias del caso" y tiende a tratar las condiciones de "razonable" y "necesario" en forma conjunta[14]. Sin embargo, la aplicación de esa prueba en relación con las infracciones graves del DIH, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio puede plantear cuestiones problemáticas.

Al comparar los casos de infracciones graves del DIH, crímenes de lesa humanidad o genocidio con la mayoría de los casos criminales más ordinarios, se observa que los primeros presentan una complicada trama de hechos, en los que a menudo están implicados varios perpetradores y que involucran a numerosas víctimas. Habitualmente, tienen lugar en situaciones en las que el tejido normal de la sociedad y las cadenas de mando reconocibles han sido destruidos, y donde se han mezclado los civiles y los militares, las víctimas y los verdugos. En este sentido, citamos el razonamiento del juez Murphy, en su opinión disidente sobre el caso *Yamashita*:

14 Sin embargo, cabe señalar que en algunos casos juzgados por el TPIY, la fiscalía ha procurado definir ambos términos: "Las 'medidas necesarias' son las medidas imprescindibles para cumplir la obligación de prevenir o reprimir, en las circunstancias del caso. Las 'medidas razonables' son las medidas que el jefe estaba en condiciones de adoptar en las circunstancias del caso". V. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Sentencia, 3 de marzo de 2000, Caso N.º IT-95-14, párr. 333. *(Trad. del CICR)*

> "Los deberes, al igual que la capacidad de controlar a las tropas, varían según la naturaleza y la intensidad de cada batalla. Para detectar un incumplimiento ilícito del deber en las condiciones que imperan durante los enfrentamientos es preciso realizar cálculos difíciles y especulativos. La confiabilidad de esos cálculos se reduce en gran medida cuando quien los hace es el vencedor en relación con las acciones de un actor vencido. En tal circunstancia, es muy poco probable que se apliquen normas de conducta objetivas y realistas para formarse un juicio acerca del incumplimiento de los deberes[15]."

La lectura de las conclusiones de hecho formuladas por el TPIY, el TPIR y el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) confirma que, debido a la complejidad de los acontecimientos ocurridos sobre el terreno, el intento de transponer los hechos al entorno judicial y tratar de definir qué medidas eran razonables y necesarias en las circunstancias del caso puede ser un ejercicio plagado de dificultades. Tal determinación no puede efectuarse *in abstracto* y depende de la índole y de la medida de las pruebas que se presenten ante el tribunal. Sin embargo, y a pesar de las múltiples salvaguardias aplicables a los procedimientos y las pruebas, teniendo en cuenta la caótica naturaleza de los acontecimientos en los que se cometió la mayor parte de las violaciones, ¿es realista utilizar un criterio basado en lo que haría "un hombre razonable en la posición y las circunstancias del acusado" para evaluar si éste tomó las medidas necesarias y razonables? Podría argumentarse que, dado que no se cuenta con la máquina del tiempo de H. G. Wells, existe el riesgo de que los acusados se encuentren en una situación en la que les es imposible ganar, mientras los jueces evalúan e imputan minuciosamente la medida de la autoridad del acusado sobre sus subordinados[16].

Como ejemplo, cabe citar el razonamiento de la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso *Musema*, que refleja las sugerencias de los jueces acerca de las medidas que, en su opinión, el acusado podría haber adoptado contra sus subordinados en las circunstancias del caso:

> "La Sala considera que se ha establecido más allá de toda duda razonable que Musema ejercía la autoridad *de jure* sobre los empleados de la fábrica de té Gisovu mientras éstos se encontraban en las instalaciones de la fábrica y mientras desempeñaban sus tareas profesionales como empleados de la misma, incluso si cumplían esos deberes fuera de las instalaciones de la fábrica. La Sala señala que Musema ejercía control jurídico y financiero sobre esos empleados, sobre todo porque poseía la facultad de contratar y despedir empleados en la fábrica de té. La Cámara señala que, en virtud

15 Al juez Murphy le preocupaba que se infiltraran en la "justicia de los vencedores" deseos de venganza que condujesen a juicios inequitativos.

16 V., p.ej., las diferentes conclusiones alcanzadas en la sentencia *Bagilishema*, nota 12 *supra*, en relación con la autoridad y la responsabilidad del acusado durante las masacres perpetradas en su comunidad: por una parte, la del juez Asoka de Z. Gunawardana en su Opinión Separada, y la del juez Mehmet Guney, en su Opinión Separada Disidente, por la otra.

> de esta facultad, Musema se encontraba en posición de adoptar medidas razonables, como la de despedir o amenazar con despedir a una persona de su cargo en la fábrica de té si esa persona era identificada como el autor de crímenes punibles conforme al Estatuto. La Sala también considera que, en virtud de esa facultad, Musema se encontraba en posición de tomar medidas razonables para intentar prevenir o reprimir el uso de vehículos, uniformes y otros materiales de la fábrica de té en la comisión de esos crímenes. La Sala concluye que Musema ejercía el poder *de jure* y el control *de facto* sobre los empleados y los recursos de la fábrica de té[17]."

Los jueces se han mostrado sensibles a los derechos de los acusados y al riesgo de esperar más de lo que un superior era capaz de hacer en el momento de las infracciones. Según el razonamiento del TPIY en el caso *Celebici*, "debe reconocerse que el derecho internacional no puede obligar a un superior a realizar lo imposible. Por lo tanto, sólo puede atribuirse responsabilidad penal al superior por no haber tomado las medidas a su alcance... (o) dentro de sus posibilidades materiales"[18]. En el caso *Blaskic*, la Sala de Apelaciones añadió que "las medidas necesarias y razonables son las que se pueden adoptar dentro del ámbito de competencia de un superior, evidenciado por el grado de control efectivo que ejerce sobre sus subordinados"[19].

Este enfoque está en conformidad con el artículo 86 del Protocolo adicional 1, en el cual, como se ha dicho, se dispone que los superiores deben tomar "todas las medidas factibles que [estén] a su alcance". El Comentario del CICR sobre este artículo explica que el texto "limita razonablemente la obligación de los superiores a las medidas "factibles", pues no siempre es posible impedir una infracción o castigar a sus autores. Además, el texto se refiere, con sentido común, a las medidas que están 'a su alcance' y solamente a ellas"[20]. Las dos últimas palabras son restrictivas y cierran la puerta a toda especulación posible sobre cuáles acciones podrían haber sido "razonables". Muchos manuales militares reflejan el texto del artículo 86 en lugar de la combinación de "razonable y necesario" que figura en algunos textos jurídicos internacionales.

Sin duda alguna, la jurisprudencia seguirá desarrollando en mayor detalle el concepto de las medidas razonables y necesarias. Sin embargo, parecería que, en esta etapa, la prueba aplicable está más basada en los medios que orientada hacia los resultados, y que las medidas que se han de adoptar deben encontrarse al alcance del acusado. Sin embargo, incluso esta norma pragmática puede ser objeto de diferentes interpretaciones. Algunos argumentarían que "razonables y necesarias" es sinónimo de "factibles o posibles desde el punto de vista práctico", mientras que otros sugieren que la existencia de circunstancias excepcionales (como masacres genocidas) exige al superior tomar medidas extraordinarias para prevenir la infracción y castigar a

17 *Prosecutor v. Alfred Musema*, Sentencia, 27 de enero de 2000, Caso N.º ICTR-96-13-T, párr. 880.

18 *Prosecutor v. Delalic et al. (Celebici)*, Sentencia, Caso N.º IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 395.

19 *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Caso N.º IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 72.

20 Comentario, nota 8 *supra*, p. 1417.

sus subordinados[21]. Cualquiera sea la perspectiva que se favorezca, todas las evaluaciones del control efectivo deben realizarse con cautela y empatía, y con el debido respeto de los derechos del acusado.

Penas más duras para los superiores

El derecho internacional humanitario y la justicia penal internacional atribuyen a los superiores mayor responsabilidad que a sus subordinados por lo que atañe a prevenir infracciones de la ley. En virtud de su alta posición en la jerarquía, los superiores tienen el deber afirmativo de velar por que el DIH sea debidamente respetado y que las infracciones se repriman de manera apropiada. La omisión de cumplir estas obligaciones puede interpretarse como la aquiescencia del superior a los actos ilícitos de sus subordinados, lo que incentiva la comisión de nuevas infracciones y desarrolla la cultura de la impunidad. En sus sentencias, los tribunales han tenido en cuenta la "posición de mando" de los acusados. Si bien reconoce que la longitud de la pena debe determinarse en función de la índole y la gravedad del crimen, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales parece dictaminar que el estatuto de superior que reviste el acusado se considera, en sí mismo, un agravante.

Los tribunales penales internacionales han analizado en profundidad la cuestión de la pena apropiada para los superiores. En la jurisprudencia, se sigue el razonamiento de que la posición de mando puede justificar una sentencia más rigurosa, sobre todo si el acusado ocupaba una posición elevada dentro de la estructura de mando civil o militar. La jurisprudencia establece claramente que una posición de autoridad, sea civil o militar, conlleva deberes y confianza, y que todo quebrantamiento de los deberes o abuso de confianza tenderá a agravar la pena[22].

Los tribunales han explicado asimismo que, cuando el superior omite cumplir el deber de impedir el crimen o castigar al autor, debe recibir una pena más rigurosa que los subordinados que cometieron el crimen. La imposición de una pena más dura deriva del hecho de que, cuando el superior omite castigar a sus subordinados por cometer crímenes o no impide que los cometan, crea una impresión de tolerancia, aquiescencia o incluso aprobación con respecto a los actos de los subordinados. Los tribunales han concluido que sería incoherente castigar a un simple perpetrador aplicándole una pena igual o mayor a la del superior:

> "Por lo tanto, cuando un superior incumple su obligación de prevenir el crimen o castigar al perpetrador, debería recibir una pena más rigurosa que los subordinados que cometieron la infracción, puesto que el incumplimiento transmite cierta tolerancia o incluso aprobación por parte del superior hacia la comisión de crímenes por sus subordinados, y contribuye a alentar la comisión de nuevas infracciones. En efecto, no sería coherente castigar a un simple perpetrador con una pena igual o mayor a la del superior[23]."

21 V., p.ej., notas 16 y 17 *supra*, Sentencias y Actas del TPIR en los casos *Bagilishema* y *Musema*.

22 V., en especial, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Caso N.º ICTR 97-23-S, Fallo y Sentencia, 4 de septiembre de 1998; *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Caso N.º ICTR-96-4-T, Sentencia, 2 de octubre de 1998.

23 *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Sentencia, Caso N.º IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párr. 789.

Las consecuencias de las acciones de una persona son necesariamente más graves si se encuentra en la cúspide de la jerarquía militar o política y utiliza su posición para cometer crímenes. Por el hecho de ser dirigente, su conducta es más reprensible:

> "Esta Sala concluye que el hecho de que la posición de autoridad de Kayishema, en su calidad de Prefecto, es una circunstancia agravante. Esta Sala concluye que Kayishema fue uno de los líderes del genocidio en la prefectura de Kibuye y que el abuso de poder y la traición contra su investidura constituyen la circunstancia agravante más significativa[24]."

La jurisprudencia llega a una conclusión sencilla: que los superiores civiles y militares merecen penas más rigurosas que sus subordinados. El mero hecho de ocupar una posición de responsabilidad se considera un factor agravante:

> "Por ende, la posición de mando debe incrementar sistemáticamente la pena o, por lo menos, inducir a la Sala de Primera Instancia a atribuir menos peso a las circunstancias atenuantes, independientemente de la cuestión relativa a la forma de participación en el crimen[25]."

Podría argüirse que, conforme a los precedentes citados, en la determinación de la pena pesa más la posición del acusado como superior, que la gravedad del crimen en sí. En efecto, tomada en su sentido literal, la jurisprudencia sugiere que el superior que omitió castigar a un subordinado por haber cometido un asesinato tendría que afrontar un castigo más riguroso que el asesino, incluso si ese superior no tenía la necesaria intención específica de cometer el asesinato. No obstante, la jurisprudencia sí refleja el hecho de que el rango viene acompañado de la responsabilidad y de la obligación de intervenir.

Órdenes manifiestamente ilícitas

En muchos contextos en los cuales el personal militar comete crímenes de guerra, los subordinados alegan que, al realizar ciertos actos ilícitos, sólo estaban cumpliendo órdenes. El subordinado no suele cuestionar la licitud de una orden, ya que presume, *a priori*, que los superiores están en mejor posición de distinguir "lo incorrecto de lo correcto" en la conducción de las hostilidades. Sin embargo, en otras situaciones, cuando la orden parece ir más allá de lo que permite la ley, el subordinado se enfrenta con una elección: i) desobedecer y enfrentarse con una posible reprimenda y castigo de parte del superior o de un tribunal militar, o ii) obedecer y arriesgarse a afrontar una sanción penal por haber acatado una orden cuyas consecuencias son ilícitas. Cuanto más baja la jerarquía del subordinado, tanto más difícil le es desobedecer una orden ilícita. Esta situación pone al subordinado frente a un dilema moral y jurídico.

24 *Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana*, Sentencia, Caso N.º ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 15.

25 Sentencia en el caso *Blaskic*, nota 23 *supra*, párr. 789.

Aunque suele argumentarse que la disciplina y la ejecución de órdenes sin cuestionarlas son dos factores esenciales para ganar las batallas, la ley reconoce que hay límites a la "obediencia ciega" que se espera de los subordinados. Éstos no podrán eludir el castigo alegando que meramente actuaron en cumplimiento de una orden, si ésta era manifiestamente ilícita.

Tradicionalmente, se consideraba que el subordinado que había cometido la infracción no debía incurrir responsabilidad por haber cumplido la orden ilícita. La lógica que permitía a un acusado defenderse alegando la existencia de órdenes superiores se basaba en el sentido común y práctico. Desobedecer una orden puede dar lugar a una reprimenda, a la degradación e incluso al procesamiento por un tribunal militar. Después de todo, el primer deber de un soldado es obedecer las órdenes de sus superiores. Por ende, permitir que un subordinado plantee su defensa sobre la base de las órdenes superiores implica reconocer que, en el ámbito militar, los subordinados tienen poca o ninguna discreción para cuestionar las órdenes de sus superiores[26].

Sin embargo, en la jurisprudencia de la Primera Guerra Mundial se sugirió que la defensa basada en órdenes superiores no era válida a menos que el subordinado no hubiese sabido que la orden era ilícita en sí misma y que resultaría en la comisión de un crimen. La razón de ser de este enfoque es que el conocimiento de la ilicitud presupone la elección moral de obedecer o no, lo cual, en determinadas circunstancias, puede anular la poca discreción de que disponen los subordinados para no obedecer las órdenes.

Dos casos que datan de la Primera Guerra Mundial sirven para ilustrar esta cuestión. En el caso *Dover Castle*, el jefe de un submarino alemán que había torpedeado un buque hospital británico planteó, con éxito, la defensa basada en órdenes superiores, alegando que, en notas enviadas por el Gobierno y el Almirantazgo alemanes, se había indicado que los buques hospitales eran utilizados con fines militares, lo que constituía una violación de las leyes de la guerra. Por ende, el jefe no sabía que la orden era ilícita, ya que en las notas se sugería que los buques eran objetivos lícitos[27].

En contraste, en el caso *Llandovery Castle*, se rechazó la defensa basada en órdenes superiores de dos subordinados que, obedeciendo la orden del jefe de su submarino, habían abierto fuego contra los sobrevivientes del buque hospital torpedeado *Llandovery Castle*, que se hallaban en sus botes salvavidas. En este caso, se determinó que la orden había infringido una regla del derecho internacional universalmente conocida. Por esa razón, los subordinados no podían alegar que ignoraban que la orden era ilícita[28].

Tras la Segunda Guerra Mundial, los tribunales también denegaron el acceso a la defensa basada en órdenes superiores, dictaminando que no podían invocarla los subordinados que habían tenido la "elección moral" de obedecer o desobedecer las órdenes. Este enfoque presume la existencia de situaciones claras,

26 V. p.ej., L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 2, 6ª ed., 1940 ed. H. Lauterpacht (Londres: Longman, Green & Co.).

27 *Dover Castle*, 16 AJIL (1921), 704.

28 *Llandovery Castle*, 16 AJIL (1921), 708.

en las cuales los subordinados deben cuestionar y no obedecer ciertas órdenes que, por su propia índole, van más allá de lo que es moral y legalmente permisible. Los Principios de Nuremberg se hicieron eco de esta norma:

> "El hecho de que una persona haya actuado de conformidad con una orden de su Gobierno o de un superior no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, siempre que haya tenido ante sí la posibilidad de hacer una elección moral[29]."

En el reciente caso *Finta*, la Corte Suprema de Canadá opinó que la defensa basada en órdenes superiores podía invocarse en determinadas circunstancias, particularmente en casos en los que el subordinado no tiene *elección moral* con respecto a obedecer la orden, incluso cuando ésta es manifiestamente ilícita:

> "La defensa basada en la obediencia de órdenes superiores y la defensa de "*peace officer*" pueden ser invocadas por miembros de las fuerzas armadas o policiales, respectivamente, en juicios por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Esas defensas están sujetas a la prueba de la ilicitud manifiesta: no es posible invocar las defensas si las órdenes en cuestión eran manifiestamente ilícitas. Incluso cuando las órdenes eran manifiestamente ilícitas, la defensa basada en la obediencia de órdenes superiores y la defensa de *"peace officer"* serán procedentes si el acusado no tenía ante sí la elección moral de obedecer o no las órdenes. No puede haber elección moral cuando la atmósfera de compulsión e intimidación que rodea al acusado es de tal magnitud que éste no tiene otra alternativa que obedecer las órdenes[30]."

Los tribunales penales internacionales *ad hoc* han ido un paso más allá: directamente, eliminaron la posibilidad de invocar la defensa basada en órdenes superiores. En cambio, los Estatutos del TPIR y el TPIY únicamente permiten atenuar la pena:

> "El hecho de que una persona acusada haya actuado conforme a la orden de un Gobierno o de un superior no la eximirá de responsabilidad penal, pero puede ser considerado como motivo para reducir la pena si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la justicia[31]."

El artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional no permite la defensa basada en órdenes superiores si la orden era manifiestamente ilícita:

"1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

29 Principio IV de los Principios de Nuremberg.
30 *R v. Finta* [1994] 1 SCR [701], Corte Suprema de Canadá.
31 Estatuto del TPIR, artículo 6(4); Estatuto del TPIY, artículo 7(4).

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
b) No supiera que la orden era ilícita; y
c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas."

Estos conceptos se reflejan en la Norma 155 del estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, en la que se establece que el conocimiento de la manifiesta ilicitud de la orden impide que la persona se exima de responsabilidad penal:

> "La obediencia a la orden de un superior no exime a un subordinado de su responsabilidad penal si sabía que el acto ordenado era ilícito o debería haberlo sabido porque su ilicitud era manifiesta[32]."

Teniendo en cuenta la posición de la CPI, podría argüirse que la práctica contemporánea permitiría la defensa basada en órdenes superiores si el subordinado pudiese demostrar que la orden no era manifiestamente ilícita, o que no sabía y no podría haber sabido que la orden era ilícita. La Norma 11 del código de conducta militar de Canadá, de 2001, así lo explica:

> "Las órdenes deben obedecerse. La eficacia militar depende de la inmediata obediencia a las órdenes. Casi todas las órdenes que usted recibirá de sus superiores serán lícitas, sencillas y necesitarán sólo pocas aclaraciones. Pero, ¿qué sucede si usted recibe una orden que considera cuestionable? El primer paso, por supuesto, será pedir aclaraciones. Si, tras haberlas recibido, la orden sigue pareciendo cuestionable, de acuerdo con la práctica militar, usted deberá de todos modos obedecer y ejecutar la orden, a menos que ésta sea manifiestamente ilícita."

En otras palabras, el subordinado debe desobedecer una orden ilícita únicamente cuando sabe que la orden es manifiestamente ilícita. Sin embargo, el subordinado podría tener dificultades para evaluar si una orden es "manifiestamente ilícita o ilegal".

La jurisprudencia y los tratados académicos definen una orden manifiestamente ilegal como aquella que ofende la conciencia de las personas razonables y sensatas y que es patente y obviamente incorrecta. La jurisprudencia se refiere a una orden que es flagrantemente ilícita y que no deja lugar a dudas acerca de su ilegitimidad:

> "La marca que identifica a una orden "manifiestamente ilícita" es como una bandera negra que flamea por encima de la orden dada, como un cartel

32 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 10 *supra*, pp. 639.

> de advertencia que dice "prohibido". No se trata de la ilicitud que sólo los juristas pueden detectar, sino de una infracción patente y ostensible, una ilicitud cierta y obvia que dimana de la orden misma... una ilicitud que hiere los ojos y agita el corazón, si los ojos no están ciegos y el corazón cerrado o corrompido[33]."

Cabe señalar que, conforme al artículo 33 del Estatuto de la CPI, las órdenes de cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad se consideran manifiestamente ilícitas, mientras que esa calificación no es expresamente aplicable a las órdenes de cometer crímenes de guerra. Por ello, podría inferirse que la CPI sí permite la defensa basada en órdenes superiores, en el caso de situaciones en las que se han cometido crímenes de guerra. Si se tiene en cuenta la extremada complejidad de la guerra asimétrica contemporánea, en la que participan numerosos beligerantes y se difumina la distinción entre combatientes y civiles, y donde la conducción de las hostilidades y el control de las armas se realizan desde centros operativos remotos y no en el campo de batalla, resulta comprensible que se permita invocar la defensa basada en órdenes superiores. Las realidades de la guerra contemporánea hacen que evaluar y distinguir el bien del mal y diferenciar lo que es permisible de lo manifiestamente ilícito sea una tarea mucho más difícil para los subordinados que se encuentran en medio de una batalla. En efecto, es posible que varios de los crímenes de guerra enumerados en el artículo 8 del Estatuto de la CPI no sean tan manifiestamente obvios si la persona que los evalúa carece de cierta formación o de conocimientos específicos[34]. En vista de estas circunstancias, podría considerarse injusto castigar a los subordinados inexpertos que actuaron de buena fe[35].

Conclusión

El principio de la atribución de responsabilidad penal a los jefes y otros superiores jerárquicos que omiten adoptar las medidas necesarias para prevenir la comisión de infracciones del DIH o castigar a los subordinados que las cometen, se ha desarrollado por medio de la jurisprudencia penal internacional, codificada en el Protocolo adicional I; en la actualidad, ese principio se considera, plausiblemente, parte del derecho internacional consuetudinario. Se acepta ampliamente que el hecho de que un jefe haga la vista gorda ante los crímenes cometidos por sus subordinados no hace más que alentar la comisión de otras infracciones del DIH. También se reconoce que sería incorrecto que los jefes pudiesen eludir toda responsabilidad sencillamente porque no empuñaban el arma que descargó el golpe fatal. Del mis-

33 Israel, Tribunal Militar de Distrito del Distrito Judicial Central, caso *Ofer, Malinki and Others*, Sentencia, 13 de octubre de 1958.

34 Por ejemplo, en un tribunal, declarar la abolición, la suspensión o la inadmisibilidad de los derechos y acciones de que gozan los nacionales de la parte hostil; emplear balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, tales como las balas de envoltura dura, la cual no cubra enteramente el núcleo o esté provista de incisiones; o, en forma intencional, dirigir ataques contra edificios dedicados, por ejemplo, a la ciencia o a la beneficencia.

35 V. Charles Garraway, "Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* N.º 836 (1999). Puede consultarse en www.cicr.org/spa.

mo modo, no debe permitirse que los subordinados que infringen el DIH eludan el castigo con el pretexto de que sólo cumplían órdenes, cuando esas órdenes estaban manifiestamente marcadas por la ilicitud.

Sin embargo, a pesar de los avances logrados en la represión de los autores de violaciones del DIH cualquiera sea su posición jerárquica, la evolución de la jurisprudencia en este ámbito ha planteado una serie de cuestiones y destacado las dificultades que surgen al intentar establecer la responsabilidad de los jefes y evaluar qué acciones, de haberlas, podrían haber tomado en las circunstancias del caso para impedir que los subordinados infringiesen el DIH. Algunos argumentarán que las normas que se espera que los jefes observen en plena batalla son imposibles de cumplir, y que no es realista esperar que los subordinados vayan a cuestionar o desobedecer las órdenes que se les imparten, no importa cuán ilícitas parezcan. Todas estas cuestiones han influido en la evolución de la teoría sobre la responsabilidad del mando, en un esfuerzo por encontrar el equilibrio correcto entre las obligaciones que pesan sobre los superiores y las acciones individuales de los subordinados durante los enfrentamientos que escapan a su control.

Junio de 2008, N.º 870 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales

Xavier Philippe*

Xavier Philippe es profesor de derecho público en la Universidad Paul Cézanne, Aix-Marseille III.

Resumen

En este artículo, el autor examina por qué es tan difícil hacer efectivas las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario. Más allá de la falta de voluntad de algunos Estados de aplicar las sanciones por razones políticas, hay que poner de relieve algunos aspectos técnicos de la cuestión. La aplicación de las penas impuestas suele analizarse exclusivamente a través del prisma del derecho internacional, sin prestar suficiente atención a la complejidad y la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales. El autor postula que la eficacia empieza por una clara distribución de competencias. Se examinan a este respecto tres cuestiones principales: en primer lugar, los efectos de la repartición de competencias dentro del Estado (entre el poder judicial, el ejecutivo y el legislativo) en materia de aplicación de las penas; en segundo lugar, la elasticidad con la que los organismos regionales e internacionales encargados de velar por la protección de los derechos humanos interpretan sus propias competencias; y, en tercer lugar, la creación de órganos nuevos o específicos encargados de procesar y castigar, si procede, las infracciones graves del derecho humanitario.

***

* Las ideas y propuestas expuestas en este artículo pretenden servir más como materia de reflexión que como soluciones probadas. Se trata exclusivamente de opiniones del autor, basadas en reflexiones colectivas y personales, que no reflejan necesariamente la posición del CICR.

El debate sobre la eficacia de las sanciones en el ámbito del derecho internacional humanitario (DIH) lleva a preguntarse qué influencia tiene la manera como las instituciones encargadas de aplicar el DIH de conformidad con los Convenios de Ginebra ejercen sus competencias. En el presente artículo se enumeran y exponen algunas de las dificultades y problemas concernientes a la eficacia de las sanciones por infracciones graves del DIH asociados al ejercicio de la competencia por las instituciones encargadas de esta tarea[1].

En términos generales, las sanciones aplicadas por infracciones graves del DIH se perciben como ineficaces debido a la combinación de diversos factores. Uno de los principales es que los organismos encargados de velar por el cumplimiento de las normas del DIH son incapaces de desempeñar sus funciones. Para decirlo claramente, las jurisdicciones o instituciones encargadas de esa tarea no pueden o no quieren cumplir su misión e imponer sanciones por tales infracciones del DIH. Si se compara el número de infracciones con el de las sanciones, éstas se infligen raras veces y; cuando se imponen, parecen, en general, benignas con los infractores. Esta disparidad entre los mecanismos establecidos en los textos jurídicos y la realidad constituye una de las facetas críticas del DIH, puesto que deja impune el incumplimiento de obligaciones jurídicas. Esta impresión de ineficacia —que es, en realidad, más que una mera impresión— daña a la imagen del DIH y a su capacidad de regir las situaciones de protección para las que ha sido concebido.

Tanto los Convenios de Ginebra como sus Protocolos adicionales imponen a los Estados Partes obligaciones claras y precisas. Además, esas obligaciones están reforzadas no sólo por las normas generales del derecho internacional público, sino también —cosa que se olvida demasiado a menudo— por las normas del derecho público nacional, cuya eficacia y aplicación suelen ser más convincentes. La situación actual puede resumirse como sigue.

Las infracciones del DIH pertenecen al ámbito de competencia del Estado, que debe enjuiciar y sancionar esos actos[2]. Terceros Estados también pueden enjuiciar esas violaciones —y en general deben hacerlo, aunque sólo lo hagan raras veces—, si son infracciones graves del DIH (se trate de infracciones graves de los Convenios de Ginebra o que constituyan crímenes de guerra según otros textos jurídicos, o también de infracciones graves de normas consuetudinarias que constituyan asimismo crímenes de guerra). Esta obligación es (o debería ser) una consecuencia directa de la obligación que impone el principio de la jurisdicción universal en materia de crímenes internacionales. En caso de no aplicación, la comunidad internacional ha procurado esporádicamente establecer mecanismos punitivos, un proceso que ha culminado en el establecimiento de tribunales penales internacionales especiales, o de tribunales mixtos, a fin de subsanar las deficiencias de los mecanismos tradicionales. La creación de una Corte Penal Internacional permanente demuestra el surgimiento de una nueva

1 Las ideas y propuestas expuestas en este artículo pretenden servir más como materia reflexión que como soluciones probadas. Se trata exclusivamente de opiniones del autor, basadas en concepciones colectivas y personales, que no reflejan necesariamente la posición del CICR.

2 Así como exigir las reparaciones pertinentes —aunque esto es materia de otro debate—, a no ser que se considere que la reparación también puede ser una forma de sanción, lo que también debería al menos someterse a debate.

voluntad política, pero no puede resolver todos los problemas por sí sola, si los Estados Partes no emprenden, en la mayoría de los casos, diligencias penales.

El proceder seguido en este artículo se basa en una serie de preguntas y conclusiones.

Las conclusiones se desprenden de la aplicación de las obligaciones dimanadas de los Convenios de Ginebra de 1949, que exigen a los Estados incorporar mecanismos sancionadores en sus sistemas penales nacionales para los casos de infracciones graves del DIH. Si bien es cierto que numerosos Estados han incorporado en su ordenamiento jurídico, particularmente en sus códigos penales, disposiciones que prevén tales sanciones, la decisión acerca de quién debe adoptar esas medidas y cómo debe hacerlo, queda al arbitrio de cada país. Sin embargo, la situación dista de ser uniforme, ya que existen diferentes niveles de competencia. El primero consiste en las "sanciones administrativas", que puede imponer un superior jerárquico. Por lo general, son independientes de otros tipos de sanciones, aunque puedan tener aspectos comunes. El segundo nivel de competencia consiste en las sanciones penales tradicionales, que dictan los jueces especiales (tribunales militares) u ordinarios (del fuero penal). La forma en que se asignan las competencias varía mucho de un país a otro y puede basarse en el estatuto del autor de la infracción, en la fecha en que se cometió ésta o en otros criterios, tales como la capacidad jurídica de la víctima, la índole de la operación en cuestión, etc.

Aparte de esta organización de la división de competencias en materia de sanciones por infracciones del DIH, cuya aplicación y/o eficacia pueden dejar mucho que desear, se observa una reciente tendencia a que los actores, sean personas físicas o no tan físicas, pero preexistentes, desempeñen papeles que no se habían propuesto desempeñar inicialmente, o que antes debían desempeñar sólo de forma complementaria o subsidiaria. Estos actores son organismos nacionales o supranacionales cuya principal función es condenar y castigar comportamientos que constituyan violaciones de los derechos fundamentales. La cuestión de las sanciones va más allá de las meras sanciones penales[3] y de las simples violaciones del DIH, ya que implican a múltiples actores que, durante los últimos años, "han demostrado" ser capaces de castigar comportamientos que también (y, a veces, sobre todo) constituían infracciones del derecho humanitario. Esta situación tiene el efecto de embrollar la cuestión, porque las soluciones no siempre se encuentran donde cabía esperar.

Por último, el debate ha arrojado luz sobre instituciones y soluciones *sui generis* que, al principio, parecían iconoclastas e incompatibles con los principios y normas fundamentales del DIH y del derecho penal internacional, pero que ahora se consideran imprescindibles: se trata de las sanciones no penales y de la creación de entidades no judiciales o parajudiciales establecidas para "proponer" soluciones que ayuden a reconstruir la sociedad, satisfagan a las víctimas y garanticen que ciertas infracciones graves del DIH no queden impunes.

Hay que examinar, pues, tres cuestiones: la repartición organizada de las competencias dentro del Estado responsable de sancionar las infracciones graves

3 Cabe señalar aquí que las sanciones penales en el ámbito nacional están lejos de consistir exclusivamente en penas que implican una privación de libertad.

del DIH, la apropiación espontánea de competencias por los órganos responsables de velar por el respeto de los derechos humanos y la creación de órganos *sui generis* para que juzguen y castiguen, si procede, las infracciones graves del derecho humanitario.

La repartición organizada de competencias dentro del Estado para abordar las infracciones graves del DIH

Ni el DIH ni el derecho penal (nacional o internacional) omiten el tema de las sanciones por infracciones graves del DIH. Lejos de ello[4], las obligaciones que imponen son de cuatro tipos.

En primer lugar, los Estados deben adoptar medidas penales para castigar a los autores de infracciones graves del DIH. Es ésta una medida positiva, es decir, una obligación de hacer, de cuyo incumplimiento debería (teóricamente) asumir la responsabilidad internacional el Estado. En segundo lugar, los Estados deben investigar y enjuiciar o hacer que se procese a los autores de infracciones graves del DIH. En tercer lugar, los Estados deben tomar las medidas necesarias para poner fin a las infracciones graves del DIH si éstas siguen cometiéndose; puesto que, si una violación continúa, los Estados están obligados a intervenir. En cuarto lugar, los Estados deben respetar y hacer respetar el derecho a la defensa y las garantías de un proceso imparcial.

Como se ve, se brindan al Estado todas las oportunidades para cumplir sus obligaciones en la materia. El DIH faculta a los Estados a ejercer sus competencias en el ámbito del derecho nacional, pero conforme a sus propias interpretaciones. Cada Estado conserva el control de sus diligencias y autos de procesamiento, siempre que cumpla las obligaciones que ha contraído. No todas las obligaciones se relacionan con la repartición de las competencias. Algunas están relacionadas con la índole de las infracciones y de las penas. Otras, en cambio, se refieren a la obligación de enjuiciar o hacer enjuiciar a los responsables. Estas obligaciones son fundamentales para la división de las competencias, pero también su principal dificultad.

Dada la variedad de situaciones posibles, cabe hacer las siguientes observaciones.

Primeramente, esta cuestión se relaciona con el derecho nacional más que con el internacional. La gama de posibilidades es tan amplia que permite a cada Estado elegir los medios y los métodos punitivos. Por lo tanto, la cuestión de la elección del tribunal, su composición y sus normas procesales se dejan al arbitrio del Estado, a condición de que observe las normas establecidas por el DIH. La determinación de si se trata de una jurisdicción ordinaria o extraordinaria (que no es lo mismo que especial), es una cuestión abierta a todo tipo de respuestas. Esto puede dar lugar a confusiones cuando se intenta comprender el proceso, porque el análisis de la puesta en práctica de esta obligación presupone un buen conocimiento de cada sistema jurídico nacional, lo que no siempre es posible.

4 V. el I Convenio de Ginebra (CG I), art. 49; el CG II, art. 50; el CG III, art. 129; y el CG IV, art. 146.

En segundo lugar, los textos del derecho internacional humanitario centran sus obligaciones en las infracciones graves del DIH (o, más exactamente, en las infracciones graves de los Convenios de Ginebra). Esta formulación no excluye otras infracciones (que, en la mayoría de los casos, se relacionan con el derecho estatutario), pero, según parece, incorpora de forma sistemática su dimensión penal. Es éste un aspecto que tal vez habría que examinar. Mientras que la mayoría de los actores y expertos en el ámbito del derecho humanitario y en las situaciones posbélicas coinciden actualmente en reconocer que las sanciones no deben considerarse exclusivamente desde la perspectiva penal, el DIH se concentra, en cambio, en las sanciones penales. Esto podría causar una percepción distorsionada de las sanciones, dado que ciertos organismos, en particular las entidades disciplinarias, pueden imponer sanciones que no entran siquiera en consideración desde un punto de vista basado puramente en el DIH, pero que pueden resultar más eficaces y menos hipotéticas que las sanciones penales.

En tercer lugar, el DIH contiene disposiciones referentes únicamente a las características del tribunal y las reglas generales de procedimiento aplicables. El DIH no exige que los Estados elijan entre tribunales civiles y militares. Tampoco dice cómo deben repartirse esos dos tipos de jurisdicción cuando ambos existen. La diversidad de situaciones a nivel nacional impide toda exposición exhaustiva de las posibilidades de asignar competencias en los ordenamientos jurídicos nacionales. No obstante, es posible reseñar los principales modelos de esta repartición, teniendo presente que se trata básicamente de un ejercicio pedagógico. Hay tres posibilidades principales.

La primera posibilidad —y la más sencilla— consiste en confiar la tarea de ocuparse de las infracciones del DIH a los tribunales ordinarios del poder judicial. Sin embargo, a pesar de su simplicidad, este sistema tiene dos desventajas: por un lado, esos tribunales normalmente no están preparados para entender en este tipo de infracciones en gran escala y, por otro, los jueces no están específicamente formados para juzgar las particularidades de las infracciones graves del DIH. También puede suceder que los tribunales ordinarios no funcionen durante las hostilidades.

La segunda posibilidad es la creación de tribunales especiales para las infracciones graves del DIH. Esta solución trae consigo la coexistencia de los tribunales ordinarios y los tribunales especiales. En este caso, si bien el Estado dispone de toda una serie de soluciones, puede haber importantes diferencias. La cuestión principal es la de los criterios que han de aplicarse para determinar la competencia del tribunal que debe ocuparse de las infracciones graves del DIH. ¿Es un tribunal de tipo militar, que define su competencia en función de la personalidad del autor de la infracción (y que, por ende, excluye a las personas civiles)? ¿Es un tribunal permanente o transitorio? ¿Es un tribunal que define su ámbito de competencia en términos territoriales y temporales, y que, por tal razón, puede enjuiciar a cualquiera que haya cometido crímenes de esa índole durante el conflicto y en todo o en una parte del territorio del Estado? Estas preguntas evidencian todas las variedades y matices de las posibles soluciones. Esta posibilidad plantea claramente la cuestión de la división de competencias entre los tribunales civiles y militares, decisión que queda al arbitrio del Estado. Sin embargo, debemos evitar que, por desconocer el

contexto, las palabras nos induzcan a error. La desconfianza o sospecha que tradicionalmente suscitan los tribunales militares no está necesariamente justificada si se respetan las garantías procesales. En el caso de los tribunales de jurisdicción especial, es necesario elaborar una lista de "normas mínimas" que han de respetar para considerarlos un "orden judicial" digno de crédito que permita elaborar una manifestación adecuada de la división de competencias. Aunque los tribunales de jurisdicción especial o especializada son una opción interesante para el Estado, no deben transformarse en "tribunales excepcionales" que pronuncien sentencias sin discernimiento o que absuelvan sistemáticamente a los autores de infracciones graves del DIH.

La tercera posibilidad es que ya exista dentro el Estado una pluralidad de tipos de jurisdicción (tribunales judiciales, penales y administrativos) que comparten la autoridad para castigar las infracciones graves del DIH. Esto sucede sobre todo cuando se separan las sanciones penales de las sanciones disciplinarias. En tal caso, existe el riesgo de que surjan problemas por el solapamiento de competencias o por diferencias en la evaluación de la infracción y de la pena. Generalmente, las sanciones disciplinarias se perciben como decisiones administrativas tomadas en el ejercicio del poder jerárquico (en ciertos casos, hasta se las considera medidas internas no sujetas a revisión judicial), por lo cual pueden ser independientes de las sanciones penales. Indudablemente, esto influye en la competencia de los dos tipos de jurisdicción y puede tener efectos inducidos negativos (por ejemplo, la sanción disciplinaria puede ser más severa que la penal, y viceversa). Sin embargo, no hay que pintar la realidad más negra de lo que es, porque, pese a la existencia de dos tipos de jurisdicción, ciertos Estados (sobre todo los que aplican el sistema jurídico romanogermánico) establecen puentes entre ellos y toman en consideración la sanción como un todo, a pesar de que haya dos jueces (uno penal y uno administrativo).

El único límite común se relaciona con las garantías jurisdiccionales que han de respetarse en todos los casos. Si hubiese una aparente discrepancia entre los dos tipos de tribunal, sólo deberían ejercer el poder los que satisfacen los requisitos del DIH.

Con respecto a la cuarta posibilidad, el DIH sólo recurre a las jurisdicciones externas si éstas están en mejores condiciones para castigar las infracciones graves del DIH. Por ello no se da por sentada la competencia exclusiva del Estado, sino que se le da prioridad en el cumplimiento de la obligación de ocuparse de la materia. Por lo tanto, es importante establecer si la posición del Estado es la mejor, y si los tribunales están habilitados para castigar las infracciones.

Todas estas cuestiones demuestran que la división de competencias es un tema en el que el DIH tiene relativamente poco que decir, ya que se aborda mediante un análisis de los resultados finales (el respeto del DIH y las sanciones por infringirlo) que influye poco en la repartición de competencias dentro del Estado por lo que atañe a las sanciones en el DIH. La libertad de organización es, tal vez, una de las causas de las dificultades para aplicar las penas. Esto no sorprende, ya que la eficacia de un castigo es el resultado de un proceso, no la mera determinación

de un "precio a pagar" por una infracción grave del DIH.

He aquí, pues, una serie de cuestiones destinadas a impulsar el debate al respecto.

Por el hecho de que el DIH se ha limitado a establecer una normativa mínima, ¿no ha dejado un margen de interpretación demasiado amplio a los Estados, que aprovechan este vacío para organizar su propio sistema de división de competencias en favor de un sistema jurisdiccional minimalista o, a la inversa, para excluir deliberadamente de las normas generales el trato que debe darse a las infracciones graves del DIH?

La elección de un sistema jurisdiccional ordinario ¿no está abocada al fracaso cuando los jueces carecen de la formación específica necesaria para discernir las particularidades de las infracciones relacionadas con el DIH (falta de conocimientos acerca de las características de las infracciones, falta de práctica por lo que respecta al cumplimiento de las condiciones requeridas para que determinado acto constituya una infracción, etc.)?

¿No es paradójico organizar la división de competencias entre los tribunales sin prestar atención a los procedimientos judiciales y a las particularidades de las infracciones del DIH?

¿Cómo deben tomarse en consideración las otras formas de castigo (en particular las sanciones administrativas o disciplinarias), que el DIH tiene sólo en cuenta de manera indirecta?

Con estas preguntas, no se pretende obtener una respuesta única y definitiva al problema de la división de competencias, sino demostrar más bien que éste es una de las razones de la ineficacia de las sanciones.

La apropiación espontánea de competencias por parte de los órganos responsables de velar por el respeto de los derechos humanos

Otro fenómeno que ha hecho recientemente su aparición se relaciona no con el ejercicio a priori de la competencia en primera instancia, sino con la sustitución o, más exactamente, la "apropiación de competencias" por un órgano que existe, pero cuya función principal no es castigar las infracciones del DIH. En los últimos años, varios autores[5] han observado y señalado que, ante la ineficacia de los mecanismos punitivos convencionales, las víctimas (o, más frecuentemente, particulares que actúan de forma individual o en grupos de defensa de sus intereses) buscan nuevas maneras de obtener "justicia" ante los tribunales. Numerosos Estados son miembros de organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos y, como tales, han incorporado en su sistema jurídico mecanismos de recurso individual que permiten a sus ciudadanos recurrir a un juez supranacional en caso de litigio si no obtienen satisfacción. Por eso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sido llamados, en

5 Hélène Tigroudja, «La cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2006), p.128; y Hans-Joachim Heintze, "The European Court of Human Rights and the implementation of human rights standards during armed conflicts", *German Yearbook of International Law* (2002), p. 64.

diversas ocasiones, a imponer sanciones por infracciones de los derechos humanos que también constituían violaciones del DIH. Sin embargo, esos tribunales adoptaron enfoques diferentes con respecto al DIH. Mientras que la Corte Interamericana se ha remitido al derecho humanitario para interpretar las disposiciones de la Convención por cuya aplicación debe velar[6], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien ha castigado comportamientos que constituían infracciones graves del DIH, ha preferido remitirse únicamente a la violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH)[7]. Sin embargo, en nuestra opinión, cuando se trata de ampliar las competencias, la cuestión de la referencia al derecho aplicable es secundaria. La elección de la norma de referencia (DIH o derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)) sigue estando supeditada a diversos factores internos y externos difíciles de analizar aquí en su totalidad. Por otro lado, hay que señalar que comienza a surgir una verdadera complementariedad (¡o competencia!) entre los diferentes órganos encargados de castigar las violaciones del DIH. Esa competencia, que se ha desarrollado de manera fortuita, puede asimismo tener ciertas consecuencias por lo que respecta a la eficacia de esas mismas sanciones. Hay que tener bien presente que los órganos jurisdiccionales del DIDH no fueron concebidos para responder a la problemática de las infracciones del DIH. Aunque ha sido posible obtener algunos resultados destacados, su importancia debe evaluarse a largo plazo. Al igual que con el punto precedente, tomaremos nota de algunos aspectos que son importantes para el debate sobre las sanciones, antes de plantear una serie de preguntas relacionadas con el ejercicio de estas nuevas competencias.

En primer lugar, el ejercicio de la competencia por las jurisdicciones zonales en materia de derechos humanos es de carácter ocasional y forma parte de la dimensión más amplia de la protección internacional de los derechos fundamentales. Por lo tanto, es difícil describir la situación como una auténtica competencia entre jurisdicciones. Por el contrario, se trata de un mecanismo de sustitución que demuestra, en la mayoría de los casos, la incapacidad de los sistemas nacionales de tomar medidas efectivas y eficaces.

En segundo lugar, la referencia al derecho humanitario para analizar infracciones de los derechos fundamentales puede ser diferente, según se trate de interpretar las normas de los Convenios de Ginebra o de una referencia normativa en que se fundamenta la sanción. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *La Tablada* era mucho más cómoda que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando tuvo que pronunciarse sobre la violación directa del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. En estas causas, el TEDH se refirió directamente a actos que constituían infracciones graves del DIH (métodos y medios de guerra que pueden emplearse, el uso masivo de armas de efectos indis-

6 V., en particular, el asunto *La Tablada* y, también en relación con el tema de las desapariciones, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador*, serie C nº. 118, fallo del 23 de noviembre de 2004, párrs. 111 y ss.

7 V., en particular, las sentencias del 24 de febrero de 2005 en las causas *Khashiyev and Akayeva v. Russia* (solicitudes nº. 57942/00 y nº 57945/00), *Isayeva, Yusopova and Bazayeva v. Russia* (solicitudes nº 57947/00, nº57948/00 y nº 57949/00), e *Isayeva v. Russia* (solicitud nº 57950/00).

criminados). No los calificó como tales, pero se remitió a los artículos del CEDH[8]. Es particularmente difícil comparar y analizar el razonamiento de los tribunales, teniendo en cuenta que las cuestiones en juego eran distintas. No obstante, cabe subrayar que la cuestión de la competencia de estos tribunales por lo que respecta al castigo de infracciones del DIH no puede plantearse en los mismos términos que en los tribunales nacionales o internacionales. Los tribunales responsables de determinar la existencia de infracciones de los derechos humanos no son los tribunales penales, los cuales dictan sentencias contra los Estados, pero no contra los autores de las infracciones. Como se ve, la sustitución tiene sus límites.

En tercer lugar, la competencia de esos tribunales *ratione materiae* raras veces los lleva a abordar cuestiones relacionadas con infracciones graves y sus sanciones desde la perspectiva de la represión o la retribución, sino que lo hacen en términos de la conformidad entre los comportamientos y los compromisos internacionales de los Estados (convenios que protegen los derechos humanos o los derechos fundamentales). El papel de los jueces es determinar si, en un caso concreto, se ha hecho caso omiso de las obligaciones estipuladas en los Convenios de Ginebra, a la vista de las pruebas presentadas por las partes. En consecuencia, la "sanción" que pronuncien estos tribunales encargados de velar por la protección de los derechos humanos sólo puede consistir en la satisfacción de ver al Estado denunciado por su manera de tratar las violaciones del DIH, a lo que probablemente se agregue la imposición de una compensación económica, que representaría una así denominada "reparación equitativa". Por lo tanto, cabe preguntarse si el ejercicio de la competencia de estos tribunales en el ámbito del DIH puede influir de algún modo en el comportamiento de los combatientes.

En cuarto lugar, estos tribunales no pueden subsanar la deficiencia general del sistema. Aunque pueden apoyar, alentar y poner en marcha ciertos mecanismos, están concebidos para juzgar denuncias individuales y no pueden ocuparse de un gran número de infracciones del DIH donde se han cometido éstas. El pesar que manifiestan ciertos observadores y comentaristas por la ausencia de una referencia directa al DIH es perfectamente comprensible. ¿Qué tribunal se arriesgaría a ir más allá de su "ámbito de competencia" alegando que se había inspirado o había aplicado las normas del DIH? Posiblemente, el problema no resida ahí. Para el tribunal, proteger el fondo de la norma es más importante que buscar nuevos fundamentos. Por consiguiente, no estamos ante una transferencia de la competencia sino, más bien, ante una competencia complementaria marginal, cuyos recursos son limitados. Contar con una sustitución de la competencia sería un error.

En quinto lugar, es imposible desestimar la importancia política de estas causas y la obligación del tribunal responsable de mostrarse irreprochable en sus razonamientos jurídicos. En estas causas no hay margen para la aproximación, dado que suscitan gran interés en los medios informativos y pueden tener lugar en situaciones en las que no se ha alcanzado la paz. Indudablemente, este "peso político" del fundamento legal influye en la forma en que el tribunal percibe la competencia en el asunto: la elección de las normas de referencia no puede efectuarse a la ligera, ni

8 CEDH, arts. 2, 3, 5 y 13.

ser el resultado de un labor de compendiar todos los textos existentes que protegen los mismos derechos.

En sexto lugar, se plantea claramente la pregunta de si estos tribunales encargados de proteger los derechos humanos tienen la capacidad necesaria para ocuparse de las infracciones graves del DIH y sus sanciones. El problema en este caso son las limitaciones físicas externas que impiden a estos tribunales aceptar un gran número de denuncias. La afluencia masiva de demandas agravaría el riesgo de que el sistema se congestione y que el tribunal se vea impedido de pronunciar sentencias en las condiciones apropiadas. Dicho de otro modo, si se recurre a estos tribunales para que entiendan en un número limitado de asuntos, pueden hacerlo, pero si se trata de cientos o incluso miles de causas, la situación se complicaría y la solución sería más difícil. Al evaluar la eficacia de la "apropiación de competencias" no se deben perder de vista las cuestiones relacionadas con la capacidad física y, sobre todo, no deben darse falsas esperanzas a los denunciantes que creen en soluciones milagrosas y en el castigo directo de las infracciones graves del DIH. No obstante, la reiteración del mismo mensaje por parte de estos tribunales tiene un efecto que no debe subestimarse. Si, a pesar del limitado número de causas, los fallos evidencian cierta coherencia por lo que respecta a las infracciones, es posible que el efecto resulte positivo a mediano plazo, sobre todo con vistas a la enmienda de las leyes vigentes. A decir verdad, la intervención de estos tribunales equivale a menudo a un reconocimiento del fracaso de los mecanismos tradicionales.

Una vez más, al igual que con el problema descrito en primer lugar, se plantean varias preguntas relacionadas con la competencia complementaria o suplementaria de estos tribunales.

¿El procesamiento de las infracciones graves del DIH por los tribunales responsables de proteger el derecho internacional de los derechos humanos representa un progreso o un avance por lo que concierne a las sanciones o es, por el contrario, una solución inevitablemente limitada y que sólo puede desempeñar un papel marginal?

Con respecto al castigo de las infracciones del DIH, ¿cuáles son las repercusiones reales de estas nuevas competencias? ¿Puede la condena de una infracción considerarse una forma de sanción? ¿Puede este tipo de sanción influir en los combatientes?

La creación de órganos *sui generis* para procesar y castigar, si procede, las infracciones graves del derecho humanitario

Pese a la existencia de infracciones graves del DIH, las sanciones no logran generalmente su cometido. Los enjuiciamientos por infracciones graves del DIH a nivel nacional siguen siendo escasos, los tribunales penales internacionales tienen dificultades para acelerar los juicios y castigar a los principales inculpados, y los Estados que han emprendido una política proactiva para aplicar el principio de la jurisdicción universal han tenido que dar a menudo marcha atrás por razones diplomáticas y políticas. Resta analizar una última vía: la de establecer instituciones

especiales encargadas de las infracciones del DIH. La idea sería crear un órgano competente "a medida", según las posibilidades existentes cuando termine el conflicto, o incluso durante éste. En relación con esta idea, cabe plantear las cuestiones que se exponen a continuación.

En primer lugar, las dificultades que surgen al aplicar el sistema de competencias en primera instancia (estatales y supraestatales) obligan a los Estados responsables de la aplicación del DIH (al igual que cualquier otra obligación internacional que hayan contraído) a encontrar soluciones que no sean la "inacción" o la "amnistía". Si bien es cierto que estos dos rasgos han caracterizado el fin de los conflictos durante mucho tiempo, ahora los Estados (presionados por las víctimas, los grupos de interés, otros Estados y la comunidad internacional) tienden a elaborar una solución de reemplazo cuando las soluciones iniciales no funcionan. Estas acciones pueden traducirse en el establecimiento de tribunales especiales (para evitar el uso del término "tribunales excepcionales") o de comisiones (paralegales) de la verdad y la reconciliación.

En segundo lugar, la búsqueda de soluciones para la jurisdicción de primera instancia debe combinarse con un imperativo, a saber: la eficacia y la mensurabilidad de los resultados. No basta con establecer un organismo especial, sino que éste debe disponer de los medios necesarios para cumplir su tarea, así como de la capacidad de imponer "sanciones" en una u otra forma. Así pues, no es imposible combinar las instituciones existentes (que se beneficiarán de una importante reducción en su carga de trabajo, limitándose a tramitar los asuntos más graves) con las instituciones tradicionales (en la medida en que funcionen). Las nuevas instituciones tendrán la ventaja de poder establecer sus propios procedimientos y definir sus competencias en función de las necesidades percibidas en el contexto local.

En tercer lugar, la diversidad de las expectativas y un cierto nivel de realismo suelen conducir a reformular "a la baja" las exigencias relacionadas con las sanciones. Aunque la necesidad de aplicar penas adecuadas y proporcionales está fuera de discusión, el análisis de las finalidades y objetivos de los castigos lleva inevitablemente a examinar la situación en términos concretos con respecto a los tres aspectos de "verdad-reparación-reconstrucción". Como resultado de ello, la sanción ya no está limitada por restricciones exclusivamente penales. Por el contrario, pueden incorporarse en ella elementos que ayuden al Estado en el proceso de la reconstrucción, tales como son la pacificación, la reconciliación (aceptación del otro), la restauración del lugar de cada uno dentro de la sociedad y el restablecimiento del Estado de derecho y de la confianza en el sistema jurídico. Esto significa, por otra parte, que las competencias de los organismos *ad hoc* deben dar lugar a un planteamiento multidimensional de la sanción que sea compatible con las prescripciones del DIH. Ésta es, sin duda alguna, una de las cuestiones más delicadas, cuyo tratamiento da lugar a interrogantes y controversias.

En cuarto lugar, no es posible optar en favor del establecimiento de organismos especiales sin tener en cuenta los recursos disponibles y las perspectivas de éxito del proceso sobre el terreno. No se puede esperar que el establecimiento de tal organismo constituya una panacea ni una cura milagrosa. Es imperativo llegar

a una definición precisa y rigurosa de las competencias, los procedimientos y las facultades del organismo ad hoc y especificar sus tareas en función de las peculiaridades de la situación tras el conflicto. Es probable que este enfoque se aparte de las normas tradicionales relativas a las penas establecidas en el sistema inicial de los Convenios de Ginebra.

Esta reformulación de la competencia de los organismos tradicionales o los establecidos en respuesta a situaciones concretas nos lleva a plantear varias preguntas relacionadas con la creación de una competencia específica para estos últimos.

¿Es posible confiar a los organismos *ad hoc* tareas idénticas a las establecidas en los textos legales por lo que atañe a las sanciones y la represión de las infracciones graves del DIH? En particular, ¿cómo se dirimen los posibles conflictos entre las características de estas instituciones y los principios generales del derecho penal, como la no retroactividad y la proporcionalidad de la sanción en relación con los cargos?

A la hora de definir la competencia de un organismo especial, ¿es posible ampliar la gama de las sanciones, incluyendo, por ejemplo, la responsabilidad pecuniaria o moral de los infractores? ¿Es posible excluir las sanciones penales y establecer una cierta forma de inmunidad al enjuiciamiento?

¿Cómo debe distribuirse exactamente la división de competencias entre los organismos jurisdiccionales tradicionales (tribunales penales) y los organismos de transición (comisiones de la verdad y la reconciliación?) ¿Dónde se traza la línea divisoria de esas competencias y quién lo decide? ¿Cuáles son los criterios para seleccionar el organismo competente?

¿Deben incorporarse al sistema de sanciones y reconstrucción los órganos tradicionales (o sea, las estructuras del derecho consuetudinario), otorgándoles nuevas competencias? ¿En qué condiciones? ¿Es posible evaluar los riesgos que acarrea una fórmula semejante (teniendo en cuenta, por ejemplo, los tribunales *gacaca* de Ruanda y sus errores)?

¿Cuál es el estatuto de estas instituciones en relación con el derecho internacional general y el derecho internacional humanitario? ¿Es compatible su competencia con las necesidades de la lucha contra la impunidad y con el enjuiciamiento de los autores de crímenes internacionales? En caso afirmativo, ¿en qué consiste esa compatibilidad? ¿No crean estas instituciones una "tierra de nadie" por lo que respecta a la razón de ser de las penas por infracciones graves del DIH? ¿No constituyen una solución que es fácil para el presente, pero que hipoteca el futuro, sobre todo si fracasan?

Pese a su índole básicamente técnica y a sus numerosas variantes, ya no es posible considerar la repartición de las competencias como una cuestión menor cuando se trata de abordar las dificultades relacionadas con la eficacia de las sanciones del DIH. Esa problemática constituye un elemento importante del proceso conducente a la imposición de sanciones. En la actualidad, no se presta atención a este asunto ni se somete a examen. Para que haya un debate amplio al respecto, es absolutamente imprescindible reconocer la verdadera importancia de esta cuestión.

Junio de 2008, N.º 870 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Víctimas y justicia penal internacional: ¿una cuestión controvertida?

Mina Rauschenbach y Damien Scalia

Formada como psicóloga especializada en criminología y psicóloga social, la señora Mina Rauschenbach se desempeña como docente asistente en el Centro de estudio, técnica y evaluación legislativas (CETEL) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra. Actualmente, es doctoranda en psicología social. El señor Damien Scalia tiene una maestría (LL.M.) en derecho internacional humanitario. Es docente asistente en la Academia de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos de la Universidad de Ginebra. Actualmente, es doctorando en derecho penal internacional*.

Resumen

Aunque se presta creciente atención a las "víctimas" en el marco de los procesos penales, ésta no parece alcanzar para satisfacer sus necesidades ni en los sistemas de justicia penal nacionales ni en el régimen internacional. En este último, las dificultades que afrontan las víctimas se agravan a causa de factores específicos derivados del enjuiciamiento y el castigo de crímenes masivos a nivel internacional. Desde esta perspectiva, los autores señalan que la finalidad principal del derecho penal es condenar o absolver al acusado, y sugieren que tal vez sería conveniente dejar a otras entidades la tarea de atender a las víctimas.

***

* Bajo la dirección del señor Christian-Nils Robert, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra. Los autores desean agradecer al señor J. Dürlemann sus valiosos comentarios sobre este texto.

Una sociedad en la cual, para ciertas personas, la única puerta de salida de un Estado victimario (del que se ha huido mediante la emigración) es la entrada a un estatuto de víctima echa una luz cruel sobre la percepción psicológica común, que hace del reconocimiento del estatuto de víctima una condición indispensable de la evolución de las personas traumatizadas hacia la reconquista su autonomía. (...) Si hay tantas víctimas hoy, es porque, literalmente, se las fomenta, y son atraídas por una oferta de estatutos a los que se añaden diversos beneficios simbólicos o materiales. No arrojemos la piedra contra las "víctimas" elaboradas de este modo y puestas a competir de manera a veces lamentable: antes, habría que criticar el juego en que se las coloca.

Jean-Michel Chaumont[1]

Relegada por largo tiempo, la víctima ocupa hoy el centro de las preocupaciones políticas y es objeto de creciente interés, tanto en el ámbito de la justicia penal como en el debate de las cuestiones sociales[2]. Sin embargo, aunque exhibe algunos aspectos positivos, ese interés no está exento de riesgos y problemas, que dan origen a debates y controversias entre los investigadores y otros actores del mundo de la justicia penal. La prominencia de la víctima parece ir en aumento no sólo en el sistema penal, sino también en el actual escenario sociopolítico. Esto se observa nítidamente en numerosos países occidentales y también, como veremos, en el ámbito de la justicia penal internacional y del derecho internacional humanitario, en relación con la atención respecto de las víctimas de los conflictos armados y el estatuto que se les confiere cuando las hostilidades llegan a su término.

Cada vez más se tiene en cuenta a las víctimas

Esta tendencia es el resultado de importantes acontecimientos políticos, sociales y jurídicos que se iniciaron en el decenio de 1960 y acompañaron el advenimiento de las políticas de Estado destinadas a compensar a las víctimas y el auge de las asociaciones de defensa de las víctimas, surgidas de los movimientos sociales en favor de los derechos civiles y políticos y los derechos de la mujer. La atención que se presta a las víctimas en el ámbito de las políticas sociales y penales ha crecido con rapidez. Las encuestas sobre la victimización realizadas a nivel nacional e internacional han echado luz sobre el descontento de las víctimas por el trato que reciben del sistema de justicia penal. Sienten que han sido doblemente victimizadas y, como resultado, es menos probable que las personas den cuenta de actos penales cometidos contra ellas. En las encuestas también se destacaba la diversidad y, en especial, la magnitud de los traumas que padecen las víctimas, particularmente aquellas que

1 Jean-Michel Chaumont, "Celles qui ne voulaient plus être victimes", *Revue Suisse d'Histoire*, vol. 57 (1) (2007), pp. 40–1.

2 Robert Cario, *Victimologie – De l'effraction du lien*, París, L'Harmattan, 2000; Robert Zauberman, "La victime, usager de la justice pénale", en Michel Chauvière y Jacques Godbout (eds.), *Les usagers entre marché et citoyenneté*, París, L'Harmattan, 1995; Sandra Walklate, *Imagining the Victim of Crime*, Londres, McGraw-Hill, 2007.

han sufrido actos de violencia personal como la violación sexual o la violencia en el hogar. Por lo demás, alrededor de 1950 hizo su aparición una nueva disciplina: la victimología, rama de la criminología que pronto cobró un ámbito independiente. Este ámbito de investigación aborda el estudio de la víctima y de sus reacciones psicológicas y físicas al trauma sufrido, y también su experiencia personal por lo que respecta al trato recibido por parte del sistema de justicia penal y la sociedad en general. Estas diversas conclusiones dieron lugar a estructuras gubernamentales de ayuda a las víctimas, que se han difundido, en mayor o menor medida, en todo el mundo. Así pues, las víctimas se han transformado en una cuestión política[3].

El estatuto jurídico de las víctimas de crímenes también ha sufrido importantes transformaciones en la mayoría de los sistemas nacionales de derecho penal y, recientemente, también en el ámbito del derecho penal internacional. Esas tendencias han ayudado a crear un auténtico estatuto social de *víctima*, que refleja la magnitud del reconocimiento que la sociedad confiere al padecimiento de estas personas. A nivel nacional, en los últimas decenios, el derecho penal ha experimentado una evolución significativa, pasando de la percepción tradicional de la víctima como una persona a la que se adeuda una compensación, a la percepción actual de la víctima como alguien que sufre y cuyo sufrimiento debe tenerse en cuenta[4]. Los procesos penales ya no se ocupan únicamente de condenar a los culpables y de defender el orden público, sino que, ahora, deben poner fin al sufrimiento de las víctimas y ayudarlas a reconstruir sus vidas. Suele considerarse que el proceso de reconstrucción exige no sólo el reconocimiento del daño cometido y de la consecuente culpa del perpetrador, sino también el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas por parte de las instituciones judiciales y de toda la sociedad[5]. Sin embargo, el sistema de justicia penal no puede cumplir fines terapéuticos, porque no cuenta con los recursos necesarios y no fue concebido para atender a las víctimas[6]. A nivel internacional, el mayor reconocimiento de las víctimas y sus derechos se observa tanto a nivel político y humanitario como en el plano de la justicia penal.

El primer hito en el reconocimiento de la calidad de víctima por parte de la comunidad internacional fue, indudablemente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y el Abuso de Poder, de 1985. Como consecuencia de esta declaración, se adoptaron numerosas

3 Sebastian Roché, "Les victimes: de la communauté à l'assurance en passant par l'État", *Déviance et Société*, vol. 19 (4) (1995), pp. 357–70.

4 Xavier Pin, "Les victimes d'infractions – Définitions et enjeux", *Archives de politique criminelle*, vol. 28 (2006), pp. 49–72.

5 V. Cario, nota 2 *supra*.

6 Maria Louisa Cesoni y Richard Rechtman, "La réparation psychologique de la victime: une nouvelle fonction de la peine?", *Revue de droit pénal et de criminologie*, vol. 2 (2005), pp. 158–78.

decisiones y recomendaciones a nivel internacional[7] y europeo[8], lo cual ayudó a colocar a las víctimas en el centro de las deliberaciones y preocupaciones de la comunidad internacional. Actualmente, las Naciones Unidas examinan un proyecto de convenio sobre los derechos de las víctimas. Sin embargo, el acceso de las víctimas a los mecanismos del derecho penal internacional es un acontecimiento reciente. La posición de la víctima en este contexto fue determinada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), adoptado el 17 de julio de 1998. Hasta entonces, se reconocía a las víctimas exclusivamente en su calidad de testigos, y la única compensación posible era el reconocimiento de que se había cometido un crimen de orden internacional y que, por ende, era punible.

La cuestión esencial gira en torno del estatuto que se ha de conceder a las víctimas para garantizarles una reparación óptima, a la vez que se respetan los derechos del acusado. Por lo tanto, si la intención es otorgar a la víctima una reparación adecuada, es preciso que conozcamos la índole y la medida de sus verdaderas expectativas y necesidades con respecto al sistema de justicia penal.

Expectativas y necesidades de las víctimas en relación con el proceso penal

Las víctimas esperan del sistema no solamente un resultado (la sentencia y la compensación de los daños sufridos) sino también lo sustancial del propio proceso (respeto, información, participación)[9]. Con mayor precisión, Strang[10] ha identificado las siguientes necesidades fundamentales que expresan las víctimas en relación con los procesos penales:

7 Por ejemplo, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito publicó, en 1999, la Guía para los organismos normativos sobre la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y el Abuso de Poder, con el fin de promover y guiar la aplicación de los derechos de las víctimas en los sistemas nacionales de justicia penal. V. también el Manual sobre la Justicia para las Víctimas, relativo al uso y la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y el Abuso de Poder (1999). La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal se estableció a fin de aplicar la declaración de las Naciones Unidas de 1985. En virtud de la Resolución 2003/30 del Consejo Económico y Social, del 22 de julio de 2003, se estableció un Grupo Intergubernamental de Expertos para elaborar un instrumento de reunión de información sobre las reglas y normas de las Naciones Unidas relacionadas principalmente con cuestiones relativas a las víctimas. Los resultados de su labor pueden consultarse en el documento E/CN.15/2007/3.

8 V. el Convenio Europeo relativo a la indemnización de víctimas de infracciones violentas, aprobado el 24 de noviembre de 1983. V. también las recomendaciones del Consejo de Europa R (85) 11, del 25 de junio de 1985, acerca de la "posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal", y R (87) 21, del 17 de septiembre de 1987, acerca de la "asistencia a las víctimas y prevención de la victimización". V. también "Decisión marco del Consejo de la Unión Europea", *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 15 de marzo de 2001. V. también la recomendación R (2006)8 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, adoptada el 14 de junio de 2006, en la 967ª reunión de los Miembros/Ministros.

9 Marijke Malsch y Raphaela Carriere, "Victims' wishes for compensation: the immaterial aspect", *Journal of Criminal Justice*, vol. 3 (1999), pp. 239–49.

10 Heather Strang, *Repair and Revenge: Victims and Restorative Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

1. Hacer oír su voz,
2. Participar en el manejo de la causa que las concierne,
3. Ser tratadas con respeto y justicia,
4. Obtener información sobre el progreso y el resultado de la causa que las concierne, y
5. Obtener reparación económica y emocional.

A menudo, se representa a las víctimas como personas que exigen retribución (la imposición de una sentencia) y el restablecimiento de su estatuto en la comunidad, así como la neutralización del perpetrador. Sin embargo, a veces la retribución no es tan importante para las víctimas como generalmente se piensa[11], ya que ellas buscan, por encima de todo, la restitución o la compensación[12], así como la oportunidad de un nuevo comienzo, de recuperarse y de encontrarse protegidas contra nuevas victimizaciones.

Por lo que respecta a los procesos penales, las víctimas parecen más satisfechas cuando se las mantiene informadas sobre las novedades[13] o cuando tienen la oportunidad de desempeñar un papel activo, por ejemplo, opinando sobre el proceso[14]. Ciertas investigaciones realizadas en el ámbito de algunos sistemas jurídicos europeos demuestran que la mayoría de las víctimas no está satisfecha con su experiencia del sistema de justicia penal y siente que no responde a sus necesidades[15]. Las víctimas esperan que la participación que les conceden algunos sistemas de justicia penal tenga para ellas un poder reparador[16]. La mayoría de los sistemas de justicia penal actuales, sean nacionales o internacionales, permiten a las víctimas participar en los procesos, de diversas maneras y en mayor o menor medida. En algunos países de derecho del *common-law*, la participación de las víctimas ha adoptado la forma de "declaraciones sobre el impacto en las víctimas" o "declaraciones de opinión de las víctimas". Pueden hacer oír su voz a lo largo de todo el proceso, describir las consecuencias que el crimen ha tenido en ellas y expresar lo que desean que suceda. En Bélgica y en Canadá, las "declaraciones de opinión de las víctimas" toman una forma extrema, que permite a las víctimas influir en la ejecución de la sentencia (por ejemplo, participando en las decisiones relacionadas con la libertad bajo palabra).

11 Edna Erez y Pamela Tontodonato, "The effect of victim participation in sentencing on sentence outcome", *Criminology*, vol. 28 (1990), pp. 451–74.

12 John Braithwaite y Stephen Mugford, "Conditions of successful reintegration ceremonies: dealing with juvenile offenders", *British Journal of Criminology*, vol. 2 (1994), pp. 139–71.

13 Jo-Anne Wemmers, *Victims in the Criminal Justice System*, Amsterdam, Kugler Publications, 1996.

14 Edna Erez y Eva Bienkowska, "Victim participation in proceedings and satisfaction with justice in the continental systems: the case of Poland", *Journal of Criminal Justice*, vol. 21 (1993), pp. 47–60.

15 Matti Joutsen, "Victim Participation in Proceedings and Sentencing in Europe", *International Review of Victimology*, vol. 3 (1994), pp. 57–67; Jan Van Dijk, "Who is afraid of the crime victim? Criminal victimisation, fear of crime and opinions on crime control in an international perspective", discurso de fondo en el VII simposio de la Sociedad Mundial de Victimología, Adelaida, 21-26 de agosto de 1994; Joanna Shapland, Jonathan Willmore y Peter Duff, *Victims and the Criminal Justice System*, Aldershot, Gower, 1985.

16 Walklate, nota 2 *supra*.

Sin embargo, esta tendencia a tener en cuenta sus necesidades no parece haber satisfecho todas las expectativas de las víctimas[17]. La mayor participación de las víctimas en la causa que las concierne no siempre mejora su experiencia del sistema de justicia penal y no parece traerles los beneficios emocionales, psicológicos y económicos a los que aspiran[18]. A menudo, las víctimas prefieren no verse obligadas a tomar parte en el proceso, sino que dejan en manos de los jueces la decisión sobre la sentencia[19] y se contentan con expresar sus puntos de vista durante el juicio[20]. Esto indica claramente que la excesiva participación en el sistema de justicia penal no siempre es el camino más sensato hacia la recuperación y la reparación que desean las víctimas.

Algunos dicen que la víctima experimenta un efecto profundamente reparador cuando ejerce el derecho de participar en un juicio justo y ser escuchada. Pero, según Cario[21], las víctimas que no han tenido acceso a asistencia psicológica y social fuera del sistema jurídico son las que más se concentran en la sentencia y exigen que ésta se equipare con su sufrimiento. El riesgo de la victimización secundaria -que es, sin duda, muy real- puede materializarse cuando un caso es tratado de modo arbitrario, cínico y sin empatía en un tribunal penal, lo cual es conocido y está bien documentado. A menudo, el hecho de tomar parte en un proceso judicial hace que la víctima reviva experiencias traumáticas y vuelva a sufrir como resultado de la prueba dada y los interrogatorios a los que debe someterse. En efecto, sucede con frecuencia que la víctima se encuentra frente a frente con un perpetrador que no muestra remordimiento por sus actos, ni reconoce el daño infligido, y que hasta puede llegar a negar sus actos y acusar, a su vez, a la víctima de actos reprochables.

Siendo así, uno se pregunta qué papel podría atribuirse a las víctimas en un sistema que no ha sido concebido para tener en cuenta su sufrimiento y que, por ende, no puede ejercer el poder reparador que, a menudo erróneamente, se le atribuye. Para responder a esa pregunta, primero hay que aclarar varios aspectos: las verdaderas necesidades que las víctimas expresan en relación con el sistema de justicia penal, su experiencia concreta con respecto al manejo judicial de las causas que las conciernen, y los factores que tienden a influir en forma positiva o negativa en esa experiencia (con inclusión de los factores que podrían mejorar su situación).

Dificultades para atender a las víctimas en el marco de la justicia penal nacional

Actualmente, el Centro de estudio, técnica y evaluación legislativas (CETEL) de la Universidad de Ginebra realiza un estudio cuya finalidad es estudiar no sólo las opiniones de las víctimas de crímenes, sino también de las personas que

17 Marion Brienen, Ernestine Hoegen y Marc Groenhuijsen, "Evaluation and meta-evaluation of the effectiveness of victim-oriented legal reform in Europe", *Criminologie*, vol. 33 (2000), pp. 121–44.

18 Basia Spalek, *Crime Victims: Theory, Policy and Practice*, Londres, Palgrave, 2006.

19 Jo-Anne Wemmers, "Victim policy transfer: learning from each other", *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 11 (1) (2005), pp. 121–33.

20 Tom Tyler, "What is procedural justice? Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures", *Law and Society Review*, vol. 22 (1) (1988), pp. 103–35.

21 Robert Cario, "La reconnaissance de la victime: instrumentalisation ou restauration", *Journal des accidents et des catastrophes*, 53 (2005).

trabajan en el ámbito penal y social y que tienen contacto con ellas[22]. El estudio se centra en el punto de vista de las víctimas, su experiencia del sistema de justicia penal, y sus necesidades y expectativas. Las víctimas, interrogadas durante entrevistas semicontroladas, fueron seleccionadas según tres categorías de delitos: agresiones sexuales, agresiones físicas y violencia en el hogar, siguiendo un formato que refleja las estadísticas de Suiza en materia de delitos.

Los resultados iniciales de la encuesta indican una diferencia entre lo que las víctimas esperan del procesamiento de su caso en los tribunales penales, y lo que éstos son capaces de ofrecerles en la práctica.

El derecho penal y la experiencia de las víctimas sobre éste

Las opiniones de las víctimas difieren en cuanto al enfoque de su calidad de víctimas. Casi todas mencionan una gran necesidad de reconocimiento por parte del sistema de justicia penal. Esto equivale a la necesidad de la víctima de tener un lugar en ese sistema, ser tenida en cuenta, ser escuchada y tener voz; pero también significa la necesidad de ejercer un cierto nivel de "control" sobre la causa en la que participan y de desempeñar un papel activo en ella. Necesitan que se les crea, ser tomadas en serio y comprendidas. Además, critican la desproporcionada atención que se presta a los perpetradores, y sufren porque la consideración que ellas reciben es, consecuentemente, menor. Las víctimas se quejan de que el sistema es incompetente, ineficiente y lento, y porque tiende a ocuparse de las apariencias y no tiene en cuenta los hechos de manera consistente y objetiva. Las víctimas que respondieron a la encuesta hablaron de decepción y de la distancia entre sus expectativas y la experiencia real adquirida en los procedimientos de la justicia penal. Ello se refleja en el desencanto, la perplejidad y la decepción que manifiestan con respecto a la forma en que se manejaron las causas. Por último, algunas víctimas expresaron necesidades prácticas: deseaban que se las mantuviera informadas y estaban interesadas en recibir asesoramiento y asistencia general con el asunto.

Las declaraciones de las víctimas revelan insatisfacción con el veredicto y la sentencia. Consideran que la condena impuesta no es suficientemente severa o que su naturaleza no es adecuada (por ejemplo, una condena en suspenso). Algunas víctimas también mencionan el concepto de retribución, expresando el deseo y la necesidad de que la sentencia sea proporcional al sufrimiento y la violencia que experimentaron. Puede pensarse que la sentencia deseada representa la necesidad de la víctima de que se la reconozca como una persona que ha sufrido y que ha sido víctima de acciones injustas. Al comparar la realidad con sus ideales de justicia, es obvio que las víctimas sientan desencanto.

Los resultados iniciales indican que las declaraciones de las víctimas interrogadas varían en función de su experiencia con los procesos penales, y que las opiniones más acerbas fueron expresadas por aquellas que vivieron procesos penales avanzados, en comparación con las víctimas cuya demanda no condujo a que el

22 Los resultados a que se hace referencia en el presente artículo han sido tomados de un estudio titulado "Law and emotions" que realiza el Centro de estudio, técnica y evaluación con el patrocinio del "Centre Interfacultaire en Sciences Affectives".

juez instructor adoptase medidas sustanciales, o con aquellas que ni siquiera llegaron a interponer una demanda. En cambio, las víctimas a cuyas quejas se dio curso y aquellas cuyas demandas dieron lugar a procesos penales avanzados expresan, a menudo, la necesidad de reconocimiento por parte del sistema de justicia penal. Expresan mayores críticas acerca del funcionamiento del sistema y al parecer, consideran que la respuesta a sus necesidades prácticas de información y asesoramiento es insatisfactoria. Las víctimas a cuyas quejas no se dio curso y que, por ende, no han atravesado procesos penales completos, no formulan estas críticas. Por ende, el hecho de vivir la experiencia real del proceso penal parece afectar la forma en que las víctimas perciben el resultado del proceso y de su causa. Por ende, las víctimas que han atravesado procesos penales manifiestan la clara necesidad de retribución y de reconocimiento en relación con la sentencia que desean para el perpetrador, en tanto que las víctimas que no han atravesado procesos penales no expresan sentimientos de venganza; pocas piensan que la sentencia impuesta al perpetrador ha reflejado el reconocimiento de sus sufrimientos.

Un análisis más detallado, que se concentra exclusivamente en las emociones expresadas en relación con los actos que se cometieron contra ellas, demuestra que el apoyo social tiene un efecto positivo en las víctimas. Las víctimas que consideran haber obtenido el apoyo de su círculo inmediato (independientemente de que ese apoyo haya sido o no satisfactorio para ellas) han formulado, en general, declaraciones mucho más positivas que las de las víctimas que consideran no haberse beneficiado de ese apoyo. Las primeras consideran su calidad de víctimas como una oportunidad y una fuente de fuerza, y expresan la necesidad de seguir adelante con la vida; las segundas tienden a subrayar lo irreparable y el castigo que debería resultar a raíz de su victimización; tienen la sensación de vivir en el infierno y sienten que "están por estallar". Al mismo tiempo, el análisis de las emociones basado en la experiencia del proceso penal que atravesaron las víctimas y el apoyo que obtuvieron de su círculo inmediato también demuestra que el apoyo social parece tener repercusiones más positivas que los procesos penales. Las víctimas que han pasado por la experiencia de procesos penales y que han recibido de su círculo inmediato un apoyo que consideran insatisfactorio expresan más sentimientos negativos que aquellas que no participaron en procesos penales y que recibieron apoyo que consideran satisfactorio. El primer grupo exhibe una marcada tendencia a destacar la injusticia, su rabia y su necesidad de reconocimiento; el segundo hace más hincapié en la necesidad de comprender, volver a la situación anterior y reanudar la normalidad.

Estos resultados indican claramente que la experiencia del proceso penal no parece satisfacer las necesidades de las víctimas ni calmar su insatisfacción por lo que respecta al reconocimiento, la participación y la retribución. Por el contrario, parece agravarlas. Las víctimas que han pasado por la experiencia de procesos penales son también las que expresan sentimientos de odio, culpa e injusticia. A la inversa, las que han recibido el apoyo de su círculo inmediato informan de una experiencia más positiva. El apoyo del círculo inmediato es, pues, un factor esencial que ayuda a las víctimas a superar la confusión y el sufrimiento. Puede entonces

concluirse que el proceso de recuperación de las víctimas se ve favorecido si reciben un apoyo satisfactorio de su círculo inmediato y si no atraviesan procesos penales. Por último, cabe señalar que hay un sentimiento generalizado de que el sistema de justicia penal no es justo. Este aspecto apareció en las respuestas de todas las víctimas, lo que tal vez indica que éstas, hayan tenido o no experiencias específicas con dicho sistema, lo perciben globalmente de manera negativa en general. Esa conclusión se basa también en el hecho de que la mayoría de las víctimas, independientemente de su experiencia con el proceso penal, parecen decepcionadas con el sistema de justicia penal y la realidad de su experiencia personal, y consideran que las sentencias no son proporcionales al grado de sufrimiento causado por el acto criminal que dio lugar al proceso.

El sistema penal, una fuente de descontento para las víctimas

Los resultados del estudio apoyan la idea de que la experiencia del sistema de justicia penal puede representar, más que una oportunidad de superar el trauma, una nueva fuente de sufrimientos para las víctimas, y que los poderes de reparación simbólica que se atribuyen al sistema podrían ponerse en tela de juicio porque no están suficientemente fundados. El estudio parece indicar que parte del proceso de reparación puede iniciarse mediante el apoyo del entorno personal y profesional que rodea a la víctima.

Si es así, ¿habría que reconstruir por completo el sistema de justicia penal? Algunos autores[23] consideran que, en su forma actual, el sistema puede ser perjudicial tanto para las víctimas como para los acusados, dado que su único objetivo es la sanción y no prevé soluciones que sean constructivas y reparadoras. Es innegable que un sistema basado principalmente en la retribución sólo puede conducir a la intensificación del conflicto[24].

Sin embargo, dado que es poco realista pensar en la posibilidad de una reforma radical del sistema de justicia penal, una solución podría ser incentivar el uso de mecanismos innovadores, tales como la justicia reparadora. Ésta permite a las víctimas, a los perpetradores y a las comunidades afectadas reconocer que un acto criminal determinado ha causado daños y sufrimientos, y encontrar la forma de restablecer el tejido social destruido por ese acto. Esos procesos reparadores también tienen la ventaja de permitir una mayor participación de los acusados y de sus víctimas, y de sensibilizar a todas las partes acerca de las consecuencias de sus actos[25]. Esas prácticas también ofrecen al acusado la oportunidad de expresar pesar y remordimiento, y a la víctima la ocasión de perdonar, lo cual puede reducir su deseo de castigo y retribución[26] y contribuir a su recuperación emocional[27].

23 Jacques Faget, *La médiation: Essai de politique pénale*, Erès, Ramonville-Saint-Agne, 1997; Ezzat A. Fattah, "Toward a victim policy aimed at healing, not suffering", en Robert C. Davis, Arthur J. Lurigio y Wesley G. Skogan (eds.), *Victims of Crime*, Thousand Oaks, CA, Sage, 1997, pp. 257–72.

24 Fattah, nota 23 *supra*.

25 David Miers, An International Review of Restorative Justice, Home Office Research, Development and Statistics Directorate, Londres, 2001.

26 Hannah Arendt, *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958.

27 Strang, nota 10 *supra*.

Aunque se ha establecido con relativa certeza que es difícil para el sistema de justicia penal tener en cuenta el sufrimiento y ayudar a las víctimas a superar el trauma sufrido, cabe preguntarse si es posible que el sistema jurídico internacional tome medidas reparadoras adecuadas para las miles de víctimas de la guerra y de los conflictos armados. Estas medidas están previstas en el estatuto de la Corte Penal Internacional y en otros instrumentos internacionales de la justicia penal. Por lo tanto, es preciso examinar la forma en que la justicia penal puede responder a las necesidades de cada víctima en particular y de comunidades enteras que han sido afectadas, a veces grave e irreparablemente, por un conflicto armado.

Ello induce a examinar la pertinencia y la suficiencia de la justicia penal internacional para las víctimas de crímenes de guerra, de crímenes de lesa humanidad y de genocidio. Se trata de analizar las diferencias y similitudes en el trato previsto para las víctimas en el sistema de justicia penal internacional y en las respectivas legislaciones de justicia penal nacional.

Dificultades en la atención de las víctimas en el marco del derecho penal internacional

Aunque el sufrimiento y el daño experimentados por las víctimas son indiscutiblemente reales y deben ser reconocidos, cabe tener en cuenta, sin embargo, que el papel del sistema de justicia penal es, por encima de todo, mantener la ley y el orden. No es su finalidad garantizar que la severidad de las condenas refleje el sufrimiento de las personas, aunque las demandas de las víctimas se basen precisamente en ese sufrimiento. El sistema castiga a las personas por haber quebrantado la ley, no por haber infligido un trauma que se percibe subjetivamente[28]. La creciente importancia que se asigna a la víctima en los procesos penales puede obstaculizar el logro de los objetivos de esos procesos y, en algunos casos, hasta impedir que la persona acusada ejerza su derecho a la defensa. Por otra parte, la mayor participación de las víctimas en el proceso puede no ser tan beneficioso para éstas como algunos parecen pensar[29]. De todos modos, la utilidad del juicio como elemento que alivia los sufrimientos de las víctimas y les ayuda a reconstruir sus vidas sigue siendo objeto de considerables debates[30].

Las dificultades, ahora conocidas, que enfrentan las víctimas de crímenes en el marco del derecho nacional pueden, en ciertos aspectos, extrapolarse y aplicarse a las víctimas de crímenes internacionales. Las necesidades de las víctimas de violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario pueden ser incluso más imperiosas y urgentes, a causa del alto nivel de violencia, la magnitud del daño y la índole política de esos crímenes[31], pero también por razones culturales y sociales. Por esta razón, el trato de las víctimas de crímenes internacionales es más complicado y está más expuesto a errores que en

28 Denis Salas, "L'inquiétant avènement de la victime", *Sciences humaines*, vol. 47 (2004), pp. 90–3.

29 Cesoni y Rechtman, nota 6 *supra*.

30 Jamie O'Connell, "Gambling with the psyche: does prosecuting human rights violators console their victims?" *Harvard International Law Journal*, vol. 46 (2005), pp. 295–345.

31 Wemmers, nota 19 *supra*.

el marco de la justicia nacional. Los fundamentos de esta afirmación se explicarán en mayor detalle más adelante.

La índole específica del daño infligido a las víctimas de crímenes internacionales

En general, las víctimas de crímenes cometidos en el contexto de conflictos armados no internacionales han sufrido un grado de violencia especialmente grave, que afecta no sólo a un individuo en particular sino a miles de miembros de una comunidad o de un grupo étnico, religioso o nacional. Tal hecho tiene varias consecuencias. En primer lugar, la probabilidad de la incidencia de trauma crece proporcionalmente a la escala de la violencia[32]. Las violaciones de los derechos humanos se dirigen a menudo contra comunidades enteras, que son víctima de actos de violencia y de genocidio por razones étnicas, políticas, ideológicas o económicas. Como las víctimas de crímenes cometidos en el ámbito del derecho nacional, las víctimas de crímenes internacionales, en un intento por recuperar el control sobre sus vidas y dar un significado a su experiencia, necesitan entender por qué se las ha agredido y cuáles eran las motivaciones de sus agresores. Por encima de todo, sienten la necesidad de comprender por qué se han cometido esos crímenes contra el grupo social al que pertenecen. Por lo tanto, la búsqueda de la verdad no se limita al individuo y a su identidad personal; también concierne a toda la comunidad.

El daño sufrido por la víctima también repercute en su identidad como miembro de un grupo determinado. Este factor agudiza más aún el riesgo de que la víctima sufra un trauma psicológico[33]. Las víctimas en el contexto de un conflicto internacional resultan afectadas no solamente en su percepción de sí mismas y de los otros y en su concepto de la justicia, sino también en su relación con la comunidad. Además, la agresión contra una población o un grupo social mediante la violencia masiva y las masacres colectivas perpetradas en el marco de un conflicto armado tiene, a menudo, el propósito de desestabilizar y gradualmente causar la desintegración física y de la identidad de la comunidad en cuestión. Esto explica por qué, después de un trauma colectivo causado por un conflicto armado que afecta a una comunidad o a un país entero, las víctimas no sólo deben superar su sufrimiento individual, sino también participar en un proceso de sanación social que involucra a todas las personas que intervinieron en el conflicto. La violencia dirigida contra un grupo social determinado por motivos raciales o étnicos puede diseminar el miedo entre los miembros de la comunidad y generar reacciones de estrés postraumático como la negación, la ira, la tristeza o la angustia[34]. Al parecer, este tipo de trauma no sólo afecta a las víctimas directas de la violencia y a su círculo inmediato, sino que también se transmite de generación en generación. Este fenómeno se ha observado, por ejemplo, en los hijos de los sobrevivientes del

32 Spalek, nota 18 *supra*.

33 Yael Danieli, "Essential elements of healing after massive trauma: complex needs voiced by victims/ survivors", en Dennis Sullivan y Larry Tifft (eds.), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, Londres, 2006, pp. 387–400.

34 Thema Bryant-Davis y Carlota Ocampo, "Racist incident-based trauma", *Counselling Psychologist*, vol. 33 (4), 2005, pp. 479–500.

Holocausto[35], quienes parecen haber absorbido, más o menos inconscientemente, la victimización que marcó a sus padres.

Cabe destacar que los tribunales penales internacionales *ad hoc* sólo mencionan a las víctimas en relación con la protección a la que tienen derecho. Dado que el objetivo principal de los tribunales penales internacionales es enjuiciar a las personas sospechadas de infracciones graves del derecho internacional humanitario, no se asigna a las víctimas un papel activo. En los tribunales *ad hoc,* el fiscal se encarga de determinar la forma de impulsar la causa. Las víctimas no pueden hacer valer sus propios objetivos, que a veces no coinciden con los del fiscal[36]. En los procesos, su papel se limita a deponer en calidad de testigos[37]. Además, no está previsto compensar a las víctimas por los daños sufridos. Esto se ha percibido como una injusticia contra las víctimas y ha suscitado la protesta de muchas ONG[38]. Como escribe Walleyn, "el propio Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) reconoció el problema e intentó compensar a las víctimas permitiendo la intervención, en calidad de *amicus curiae*, de representantes de ciertas asociaciones de víctimas o de expertos cercanos a éstas (...) El 12 de octubre de 2000, el presidente del TPIR dirigió al secretario general de las Naciones Unidas un informe detallado sobre el problema de la compensación para las víctimas y su participación en los procesos, en el cual se abogaba por la creación de un fondo de compensación, con referencia explícita a la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas."[39] (la traducción es nuestra).

Juicios penales internacionales: ninguna reparación para las víctimas

El ritmo de actividad del sistema de justicia penal internacional también es muy importante, dado que el alivio y la recuperación de las víctimas de actos de violencia en gran escala es un proceso complejo y dinámico. Sus necesidades pueden variar en función de las estrategias que apliquen para adaptarse y superar su sufrimiento. Esto también depende de las personas que las rodean y de los tipos de ayuda que reciben[40]. A menudo, la longitud de los procesos en el ámbito nacional perjudica a las víctimas de crímenes: las diferentes etapas preliminares de un

35 Yael Danieli, *International Handbook of Multigenerational Legacies of Trauma*, Plenum Press, New York, 1998.

36 Claude Jorda y Jérôme de Hemptinne, "The status and role of victims", en Antonio Cassese, *The Rome Statute of International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2002, vol. II, pp. 1389 y ss.

37 Carsten Stahn, Hector Olásolo y Kate Gibson, "Participation of victims in the pre-trial proceedings of the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3 (2005); Jorda y de Hemptinne, nota 36 *supra*.

38 V., en particular, los diversos informes sobre la participación de las víctimas, publicados por Human Rights Watch (en particular, el *Memorandum to the International Criminal Court*, marzo de 2004), la Federación Internacional de Derechos Humanos (en particular, *Garantir l'effectivité des droits des victimes*, octubre de 2004), Redress (en particular, "Ensuring the effective participation of victims before the International Criminal Court - Comments and recommendations regarding legal representation for victims", marzo de 2005). Todos estos documentos, así como otros informes, están disponibles en www.vrwg.org/Publications/1.html (consultado en febrero de 2007). V. también G. Ndoba, "Les victimes face à la justice. Rwanda, deux ans après le génocide: quelles juridictions pour quels criminels?", en A. Destexhe, y M. Foret (eds.), *De Nuremberg à La Haye et Arusha*, Bruylant, Bruselas, 1997.

39 Luc Walleyn, "Victimes et témoins de crimes internationaux: du droit à une protection au droit à la parole", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 845 (2002). Puede consultarse, en francés, en www.cicr.org.

40 Spalek, nota 18 *supra*.

juicio a veces se extienden por varios años después de cometido el crimen que las motiva, y su desarrollo en el tiempo no coincide con el de la recuperación personal de la víctima[41]. Esta situación surge también, y con mayor razón, en el caso de las víctimas de crímenes internacionales, dado que los mecanismos judiciales internacionales son muy lentos y dependen de factores económicos y políticos[42]. El final de un conflicto interno marca, por lo general, la reconstrucción de las instituciones políticas y de otra índole, la realización de elecciones libres, la introducción de reformas legislativas, el establecimiento de una estructura judicial y una fuerza policial independientes, la estabilización de la moneda nacional, la reconstrucción de la infraestructura económica, y otras medidas. Por ende, la cronología del proceso judicial no tiene por qué coincidir con las necesidades de las víctimas ni con la movilización y el desarrollo de los recursos de reparación personales y colectivos.

Al mismo tiempo, sabemos que pocos de los acusados condenados por los tribunales *ad hoc* se declararon culpables (por ejemplo, de 22 casos tramitados por el TPIR que terminaron en condenas, se confesó culpable sólo alrededor del 30% de los acusados). En algunos casos, el motivo de la confesión no era el reconocimiento de la culpa sino la esperanza de obtener la reducción de la sentencia[43]. En efecto, los sistemas jurídicos internacionales han considerado que el reconocimiento de la culpa constituía una prueba de honestidad del autor del crimen[44]. Cabe recordar que los jueces han estimado que debe darse "peso e importancia" a la declaración de culpabilidad[45]. Como consecuencia del reducido número de confesiones de culpa, las víctimas suelen enfrentarse con negaciones, lo cual representa un nuevo obstáculo a su recuperación.

Por otra parte, a nivel internacional, las víctimas tienen derecho a la reparación. Si bien no es necesario entrar en detalles acerca de ese proceso, se plantean varias preguntas al respecto:

- ¿Es necesario esperar el final del juicio y la condena del acusado para tomar una decisión acerca de la reparación debida a las víctimas?
- ¿Puede una víctima recibir reparación en cuanto se haya reconocido su estatuto de víctima, mediante un fondo creado con tal propósito? En otras palabras, el reconocimiento del estatuto de víctima en la "fase de situación" del juicio (en la cual se averiguan qué actos se cometieron contra quién) ¿puede constituir un fundamento jurídico suficiente para conceder la reparación?
- Si la reparación sólo procede tras la condena de una persona, ¿qué sucede con las víctimas reconocidas como tales en la "fase de situación", pero respecto de las cuales nadie es condenado en fases posteriores del proceso?

41 Noëlle Languin y Christian-Nils Robert, *Criminalisation et décriminalisation. Victimes: rôles, attentes et déceptions*, Bruselas – Fondation universitaire, ponencia para una conferencia, 20–21 de abril de 2007.

42 David Bloomfield, Teresa Barnes y Luc Huyse, *Reconciliation after a Violent Conflict. A Handbook*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), Estocolmo, 2003.

43 Thierry Cruvellier, *Le tribunal des vaincus, un Nuremberg pour le Rwanda?* París, Calmann-Lévy, 2006.

44 TPIY, *Prosecutor v. Erdemovic*, caso N.º IT-96-22, Sentencia de la Sala de Apelaciones, 7 de octubre de 1997, Opinión Separada Disidente del Magistrado Cassese.

45 TPIR, *Prosecutor v. Ruggiu*, caso IT-97-10, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, 1º de junio de 2000, párr. 55.

- ¿Es justo que ciertas víctimas que logran presentar sus casos ante un tribunal reciban reparaciones, mientras que miles de otras víctimas no reciben nada?
- ¿Qué sucede con las víctimas que "llegan tarde", esto es, después de que ha sido condenado el perpetrador de los crímenes que han sufrido?
- ¿Qué forma toma la reparación? Si es económica, ¿habrá recursos suficientes para compensar a todas las víctimas?

En este sentido, es importante señalar, junto con Wemmers, que el formulario de solicitud de reparaciones que deben llenar las víctimas parece darles margen para que expresen diferentes reclamaciones. Hay pocas probabilidades de que esas reclamaciones se satisfagan, dadas las posibilidades de que dispone la Corte Penal Internacional, sobre todo desde el punto de vista económico[46]. Esta situación podría dar lugar a una segunda victimización.

Factores socioculturales colectivos

Cabe considerar ahora los efectos de la situación sociopolítica en el trato que el sistema de justicia penal internacional da a las víctimas. En el período inmediatamente posterior a un conflicto entre varios subgrupos de una población o país determinados, la paz social y la reconciliación nacional exigen no sólo sanar las heridas de los individuos sino las de la sociedad entera. La recuperación de los individuos requiere el restablecimiento del tejido sociopolítico. Por lo tanto, la sociedad en su conjunto, incluidas sus instituciones, debe reconocer los acontecimientos del pasado y asumir la responsabilidad de cualesquiera actos u omisiones cometidos contra la población civil. La recuperación social presupone aceptar los acontecimientos y hacer un esfuerzo por crear una memoria colectiva, es decir, lograr el reconocimiento oficial de una verdad.

El establecimiento de un mecanismo para la administración de la justicia penal internacional también presupone la aplicación de un enfoque cultural apropiado, que tome en cuenta las costumbres y las sensibilidades locales en materia de justicia y victimización. El ejemplo de los tribunales *gacaca* en Ruanda ha demostrado a las claras la necesidad de utilizar entidades adaptadas al contexto específico del conflicto y de las comunidades afectadas. Los tribunales *gacaca* se basan en un método tradicional de resolución de disputas en el cual los ancianos respetados de la comunidad pronuncian sentencias sobre disputas relacionadas con propiedades privadas, herencias, agresiones físicas o relaciones conyugales. La sentencia impuesta por estos tribunales no está destinada únicamente a la persona que cometió el acto, sino también a los miembros de su familia y su clan; por lo general, el culpable ofrece cerveza a la comunidad como símbolo de reconciliación[47]. Este método permite administrar justicia de manera expeditiva, requiere pocos recursos económicos y humanos, no es demasiado severo con las personas halladas culpables, es aceptado y comprendido por todos, y cuenta con un alto nivel de participación del

46 Wemmers, nota 19 *supra*.

47 Alice Karekesi, "Juridictions gacaca: lutte contre l'impunité et promotion de la réconciliation nationale", *Cahiers du Centre de Gestion des Conflits*, vol. 3 (2001), pp. 9–96.

público. Sin embargo, estos tribunales fueron modernizados con miras a juzgar a las personas acusadas de genocidio; a tal efecto, en 2001 se adoptó una ley, que fue objeto de modificaciones en 2004. La versión modernizada de los tribunales está muy alejada de los *gacacas* tradicionales, porque su naturaleza formal da lugar a penas de prisión y los tribunales están formados por jueces elegidos por funcionarios locales. Además, no hay que olvidar que el propio concepto de "víctima" es un concepto cultural. En las sociedades de África y Asia, por ejemplo, el término "víctima" se entiende en un sentido más amplio y abarca la familia inmediata y la comunidad de la persona. Por lo tanto, si se desea que el sistema proporcione un remedio que realmente satisfaga las expectativas de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, cuando se presentan casos al sistema internacional de justicia penal en esos contextos es preciso tener en cuenta también a las víctimas indirectas.

Estas víctimas se enfrentan con un nuevo acontecimiento desestabilizador, ya que se sabe que una persona reconocida como víctima en las etapas iniciales del proceso puede, según las acusaciones que figuren en el acta de acusación definitiva, perder ese estatuto a medida que avanza el juicio[48]. ¿Cómo esperar que estas víc-

48 La primera fase es la "fase de situación". Dirigida principalmente por el fiscal, esta fase consiste en investigar los actos cometidos en el contexto de una situación determinada. Actualmente, esta fase se desarrolla en la República Democrática del Congo, en Uganda, en Darfur (Sudán) y en la República Centroafricana. Las víctimas pueden participar en esta etapa del proceso en virtud de una decisión de la Primera Sala de Cuestiones Preliminares adoptada el 17 de enero de 2006 (Decisión de la CPI sobre solicitudes de participación en los procedimientos VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 y VPRS 6 [versión pública expurgada], ICC-01 /04-101, 17 de enero de 2006, en adelante denominada la "Decisión del 17 de enero de 2006"), confirmada el 10 de agosto de 2006 por una decisión de la Segunda Sala de Cuestiones Preliminares (CPI - versión pública expurgada de la Decisión sobre las solicitudes de participación de las víctimas a/0010/06, a/0064/06 a a/0070/06, a/0081/06 a a/0104/06 y a/0111/06 a a/0127/06, ICC-02-04-101, 7 de agosto de 2007). En esta etapa, son reconocidas como "víctimas de una situación", y pueden por ello opinar acerca de la labor del fiscal, se las puede consultar con respecto a numerosos procedimientos específicos y se las mantiene informadas del progreso de los procedimientos penales. Tienen derecho a solicitar determinadas medidas, acceder a documentación confidencial y participar, bajo la supervisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, en todas las cuestiones procesales relacionadas con la causa. Consecuentemente, es posible la intervención de numerosas víctimas, ya que una "situación" afecta, por lo general, a un Estado entero o, por lo menos, a una zona muy amplia. La única restricción al reconocimiento del estatuto de víctima de una persona es que debe reunir las condiciones incluidas en la definición contenida en el Estatuto. Como se verá, esas condiciones son relativamente amplias. La segunda fase se inicia tras la emisión de una orden de detención o de comparecencia (Decisión del 17 de enero de 2006, párr. 65). Ésta es la fase dedicada al caso en sí, contrariamente a la "fase de situación", la cual concierne a una persona específica en la que se centrará la investigación. El reconocimiento del estatuto de víctima en la "fase de situación" trae consigo, en forma automática, la verificación de ese estatuto en la fase siguiente. Sin embargo, no todas las víctimas de una "situación" son, forzosamente, víctimas de un "caso". Por ello, ha sido posible reconocer que un individuo sufrió daños en la República Democrática del Congo y, por ende, incluirlo como víctima de la "situación" sin ser una víctima de los crímenes presuntamente cometidos por la persona aprehendida o nombrada en la orden de detención. Así sucedió con las personas reconocidas como víctimas en la Decisión del 17 de enero de 2006, quienes, sin embargo, no eran víctimas de los crímenes presuntamente cometidos por Thomas Lubanga Dyilo, el único acusado actualmente procesado por el CPI en el contexto de esa "situación" (CPI, *Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1 to VPRS 6 in the Case Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-172, 29 de junio de 2006). Este hecho, por sí solo, trae consigo el riesgo de una gran frustración entre las personas a quienes inicialmente se les atribuye el estatuto de víctima en la etapa de "situación", y que después, de un día para el otro, se encuentran impedidas de participar en el proceso. ¿Cuál puede ser su reacción si, además, los crímenes de que fueron víctimas no son enjuiciados por falta de pruebas, falta de acusados o, simplemente, falta de tiempo?

timas acepten que la justicia internacional las abandone de este modo? Este abandono puede asimilarse a una segunda "victimización" y representa el fracaso del sistema de justicia en su intento, no importa cuán ilusorio, de ayudar a las víctimas por medio de los juicios penales.

La justicia internacional afronta otro problema más: es, como dice Hazan[49], la justicia, pero divorciada de las realidades locales. Obviamente, la justicia debe estar arraigada en una sociedad y en una cultura. Los tribunales penales internacionales no parecen satisfacer esta exigencia. Este aspecto trae consigo varios problemas relacionados con la protección de las víctimas. En el caso de los tribunales *ad hoc,* no fue posible proteger adecuadamente a algunos testigos y "testigos-víctimas"; algunos fueron amenazados e incluso asesinados[50]. Por ende, las víctimas que participan en procesos penales corren mayores riesgos en el ámbito de la justicia penal internacional que en el marco de la legislación nacional.

Conclusión: ¿se necesitan diferentes tipos de justicia?

Según Villa-Vilencio[51], la reconstrucción social necesaria para realizar la transición de una situación de conflicto interno a un marco sociopolítico estable y duradero suele requerir distintos tipos de justicia, incluso la basada en la sanción, pero también mecanismos que tienden a resolver el conflicto mediante la reparación. La democracia y la paz duraderas en una sociedad que emerge de un conflicto exigen también la reconciliación entre las víctimas, los perpetradores y toda la comunidad, mediante la justicia reparadora[52]. Restablecer el proceso judicial es esencial para que las víctimas, los perpetradores y la comunidad en general renueven las bases de la sociedad en la que viven.

De todos modos, el logro de una paz viable y duradera y la restauración del imperio de la ley en una sociedad no son posibles sin un grado razonable de cooperación entre las víctimas, los perpetradores y el resto de la comunidad. El logro de este objetivo exige el restablecimiento de los vínculos sociales. Los objetivos de la sanción y la reparación deben fijarse en el contexto de la justicia de transición. Es preciso condenar los daños y los crímenes del pasado para reafirmar la moralidad y la dignidad humana, y mitigar los sentimientos causados por la victimización[53]. Ello exige no solamente una perspectiva de castigo a fin de satisfacer la necesidad de justicia retributiva, sino también el ejercicio de la justicia reparadora que permita reconocer el daño hecho a la víctima y la responsabilidad que se imputa al perpetrador. Es necesario, además, mejorar la suerte de las víctimas mediante diversas medidas como el resarcimiento, la indemnización y la asistencia. El derecho de la víctima a estas medidas se establece claramente en la Declaración de las Naciones

49 Pierre Hazan, *La justice face à la guerre, De Nuremberg à La Haye*, Stock, París, 2007.

50 Laetitia Bonnet, "La protection des témoins par le TPIY", *Droits fondamentaux*, N.º 5 (2005); Cruvellier, nota 43 *supra*.

51 Charles Villa-Vilencio, "Transitional justice and prosecution", en Sullivan and Tifft, nota 33 *supra*, pp. 343–54.

52 Howard Zehr, *Changing Lenses*, Herald Press, Scottdale, PA, 1995.

53 Jeffrie G. Murph y Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 1985. Pero, la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 2005, de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[54], abrió la puerta a la introducción de respuestas más reparadoras que las que normalmente ofrecen los mecanismos jurídicos tradicionales: la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

Además de estos tipos tradicionales de reparación, según los Principios también se recomiendan medidas más centradas en el restablecimiento de los vínculos sociales, como la "satisfacción" (que comprende la búsqueda de la verdad, el fin de la violencia, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de todos los hechos, así como el establecimiento de días y lugares dedicados a conmemorar a las víctimas) y garantías de no repetición (por ejemplo, el ejercicio de un control efectivo sobre las fuerzas armadas y de seguridad; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la reforma de las leyes que contribuyeron a las infracciones en el pasado, y la educación de todos los sectores de la sociedad -en particular de los miembros de las fuerzas armadas, policiales y de seguridad- acerca de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario).

El enjuiciamiento penal de los perpetradores de crímenes internacionales graves se considera, en creciente medida, una obligación en virtud del derecho internacional[55]. Sin embargo, aunque la justicia basada en el castigo de los tribunales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional existe con el fin de ayudar al funcionamiento de la justicia de transición después de los conflictos, los procesos penales no siempre están exentos de riesgos[56] y no siempre son políticamente viables en situaciones extremadamente inestables. Pueden poner en peligro e incluso desestabilizar un proceso de paz frágil, crear tensiones en la sociedad y fragmentarla en lugar de unirla, e incluso poner en riesgo el propio aparato gubernamental a través de la purga de sus funcionarios administrativos y ejecutivos. Tales situaciones obstaculizan la labor del aparato jurídico y afectan sus recursos humanos y económicos. Una sociedad en proceso de reconstrucción tras un conflicto interno debe, a menudo, tomar decisiones cruciales relacionadas con la prioridad de ciertas reformas y con la introducción de mejoras fundamentales para su funcionamiento básico. Con frecuencia, no sólo debe ocuparse de la reconstrucción material de la infraestructura sino también de la reconstrucción de diversas entidades privadas y públicas que puedan contribuir a la estabilidad socioeconómica y política, indispensable para alcanzar una paz duradera. Así sucedió, por ejemplo, en Sudáfrica, país que, por motivos políticos y por la falta de recursos del sistema jurídico, sencillamente no podía encarar procesos judiciales prolongados[57]. Se estableció una Comisión de la Verdad y de la Reconciliación que ayudase a determinar la verdad acerca de las vio-

54 Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

55 Diane Orentlicher, "Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime", *Yale Law Journal*, vol. 100 (1991), pp. 2537–615.

56 Bloomfield et al., nota 42 *supra*.

57 D. Tutu, *No Future without Forgiveness*, Rider, Londres, 1999.

laciones de los derechos humanos durante la época del *apartheid*, poner en marcha un proceso de reconciliación y alcanzar la auténtica unidad nacional[58].

Cabe señalar que muchos aspectos de la Comisión de la Verdad y de la Reconciliación sudafricana están en consonancia con los principios de la justicia reparadora. Así lo ilustra claramente el hecho de que la Comisión puso de relieve el reconocimiento público de las pasadas infracciones, como pilar fundamental de la búsqueda de la verdad. Este reconocimiento se percibió como una forma de restablecer la dignidad de las víctimas[59]. La Comisión también recomendó medidas de reparación material en la forma de programas de rehabilitación de las víctimas, así como medidas simbólicas, como el establecimiento del día nacional de la memoria, monumentos conmemorativos de las víctimas y museos sobre el tema de la violencia del pasado. Esas medidas son muy compatibles con los principios de la justicia reparadora, ya que subrayan la reconciliación entre víctimas y perpetradores, las diversas comunidades interesadas y toda la sociedad. Sin embargo, varios autores han expresado reservas acerca de la legislación conmemorativa, los homenajes y los monumentos[60].

Hay muchas definiciones de la justicia reparadora pero, pese a la falta de consenso, este concepto parece ser objeto de creciente aceptación a nivel internacional como "un proceso por el cual todas las partes concernidas por un delito en particular se reúnen para resolver, en forma colectiva, la forma de encarar la situación posterior al delito y sus consecuencias para el futuro"[61]. Siguiendo la misma línea, Parmentier[62] explica que las comisiones de la verdad y de la reconciliación pueden compararse con la justicia reparadora por varias razones. Consideran que el crimen es, sobre todo, una violación de los derechos humanos y se proponen sanar y rehabilitar a las personas afectadas por el crimen. Incentivan la participación de todos los interesados en la resolución de los conflictos, subrayan las responsabilidades de los que cometieron los crímenes y, al hacerlo, no sólo favorecen la expresión de la experiencia personal de las víctimas y el reconocimiento de su victimización, sino que también ayudan a restablecer la dignidad respecto de los perpetradores. Permiten comprender mejor por qué los perpetradores actuaron como lo hicieron, así como, ante todo, la índole de las estructuras sociopolíticas que permitieron la comisión de esos actos. Estas prácticas pueden conducir a la reconstrucción de la memoria colectiva de un país y al entendimiento entre todas las partes involucradas, así como a recomendaciones sobre la forma de mejorar el funcionamiento de toda la sociedad, con miras a prevenir la repetición de las violaciones graves de los derechos humanos y de situaciones de violencia generalizada.

58 R. Lyster, "Why a truth and reconciliation commission?", *Current Issues in Criminal Justice*, 12 (1), 2000, pp. 114–22.

59 Ibíd.

60 N. Loraux, *La cité divisée, l'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Payot & Rivages, París, 1997; P. Ricoeur, *La mémoire, l'histoire et l'oubli*, Ed. du Seuil, París, 2003.

61 T. Marshall, "The Evolution of Restorative Justice in Britain", *European Journal of Criminal Policy and Research*, 4 (4), pp. 21–43, 1996.

62 S. Parmentier, "La Commission "vérité et réconciliation" en Afrique du Sud: possibilités et limites de "justice restaurative" après conflits politiques majeurs", en D. Salas (ed.), *Victimes de guerre en quête de justice*, Collection Sciences criminelles, L'Harmattan, París, pp. 55–88, 2004.

Ciertos aspectos de las comisiones de la verdad y de la reconciliación difieren notablemente de las prácticas de la justicia reparadora. El objetivo principal de la Comisión sudafricana era facilitar la comunicación entre las partes, más que realmente mediar entre ellas. Podría añadirse que el objetivo final no era garantizar que las partes se pusieran de acuerdo sobre los detalles de las reparaciones adecuadas para compensar a las víctimas, como sucedería en una mediación tradicional. El propósito de la Comisión sudafricana era, más bien, determinar las reparaciones morales, tales como el desarrollo de la memoria colectiva y la formulación de recomendaciones para el futuro.

Las múltiples facetas de la justicia reparadora tienen por objeto facilitar el diálogo y la reconciliación entre las víctimas, los perpetradores y la comunidad[63]. La justicia reparadora ofrece a los perpetradores la oportunidad de aceptar la responsabilidad de sus actos y la posibilidad de reparar el daño cometido, lo que permite, a su vez, fortalecer los lazos sociales entre las víctimas y los perpetradores y construir comunidades más estables y pacíficas. Estos principios responden adecuadamente a las necesidades de una sociedad que atraviesa una transición política y que se reconstruye tras un conflicto interno[64]. Algunos autores[65] consideran que la justicia reparadora puede desempeñar un papel importante en la resolución judicial de las consecuencias de un conflicto armado, como el procesamiento penal de los crímenes cometidos en Ruanda y Yugoslavia, por los tribunales *ad hoc*, así como por la Corte Penal Internacional. Los programas comunitarios de justicia reparadora establecidos en Irlanda del Norte han formado parte importante del proceso del mantenimiento de la paz en dicho país[66]. Al parecer, estos métodos han ayudado a reducir la violencia y a cambiar las actitudes hacia ella, a la vez que han alentado el uso de los mecanismos de resolución de disputas de nivel comunitario. El desarrollo de estos métodos para resolver otras disputas internas, como en Sudáfrica[67], demuestra que es fundamental hacer que la comunidad participe en la aplicación de este tipo de justicia y garantizar que los modelos de resolución de conflictos reflejen las necesidades y las normas culturales propias de la comunidad interesada. Pese a las numerosas ventajas que ofrecen los mecanismos de resolución de conflictos y reconciliación tales como las comisiones de la verdad y de la reconciliación y otras prácticas de "justicia reparadora", la comunidad internacional sigue prefiriendo, en general, abordar las situaciones posteriores a conflictos internos en el marco del derecho penal. Los argumentos en favor de este enfoque son muchos[68]. Se aduce que el enjuiciamiento en el marco de la justicia penal previene las venganzas privadas, las ejecuciones sumarias y las perturbaciones sociales resultantes. También previe-

63 J. Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

64 R. G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000.

65 P. Roberts, "Restoration and retribution in international criminal justice: an exploratory analysis", en A. Von Hirsch, J. Roberts, A. E. Bottoms, K. Roach y M. Schiff (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconciliable Paradigms?* Hart Publishing, Oxford, 2003.

66 K. McEvoy y A. Eriksson, "Restorative justice in transition – ownership, leadership and "bottom-up" human rights", en Sullivan and Tifft, nota 33 *supra*, pp. 321–35.

67 Roche, D., "Restorative justice and the regulatory state in South African townships", *British Journal of Criminology*, 42, (2002), pp. 514–33.

68 Bloomfield et al., nota 42 *supra*.

ne el regreso al poder de quienes fueron directa o indirectamente responsables de instigar el conflicto. Algunos consideran que únicamente los procesos judiciales ofrecen un claro reconocimiento del valor y la dignidad de las víctimas de crímenes cometidos en el pasado, y que la sociedad que se recupera de un conflicto interno tiene la obligación moral de enjuiciar y sancionar a quienes perpetraron actos violentos. Otros sienten que se necesitan los procedimientos judiciales para establecer la responsabilidad individual y evitar la percepción de que una comunidad entera ("los serbios", "los musulmanes", "los hutus", "los tutsis") es responsable de los actos cometidos. Como explica Semelin acerca de la memoria de la victimización[69], en estas situaciones es importante evitar estigmatizar a un grupo social particular, ya que ello acarrea el riesgo de provocar violencias aún mayores y reactivar el conflicto. Sin embargo, es preciso señalar que es más fácil designar chivos expiatorios[70] y procesar a un número limitado de personas, que tomar en cuenta la situación geopolítica global en una región determinada. Algunos sienten que el hecho de encarar la situación posterior a un conflicto a través del sistema de la justicia penal internacional sirve para fortalecer la legitimidad y el proceso de democratización en un país o zona del mundo, porque fortalece la confianza de la población en la capacidad de Gobierno democrático del nuevo régimen. En la actualidad, los procesos penales forman parte del escenario internacional; pero, como se ha visto, no dan a las víctimas lo que éstas necesitan. Para ayudar a las víctimas, es necesario aplicar un enfoque reparador orientado a reconstruir la vida de las víctimas y reestructurar su sociedad. Las formas de la justicia reparadora descritas en los párrafos anteriores son ejemplos de este enfoque.

Por último, no se debe olvidar que, a menudo, el enjuiciamiento penal se considera la mejor manera de contrarrestar la impunidad. Pero, aunque esta idea se encuentre muy difundida, no es del todo verdadera, dado que sólo se hace comparecer ante los tribunales penales internacionales a un ínfimo porcentaje de los criminales. Este aspecto constituye uno de los fundamentos de la instauración creación de los tribunales penales internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda y de la propia Corte Penal Internacional.

69 Jacques Sémelin, *Purifier et détruire: usages politiques des massacres et génocides*, Ed. du Seuil, París, 2005.

70 Christian-Nils Robert, *L'impératif sacrificiel: justice pénale: au-delà de l'innocence et de la culpabilité*, Ed. d'en bas, Lausanne, 1986.

Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Derechos humanos

Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

EDITORIAL

Sin lugar a dudas, el derecho internacional humanitario está estrechamente vinculado al derecho internacional de los derechos humanos. Inicialmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 debía aplicarse en tiempo de paz, y tuvo escasa influencia en la redacción de los Convenios de Ginebra, adoptados un año más tarde; sin embargo, el artículo 75 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra adoptado en 1977, introdujo en el "derecho de la guerra", como se solía denominar entonces y a veces también hoy, no sólo garantías fundamentales, sino también normas de procedimiento dimanantes de los tratados de derechos humanos. Pese a las diferencias en sus orígenes y en su evolución, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos "han convergido, se están fusionando con relativa rapidez...; en varios casos concretos, el régimen de los derechos humanos define la orientación y los objetivos generales de la revisión del derecho de la guerra", como afirmaba el eminente historiador militar y tratadista Gerald I. A. D. Draper.

Hoy, nadie pone en tela de juicio el hecho de que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se aplican en caso de conflicto armado y que estos dos ordenamientos jurídicos son complementarios y se influencian mutuamente. Los diferentes órganos de las Naciones Unidas, así como la jurisprudencia y la doctrina nacionales e internacionales, reconocen el principio según el cual "los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflicto armado".

***

En este número de la *Revista*, se examina la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado, a la luz del criterio recientemente establecido por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. La Corte señala que

> "... 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."

Si bien el derecho internacional humanitario sigue siendo el derecho especial aplicable en los conflictos armados, a veces es necesario interpretar normas o reglas divergentes a fin de determinar si, en un caso determinado, se aplica el derecho humanitario o el derecho de los derechos humanos. En este debate de fondo, algunas de las principales cuestiones son aquellas que se vinculan con la detención en los conflictos armados no internacionales y con la aplicación de la ley en las situaciones de ocupación.

***

Estos aspectos esenciales de la relación entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos son eclipsados por la cuestión, más política aún, de si los mecanismos de aplicación de los derechos humanos han de aplicarse también en las situaciones de conflicto armado. Se considera a veces que los mecanismos previstos en el derecho humanitario son menos rigurosos, que se aplican únicamente en casos excepcionales (sobre todo en relación con el procesamiento penal) y que su desarrollo en las situaciones de conflicto armado no internacional es solo rudimentario. En contraste, los mecanismos del derecho de los derechos humanos permiten esperar un examen más abierto —a menudo por la vía judicial— de las violaciones graves de los derechos humanos en los conflictos armados. En particular, los procedimientos judiciales relacionados con situaciones de conflicto armado han evolucionado considerablemente en los últimos años, poniendo de relieve cuestiones fundamentales del ámbito de los derechos humanos, como la prohibición de la tortura, de la detención arbitraria o de la expulsión forzada ("no devolución") en los conflictos armados, y en la denominada "guerra contra el terrorismo". Esta evolución ha ayudado a que las violaciones de los derechos humanos sean llevadas ante los tribunales como cuestiones de derecho y no de política, reafirmando así el imperio de la ley en los contextos de la guerra y del terrorismo, dos ámbitos particularmente delicados que constituyen una prueba de fuego para el derecho y sus mecanismos.

***

Casi todos los Estados occidentales son partes en algún convenio regional de derechos humanos. En los últimos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, ha pronunciado varias sentencias que tienen repercusiones en la lectura jurídica de las situaciones de conflicto armado y del derecho aplicable a ellas. En especial, el Tribunal se ha declarado competente para juzgar causas incoadas por civiles chechenos contra Rusia por violaciones de los derechos humanos durante la segunda guerra de Chechenia y, hasta hoy, ha pronunciado 31 sentencias. En contraste con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo ha

aplicado exclusivamente las normas del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos en situaciones que eran claramente de conflicto armado. Se ha abstenido incluso de nombrar el derecho humanitario, probablemente para evitar posibles problemas de competencia material. Aun así, el Tribunal Europeo no ha evitado referirse a nociones que dimanan directamente del derecho humanitario, como la noción de distinción entre combatientes y civiles.

Esta cuestión tiene aún más importancia, si se tiene en cuenta que los tratados de derechos humanos pueden aplicarse no sólo dentro de las fronteras nacionales de un Estado parte, sino también a los actos que él cometa en otros países, incluso en situaciones de conflicto armado. La Corte Internacional de Justicia ha refrendado el principio de aplicación extraterritorial de los derechos humanos, subrayando que es inadmisible que los Estados cometan en otro país actos que están prohibidos en su territorio. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular por lo que atañe al concepto del "control efectivo" y a la cuestión de saber si su aplicación se limita a la detención de personas, muestra la incertidumbre que reina en esta "zona gris". Las diferentes competencias y jurisprudencias de los órganos creados por los tratados pueden afectar en forma directa la conducción de las hostilidades y la distribución de funciones entre las partes aliadas en un conflicto, sobre todo porque los actos de algunos beligerantes no están sujetos al control de los organismos encargados de los derechos humanos.

Otra cuestión que ha cobrado mayor importancia en los últimos años es el principio de "no devolución", ya mencionado, según el cual está prohibida la transferencia de personas de un Estado a otro si corren riesgo de sufrir violaciones de sus derechos humanos fundamentales. Este principio se encuentra enunciado en el derecho de los refugiados y en los tratados de extradición, así como en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional de los derechos humanos, y es una muestra de la complementariedad de estas dos ramas del derecho. La transferencia de personas durante las operaciones multinacionales realizadas en conflictos armados es un fenómeno cada vez más frecuente. En esas operaciones tan complejas, pueden producirse transferencias entre países que aportan tropas o fuerzas policiales, las Naciones Unidas, las organizaciones regionales y el Estado donde tienen lugar las operaciones. La idea básica es que no se debe transferir a una persona si hay motivos sustanciales para creer que corre el riesgo de ser víctima de persecución, tortura, trato cruel, inhumano o degradante, o privación ilícita de la libertad. En las operaciones militares que actualmente se despliegan en Afganistán, Irak, Sudán o Chad, la dificultad reside en encontrar soluciones prácticas para conciliar el objeto y la finalidad de esas operaciones y sus limitaciones intrínsecas. Las fuerzas internacionales carecen de capacidad para detener a personas, no se inclinan a hacerlo, y tienen dificultades para hacer cumplir todas las normas relativas a los derechos humanos fundamentales en un país extranjero afectado por la guerra, pero desde el punto de vista jurídico, se les puede impedir entregar a los detenidos al país que las acoge. En todo caso, las obligaciones jurídicas que deben cumplirse en esas situaciones no deberían tener el efecto pernicioso de incitar a no tomar prisioneros.

La creación del Consejo de Derechos Humanos en las Naciones Unidas, hace dos años, alimentó la esperanza de que los debates multilaterales sobre los derechos humanos serían más eficientes y menos politizados. El año 2008 toca a su fin y el Consejo prácticamente ha terminado de organizar sus instituciones. Ahora, el mecanismo del Examen Periódico Universal favorece un enfoque más imparcial y cooperativo. Sin embargo, el Consejo sigue tropezando con importantes obstáculos cuando dirige su atención a cuestiones y situaciones urgentes en el plano de los derechos humanos. Además, la universalidad de los derechos humanos se cuestiona cada vez más en el propio seno del Consejo, porque muchos países señalan la necesidad de tener en cuenta las idiosincrasias culturales y religiosas en la interpretación de los derechos humanos. En particular, las sesiones extraordinarias del Consejo de Derechos Humanos han demostrado que, al igual que la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las profundas divisiones políticas que siguen afectando a este órgano son tan profundas que incluso Estados Unidos ha abandonado su condición de observador en el Consejo.

Las posiciones de los Estados también difieren con respecto a la medida en que el Consejo y, sobre todo, los mecanismos que rigen los procedimientos especiales, deben tener en cuenta el derecho internacional humanitario. Algunos Estados temen que la forma selectiva de abordar ciertas situaciones de conflicto armado, particularmente en Oriente Próximo, acentúen la politización del Consejo, mientras que otros, conociendo la posición de fuerza que ocupan en este foro, promueven el debate sobre la aplicación del derecho internacional humanitario. Sea como fuere, el Consejo no debería asumir la función de los diversos organismos creados en virtud de los instrumentos de derechos humanos, que garantizan cierta medida de imparcialidad en ese debate tan a menudo politizado.

***

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tiene el cometido de asumir las tareas que le encomiendan los Convenios de Ginebra y trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario. No ha recibido un cometido similar en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, aunque su derecho de iniciativa humanitaria, de alcance más amplio, así como su reconocido papel en las situaciones de violencia interna, lo hayan inducido a intervenir en muchas situaciones que no alcanzan el umbral de un conflicto armado. Al igual que las fuerzas armadas, el CICR se siente más cómodo, sin duda alguna, con el derecho internacional humanitario porque éste ha evolucionado paralelamente a la Institución y a sus actividades operacionales.

En la práctica, en vez de referirse en forma explícita al derecho internacional de los derechos humanos, el CICR ha recurrido con frecuencia a expresiones generales como "las normas internacionalmente reconocidas" o "los principios humanitarios". El CICR teme la politización que podría causar la referencia directa al derecho de los derechos humanos. Así ha sucedido y sigue sucediendo en los foros

multilaterales, estrechamente vinculados con el inevitablemente politizado sistema de las Naciones Unidas. Del mismo modo, si el CICR interviene en favor de los derechos humanos, corre el riesgo de que se lo asocie o asimile con las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, cuyos métodos de trabajo difieren del suyo, en particular el de la denuncia pública. Esos métodos contrastan con el que privilegia el CICR: las gestiones bilaterales confidenciales. Otra preocupación es que el derecho de los derechos humanos confiere a las personas derechos que los Estados deben respetar, en tanto que el derecho humanitario rige las relaciones entre los Estados y las otras partes en un conflicto armado.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta el peso cada vez mayor del derecho de los derechos humanos —a causa de su carácter complementario, de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, y de la aplicación extraterritorial— pues aporta una nueva dimensión a las obligaciones jurídicas de las partes en conflictos armados y a los derechos de las víctimas de los conflictos. Las normas fundamentales del derecho de los derechos humanos, en especial las que protegen a las personas en situaciones de violencia (por ejemplo, las disposiciones sobre el derecho a la vida y a la integridad física y psicológica y a la dignidad, sobre el uso de la fuerza para garantizar el respeto de la ley, sobre las personas dadas por desaparecidas, etc.), son comparables a las normas del derecho internacional humanitario, tienen orígenes similares y se aplican, en gran medida, a muchas de las actuales actividades del CICR. Por lo demás, en situaciones que no llegan a ser conflictos armados, en las que las fuerzas policiales, a veces respaldadas o reemplazadas por las fuerzas armadas, intervienen para mantener o restablecer el orden, sólo se aplican el derecho nacional y el derecho de los derechos humanos, que contienen los puntos de referencia y las normas comunes que se necesitan para intervenir ante las autoridades. En este caso, el CICR puede hacer referencia explícita a las normas enunciadas en los tratados relativos a los derechos humanos o a normas del derecho indicativo (*soft law*) para mejorar la protección de las personas en el contexto específico de sus actividades, a la vez que reafirma su identidad, que es indisociable del derecho internacional humanitario.

Toni Pfanner
Redactor jefe

Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Entrevista a Luis Alfonso de Alba*

El embajador Luis Alfonso de Alba fue el primer presidente del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mandato que ejerció desde el 19 de junio de 2006 hasta el 18 de junio de 2007. Durante ese período, la Asamblea General encomendó al Consejo la tarea de diseñar las nuevas instituciones del sistema internacional de derechos humanos, a la vez que cumplía su cometido de proteger y promover los derechos humanos. El embajador De Alba ingresó en el servicio exterior de México en 1981 y, desde 2004, es representante permanente de México ante las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en Ginebra. A lo largo de su carrera, ha participado en numerosas reuniones multilaterales, tanto internacionales como zonales, y ocupó importantes cargos, como el de presidente del Consejo de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) en sus 88º y 89º períodos de sesiones (noviembre de 2004 a noviembre de 2005) y de la Comisión de Desarme y Seguridad Internacional (Primer Comité) de la Asamblea General durante su 59º período de sesiones (2004).

***

* Realizó la entrevista Tony Pfanner, redactor jefe de la *International Review of the Red Cross*, el 24 de julio de 2008.

La antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue acusada de estar politizada y de ser ineficaz. ¿Ha supuesto, en su opinión, un progreso la creación de su órgano sucesor, el Consejo de Derechos Humanos?

La Comisión de Derechos Humanos aportó una serie de importantes contribuciones a la promoción de los derechos humanos, no sólo por lo que atañe al establecimiento de instrumentos y mecanismos, sino también a la divulgación de la idea de que los derechos humanos son algo importante, cuya protección incumbe a todos. El legado de la Comisión no se debe subestimar, malinterpretar ni olvidar. Sin embargo, es cierto que una creciente politización trabó, durante los últimos cinco o diez años, el funcionamiento de la Comisión.

La Comisión estaba politizada en el sentido de que la causa de los derechos humanos se utilizaba más como instrumento político que como medio para cambiar la situación de las víctimas. Los Estados estaban mucho más interesados en condenar o evitar ser condenados por razones políticas que en detectar los ámbitos en que era necesario introducir mejoras. La Comisión también estaba politizada en cuanto a sus criterios de selección. Algunos países eran sometidos a exámenes y procedimientos especiales y se les imponían relatores especiales o expertos, mientras que otros países, con iguales o peores niveles de violaciones de los derechos humanos, nunca fueron sometidos a examen. Al final, lo único que había eran países occidentales poniendo en la picota a países en desarrollo.

¿Es el Examen Periódico Universal la respuesta del Consejo a la falta de imparcialidad?

Sí y no. Hay dos cuestiones distintas. Tenemos que ocuparnos de todos los derechos humanos en todas partes y en todas las circunstancias. Es indispensable un enfoque equilibrado de todos los temas y mecanismos, e igual trato. Para evitar la selectividad, partimos de la base de que no hay ningún país perfecto, que todos han de hacer algo para mejorar la situación de los derechos humanos. El Examen Periódico Universal (EPU) responde a este criterio, puesto que, por su intermedio, se evalúa el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos. Es una tarea muy vasta, que exige mucho tiempo. El primer examen de los 192 Estados durará por lo menos cuatro años, o sea que se terminará en 2011.

Pero eso no significa que se prescriban los mismos remedios a países con problemas diferentes. Es posible tratar a los Estados de manera equitativa, pero no se aplica el mismo instrumento a una crisis que a una situación de infracciones graves. Si se produce una crisis o una emergencia, no se puede esperar al proceso de Examen Universal para afrontarla. Ahora tenemos la posibilidad de abordar las situaciones de crisis en cualquier período de sesiones del Consejo, e incluso mediante reuniones extraordinarias, que se han desarrollado de manera distinta a las de la Comisión. La Comisión sólo celebró cinco períodos extraordinarios de sesiones en 60 años. El Consejo, en cambio, ya ha celebrado siete períodos extraordinarios de sesiones en dos años.

Cuatro de los siete períodos extraordinarios de sesiones del nuevo Consejo se relacionaban con Oriente Próximo e Israel.

Diría que tres se dedicaron al mismo contexto, no más. Tres períodos de sesiones se ocuparon de la situación en Palestina, y el cuarto fue una reunión complementaria de las anteriores. Un período extraordinario de sesiones fue muy diferente, porque se abordó la invasión de Líbano. Pero, en total, hubo cuatro períodos de sesiones dedicados a Oriente Próximo. Celebramos otro sobre Darfur, otro sobre Myanmar y, por último, hubo una reunión temática relacionada con la crisis alimentaria mundial.

Ahora es mucho más fácil convocar un período extraordinario de sesiones, porque el número de Estados miembros necesario para hacerlo se ha reducido a una tercera parte de los miembros del Consejo. Por otro lado, se sigue un nuevo proceder en las reuniones extraordinarias. Hemos abierto la posibilidad de celebrar períodos de sesiones temáticos, no sólo sobre la situación en un país determinado. Y para esos períodos extraordinarios de sesiones hemos establecido un *modus operandi* diferente. No insistimos tanto en la importancia o gravedad de una situación, sino que procuramos elaborar una reacción rápida. La rapidez con la que reaccionamos puede permitirnos adoptar una actitud mucho más preventiva, en lugar de limitarnos a deplorar lo sucedido.

Estados Unidos anunció que se retiraba por completo del Consejo de Derechos Humanos y que renunciaba a su condición de observador. El Senado estadounidense votó en favor de suspender la asignación de fondos al Consejo. ¿Cómo ha afectado al Consejo de Derechos Humanos la retirada de Estados Unidos?

Si mal no recuerdo, Estados Unidos apoyaba la idea de que el Consejo se transformase en uno de los órganos principales del sistema de las Naciones Unidas. Desde el inicio de las negociaciones sobre la resolución que instituyó el Consejo, Estados Unidos indicó que deseaba que el nuevo órgano fuera mucho más pequeño que el actual Consejo de 47 miembros. Tuvimos en gran medida en cuenta las preocupaciones de Estados Unidos, porque aceptamos reducir el número de miembros e introdujimos otros muchos cambios. Hoy es más difícil llegar a ser miembro del Consejo, porque hace falta un apoyo mucho mayor para ser elegido. Los Estados deben obtener una mayoría calificada de votos. También solicitamos a cada país que base su campaña únicamente en su contribución a la promoción y la defensa de los derechos humanos, y en los empeños anunciados y compromisos voluntarios contraídos al respecto. Por último, la Asamblea General puede suspender los derechos como miembro del Consejo de cualquier país que infrinja los derechos humanos de manera grave y sistemática.

Esto formaba entonces parte del paquete global de disposiciones para responder a las preocupaciones de Estados Unidos tomando en consideración las posiciones de países que defendían otras opciones, como era, por ejemplo, que todos los Estados pudieran ser miembros. No obstante, la contribución de Estados Unidos

a la creación del Consejo fue sumamente útil, y puedo decir con franqueza que ese país estaba de acuerdo con gran parte de las decisiones adoptadas para constituir este órgano. Pero, en el último momento, se opuso. Espero que Estados Unidos renuncie a exigir la disminución del número de miembros del Consejo y que se interese más por sus funciones. Dentro de tres años haremos un balance de la labor del Consejo y espero que, para ese entonces, Estados Unidos vea las cosas de otra manera.

Una de las razones de la resistencia de Estados Unidos es que Oriente Próximo ha cobrado demasiada importancia. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al igual que su predecesor, ha sido criticado, sobre todo por los países occidentales, por centrar demasiado su atención en Israel.

En primer lugar, el Consejo no se ocupa de Israel o de la situación en Oriente Próximo del mismo modo que lo hacía la Comisión. Hemos hecho un esfuerzo que se refleja en la manera de abordar esta cuestión en el orden del día. Antes, la Comisión únicamente solía abordar las infracciones cometidas por Israel y no las que habían cometido los palestinos u otras partes. En el Consejo, hablamos de la situación de los derechos humanos en todo Oriente Próximo, lo que es un planteamiento mucho más amplio, y sobre las infracciones cometidas por todas las partes. Estos cambios son de índole sustantiva, y han sido aceptados por consenso por todos los miembros del Consejo, incluidos los miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI).

El segundo elemento es que probablemente hayamos reaccionado con demasiada rapidez, sin un esfuerzo sostenido para reconciliar las posiciones desde el inicio. Pero, eso sucedió en una situación y en un contexto particulares. El Consejo estaba dando sus primeros pasos y, durante su primer período de sesiones, tuvo lugar la crisis de la invasión de Gaza. En ese momento analizábamos un documento que incluía una sección sobre Oriente Próximo y estábamos próximos a alcanzar un consenso. Los países occidentales estaban totalmente a la defensiva, y un grupo de países, en particular los Estados miembros de la OCI, tenía en sus manos un instrumento nuevo: tan sólo 16 miembros podían convocar un período extraordinario de sesiones. Aún no habíamos terminado la primera reunión del Consejo y ya se convocó el primer período extraordinario de sesiones. E inmediatamente después, convocaron el segundo, en agosto de 2007. El embajador de Pakistán, que coordinaba la OCI, reconoció públicamente, unos meses después, que no se habían hecho suficientes esfuerzos por alcanzar un consenso.

Al parecer, el Consejo continúa políticamente dividido, y sigue habiendo una fuerte tendencia a formar bloques. ¿Cómo podrían superarse esas divisiones?

La formación de bloques es una cuestión que afecta a toda la Organización de las Naciones Unidas, no sólo al Consejo de Derechos Humanos; es algo muy difícil de eludir. La Unión Europea también afronta una enorme contradicción por lo que respecta a los bloques. Por un lado, para Europa es un gran logro

tener una política común en materia de derechos humanos, pero por otro, esa política común plasma una posición de bloque que, obviamente, refleja el mínimo común denominador.

Por otra parte, los bloques son una buena herramienta para los países pequeños, que carecen de los recursos necesarios para ocuparse solos de varias cuestiones a la vez. Las posiciones de grupo adoptadas por estos pequeños países pueden brindar una cobertura muy importante; en cierto sentido una cobertura ofensiva.

La única forma de reducir la importancia de la formación de bloques es fomentar, entre los diversos países, el sentido de responsabilidad individual por el futuro de los derechos humanos, tarea en la que deben participar tanto los países más grandes del Consejo como los más pequeños. Es preciso, además, promover los vínculos interzonales y el sentido global de la responsabilidad; que es lo que hemos hecho dentro de los límites del Consejo. Los principios constitutivos del Consejo nos obligan a hacerlo, en virtud de la regla del consenso. Por eso procuramos, en cada zona, determinar países que puedan interactuar con otras zonas y promover así el sentido de la responsabilidad; en primer lugar, una responsabilidad individual y después colectiva.

Otra cuestión muy controvertida fue la resolución sobre la "difamación de las religiones". Algunos países occidentales alegaron que la resolución reprimía la libertad de expresión y que, más que promover los derechos individuales, se refería sobre todo al islam. ¿Teme usted que los derechos humanos pierdan su valor universal si se imponen restricciones por consideraciones religiosas o culturales?

Ese riesgo existe. Yo preferiría situar esta cuestión en el marco de un diálogo entre las civilizaciones sobre cuestiones religiosas. Considerarla una cuestión religiosa no refleja la realidad, puesto que no se trata de un problema entre religiones o entre los derechos humanos y alguna religión en particular. Pero también es un tema estrechamente relacionado con los estereotipos y los acontecimientos en el marco de la lucha contra el terrorismo.

Para hablar de los derechos humanos y de la religión, pienso que hay que tener en cuenta todas las religiones y todas las actitudes. No obstante, el problema existe, porque varios países apoyaron inmediatamente a la OCI por esa razón. Se sienten amenazados, y nosotros tenemos que apaciguar ese temor. Al sentirse amenazados, se agruparon de inmediato y adoptaron una posición muy dura. El propósito del Relator Especial para la Libertad de Expresión y del párrafo en cuestión no es promover la libertad de expresión, sino evitar sus excesos, que pueden tener efectos adversos en el plano de la discriminación racial o religiosa. Este tema es buena prueba del riesgo de división en el seno del Consejo.

¿Cree usted que hay países que perciben los derechos humanos como una amenaza a su desarrollo o a su cultura?

No hay país alguno, sea desarrollado o en desarrollo, que no trate con prudencia el tema de los derechos humanos. Los derechos humanos afectan a la relación entre el ciudadano y el Estado, y todos los Estados tienen cierta aprensión a este tema. No es éste un asunto como el desarrollo, en el que se puede argumentar que el Gobierno ha tomado una medida equivocada o acertada. Aunque la de los derechos humanos es una cuestión que se puede debatir con el Gobierno, cuando están en juego derechos fundamentales y básicos, el Estado defiende a menudo posiciones contrarias a las de sus propios ciudadanos. La única solución consiste en decir que hay algunos valores que no son necesariamente universales. Sin embargo, siempre hemos aceptado que algunos valores son universales, ya que hemos aceptado la Declaración Universal, hemos adoptado soluciones universales y hemos desarrollado el sistema. Así pues, hay una contradicción intrínseca

Por lo que respecta al fondo de la cuestión, pocos ponen en duda la relevancia de los derechos humanos, pero, sobre su puesta en práctica, difieren los enfoques

Hay Gobiernos cuyo compromiso con los derechos humanos es evidente, y otros que están menos comprometidos. En todo caso, además de voluntad, hay que disponer de capacidad de aplicación. Algunos Gobiernos denotan voluntad política, pero carecen de capacidad de aplicación. No encuentran las soluciones apropiadas o no cuentan con los recursos humanos, económicos o jurídicos necesarios para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Lo importante es que todos hemos aceptado que existen ciertas normas mínimas que percibimos como valores universales y que han de cumplirse. Todos hemos aceptado que no valen excusas con respecto a estos valores, y que deben aplicarse en todas las circunstancias. Lo que tenemos que hacer es, pues, pasar a la siguiente etapa y velar por la aplicación y puesta en práctica efectivas de esos valores. Por eso son importantes el diálogo y la cooperación en el seno del Consejo.

¿Cree usted que el cambio de actitud, es decir, el paso de la condena a la colaboración, ha dado resultados satisfactorios?

Los opiniones siguen divididas, tanto las de los Estados miembros como las de las ONG (organizaciones no gubernamentales), e incluso en la Secretaría. Hoy, la mayoría considera que el diálogo y la cooperación son recursos mucho más provechosos que la denuncia. Sin embargo, todavía nos falta reflexionar adecuadamente sobre lo que significan diálogo y cooperación. Aún hay muchas voces que dicen que el diálogo y la cooperación no serán eficaces, porque no pondrán fin a las infracciones extremas, o que retrasarán las soluciones porque llevará mucho más tiempo cambiar las cosas. Yo creo que el diálogo y la cooperación son un enfoque moderno y que no tiene por qué ser "blando". Es una actitud de cooperación, que nos permitirá reconocer todas las oportunidades para lograr cambios concretos sobre el terreno, en lugar de limitarnos a acusar y denunciar.

¿Qué opina de la participación de las ONG en el nuevo proceso?

Inmediatamente después de la reunión que celebramos con las organizaciones de derechos humanos, planteé a las ONG la posibilidad de utilizar la actitud del diálogo. Desde la perspectiva de las ONG, la denuncia sigue siendo una herramienta; pero limitarse a denunciar no es una manera útil de promover los derechos humanos. Si dan un paso más y se comprometen con el país afectado, pueden formar parte del proceso de la búsqueda de soluciones. Para promover los derechos humanos hay que desarrollar instituciones y sistemas de enseñanza y hay que impulsar las medidas legislativas necesarias para mejorar la situación. No basta con poner a un país en la picota.

La actual participación de sociedades civiles en el Consejo hay que verla en comparación con la época de la Comisión. Ahora implica la interacción con procedimientos especiales, relatores especiales y otros mecanismos, así como la oportunidad de interactuar durante cada período de sesiones del Consejo. Es una enorme mejora. Las organizaciones civiles, u ONG, están presentes en todas y cada una de las sesiones del Consejo, y pueden reunirse e interactuar con los Gobiernos. Las ONG han dejado de estar relegadas a una sección del orden del día a la cual los Gobiernos podían asistir o no, para ver qué pensaban las ONG acerca de una cuestión determinada.

Sin embargo, la participación de las ONG en el Examen Periódico Universal es muy limitada.

La participación de las asociaciones civiles en el Examen Periódico Universal (EPU) es algo distinto. Inicialmente la propuesta se basaba en la idea de un examen paritario. Ésa fue la idea inicial impulsada por Canadá. Por definición, un examen paritario no incluye a las ONG. Por esa razón, tuvimos que ampliar este concepto y permitir la participación de organizaciones civiles en dicha tarea. Eliminamos la referencia a "pares u homólogos" y elaboramos un sistema bastante avanzado. El EPU se realiza sobre la base de tres documentos: uno presentado por organismos civiles, el segundo por el Gobierno sometido a examen, y el tercero por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Este mecanismo es un hito en la historia de las Naciones Unidas, ya que otorga carácter oficial a las intervenciones de las ONG, las cuales disponen ahora de un plazo mínimo de veinte minutos en la sesión plenaria. Yo deseaba incrementar la interacción con la sociedad civil a nivel de grupos de trabajo, pero no fue posible; por eso las ONG no participan actualmente en ellos.

¿Surgen diferencias en el Consejo de Derechos Humanos entre los Estados que participan en un sistema zonal de tribunales de derechos humanos, como en Europa, América y África, y otros Estados que sólo están expuestos a denuncias relacionadas con los derechos humanos ante el Consejo de Derechos Humanos?

En mi condición de ciudadano de uno de los países que disponen de un sistema zonal de protección de los derechos humanos a nivel interamericano, creo que puede ser positivo para el fortalecimiento de las instituciones y de la legislación que un Estado se vea obligado a introducir normas legislativas, y de otra índole, que otros países no necesitan ni tienen. En ese sentido, es más fácil trabajar con Estados que pertenecen a un sistema regional de protección de los derechos humanos. Al mismo tiempo, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana se dedican mucho más a causas judiciales que a políticas. En cambio, el Consejo de Derechos Humanos se ocupa más de políticas que de causas.

Lógicamente, hay países con marcos institucionales mucho más desarrollados que otros, especialmente en el ámbito jurídico. Pero todos los Estados se han comprometido a resolver los problemas fundamentales, y esto aspecto es lo que tenemos que reforzar. Las principales diferencias que deben establecerse entre los Estados no tendrían que ser por su cultura o su religión, sino por su forma de percibir los derechos humanos.

En los períodos extraordinarios de sesiones, la mayoría de las situaciones debatidas se relacionaban con la guerra: Sudán, la invasión de Líbano, Israel y los territorios ocupados, etc. O sea, con situaciones bélicas, que están regidas por el derecho internacional humanitario. Muchos Estados son reacios a abordar el derecho humanitario en un foro de derechos humanos.

Algunos Estados se oponen a tratar el derecho internacional humanitario en el Consejo, dando por sentado que se puede hacer claramente la distinción entre los derechos humanos y el derecho humanitario. Pero la mayoría de ellos reconoce que estos ordenamientos jurídicos están interrelacionados, y es muy difícil afirmar que, en una situación de conflicto, los derechos humanos son menos pertinentes. El derecho humanitario se aplica específicamente a los conflictos armados y establece las normas fundamentales destinadas a proteger los derechos de las víctimas de tales situaciones. La perspectiva de los derechos humanos amplía el enfoque. Por ese motivo, nos referimos constantemente a las funciones de promoción y protección de ambas ramas del derecho. En un conflicto armado como el de Darfur, por ejemplo, no siempre es posible distinguir si se trata de una infracción del derecho de los derechos humanos o del derecho humanitario. Hay que preservar la autoridad del marco jurídico vinculante que brinda el derecho humanitario, pero utilizar también la presión política que aporta la maquinaria de los derechos humanos. No soy abogado, pero es evidente que la aplicación de la perspectiva del derecho humanitario no puede sino beneficiar a los derechos humanos. Y, a la inversa, considero que el debate sobre los conflictos armados y el derecho humanitario no tiene por qué afectar la aplicación de éste. Lo que sí podría causar problemas sería reducir la capacidad jurídica de los tratados vigentes a hacer cumplir o aplicar las obligaciones estipuladas en ellos.

Sin embargo, tenemos un problema institucional global, que está relacionado con el EPU, puesto que, al realizar el examen, hemos de tener en cuenta los principios del derecho internacional, en especial del derecho humanitario.

La creación del Consejo de Derechos Humanos ha afectado también al conjunto de las Naciones Unidas. ¿Qué ajustes han de hacerse? ¿Cómo piensa usted que deben ser las relaciones entre la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y el Consejo?

Apenas se ha iniciado el ajuste. Probablemente es éste el ámbito en el que menos hemos avanzado hasta ahora. El primer año lo dedicamos esencialmente a recopilar información institucional, estructurar la institución y hacer frente a las crisis. El hecho de que hayamos podido acordar semejante paquete de medidas por consenso es una señal muy importante. Nadie imaginaba que tal cosa fuera posible, ni siquiera yo mismo. Ahora, tenemos un órgano que se reúne mucho más a menudo —a un ritmo bastante exigente para los Gobiernos— y de manera mucho más abierta. Además, el nivel de participación de las organizaciones civiles es ahora completamente diferente.

Si no existiese la Oficina del Alto Comisionado, el Consejo tropezaría con muchas dificultades, y viceversa, pues ambos órganos son interdependientes. La Oficina presta importantes servicios de secretaría al Consejo. Durante la etapa de realización de los EPU, será indispensable que la Oficina apoye al Consejo. Tenemos que concertar las actividades que la Oficina llevará a cabo en cada país para alcanzar los objetivos y hacer el seguimiento de las recomendaciones.

Básicamente, la Oficina tiene tres ámbitos de actividad. Uno es la relación con el Consejo y el sustancial apoyo que presta a éste. El segundo son sus operaciones sobre el terreno, incluida la labor de las oficinas zonales y locales. El tercero comprende las relaciones con todas las otras entidades de las Naciones Unidas, incluidos el Secretario General, el Consejo de Seguridad y demás órganos. Diría que la relación con la Comisión representaba antes en torno al 10% de la labor de la Oficina, mientras que las operaciones sobre el terreno suponían el 40%, y la interacción con otras entidades de la ONU el 50% de sus actividades. Actualmente tendría que ser al revés: la Oficina debería dedicarse más a las relaciones con el Consejo y menos a las operaciones sobre el terreno y a los otros órganos de la ONU. Debido a la nueva dinámica del Consejo y a la necesidad de que la Oficina asuma actividades más sustantivas, recomendaría incluso dejar de lado los servicios de conferencias. Por lo que atañe al apoyo al Consejo de Derechos Humanos, la Oficina debería dedicar todos sus recursos a los aspectos sustantivos.

Lo dicho es también políticamente importante, puesto que el Alto Comisionado sigue siendo una figura de gran notoriedad. El Comisionado ha de ser un promotor de los derechos humanos, sin olvidar que desempeña el cargo de funcionario internacional. La relación con los Gobiernos no es una tarea que corresponda a las ONG, y la Oficina no es un tribunal. Este equilibrio en la Oficina es importante en dos sentidos: por lo que respecta a cómo ha de estar estructurada la Oficina para que pueda prestar más apoyo al Consejo, y a cómo se desarrollan las relaciones, sobre todo las personales, entre el Alto Comisionado y el Consejo. Hoy, se observan distintas tendencias. En un extremo, algunos países quisieran que el Consejo actuase

como órgano rector de la Oficina. En el otro extremo, otros desearían que la Oficina sea independiente y autónoma, y que no esté vinculada al Consejo o, al menos, que ese vínculo no sea estrecho. Ambos extremos son indefendibles. En la resolución que estableció la Oficina del Alto Comisionado no se menciona la independencia; no es una Oficina autónoma, sino que forma parte de la Secretaría de la ONU.

¿Son las actividades del Consejo una duplicación de las de la Tercera Comisión (Comisión de Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales) de la Asamblea General?

Algunos proponían que la Tercera Comisión dejara de ocuparse por completo de los derechos humanos, porque el Consejo la reemplazaría en este ámbito. Otra posición, menos extrema, y que sería para mí más aceptable, sostiene que es necesario dividir las tareas entre el Consejo y la Tercera Comisión. Podemos aprovechar dos elementos de la Tercera Comisión. El primero es que se reúne en Nueva York, por lo cual se encuentra más cerca de los órganos políticos de las Naciones Unidas, como la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Secretario General. El segundo aspecto es que, contrariamente a lo que sucede en el Consejo, la composición de la Tercera Comisión es universal: todos los países pueden ser miembros. Teniendo en cuenta estos dos elementos, es posible concebir una división de tareas en función de los asuntos que puedan ser mejor tratados por la Tercera Comisión o por el Consejo.

Incluso así, en muchos casos, las mismas personas participan tanto en el Consejo como en la Tercera Comisión.

No, en la mayoría de los casos no es así. Sólo unos pocos países desarrollados envían las mismas personas a ocuparse de los derechos humanos. La mayor parte de los países tienen delegaciones y enfoques diferentes. A veces, se tiene la impresión de tratar con dos países distintos, porque no hay comunicación entre las delegaciones que se encuentran en Ginebra y en Nueva York.

Habría que determinar cuáles son las cuestiones que incumben a la Tercera Comisión, y quienes lo hacen son principalmente los funcionarios generales de los Gobiernos. Lo que ocurre es que algunos países —al comienzo, principalmente los países del grupo africano, y actualmente también varios países occidentales— desean que la Tercera Comisión controle al Consejo de Derechos Humanos, que se sitúe en una especie de nivel superior, que supervise, que pueda modificar las posiciones del Consejo. Sin embargo, esto equivaldría a menoscabar la autoridad del Consejo y reduciría drásticamente las posibilidades de que el Consejo llegue a ser en el futuro uno de los principales órganos de las Naciones Unidas.

¿Se están convirtiendo los derechos humanos en uno de los pilares del sistema internacional?

La decisión política de transformar los derechos humanos en uno de los tres pilares de la acción colectiva ya se ha tomado, pero su aplicación sigue siendo

incierta. La decisión la adoptaron los más de 150 jefes de Estado que se reunieron en la Cumbre Mundial de 2005, en la sede central de las Naciones Unidas de Nueva York, y la ha ratificado la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este planteamiento ternario de la acción colectiva se funda en la idea de que no puede haber desarrollo sin seguridad, ni seguridad sin desarrollo, ni desarrollo ni seguridad sin la aplicación y protección universales de los derechos humanos. Se trata de un compromiso político con numerosas consecuencias. Y el recién creado Consejo debería promover la coordinación y la incorporación efectivas de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas.

Lamentablemente, dada la realidad imperante sobre el terreno, no era el momento propicio para promover los derechos humanos. Por una parte, la manera más universal de abordar los derechos humanos y el nivel de desarrollo de las relaciones políticas entre los Estados había permitido alcanzar un acuerdo para transformar la defensa de los derechos humanos en una acción colectiva. Pero, por otro lado, debido a la lucha contra el terrorismo y las preocupaciones planteadas por la migración y otras cuestiones, no era el momento más favorable para promover los derechos humanos. Algunos de los defensores de los derechos humanos que han ayudado a desarrollar esos principios se mantienen a la expectativa o adoptan a veces una actitud de reserva. Actualmente coexisten elementos negativos y positivos. Sin embargo, es muy importante aprovechar esta oportunidad para promover los derechos humanos a escala universal. Ya no se trata sólo de un grupo de países que luchan por un ideal. Ahora, toda la comunidad internacional entiende que, si no se respetan los derechos humanos, no puede haber paz y seguridad ni, por ende, desarrollo.

Si los derechos humanos se convirtieran progresivamente en un pilar del sistema internacional, podrían rivalizar con otros pilares, como la paz y la seguridad, por no hablar de la jurisdicción penal internacional. ¿Teme usted que aumenten incluso las interferencias políticas en el Consejo de Derechos Humanos?

Siempre hay tensiones, pero hay que verlas como oportunidades y utilizar en cada caso el instrumento más adecuado. Siempre que hay un conflicto es preciso promover la paz y la seguridad e impulsar un acuerdo en el país o la zona afectados. Por ejemplo, un auto de procesamiento contra uno de los principales actores, formulado por la Corte Penal Internacional, es una decisión que únicamente puede adoptarse de conformidad con el Estatuto de Roma, que prevé excepciones y que el Consejo de Seguridad podría aplazar. Hemos llegado a un acuerdo al respecto que es vinculante para todos los actores en materia de derechos humanos. Sin embargo, en este ámbito el margen de flexibilidad es algo mayor, porque se puede, hasta cierto punto, tomar en cuenta el momento y la ocasión. Ésta es la principal diferencia de la que hablábamos cuando debatíamos el tema de Darfur con el Alto Comisionado. Como miembro de la Corte, no se tiene otra opción. Así está prescrito: hay un crimen que es preciso enjuiciar, y uno está obligado a hacerlo. Por lo que respecta a los derechos humanos, la situación no es tan absoluta. Hay que considerar las

perspectivas a medio y a largo plazo. A fin de cuentas, cuando se habla de derechos humanos, no se trata sólo de las responsabilidades, sino de los derechos colectivos, elemento que puede desempeñar un papel muy importante.

¿Qué posición ocuparán, a su juicio, los derechos humanos dentro de diez años?

Espero que, poco a poco, prevalezcan las ideas de la paz y la seguridad, que traerán consigo más desarrollo. También desearía que los derechos humanos cobren mayor fuerza y se conviertan en un pilar de igual importancia que la paz y la seguridad. Ahora bien, la promoción de la paz y la seguridad cuenta con la ayuda de una serie de instrumentos desarrollados en el Consejo de Seguridad, y sería muy difícil establecer instrumentos análogos para los derechos humanos. Un factor alentador es que los derechos humanos se están transformando en una cuestión que nos concierne a todos y que han dejado de ser un tema promovido o impulsado solamente por cierto grupo de países. Ahora, todos los miembros de las Naciones Unidos son muy conscientes de la importancia de los derechos humanos.

Mientras que algunos Estados hacen mucho más que otros para garantizar el respeto de los derechos humanos, otros están retrocediendo en materia de protección. Pero, en general, se difunde cada vez más el sentimiento de que un mundo de paz y de progreso es inconcebible sin los derechos humanos. El camino recorrido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que un grupo de personas muy elocuentes que representaba a unos pocos países, estipuló lo que debía y lo que no debía hacerse, hasta la situación actual, en la cual 192 países con diferentes culturas y tradiciones se comprometen a respetar unas normas mínimas de comportamiento en la relación entre el ciudadano y el Estado, supone un logro extraordinario.

Lo que ahora necesitamos es acelerar el proceso. Las herramientas existen, pero debido a la retirada de Estados Unidos y a algunas dificultades que todavía afrontamos a niveles de procedimiento, el proceso puede durar mucho tiempo. Me temo que, en tres años, todavía no estemos listos para dar el siguiente paso, como habíamos proyectado hace dos años. Dicho de otro modo, nuestra dirección es la correcta, pero el avance sigue siendo mucho más lento de lo previsto.

Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario

Cordula Droege*

La doctora Cordula Droege es asesora jurídica en la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Resumen

En general, la interacción entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se caracteriza por la complementariedad y la influencia mutua. Pero, en algunos casos, cuando hay una contradicción entre ambos ordenamientos jurídicos, tiene primacía la norma más específica (lex specialis). La autora analiza en qué situaciones cada uno de esos derechos es más específico y examina los procedimientos correspondientes, en particular las normas que rigen las investigaciones de presuntas violaciones, el acceso a la justicia de las presuntas víctimas y las reparaciones en caso de infracciones.

***

Tradicionalmente, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)[1] y el derecho internacional humanitario (DIH)[2] son dos ordenamientos jurídicos distintos, con ámbitos y orígenes distintos, que durante mucho tiempo evolucionaron sin influirse mutuamente demasiado. Pero esto ha cambiado. Un breve recorrido por los desarrollos históricos y los casos recientes muestra que,

* Las opiniones expresadas en este artículo corresponden a la autora y no necesariamente reflejan las del CICR. Algunos fragmentos de este artículo fueron tomados de "The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict", *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), pp. 310-355.

1 En las páginas que siguen, utilizaremos de modo indistinto las expresiones "derecho internacional de los derechos humanos", "derecho de los derechos humanos" y "derechos humanos".

2 En las páginas que siguen, utilizaremos de modo indistinto las expresiones "derecho internacional humanitario", "derecho humanitario" y "derecho de los conflictos armados".

más allá de la interpretación de los Gobiernos en 1864, 1907 o 1949, hoy en día no cabe duda de que el derecho de los derechos humanos complementa el derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado. En la jurisprudencia internacional, desde el informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el norte de Chipre tras la invasión turca[3] hasta la jurisprudencia posterior, tanto nacional como internacional, sobre los territorios palestinos, Irak, la República Democrática del Congo o Chechenia, puede corroborarse claramente la aplicabilidad de los derechos humanos a las situaciones de conflicto armado.

En resumen, ambos regímenes se superponen, pero como no fueron concebidos originalmente para ello, debemos preguntarnos de qué modo pueden converger y armonizarse. Tal como expresa M. Bothe,

> "Algunos acontecimientos, oportunidades, ideas son factores clave para el desarrollo del derecho internacional. Ello explica la fragmentación del derecho internacional en numerosos regímenes convencionales conexos, establecidos en ocasiones particulares para abordar problemas específicos suscitados por determinados acontecimientos. Pero, como todo depende de todo, esos regímenes se superponen. Por ello, las normas no son necesariamente coherentes unas con otras, pero sí pueden reforzarse unas a otras. De allí que se plantee la cuestión de si los diversos regímenes están en relación de conflicto, tensión o sinergia".[4]

Aún sigue siendo objeto de debate la *manera* en que los derechos humanos y el derecho humanitario pueden aplicarse de manera coherente en situaciones de conflicto armado. En los últimos años, la jurisprudencia ha cambiado considerablemente el panorama y, en cierta medida, el derecho evoluciona en forma permanente. Es de esperar que, con el tiempo, la jurisprudencia sobre casos concretos ofrezca más claridad. Por ahora puede decirse que algunos temas se están volviendo cada vez menos dudosos y que, en otros ámbitos, están surgiendo algunas tendencias que todavía no se han consolidado.

En este artículo, procuraremos esbozar algunos parámetros que pueden incidir en la relación entre los derechos humanos y el derecho humanitario en una situación dada. Dos conceptos principales deberían regir esa relación: la complementariedad y la influencia mutua de las normas respectivas en la mayoría de los casos y, en algunos casos, la preponderancia de la norma más específica (*lex specialis*) cuando existe una contradicción entre ambos ordenamientos jurídicos. La pregunta que debe formularse entonces es: ¿en qué situaciones es más específico cada uno de esos derechos?

3 V., por ejemplo, Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Cyprus* v. *Turkey*, Solicitud Nº 6780/74 y 6950/75, Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisions and Reports (en adelante, DR) 125; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cyprus* v. *Turkey*, fallo del 10 de mayo de 2001, Reports of Judgments and Decisions en adelante, Reports, 2001-IV.

4 Michael Bothe, "The historical evolution of international humanitarian law, international human rights law, refugee law and international criminal law ", en Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg y Christian Raap (eds.), *Crisis Management And Humanitarian Protection*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2004, p. 37.

Por último, consideraremos la cuestión de los procedimientos, ya que es allí donde posiblemente la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario tenga sus mayores efectos prácticos: ¿qué reglas rigen las investigaciones de presuntas violaciones, el acceso de las presuntas víctimas a los tribunales y las reparaciones por infracciones?

Superposición del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado

Desarrollo convergente del derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario

Más allá del ideal humanista que comparten, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen poco en común en cuanto a sus orígenes. Los fundamentos teóricos y las motivaciones de ambos cuerpos jurídicos son diferentes.

El fundamento de los derechos humanos modernos es hallar la justa relación entre el Estado y sus ciudadanos, limitar el poder del Estado respecto de los individuos[5]. Para empezar, los derechos humanos fueron un asunto de derecho constitucional, un asunto interno entre el Gobierno y sus ciudadanos. La regulación internacional habría sido percibida como una interferencia en el ámbito exclusivo del Estado. Salvo por lo que respecta a la protección de las minorías después de la Primera Guerra Mundial, los derechos humanos fueron una cuestión de los derechos nacionales hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Luego pasaron a formar parte del derecho internacional, con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

El derecho internacional humanitario, por su parte, se basó, ante todo, en las expectativas recíprocas de dos partes en guerra y en la noción de una conducta de bien y civilizada[6]. No surgió de una lucha de individuos que reclamaban sus derechos, sino de un principio de caridad, "*inter arma caritas*"[7]. La motivación principal fue un principio de humanidad, no un principio de derechos, y su desarrollo jurídico fue posible gracias a la idea de reciprocidad entre Estados en lo relativo al trato debido a las tropas del adversario[8]. Las consideraciones en torno a la estra-

5 V. una breve reseña en Louise Doswald-Beck y Sylvain Vité, "El derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo-abril de 1993, p. 99 y ss.

6 V., por ejemplo, el Código de Lieber, United States War Department, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Orders Nº 100, 24 de abril de 1863, reimpreso en Dietrich Schindler y Jiri Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts*, tercera edición (1988).

7 Expresión utilizada por primera vez como lema en la portada de "Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge, 1863–1888", publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja con ocasión del 25º aniversario de la fundación del Comité; la frase fue adoptada por el Comité el 18 de septiembre de 1888 por sugerencia de Gustave Moynier. Es el lema actual del Comité Internacional de la Cruz Roja; v. Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja, 1973, art. 3(2).

8 V. Convenio de Ginebra (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 31 (en adelante, I Convenio de Ginebra); Theodor Meron " "On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument", American Journal of International Law, vol. 77 (1983), p. 592.

tegia militar y la reciprocidad siempre han sido un aspecto central de su desarrollo[9]. Mientras que los derechos humanos eran un asunto interno de los Estados, el derecho internacional humanitario, por su propia naturaleza, se originó en las relaciones entre Estados, en el derecho internacional (aun cuando algunos de sus antecedentes, como el Código de Lieber, se elaboraron para guerras civiles).

Tras la Segunda Guerra Mundial, la protección de los civiles en virtud de los cuatro Convenios de Ginebra, si bien estaba destinada, en gran medida, a los civiles del adversario o de terceras partes, añadió una dimensión al derecho humanitario que lo acercó mucho a la idea del derecho de los derechos humanos, sobre todo con respecto a los civiles detenidos. El derecho humanitario comenzó a aplicarse al ámbito tradicional del derecho de los derechos humanos, es decir la relación del Estado con sus ciudadanos. La codificación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra también acercó ambos ordenamientos jurídicos, en la medida en que se refiere al trato debido por un Estado a sus nacionales. Pero, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptó en 1948, apenas un año antes de la codificación de los Convenios de Ginebra, la historia de los proyectos de ambos textos muestra que la Declaración y los Convenios de Ginebra no se inspiraron mutuamente. A pesar de que las declaraciones políticas en general hicieron alusión al ideal común de ambos ordenamientos jurídicos, no se interpretó que habría una superposición de los ámbitos de aplicación. Probablemente no se supuso en aquel entonces que los derechos humanos se aplicarían a situaciones de conflicto armado, al menos no a las situaciones de conflicto armado internacional[10]. Sin embargo hay claras reminiscencias de la guerra recientemente terminada en los debates sobre la Declaración Universal. Probablemente sea acertado decir que "para cada uno de los derechos, [los delegados] volvieron a la experiencia de la guerra como base epistémica para elaborar el derecho de que se trataba en particular"[11]. Muchos de los peores abusos analizados por los delegados se cometieron en territorios ocupados. De todos modos, la Declaración Universal se elaboró para tiempos de paz, dado que la paz era lo que las Naciones Unidas intentaban lograr.

Habida cuenta de que los cuatro Convenios de Ginebra se elaboraron con bastante premura a finales de los años 1940, quedaba espacio para desarrollarlos y mejorarlos, sobre todo en lo relativo a situaciones de conflicto armado no internacional. Pero el desarrollo del derecho humanitario llegó a un punto muerto en la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que tuvo lugar en Nueva Delhi en 1957. Pese a que la Conferencia adoptó el "Proyecto de normas para limitar los peligros que corre la población civil en tiempo de guerra"[12] elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), no se dio seguimiento a la iniciativa.

9 Theodor Meron, "The humanization of humanitarian law", *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 243.

10 Robert Kolb, "Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº 147, septiembre de 1998, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

11 Johannes Morsink, "World War Two and the Universal Declaration", *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1993, p. 358.

12 Reimpreso en Dietrich Schindler y Jiri Toman (eds.), *Droit des Conflits Armés*, 1996, p. 251.

Por otro lado, en las Naciones Unidas, los Estados lentamente comenzaron a subrayar la importancia de los derechos humanos en los conflictos armados. Ya en 1953, la Asamblea General mencionó los derechos humanos en relación con el conflicto coreano[13]. Tras la invasión de Hungría por las tropas soviéticas en 1956, el Consejo de Seguridad de la ONU instó a la Unión Soviética y a las autoridades de Hungría a "que respeten…el goce por parte del pueblo húngaro de los derechos humanos y las libertades fundamentales"[14]. La situación en Oriente Medio, en particular, impulsó el debate sobre los derechos humaos en situaciones de conflicto armado.

En 1967, el Consejo de Seguridad, con respecto a los territorios ocupados por Israel después de la guerra de los seis días, dio a conocer abiertamente su consideración de que "los derechos humanos esenciales e inalienables deben respetarse incluso durante las vicisitudes de la guerra"[15]. Un año más tarde, la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán marcó un paso decisivo por el cual la ONU aceptó, en principio, la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados. La primera resolución de la Conferencia Internacional, titulada "Respeto y aplicación de los derechos humanos en los territorios ocupados", instó a Israel a aplicar tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Convenios de Ginebra en los territorios palestinos ocupados[16]. Luego se adoptó la resolución titulada "Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados", que afirmó que "incluso durante los períodos de conflictos armado deben prevalecer los principios humanitarios". Fue reafirmada por la Resolución 2444 de la Asamblea General del 19 de diciembre de 1968 con el mismo título, en la que se solicita al secretario general que elabore un informe sobre las medidas que deben adoptarse para la protección de todas las personas en tiempo de conflicto armado. Sus dos informes concluyeron que los instrumentos de derechos humanos, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que no había entrado en vigor por entonces, conferían una protección más amplia a las personas en tiempo de conflicto armado que los Convenios de Ginebra solos[17]. El secretario general mencionó incluso el sistema de información por los Estados previsto en el Pacto, que todavía no estaba en vigor, ya que consideró que "podía ser de ayuda en relación con períodos de conflicto armado"[18], es decir que anticipaba la práctica posterior del Comité de Derechos Humanos.

13 Cuestión de las atrocidades cometidas por las fuerzas comunistas de Corea del Norte y comunistas chinas contra los prisioneros de guerra de las Naciones Unidas en Corea, Res. AG 804 (VIII), Doc. ONU A/804/VIII, 3 de diciembre de 1953 (sobre el trato de los soldados y los civiles capturados en Corea por las fuerzas chinas y norcoreanas).

14 Res. AG 1312 (XIII), Doc. ONU A/38/49, 12 de diciembre de 1958. Traducción CICR.

15 Res. CS 237, párr. preambular 1(b), Doc. ONU A/237/1967, 14 de junio de 1967; v. también Res. AG 2252 (ES-V), Doc. ONU A/2252/ESV, 4 de julio de 1967, relativo a esta resolución.

16 *Final Act of the International Conference on Human Rights*, Doc. ONU A/Conf.32/41, 22 de abril-13 de mayo de 1968. Traducción CICR.

17 Report on Respect for Human Rights in Armed Conflict, Doc. ONU A/7720, 20 de noviembre de 1969, esp. cap. 3; Report on Respect for Human Rights in Armed Conflict, párrs. 20–29, anexo 1, Doc. ONU A/8052, 18 de septiembre de 1970.

18 Ibíd., párr. 29.

Tras los dos informes del secretario general, la Asamblea General de la ONU afirmó en su resolución "Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados" que "los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados"[19]. En ese período un observador escribió: "ambos ordenamientos jurídicos se han encontrado, se están fusionando con cierta velocidad y… en varias instancias prácticas el régimen de los derechos humanos está estableciendo la dirección general y los objetivos para la revisión el derecho de la guerra"[20].

La Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario, que se reunió de 1974 a 1977, en parte fue una reacción al proceso de la ONU. El CICR en particular ahora podía relanzar el proceso de desarrollar el derecho internacional humanitario para mejorar la protección de los civiles no sólo en conflictos armados internacionales, sino también en conflictos armados sin carácter internacional. La Conferencia Diplomática y sus resultados, es decir los dos Protocolos adicionales de 1977, saldaron una deuda innegable de los derechos humanos; algunos derechos que pueden suspenderse en el derecho de los derechos humanos se convirtieron en no derogables en las garantías que ofrece el derecho internacional. Ambos Protocolos adicionales reconocen la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados[21]. Si bien el CICR no siguió esa dirección durante las primeras etapas de los debates[22], más tarde aceptó que "los derechos humanos permanecen aplicables en período de conflicto armado de una manera convergente [con el DIH]"[23]. Desde entonces siempre se ha reconocido, en el derecho internacional humanitario, la aplicación de los derechos humanos en conflictos armados, aun cuando los detalles de su interacción sigan siendo objeto de debate. En realidad, ha habido constantemente resoluciones del Consejo de

19 Res. AG 2675 (XXV), Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, 9 de diciembre de 1970.

20 G. I. A. D. Draper, "The relationship between the human rights regime and the laws of armed conflict", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 1 (1971), p. 191.

21 Art. 72 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 12 de diciembre de 1977, 1125 UNTS 3 (en adelante, Protocolo adicional I); Preámbulo del Protocolo adicional II 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, 12 de diciembre de 1977, 1125 UNTS 609 (en adelante, Protocolo adicional II).

22 CICR, Proyecto de Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Comentario 131, 1973; v. también Jean Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Sijthoff D. Henry Dunant Institute, Leyden/Ginebra 1975, p. 15. Puede suponerse que el CICR también tuvo motivos institucionales para mantenerse apartado de los derechos humanos, que se asociaban con los organismos "politizados" de la ONU.

23 Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *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*, Plaza y Janés, CICR, Bogota. 1998. V. en particular el apartado 4429.

Seguridad[24], la Asamblea General[25] y la Comisión de Derechos Humanos[26] que reafirman o dan a entender que los derechos humanos se aplican a situaciones de conflicto armado. La ONU también ha realizado investigaciones de violaciones de los derechos humanos, por ejemplo en relación con los conflictos en Liberia[27] y Sierra Leona[28], la ocupación militar por Israel de los territorios palestinos[29] y la ocupación militar por Irak de Kuwait[30]. El Consejo de Seguridad también ha abordado las violaciones de los derechos humanos cometidas "por milicias y grupos armados extranjeros" en la República Democrática del Congo[31].

La aplicabilidad de los tratados de derechos humanos a situaciones de conflicto armado también se ha confirmado por la existencia de cláusulas de derogación que permiten, pero también restringen, la suspensión de los derechos humanos en situaciones de emergencia, donde de manera implícita o explícita se incluyen las situaciones de guerra[32]. Por último, algunos tratados e instrumentos internacionales más recientes incorporan o se inspiran en las disposiciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, la Convención sobre los

24 Res. CS 1019, Doc. ONU S/RES/1019 (9 de noviembre de 1995) y Res. CS 1034, Doc. ONU S/RES/1034 (21 de diciembre de 1995) (en relación con ex Yugoslavia); Res. CS. 1635, Doc. ONU S/RES/1635 (28 de octubre de 2005) y Res. CS. 1653, Doc. ONU S/RES/1653 (27 de enero de 2006) (región de los Grandes Lagos).

25 Res. AG. 2546 (XXIV), Doc. ONU A/RES/2546/XXIV (11 de diciembre de 1969) (territorios ocupados por Israel); Res. AG. 3525 (XXX), Doc. ONU A/RES/3525/XXX (15 de diciembre de 1975)(territorios ocupados por Israel); Res. AG. 50/193, Doc. ONU A/RES/50/193 (22 de diciembre de 1995)(ex Yugoslavia); Res. AG. 3525 (XXX), Doc. ONU A/3525 (15 de diciembre de 1975)(territorios ocupados por Israel); Res. AG. 46/135, Doc. ONU A/RES/46/135 (19 de diciembre de 1991) (Kuwait bajo ocupación iraquí); Res. AG. 52/145, Doc. ONU A/RES/52/145 (12 de diciembre de 1997)(Afganistán).

26 Comisión de Derechos Humanos, Resoluciones y Decisiones, v., por ejemplo, Doc. ONU E/CN.4/1992/84 (3 de marzo de 1992) (Irak); E/CN.4/2003/77 (25 de abril de 2003) (Afganistán), A/E/CN.4/RES/2003/16 (17 de abril de 2003) (Burundi); E/CN.4/RES/2001/24 (20 de abril de 2001) (Federación de Rusia); /CN.4/RES/2003/15 (17 de abril de 2003) (Congo); e informes a la Comisión de Derechos Humanos: OHCHR/STM/CHR/03/2 (2003) (Colombia); OHCHR/STM/CHR/03/3 (2003) (Timor-Leste); v. también el Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en el Kuwait bajo la ocupación iraquí, Doc. ONU E/CN.4/1992/26 (16 de enero de 1992).

27 Secretario general, Informe sobre la marcha de UNOMIL, Doc. ONU S/1996/47, 23 de enero de 1996.

28 Secretario general, Informe sobre la marcha de UNOMSIL, Doc. ONU S/1998/750, 12 de agosto de 1998.

29 Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU E/CN.4/S5/1, 19 de octubre de 2000.

30 Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU E/CN.4/1991/74, 6 de marzo de 1991.

31 Res. CS. 1649, Doc. ONU S/RES/1649, 21 de diciembre de 2005 (La situación relativa a la República Democrática del Congo), párrafos 4 y 5 del preámbulo.

32 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4, 16 de diciembre de 1966, 99 UNTS 171; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, art. 15, 213 UNTS 222, 3 de septiembre de 1953; Convención Americana sobre Derechos Humanas, art. 27, 1144 UNTS 123, 22 de noviembre de 1969. El art. 27 de la Convención Americana está redactado de forma prácticamente idéntica al art. 4 del PIDCP; v. también Doc. ONU E/CN.4/SR.195, 1950, párr. 23; Doc. ONU E/CN.4/SR.196, 1950, párr. 3; Doc. ONU E/CN.4/SR.196, 1950, párr. 5. La omisión del término "guerra" en el PIDCP no significa que las derogaciones no se referían a las situaciones de conflicto armado, tal como lo demuestra la historia de su redacción. En realidad, quienes elaboraron el proyecto incluyeron una cláusula de no discriminación en el artículo 4, pero deliberadamente excluyeron la discriminación por la nacionalidad a fin de permitir las discriminación contra enemigos extranjeros, UN SCOR, 14º período de sesiones, , Sup. Nº 4, párrs. 279–280; Doc. ONU E/2256-E/CN.4/669, 1952. V. también Doc. ONU A/C.3/SR.1262, 1963, donde se subrayó que el artículo 4 sólo podría aplicarse dentro del territorio de un Estado (Rumania), párr. 46, Doc. ONU A/C.3/SR.1261, 1963.

derechos del niño, de 1989[33], el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[34], el Protocolo facultativo de la Convención de los derechos de los niños relativo a la participación de los niños en conflictos armados[35], los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[36] y, más recientemente, el proyecto de Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[37].

Desarrollos en la jurisprudencia internacional

Otro importante desarrollo que condujo al reconocimiento de que el derecho de los derechos humanos se aplica a situaciones de conflicto armado es el amplio cuerpo de jurisprudencia producido por los organismos regionales e internacionales de derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha aplicado el PIDCP a conflictos armados internacionales y no internacionales, incluidas situaciones de ocupación, en sus observaciones finales sobre informes de países, así como en sus opiniones sobre casos individuales[38]. Lo mismo puede decirse de las observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU[39], el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[40], el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[41] y el Comité de los Derechos del Niño[42]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la aplicación

33 Convención sobre los derechos del niño de 1989, art. 38, 20 de noviembre de 1989, 1577 UNTS 3.

34 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2187 UNTS 3, 1 de julio de 2002.

35 Protocolo facultativo de la Convención de los derechos de los niños relativo a la participación de los niños en conflictos armados, 2000, 1577 UNTS 3, 20 de noviembre de 1989.

36 Adoptados por la Res. AG. 60/147 del 16 de diciembre de 2006, Doc. ONU A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.

37 Adoptada por la Res. AG. 61/106, Doc. ONU A/RES/61/106, 13 de diciembre de 2006, v. esp. el art. 11.

38 Observaciones finales: República Democrática del Congo, Doc. ONU CCPR/C/COD/CO/3, 26 de abril de 2006; Bélgica, Doc. ONU CCPR/CO/81/BEL, 12 de agosto de 2004; Colombia, Doc. ONU CCPR/CO/80/COL, 26 de mayo de 2004; Sri Lanka, Doc. ONU CCPR/CO/79/LKA, 1 de diciembre de 2003; Israel, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003; Guatemala, Doc. ONU CCPR/CO/72/GTM, 27 de agosto de 2001; Holanda, Doc. ONU CCPR/CO/72/NET, 27 de agosto de 2001; Bélgica, 14, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.99, 19 de noviembre de 1998; Israel, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.93, 18 de agosto de 1998; Estados Unidos de América, Doc. ONU CCPR/C/USA/CO/3/Rev1, 18 de diciembre de 2006; Reino Unido, Doc. ONU CCPR/C/GBR/CO/6, 30 de julio de 2008; Sarma v. Sri Lanka, Doc. ONU CCPR/C/78/D/950/2000, 31 de julio de 2003; Bautista v. Colombia, Doc. ONU CCPR/C/55/D/563/1993, 13 de noviembre de 1995; Guerrero v. Colombia, Comunicación Nº R.11/45, Doc. ONU Sup. Nº 40(A/37/40), 31 de marzo de 1982.

39 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Finales: Colombia, Doc. ONU E/C.12/1/Add.74, 30 de noviembre de 2001; Guatemala, Doc. ONU E/C.12/1/Add.93, 12 de diciembre de 2003; Israel, Doc. ONU E/C.12/1/Add.90, 30 de marzo de 1998.

40 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Observaciones Finales, Israel, Doc. ONU CERD/C/304/Add.45, 30 de marzo de 1998.

41 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones Finales: Sri Lanka, párrs. 256-302, Doc. ONU A/57/38 (Parte I), 7 de mayo de 2002; República Democrática del Congo, párrs. 194-238, Doc. ONU A/55/381, febrero de 2000; Colombia, párrs. 337-401, Doc. ONU A/54/38, 4 de febrero de 1999.

42 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: República Democrática del Congo, Doc. ONU CRC/C/15/Add.153, 9 de julio de 2001; Sri Lanka, Doc. ONU CRC/C/15/Add.207, 2 de julio de 2003; Colombia, Doc. ONU CRC/C/COL/CO/3, 8 de junio de 2006.

del Convenio Europeo en conflictos armados no internacionales[43] y en situaciones de ocupación en conflictos armados internacionales[44]. La Comisión y la Corte Interamericanas han reconocido la aplicabilidad de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos a situaciones de conflicto armado[45].

La Corte Internacional de Justicia ha retomado la jurisprudencia de los organismos de derechos humanos. Su primera declaración sobre la aplicación de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado puede hallarse, con referencia al PIDCP, en la Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares:

> "La Corte observa que la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se suspende en tiempo de guerra, salvo que se aplique el artículo 4 del Pacto por el cual algunas disposiciones pueden suspenderse en tiempo de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida también se aplica en las hostilidades. Sin embargo, la prueba de qué es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada por la *lex specialis* aplicable, es decir el derecho aplicable en los conflictos armados, que fue concebido para regular la conducción de las hostilidades. De modo que el hecho de si la pérdida de una vida, a través del empleo de determinada arma en la guerra, debe considerarse como privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto, sólo puede dictaminarse haciendo referencia al derecho aplicable en los conflictos armados y no puede deducirse de los términos del propio Pacto."[46]

En la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (caso del muro), la Corte amplió ese argumento a la aplicación general de los derechos humanos en los conflictos armados:

43 V., por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, fallo del 24 de febrero de 2005*; Isayeva v. Russia*, fallo del 24 de febrero de 2005; *Ergi v. Turkey*, fallo del 28 de julio de 1998; Reports 1998-IV; *Ahmet O zkan and others v. Turkey,* fallo del 6 de abril de 2004.

44 *Cyprus v. Turkey*, nota 3 *supra*; para una reseña, v. Aisling Reidy, "El enfoque de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos sobre el derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 147, septiembre de 1998, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C Nº 70, párr. 209; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Coard c. Estados Unidos de América,* Caso 10.951, OEA Doc. OEA/ser.L/V/II.106.doc.3rev, 1999, párr. 37; *Alejandre c. Cuba*, Caso 11.589, Informe Nº 86/99, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 rev, 1999; *Victor Saldaño c. Argentina*, Informe Nº 38/99, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev en 289, 1998, párr. 18; *Rafael Ferrer-Matorra y otros c. Estados Unidos*, Caso Nº 9903, Informe Nº 51/01, OEA/Ser.L/V/II111, Doc. 20 rev 289, 1980, párr. 179; Pedido de medidas cautelares sobre los detenidos en Guantánamo, Cuba, Decisión del 12 de marzo de 2002, 41 ILM 532.

46 Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996, 1996, ICJ Reports, p. 226, párr. 25 (en adelante, caso de las armas nucleares).

> "Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y 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."[47]

Confirmó esta declaración en el caso relativo al territorio en el este de la República del Congo ocupado por Uganda (RDC c. Uganda). En este fallo, repitió las consideraciones de la opinión consultiva en el caso del muro acerca de que el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en relación con actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio y particularmente en territorios ocupados[48]. De ese modo dejó en claro que su opinión consultiva anterior con respecto a los territorios palestinos ocupados no puede explicarse por la presencia prolongada de Israel en esos territorios[49], dado que Uganda no tenía esa presencia prolongada y consolidada en el este de la República Democrática del Congo. Lo que hay, más bien, es una clara aceptación por parte de la Corte de que los derechos humanos se aplican en tiempo de ocupación beligerante.

Aplicación extraterritorial de los derechos humanos

Al igual que la Corte Internacional de Justicia, los organismos de derechos humanos no sólo han aplicado los derechos humanos a las situaciones de conflicto armado dentro del territorio de un país, sino también a los conflictos armados en el extranjero. El alcance extraterritorial de los derechos humanos ha suscitado recientemente algunas controversias, sobre todo en relación con los conflictos armados en Irak y en Afganistán.

Como explicamos antes, la Corte Internacional de Justicia afirma la aplicación de los derechos humanos extraterritorialmente como principio general, pero los debates en torno a esta cuestión se centran en la redacción de los diferentes tratados, que debemos abordar por separado.

47 CIJ, *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, 2004, ICJ Reports, p. 136, párr. 206 (en adelante, caso del muro).

48 CIJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, fallo del 19 de diciembre de 2005, párr. 216 (en adelante, RDC c. Uganda).

49 Como sostuvo Michael J. Dennis en "Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation", *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), p. 122.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El PIDCP contiene la cláusula de aplicación más restrictiva de los tratados internacionales de derechos humanos, dado que su artículo 2(1) limita la aplicación del Pacto a la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos "a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción". El significado usual de esta cláusula implica que ambos criterios se aplican en forma acumulativa. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la cláusula se refiere a las personas dentro de su jurisdicción *o* dentro del territorio del Estado, y entiende por individuos "sujetos a su jurisdicción" las personas que estén "bajo la autoridad o el control efectivo del Estado"[50].

Los orígenes de esta jurisprudencia se hallan en casos que no están vinculados con conflictos armados. Se refieren al secuestro de disidentes, fuera del Estado Parte, por funcionarios del servicio secreto. Uno de los primeros casos relativos a violaciones del PIDCP cometidas por funcionarios estatales en un territorio extranjero es el caso *López Burgos c. Uruguay*[51]. Secuestrado en Buenos Aires por fuerzas uruguayas, el demandante estuvo detenido en forma secreta en Argentina antes de ser trasladado clandestinamente a Uruguay. Si el Comité hubiese aplicado el Pacto según el significado literal del artículo 2, no podría haber hallado responsable a Uruguay. En cambio, utilizó un argumento teleológico y adoptó la opinión de que "sería irrazonable interpretar la responsabilidad prevista en el artículo 2 del Pacto en el sentido de que permite que un Estado Parte perpetre violaciones del Pacto en el territorio de otro Estado, violaciones que no podría cometer en su propio territorio"[52].

La jurisprudencia de larga data del Comité de Derechos Humanos ha confirmado esta visión. En particular, el Comité ha aplicado el Pacto en repetidas ocasiones a situaciones de ocupación militar[53] y con respecto a tropas nacionales que participan en operaciones de mantenimiento de la paz[54]. Ha resumido esta interpretación del artículo 2 en su Observación General 31:

> "En virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Parte deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos

50 Observación general 31, "Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto", Doc. ONU CCPR/C/21/Rev1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 10.

51 *López Burgos c. Uruguay*, Doc. ONU CCPR/C/13/D/52/1979, 29 de julio de 1981; v. también *Celiberti c. Uruguay*, Doc. ONU CCPR/C/13/D/56/1979, 29 de julio de 1981.

52 *López Burgos c. Uruguay*, nota 51 *supra*, párr. 12.3; *Celiberti c. Uruguay*, nota 51 *supra*, párr. 10.3.

53 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Chipre, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.39, 21 de septiembre de 1994, párr. 3; Observaciones Finales sobre Israel, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.93, 18 de agosto de 1998, párr. 10; Observaciones Finales sobre Israel, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003, párr. 11.

54 Observaciones Finales sobre Bélgica, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.99, 19 de noviembne de 1998, párr. 14; Holanda, Doc. ONU CCPR/CO/72/NET, 27 de agosto de 2001, párr. 8; Bélgica, CCPR/CO/81/BEL, 12 de agosto de 2004, párr. 6.

> 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. (…) Este principio se aplica también a los que estén *bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado Parte* que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado Parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de la paz".[55]

Sobre la base del requisito de *la autoridad o el control efectivo*, el Comité de Derechos Humanos acepta la aplicabilidad extraterritorial del Pacto en dos tipos de situaciones: en el caso del control de un territorio y en el caso de la ocupación, o sobre un individuo, como en los casos de secuestro.

La Corte Internacional de Justicia ha seguido la postura del Comité de Derechos Humanos y se ha basado, además, en los trabajos preparatorios del Comité:

> "Los trabajos preparatorios del Pacto confirman la interpretación que el Comité hace del artículo 2 de dicho instrumento. De ellos surge que, al adoptar la formulación elegida, los redactores del Pacto no tenían la intención de permitir que los Estados eludieran sus obligaciones al ejercer su jurisdicción fuera del territorio nacional. Su única intención fue impedir que las personas residentes en el extranjero hicieran valer, respecto de su Estado de origen, ciertos derechos que no eran de competencia de dicho Estado sino del Estado de residencia".[56]

Existen bastantes controversias en torno a la cuestión de la historia de la redacción del Pacto, especialmente entre el Comité de Derechos Humanos y Estados Unidos, dado que este país opina que esa historia demuestra precisamente que el Pacto no se elaboró para ser aplicado extraterritorialmente[57]. Durante la redacción, Estados Unidos propuso que se añadiera el requisito de "en su territorio" al artículo 2, que sólo contenía el requisito de "sujetas a su jurisdicción"[58]. Eleanor Roosevelt, representante de Estados Unidos y entonces presidenta de la Comisión, subrayó que Estados Unidos estaba "particularmente preocupado" por no asumir "una obligación de garantizar derechos reconocidos en el Pacto a ciudadanos de países bajo ocupación de Estados Unidos"[59]. Explicó lo siguiente:

55 Observación General 31, nota 50 *supra*, párr. 10 (el subrayado es nuestro).

56 Caso del muro, nota 47 *supra*, párrs. 108-111.

57 Anexo I: Alcance territorial de la aplicación del Pacto, 2º y 3º informes periódicos de Estados Unidos de América, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Doc. ONU CCPR/C/USA/3, 28 de noviembre de 2005; Sumario de la 2380a reunión, 18 de julio de 2006; Human Rights First, Presentación ante el Comité de Derechos Humanos, 18 de enero de 2006, p. 7, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/hrfirst.doc.

58 Compilación de las observaciones de los gobiernos sobre el proyecto de Pacto Internacional de Derechos Humanos y sobre los artículos adicionales propuestos, UN ESCOR Comisión de Derechos Humanos, 6º período de sesiones, 6th Sess, Doc. ONU E/CN.4/365, 1950, p. 14 (propuesta de Estados Unidos).

59 Acta resumida de la 138a reunión, UN ESCOR Comisión de Derechos Humanos, 6º período de sesiones, 138ª reunión, Doc. ONU E/CN.4/SR.138, 1950, p. 10.

> "La finalidad del añadido propuesto es dejar en claro que el proyecto de Pacto se aplicaría sólo a las personas dentro del territorio y sujetas a la jurisdicción de los Estados contratantes. Estados Unidos teme que, sin ese agregado, podría interpretarse que el Pacto obliga a los Estados contratantes a promulgar legislación relativa a personas que, aunque estén fuera de su territorio, estarían técnicamente dentro de su jurisdicción a determinados fines. Un ejemplo sería el de los territorios ocupados de Alemania, Austria y Japón: las personas dentro de esos países estaban sujetas a la jurisdicción de los Estados ocupantes en determinados aspectos, pero estaban fuera del alcance de la legislación de esos Estados. Otro ejemplo serían los territorios arrendados; algunos países arrendaron territorios de otros con determinados fines y podrían presentarse casos de autoridad dividida entre la nación arrendataria y la nación arrendadora."[60]

Estados Unidos adoptó la opinión de que la enmienda era necesaria "para dejar en claro que un Estado no estaba obligado a promulgar legislación respecto de sus nacionales que se encontraran fuera de su territorio"[61]. El Reino Unido siguió la misma línea y afirmó que "hay casos en que esos nacionales están, para algunos fines, sujetos a su jurisdicción, pero las autoridades del país extranjero intervendrían en caso de que alguno de ellos cometiera algún delito"[62].

Sin embargo, con respecto a las *tropas mantenidas por un Estado en zonas extranjeras*, la señora Roosevelt afirmó que "aunque se las mantenga en el extranjero, esas tropas siguen estando sujetas a la jurisdicción del Estado"[63].

Considerando estos intercambios, queda claro que es de poca ayuda recurrir a los trabajos preparatorios. En realidad, lo que no deja dudas es que la enmienda de "en su territorio" fue añadida a fin de que constituyera un requisito acumulativo junto con el requisito de la jurisdicción, pero las razones de la enmienda están vinculadas a situaciones muy precisas. Existía el temor de que surgiera un conflicto entre las jurisdicciones de Estados soberanos; no había razón para que un Estado interviniera en el territorio de otro Estado si este último tenía los medios de hacer respetar los derechos humanos. Esto es un escenario totalmente diferente del que se sostiene en el caso López Burgos o en situaciones de ocupación, en los que la autoridad del Estado ocupado ha desaparecido y ha sido reemplazada por la del Estado ocupante.

De modo que el enfoque del Comité de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia puede justificarse de varias maneras. Conforme al artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin". El Comité de Derechos Humanos parece haber adoptado ese enfoque en sus recientes observaciones, en la me-

60 Acta resumida de la 138a reunión, UN ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU E/CN.4/SR.138, 6 de abril de 1950, p. 10; v. también Acta resumida de la 139a reunión, E/CN.4/SR.193, 26 de mayo de 1950, párr. 53 y Acta resumida de la 194a reunión, E/CN.4/SR.194, 25 de mayo de 1950, párrs. 14, 16, 25.

61 Doc. ONU E/CN.4/SR.329, p. 10; v. también Acta resumida de la 139a reunión y de la 194a reunión, Doc. ONU E/CN.4/SR.194, 25 de mayo de 1950, párr. 16.

62 Doc. ONU E/CN.4/SR.329, p. 12.

63 Acta resumida de la 194a reunión, E/CN.4/SR.194, 25 de mayo de 1950, párr. 32.

dida en que consideró que de buena fe el Pacto debe aplicarse extraterritorialmente[64]. Además, "el trabajo preparatorio del tratado y las circunstancias de su conclusión" pueden considerarse a los fines de la interpretación no sólo si el significado es ambiguo u oscuro, sino también si la interpretación acorde al significado usual "conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable" (artículo 32). En tal sentido, un miembro del Comité de Derechos Humanos escribió en el caso López Burgos:

> "Sin embargo, interpretar la expresión "en su territorio" ateniéndose a su sentido estrictamente literal, excluyendo toda responsabilidad por conductas ocurridas fuera de las fronteras nacionales, *conduciría a resultados totalmente absurdos*… De todos modos, nunca se pensó en dar a los Estados Partes un poder discrecional ilimitado para realizar ataques deliberados e intencionados contra la libertad y la integridad personal de sus ciudadanos que viven en el exterior."[65]

Así pues, incluso cuando se basan en los trabajos preparatorios, que a primera vista indican otra cosa, las interpretaciones del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia son convincentes, y debe interpretarse que el Pacto se aplica a personas en el extranjero cuando están bajo el control efectivo de un Estado Parte, al menos cuando ese control es ejercido excluyendo el control por parte del Estado territorial.

Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contiene términos de aplicación más amplios que el PIDCP en el sentido de, según su artículo 1, los Estados Partes "reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el (…) presente Convenio"[66]. La historia de la redacción del artículo 1 no ofrece demasiadas indicaciones en relación con el significado de ese artículo. El primer borrador hace referencia a "todas las personas residentes en el territorio" y fue reemplazado por una referencia a las personas "dependientes de su jurisdicción". El argumento subyacente era que el término "residente" podría ser demasiado restrictivo y sólo abarcaría a las personas que residieran legalmente en el territorio. Por consiguiente, se lo reemplazó por "dependientes de su jurisdicción", sobre la base del artículo 2 del proyecto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que debatía la Comisión de la ONU[67].

64 "El Estado Parte debería revisar su enfoque e interpretar el Pacto en buena fe, de conformidad con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en su contexto, incluida la práctica ulteriormente seguida, y teniendo en cuenta su objetivo y finalidad." Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre el informe presentado por Estados Unidos de América, Estados Unidos de América, Doc. ONU CCPR/C/USA/CO/3/Rev1, 18 de diciembre de 2006, párr. 10.

65 *López Burgos c. Uruguay*, nota 51 *supra*. Opinión individual del señor Tomuschat (el subrayado es nuestro). Obsérvese que Tomuschat también excluyó la situación de ocupación del ámbito del artículo 2, conclusión que luego no fue seguida por el Comité de Derechos Humanos.

66 Art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

67 *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights* (vol. III, p. 260), citado en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bankovic and others v. Belgium and others*, solicitud Nº 52207/99, Decisión sobre admisibilidad [GC], 12 de diciembre de 2001, párr. 19.

Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estado más dispuesto a aplicar el Convenio en forma extraterritorial, pues sólo ha tenido que interpretar el significado del término "jurisdicción". El Tribunal halló, en el asunto *Loizidou*, que donde un Estado ejerce *el control efectivo y general sobre un territorio*, condición que se cumple particularmente en el caso de la ocupación militar, ejerce jurisdicción a los fines del artículo 1 del Convenio[68]. Justificó el argumento del control efectivo diciendo que "cualquier otra conclusión provocaría un lamentable vacío en el sistema de protección de los derechos humanos en el territorio de que se trate quitándoles a los individuos el beneficio de las salvaguardias fundamentales del Convenio y su derecho a pedir que una Alta Parta Contratante rinda cuentas por una violación de sus derechos en los procedimientos ante el Tribunal"[69].

En el asunto *Bankovic*, el Tribunal Europeo restringió su jurisprudencia sobre la aplicación extraterritorial del Convenio. Ese caso se refirió al bombardeo aéreo perpetrado por la OTAN contra la estación de radio y televisión serbia. El Tribunal opinó que esos bombardeos no significaron que los Estados atacantes tenían jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio Europeo; afirmó que "si los redactores del Convenio hubiesen deseado otorgar una jurisdicción tan amplia como sostenían los demandantes, habrían adoptado un texto idéntico o similar al del artículo 1 contemporáneo de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949"[70]. El Tribunal claramente vio una diferencia entre la guerra en un conflicto armado internacional, donde un Estado no tiene control de otro mientras se producen las hostilidades, y la situación de ocupación. Además, sostuvo que:

> "Para decirlo brevemente, el Convenio es un tratado multilateral que opera, conforme al artículo 56 del Convenio, en un contexto esencialmente regional y, en particular, en el espacio jurídico de los Estados Contratantes. La República Federal de Yugoslavia claramente no entra dentro de ese espacio jurídico. El Convenio no se elaboró para ser aplicado en todo el mundo, incluso respecto de la conducta de los Estados Contratantes. Por consiguiente, el deseo de evitar una laguna o un vacío en la protección de los derechos humanos hasta ahora ha sido satisfecho por el Tribunal en el sentido de establecer jurisdicción sólo cuando el territorio en cuestión estuviera cubierto normalmente, salvo en esas circunstancias específicas, por el Convenio."[71]

Esta argumentación conduce a la interpretación de que el Tribunal no hallaría que un Estado está ejerciendo jurisdicción si ejerce el control general sobre un territorio fuera del Consejo de Europa[72].

68 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Loizidou v. Turkey* (Objeciones preliminares), fallo del 23 de marzo de 1995, Serie A Nº 310, párr. 62; *Loizidou v. Turkey*, fallo del 18 de diciembre de 1996, Informes 1996-VI, párr. 56; *Cyprus v. Turkey*, Solicitud Nº 25781/99 nota 3 *supra*, párr. 77.

69 *Cyprus v. Turkey*, nota 3 supra, párr. 78.

70 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bankovic and others v. Belgium and others*, nota 67 *supra*, párr. 75.

71 Ibíd., párr. 80.

72 V. la severa crítica del fallo Bankovic efectuada por Luigi Condorelli, ""La protection des droits de l'Homme lors d'actions militaires menées à l'étranger", Collegium 32 (2005), p. 100.

Sin embargo, algunos fallos posteriores contradicen esta conclusión. En *Ocalan c. Turquía*, el Tribunal halló que Turquía era responsable de la detención del demandante por las autoridades turcas en Kenia: consideró que el demandante dependía de la jurisdicción de Turquía dado que estaba en poder de funcionarios turcos[73]. Esta aplicación extraterritorial más amplia fue confirmada en el caso *Issa y otros c. Turquía*, en que el Tribunal dejó en claro que el control sobre un individuo también implica la responsabilidad del Estado:

> "Un Estado también puede ser hallado responsable de la violación de los derechos y las libertades previstas en el Convenio de personas que se encuentren en el territorio de otro Estado pero de las que se halla que están bajo la autoridad y el control de aquel Estado a través de sus funcionarios que actúan, en forma lícita o ilícita, en este último Estado. En tales situaciones, la responsabilidad deriva del hecho de que el artículo 1 del Convenio no puede interpretarse de tal forma de permitir que un Estado Parte cometa violaciones del Convenio en el territorio de otro Estado, violaciones que no podría cometer en su propio territorio."[74]

En el caso *Ocalan*, como en el caso *Issa*, el Tribunal reconoció que los Estados tienen "jurisdicción" sobre personas que están en el territorio de otro Estado pero que están en poder de funcionarios de su propio Estado. Es interesante señalar que en su justificación el Tribunal se basó en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el caso *López Burgos* y en la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sostuvo que "la responsabilidad deriva del hecho de que el artículo 1 del Convenio no puede interpretarse de tal forma de permitir que un Estado Parte cometa violaciones del Convenio en el territorio de otro Estado, violaciones que no podría cometer en su propio territorio"[75]. Este argumento no se limitó al "espacio jurídico europeo".

Es difícil reconciliar el fallo *Bankovic* con la jurisprudencia posterior del Tribunal. Una manera de interpretar la decisión del caso *Bankovic* es que el Tribunal simplemente no halló que el Estado tuviera control efectivo sobre el territorio o sobre las personas, de modo tal que no había "jurisdicción" en virtud del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, esto no explica el argumento sobre el espacio jurídico europeo. Otra manera de tratar de hallar coherencia en la jurisprudencia es seguir la postura de la Cámara de los Lores del Reino Unido en el caso *Al-Skeini*. La Cámara de los Lores, tras revisar la jurisprudencia del Tribunal Europeo[76], basó sus consideraciones en el caso *Bankovic* como caso

73 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ocalan v. Turkey,* fallo del 12 de marzo de 2003, párr. 93.

74 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Issa and others v. Turkey*, fallo del 16 de noviembre de 2004, párr. 71; v. también *Isaac and others v. Turkey*, Solicitud Nº 44587/98, decisión sobre la admisibilidad del 28 de septiembre de 2008, p. 19.

75 *Issa and others v. Turkey*, nota 74 *supra*, párr. 71.

76 Incluido casos como *Sánchez Ramírez v. France*, 86-A DR 155, 1996; *Freda v. Italy*, 21 DR 250, 1980; *Hess v. the United Kingdom*, 2 DR 72, 1975.

autorizado, excluyendo la jurisdicción fuera de la zona del Consejo de Europa con la pequeña excepción de las "actividades de funcionarios diplomáticos o consulares en el exterior o a bordo de aeronaves y navíos registrados en ese Estado, o que vuelen bajo la bandera de ese Estado"[77] y las cárceles militares[78]. Por otro lado, esa postura desestima el argumento del Tribunal en el caso *Issa* o incluso en el caso *Ocalan*, donde no hubo duda alguna de que Ocalan pasó a depender de la jurisdicción de Turquía desde el momento en que fue entregado a los funcionarios turcos, sin cumplir ninguna de las condiciones enunciadas en la interpretación de la Cámara de los Lores. La jurisprudencia futura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos deberá ofrecer mayor claridad. Un caso interesante al respecto será la decisión en torno a la aplicación interestatal de Georgia contra Rusia[79].

En resumen, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el significado del término "jurisdicción" en el artículo 1 no es del todo coherente. Si bien sigue quedando poco claro en qué medida la naturaleza regional del Convenio limitará la jurisdicción al territorio dentro de la zona geográfica del Consejo de Europa en casos futuros, al parecer, por lo menos, no tomará en cuenta esa limitación si las personas están detenidas en el exterior. Otra cuestión que no ha sido elucidada es la siguiente: si funcionarios del Estado cometieran una ejecución selectiva ilícita en el exterior sin tener el control de esa zona, ¿ello significaría que ejercieron jurisdicción? El caso *Issa* pareciera señalar en ese sentido, y sería contradictorio hallar responsable a un Estado, en virtud del Convenio Europeo, por ejecutar a una persona detenida, pero no por una ejecución selectiva. Sin embargo, repetimos, esta cuestión no ha sido resuelta en forma definitiva.

Lo que se sugiere es que el término "jurisdicción" por sí solo no puede sostener el argumento de que significa el ejercicio del control en el exterior sólo cuando es ejercido en algunos Estados y no en otros. En la práctica, un Estado puede, con o sin el consentimiento del Estado anfitrión, lícita o ilícitamente, ejercer jurisdicción en el exterior. Por ello, "las personas dependerán de la jurisdicción de un Estado en circunstancias en las que se pueda decir que están bajo el control efectivo de ese Estado o están afectadas por quienes actúan en nombre de ese Estado de manera más general, donde sea que ello ocurra"[80]. Sin embargo, aunque el Tribunal en algunos casos no puede limitar la aplicación del Convenio debido a la falta de "jurisdicción", sí puede decidir hacerlo sobre la base de un argumento más general de que el Convenio es un tratado regional, no universal.

77 Como se describe en *Bankovic and others v. Belgium and others*, nota 67 *supra*, párr. 73.

78 Cámara de los Lores, *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, fallo del 13 de junio de 2007, [2007] UKHL 26, párrs. 61–83, 91, 105–132; la Sala de Apelaciones había interpretado que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos era más amplia y abarcaba tanto el control general sobre un territorio y sobre una persona; *R v. the Secretary of State for Defence, ex parte Al-Skeini and others*, fallo del 21 de diciembre de 2005, [2005] EWCA Civ 1609, párrs. 62–112.

79 Comunicado de prensa publicado por la Secretaría, "European Court of Human Rights grants requests for interim measures", Nº 581, 12 de agosto de 2008.

80 Sir Elihu Lauterpacht y Daniel Bethlehem, "The scope and content of the principle of *non-refoulement*: opinion", en Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law*: *UNHCR's Global Consultations On International Protection,* 87, 2003, párr. 67.

Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado desde hace mucho tiempo la jurisdicción sobre actos cometidos fuera del territorio de un Estado[81]. Ha fundado esta postura en la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, que no contiene ninguna cláusula de aplicación. El argumento de la Comisión es teleológico: dado que los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos en virtud de su humanidad, los Estados deben garantizar esos derechos a toda persona dependiente de su jurisdicción, es decir, para la Comisión, toda persona "sujeta a su autoridad y su control"[82].

La Comisión también adoptó una visión más amplia con respecto a las operaciones militares que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal rechazó la jurisdicción en el asunto *Bankovic*, cuando la Comisión Interamericana, al usar efectivamente la prueba de "causas y efectos", en el caso de la invasión de Panamá por Estados Unidos en 1989 afirmó que:

> "Donde se afirme que el uso de fuerza militar ha conducido a la muerte de no combatientes, daños personales y pérdida de propiedades, los derechos humanos de los no combatientes están implicados. En el contexto del presente caso, las garantías establecidas en la Declaración Americana están involucradas. El presente caso contiene alegaciones cuya competencia está dentro del marco de la Declaración. De este modo, la Comisión está facultada para considerar el asunto objeto del presente caso."[83]

Sin embargo, este caso ha estado pendiente desde 1993 y no se ha llegado a ningún fallo sobre el fondo.

La Comisión Interamericana también ha tenido que decidir sobre la ejecución de personas por funcionarios estatales que actuaban en el exterior. Condenó, como violación del derecho a la vida, el asesinato de Orlando Letelier en Washington y de Carlos Prats en Buenos Aires por funcionarios chilenos[84]. Análogamente, condenó los ataques contra ciudadanos de Surinam por funcionarios estatales de Surinam en Holanda[85].

En resumen, la Comisión Interamericana halla responsables a los Estados por actos sujetos a su autoridad y control y ha interpretado esos criterios de la forma más amplia posible, incluidas las situaciones de ataques armados en territorio extranjero.

81 Para un panorama de la jurisprudencia, v. Cristina Cerna "Extraterritorial application of the human rights instruments of the Inter-American system"en Fons Coomans y Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2004, pp. 141-174, y Douglas Cassel, ibíd., pp. 175-181.

82 *Coard. c. Estados Unidos*, nota 45 *supra*, párr. 37.

83 *Salas c. Estados Unidos*, Informe Nº 31/93, Caso Nº 10.573, 14 de octubre de 1993, Informe Anual 1993, OEA/Ser.L/V85, Doc. 9 rev., 11 de febrero de 1994, párr. 6.

84 Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 17, 9 de septiembre de 1985, cap. III, párrs. 81-91, 181.

85 Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Surinam, OEA/Ser.L/V/II.66, doc.21 rev 1, 2 de octubre de 1985, cap. V, E.

Convención contra la tortura, Convención sobre los derechos del niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial

El artículo 2 de la Convención contra la tortura exige que cada Estado Parte tome medidas eficaces para prevenir la tortura "en todo territorio que esté bajo su jurisdicción". La propuesta original sólo empleaba la formulación "en su jurisdicción". Se afirmó que se podría interpretar que estaban incluidos los ciudadanos de un Estado que están residiendo en el territorio de otro Estado. Se propuso cambiar la frase por "todo territorio bajo su jurisdicción", lo que cubriría la "tortura infligida a bordo de navíos o aeronaves registradas en el Estado correspondiente así como en territorios ocupados"[86]. En concordancia con este propósito, el Comité contra la tortura ha interpretado que esto incluye los territorios bajo el control efectivo de un Estado Parte en la Convención, pero lo ha hecho contra las protestas de algunos Estados, como el Reino Unido[87] y Estados Unidos[88].

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna cláusula de aplicación[89]. El Comité de la ONU de derechos económicos, sociales y culturales y la Corte Internacional de Justicia han afirmado, de todos modos, la aplicabilidad de ese tratado a todas las personas que estén bajo el control de un Estado, sobre todo en territorios ocupados[90].

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 2(1), garantiza los derechos establecidos en la Convención a todo niño en la jurisdicción de los Estados Partes; el Comité de los Derechos del Niño y la Corte Internacional de Justicia han interpretado que esa formulación incluye los territorios ocupados[91].

La Corte Internacional de Justicia halló, en su orden del 15 de octubre de 2008 en el caso entre Georgia y la Federación de Rusia que la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial se aplica a actos cometidos fuera del territorio de un Estado[92].

86 Report of the Working Group on A Draft Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Doc. ONU E/CN.4/L.1470, 12 de marzo de 1979, párr. 32; Francia propuso que la expresión "en su jurisdicción" se reemplazara por "en su territorio" en todo el proyecto, E/CN.4/1314, párr. 54.

87 Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Doc. ONU CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004, párr. 14.

88 Comité contra la Tortura, Informe Sumario de la 703a reunión, Doc. ONUCAT/C/SR.703, 14 de mayo de 2006, párr. 14.

89 Lo mismo sucede con la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

90 Caso del muro, nota 47 *supra*, párr. 112.

91 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Israel, Doc. ONU CRC/C/15/Add.195, 9 de octubre de 2002; caso del muro, nota 47 *supra*, párr. 113.

92 CIJ, *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Request for the Indication of Provisional Measures,* orden del 15 de octubre de 2008, párr. 109.

Práctica de los Estados

Los Estados miembros del Consejo de Europa han adoptado unánimemente resoluciones en el Comité de Ministros, el órgano decisorio del Consejo, relativas a la ejecución de fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han aplicado el Convenio extraterritorialmente, por ejemplo en el caso de *Chipre c. Turquía* por violaciones cometidas por Turquía durante su ocupación[93] o por las violaciones cometidas por la Federación de Rusia en Transdniestria en Moldova[94].

Las posiciones y las prácticas de los Estados en torno a la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, tal como ha se ha expresado en un largo período en resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, tienden a confirmar la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados internacionales. Tras la invasión de Hungría por las tropas soviéticas en 1956, el Consejo de Seguridad instó a la Unión Soviética y a las autoridades de Hungría a "que respeten…el goce por parte del pueblo húngaro de los derechos humanos y las libertades fundamentales"[95]. En 1967, consideró, con respecto a los territorios ocupados por Israel que "los derechos humanos esenciales e inalienables deben respetarse incluso durante las vicisitudes de la guerra"[96]. Más recientemente, ha condenado las violaciones de los derechos humanos "por milicias y grupos armados extranjeros" en la República Democrática del Congo[97]. Como se ha mencionado, las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a veces también hacen referencia a los derechos humanos en esas situaciones[98].

Pocos Estados han cuestionado, ante los organismos de derechos humanos, la aplicación de los tratados de derechos humanos en el exterior[99]. Aparte de Israel, no puede decirse con certeza si hay algún Estado que haya objetado persistentemente la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos. Además,

93 Resolución interina ResDH (2005) 44, relativa al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de mayo de 2001 en el caso de Chipre contra Turquía (adoptado por el Comité de Ministros el 7 de junio de 2005, en la 928º reunión de los viceministros).

94 Resolución interina ResDH (2006) 26, relativa al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 8 de julio de 2004 (Cámara Grande) en el caso de Ilascu y otros contra Moldova y la Federación de Rusia (adoptado por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 en la 964º reunión de los viceministros).

95 Res. AG 1312 (XIII), 12 de diciembre de 1958. V. nota 14 *supra*.

96 Res. CS 237 (1967) del 14 de junio de 1967, párr. preámbulo 2. V. nota 5 *supra*.

97 Doc. ONU S/RES/1649 del 21 de diciembre de 2005.

98 V. notas 30 y 31 *supra*.

99 V. Respuestas presentadas por el Gobierno de los Países Bajos en relación con las preocupaciones expresadas por el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales, CCPR/CO/72/NET, 29 de abril de 2003; Segundo informe periódico de Israel al Comité de Derechos Humanos, Doc. ONU CCPR/C/ISR/2001/2, 4 de diciembre de 2001, párr. 8; Segundo informe periódico de Israel al comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Doc. ONU E/1990/6/Add.32, 16 de octubre de 2001, párr. 5; Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Doc. ONU CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004, párr. 4 (b); Informe Sumario de la 703a reunión, Doc. ONU CAT/C/CR/33/3, 12 de mayo de 2006, párr. 14, Anexo I; Alcance territorial de la aplicación del Pacto, 2º y 3º informes de Estados Unidos de América, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Doc. ONU CCPR/C/USA/3, 28 de noviembre de 2005.

debemos observar que algunos tribunales nacionales importantes, por ejemplo en Israel[100] y el Reino Unido[101], han aplicado los derechos humanos extraterritorialmente. De modo que las objeciones de esos gobiernos no reflejan necesariamente una práctica estatal interna coherente, dado que esa práctica incluye todos los poderes de gobierno (ejecutivo, legislativo y judicial)[102].

Nos alejaríamos del objeto de este artículo si analizáramos qué derechos humanos son consuetudinarios. Pero no caben dudas de que los principales derechos humanos, como la prohibición de la privación arbitraria de la vida, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la privación arbitraria de la libertad o el derecho a un proceso equitativo, forman parte del derecho internacional consuetudinario. En cuanto a su alcance territorial, puede verse, a partir de las resoluciones de la ONU mencionadas, que la aplicación extraterritorial no se ha cuestionado fuera del derecho convencional[103]. Los derechos humanos en el derecho internacional consuetudinario son de naturaleza universal y, por lo tanto, pertenecen a todo ser humano, esté donde esté. De modo que puede argumentarse que los derechos humanos consuetudinarios se aplican a todos los territorios del mundo y que todo funcionario estatal, sea que actúe en su propio territorio o en el exterior, está obligado a respetarlos. En otras palabras, el respeto de los derechos humanos consuetudinarios no es un asunto de aplicación extraterritorial porque, fuera de las cláusulas de aplicación de los tratados, el respeto de los derechos humanos nunca se ha confinado territorialmente.

Complementariedad y *lex specialis*

La aplicación conjunta de los derechos humanos y del derecho humanitario tiene el potencial de ofrecer una fuerte protección a la persona, pero también puede plantear muchos problemas. Dada la creciente especialización de las diferentes ramas del derecho internacional, los diferentes regímenes se superponen, se complementan o se contradicen. Los derechos humanos y el derecho humanitario no son sino un ejemplo de este fenómeno[104]. De modo que es necesario revisar las normas internacionales pertinentes y los principios generales de interpretación a fin de analizar la relación entre los derechos humanos y el derecho humanitario.

100 V., por ejemplo, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, HCJ 3239/02, fallo del 18 de abril de 2002.

101 *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin), Nº CO/2242/2004, 14 de diciembre de 2004; v. también *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, 21 de diciembre de 2005, párrs. 3-11, 48-53, 189–190; *Al-Jedda, R v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWHC 1809 (Admin), de agosto de 2005.

102 La importancia de los fallos judiciales en la formación del derecho consuetudinario cuando esos fallos están en contradicción con las posiciones del ejecutivo ha sido objeto de debate: v. International Law Association, Final Report of the Committee on Formation of Customary International Law, Statement of principles applicable to the formation of general customary international law, pp. 17, 18.

103 V., por ejemplo, ejército de Estados Unidos, *Operational Handbook* de 2006, cap. 3, p. 47. Para el alcance extraterritorial del derecho consuetudinario a la vida, v. Nils Melzer, *Targeted Killing*, 2007, pp. 287 y ss.; David Kretzmer, "Targeted killing of suspected terrorists : extra-judicial executions or legitimate means of defence?", *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), pp. 171, 185; Orna Ben Naftali y Yuval Shany, "Living in denial : the application of human rights in the occupied territories", *Israel Law Review*, vol. 37 (2004), pp. 17, 87.

104 Bothe, nota 4 *supra*, p. 37.

Rasgos distintivos del derecho de los derechos humanos y del derecho humanitario

Antes de analizar las posibilidades de la aplicación conjunta, cabe recordar algunas distinciones fundamentales entre ambos derechos. En primer lugar, el derecho humanitario sólo se aplica en tiempo de conflicto armado, mientras que el derecho de los derechos humanos se aplica en todo momento. En segundo lugar, el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario tradicionalmente son vinculantes para partes diferentes. Está claro que el derecho humanitario es vinculante para las "partes en conflicto"[105], es decir tanto las autoridades estatales como las partes no estatales, pero esa cuestión es mucho más controvertida en el caso del derecho de los derechos humanos. Tradicionalmente, se ha interpretado que el derecho internacional de los derechos humanos es vinculante sólo para los Estados y habrá que ver cómo evoluciona el derecho en ese sentido[106]. En tercer lugar, los derechos humanos internacionales no pueden suspenderse[107], salvo algunas pocas excepciones, mientras que el derecho humanitario no puede suspenderse (con la única excepción del artículo 5 del cuarto Convenio de Ginebra). En último lugar, existen diferencias considerables en los derechos procesales y secundarios, como el derecho a interponer recurso en forma individual, tal como veremos más adelante[108].

Así pues, queda claro desde el inicio que es imposible una fusión completa de ambos ordenamientos jurídicos. Es natural entonces que el enfoque en la jurisprudencia y la práctica sea que los derechos humanos y el derecho humanitario no son mutuamente exclusivos, sino que se complementan y refuerzan mutuamente. Sin embargo, el concepto de complementariedad es de naturaleza política más que jurídica. Para dar con un marco jurídico dentro del cual puedan aplicarse conjuntamente los derechos humanos y el derecho humanitario, se debe recurrir a las herramientas que ofrecen los principios de interpretación jurídica. Esto nos conduce a dos conceptos principales: el concepto de complementariedad en su acepción jurídica de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y el concepto de *lex specialis*.

Qué significa "complementariedad"

Complementariedad significa que los derechos humanos y el derecho humanitario no se contradicen, sino que, por basarse en los mismos principios y valores, pueden influirse y reforzarse mutuamente. En tal sentido, la complementariedad refleja un método de interpretación consagrado en el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que establece que, para interpretar

105 V. art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

106 Art. 2 PIDCP; art. 1 Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 1 Convención Interamericana de Derechos Humanos; v. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

107 V. art. 4 PIDCP, art. 15 Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 27 Convención Interamericana de Derechos Humanos.

108 V. más abajo. "Investigaciones, recursos, reparaciones".

una norma, se deberá considerar "toda norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". En cierto sentido, este principio consagra la idea del derecho internacional entendido como sistema coherente[109]. Considera el derecho internacional como un régimen en el que diferentes conjuntos de normas conviven en armonía. De modo que el derecho de los derechos humanos puede interpretarse a la luz del derecho internacional humanitario y viceversa.

Qué significa el principio de *lex specialis*

Sin embargo, con frecuencia, la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario se describe como una relación entre el derecho general y el derecho especializado, donde el derecho humanitario es la *lex specialis*. Esta fue la posición de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las armas nucleares antes mencionado, en el que la Corte sostuvo que:

> "Sin embargo, la prueba de qué es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada por la *lex specialis* aplicable, es decir el derecho aplicable en los conflictos armados, que fue concebido para regular la conducción de las hostilidades."[110]

La Corte repitió la referencia al principio de la *lex specialis* en el caso del muro[111]. No lo hizo en el caso de la *República Democrática del Congo c. Uganda*[112]. Dado que la Corte no dio ninguna explicación sobre esa omisión, no queda claro si fue deliberada y representa un cambio en la postura de la Corte.

De los organismos internacionales de derechos humanos, la Comisión Interamericana ha seguido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, citando el principio de la *lex specialis*[113], pero no lo han hecho muchos otros. Ni la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han dado a conocer su opinión al respecto. El Comité de Derechos Humanos sí lo ha hecho, pero ha evitado el empleo de la expresión *lex specialis* y ha hallado, en cambio, que "el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son esferas complementarias y no mutuamente excluyentes"[114].

El principio de *lex specialis* es un principio aceptado de interpretación en el derecho internacional. Deriva de un principio romano de interpretación según

109 Campbell McLachlan, "The principle of systemic integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), pp. 279-320; Comisión de Derecho Internacional, *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from Diversification and Expansion of International Law*, Doc. ONU A/CN.4/L.676, 29 de julio de 2005, párr. 27; v. también Philippe Sands, "Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. I (1999), p. 95.

110 Caso de las armas nucleares, nota 46 *supra*, párr. 25.

111 Caso del muro, nota 47 *supra*, párr. 106.

112 *DRC v. Uganda*, nota 48 *supra*, párr. 216.

113 *Coard v. the United States*, nota 45 *supra*, párr. 42.

114 Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 50 *supra*, párr. 11.

el cual, en situaciones reguladas especialmente por una norma específica, esa norma desplazaría la norma más general (*lex specialis derogat legi generali*). El principio de *lex specialis* puede hallarse en los escritos de autores tan antiguos como Vattel[115] o Grocio. Este último escribe:

> "¿Qué normas deben observarse en esos casos [es decir cuando las partes de un documento están en conflicto]? Ante acuerdos iguales... se debería dar preferencia al más específico y cercano al tema que se esté tratando, dado que las disposiciones especiales suelen ser más eficaces que las generales."[116]

En la bibliografía jurídica, varios comentaristas critican la falta de claridad del principio de *lex specialis*. En primer lugar, se ha dicho que el derecho internacional, en comparación con el derecho nacional, no tiene una jerarquía clara de normas ni un legislador centralizado, sino "una variedad de foros, muchos de los cuales no tienen relación entre ellos y son independientes, lo que crea un sistema diferente del orden jurídico interno, que es más coherente"[117]. En segundo lugar, se ha subrayado que el principio de *lex specialis* fue concebido originalmente para el derecho interno y que no se lo puede aplicar fácilmente al muy fragmentado sistema del derecho internacional[118]. En tercer lugar, los críticos señalan que nada indica, particularmente entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, cuál de las dos normas es la *lex specialis* y cuál la *lex generalis*[119]. Algunos, por ejemplo, sostienen que el derecho de los derechos humanos bien podría ser el ordenamiento prevaleciente para personas en poder de una autoridad[120]. Incluso se ha criticado que "este amplio principio permite la manipulación del derecho de tal forma que apoya argumentos diametralmente opuestos tanto de los que están por como de los que están en contra de la compartimentalización del DIH y del DIDH"[121]. Por ello, los críticos han propuesto modelos alternativos al enfoque de la *lex specialis*, llamados "teoría pragmática de la armonización"[122], "polinización cruzada"[123], "fertilización

115 Emerich de Vattel, *Le Droit Des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, libro II, cap. xvii, párr. 316 (reproducción de los libros I y II, edn. 1758 en The Classics of International Law, Ginebra, Slatkine Reprints, Henry Dunant Institute, 1983).

116 Hugo Grocio, *De Iure Belli Ac Pacis*, Libro II, sección XXIX, Library Ires.

117 Anja Lindroos, "Addressing the norm conflicts in a fragmented system : the doctrine of *lex specialis*", *Nordic Journal of International Law*, vol, 74 (2005), p. 28.

118 V., por ejemplo, Comisión de Derecho Internacional, Report of the Study Group, nota 108 *supra*; Lindroos, nota 117 *supra*, pp. 27-28.

119 Nancie Prud'homme, "*Lex specialis :* oversimplifying a more complex and multifaceted relationship?", *Israel Law Review*, vol. 40 (2) (2007); p. 356; Gloria Gaggioli y Robert Kolb, "A right to life in armed conflicts? The contribution of the European Court of Human Rights", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007), pp. 115-169.

120 Louise Doswald-Beck, "El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº 139, enero-febrero de 1997, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

121 Prud'homme, nota 119 *supra*, p. 14.

122 Ibíd., p. 6.

123 Rene Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 350.

cruzada"[124] o "modelo mixto"[125]. Sin entrar en mayores detalles, puede decirse que estos enfoques comparten la característica de hacer hincapié en la armonía entre los dos ordenamientos jurídicos, y no en la tensión entre ellos.

En último lugar, parece haber una falta de consenso en la bibliografía jurídica sobre el significado del principio de *lex specialis*. El Informe del grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional ha hallado que la *lex specialis* no es necesariamente un principio para resolver un conflicto entre normas; en realidad, cumple dos funciones: como una interpretación más específica o como una excepción del derecho general. Según explica Martti Koskenniemi:

> "El derecho considera de dos maneras la relación de una norma particular con una norma general (a menudo llamadas principios). Una norma particular puede considerarse una aplicación de la norma general en una circunstancia dada. Esto equivale a decir que puede ofrecer instrucciones acerca de lo que la norma general requiere en el caso de que se trata. Otra posibilidad es que una norma particular sea concebida como una excepción a la norma general. En ese caso, la norma particular deroga la norma general. La máxima *lex specialis derogat legi generali* a menudo se interpreta como una norma de conflicto. Sin embargo, no se la debe concebir solamente como un conflicto."[126]

Entendido no como un principio para resolver conflictos de normas sino como un principio de interpretación más específica, el principio de *lex specialis* incorpora el enfoque de la complementariedad antes mencionado. Se asemeja mucho al principio del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual los tratados deben interpretarse a la luz unos de otros.

De modo que hay dos aspectos del principio de *lex specialis*. Uno es su significado como principio de interpretación según el cual una norma más general es interpretada a la luz de una norma más específica. Otro es su función como regla que rige los conflictos entre normas.

A la luz de esta interpretación, puede llegarse a la siguiente conclusión. La complementariedad, es decir la *lex specialis* en el sentido de una regla de interpretación, a menudo puede ofrecer soluciones para armonizar normas diferentes, pero tiene sus limitaciones. Cuando se presenta un verdadero conflicto de normas, una de las normas debe prevalecer[127]. En tales situaciones, el principio de *lex specialis*, en el sentido de regla para resolver conflictos, da precedencia a la norma que sea más apta y adecuada para la situación específica. Puede haber controversias en cuanto a qué norma es más especializada en una situación concreta y, en verdad "no es realista pensar que se puede determinar en forma abstracta que una rama del derecho es más específica que otra"[128]. Pero ello no debería poner en entredicho la aplicación del principio de la *lex specialis*

124 Sands, nota 109 *supra*, pp. 85-105.
125 Kretzmer, nota 103 *supra*, p. 171.
126 Martti Koskenniemi, Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of "Self Contained Regimes", Doc. ONU ILC (LVI)/SG/FIL/CRD.1 y Add. 1 (2004), p. 4.
127 V. Comisión de Derecho Internacional, Report of the Study Group, nota 109 *supra*, párr. 42.
128 Lindroos, nota 117 *supra*, p. 44.

como tal. Si bien las normas respectivas del derecho humanitario y de los derechos humanos en su mayoría pueden interpretarse a la luz unas de otras, algunas de ellas son contradictorias y se debe decidir cuál prevalece. Al determinar qué norma es la más especializada, los indicadores más importantes son la precisión y la claridad de una norma y su adaptación a las circunstancias particulares del caso.

La aplicación de la *lex specialis* en sus dos diferentes funciones a la interacción entre los derechos humanos y el derecho humanitario puede ilustrarse con el ejemplo del uso de la fuerza, especialmente en los conflictos armados no internacionales y en situaciones de ocupación.

Uso de la fuerza

Diferentes criterios sobre el uso de la fuerza en el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario

Las normas que rigen el uso de la fuerza en el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos se basan en supuestos diferentes. El derecho de los derechos humanos "apunta a que los funcionarios del Estado evalúen cada vez el uso de fuerza letal, mientras que el derecho humanitario se basa en la premisa de que se usará la fuerza y se atentará intencionalmente contra la vida de seres humanos"[129].

Conforme al derecho de los derechos humanos, la fuerza letal puede emplearse si existe un peligro *inminente* de violencia grave y tal que no puede impedirse ese uso. El peligro no puede ser meramente hipotético, debe ser inminente[130]. Este uso de la fuerza letal extremadamente acotado para proteger el derecho a la vida es confirmado en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, que afirman que "sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida" y exigen que se dé una advertencia clara antes de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta la advertencia[131]. Según el derecho de los derechos humanos, es poco probable que la planificación de una operación para matar sea lícita. Los oficiales de policía se entrenan en técnicas de disipación o en el uso de armas de forma completamente diferente a los soldados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha desarrollado una profusa jurisprudencia sobre los requisitos de la planificación y el control del uso de la fuerza a fin de evitar el uso de fuerza letal[132].

129 Kenneth Watkin, "Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict", *American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), p. 32.

130 V. Principios 9 y 10 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley; v. también Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 182-188; Kretzmer, nota 103 *supra*, p. 179.

131 Principios 9 y 10 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

132 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *McCann and Others v. United Kingdom*, 18984/91, párrs. 202-213; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, fallo del 9 de octubre de 1997, Informes 1997-VI, párrs. 181-186, 191-193; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, fallo de 4 de mayo de 2001, párrs. 103-104; *Ergi v. Turkey,* nota 43 *supra*, párr. 79; *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párrs. 169-171; *Isayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 189.

En el derecho internacional humanitario, los principales principios relativos al uso de la fuerza son los principios de distinción, precaución y proporcionalidad a fin de evitar causar en forma incidental la muerte a civiles o daños a bienes de carácter civil[133]. El principio de proporcionalidad en el derecho humanitario es diferente de la proporcionalidad en el derecho de los derechos humanos[134]. Este derecho exige que el uso de la fuerza sea proporcionado al objetivo de proteger la vida, mientras que el derecho humanitario prohíbe "los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista"[135]. Ambos principios pueden llevar a resultados diferentes. Por otro lado, algunos autores sostienen que "las diferencias se están disipando paulatinamente ya que los organismos de derechos humanos impulsan cada vez más el desarrollo de una rama de derechos humanos en tiempo de guerra, sensibles a las características peculiares de ese tipo de situación"[136].

Cada vez más se considera que, en el derecho humanitario, la capacidad de emplear fuerza letal está limitada no sólo por un principio de proporcionalidad que protege contra la muerte de civiles o los daños contra bienes de carácter civil causados en forma incidental, sino también por otras limitaciones inherentes al derecho humanitario, en particular el principio de necesidad militar y el principio de humanidad[137]. Una de las normas más antiguas que se citan al respecto es el párrafo preambular de la Declaración de San Petersburgo de 1868, que afirma que "el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo"[138]. Podríamos mencionar otras normas para respaldar este argumento, en particular la prohibición de no dar cuartel[139] o sobre el empleo de armas que causan sufrimientos innecesarios o lesiones superfluas[140]. En ese sentido, la necesidad militar se entiende no sólo como un principio que sustenta el derecho internacional humanitario o incluso como un principio que supedita otras normas del derecho humanitario al objetivo militar, sino también como un principio que impone restricciones a los medios y los métodos bélicos. Por lo que respecta al empleo de la fuerza, lo limita al grado y al tipo de fuerza necesarios para lograr reducir al enemigo. Por consiguiente, "el hecho de que el derecho humanitario no prohíba los ataques directos contra los combatientes no

133 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, Buenos Aires, 2007, normas 11-21.

134 V. el debate sobre el principio de proporcionalidad en Noam Lubell, "Los problemas de aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados.", *Revista Internacionanl de la Cruz Roja*, N.º 860, diciembre de 2005, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

135 V. la codificación en el Protocolo adicional I, art. 51 (5).

136 Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, p. 138.

137 Para un análisis exhaustivo del concepto de necesidad militar y su uso en los manuales militares modernos, v. Melzer, nota 103 *supra*, pp. 336-356; Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, p. 136.

138 Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra. El artículo 14 del Código de Lieber contiene una cláusula similar: "La necesidad militar, tal como la entienden las naciones civilizadas, consiste en la necesidad de adoptar medidas indispensables para lograr los fines de la guerra y que sean lícitas de conformidad con el derecho moderno y los usos de la guerra". V. también los arts. 15 y 16 del Código de Lieber, que definen la necesidad militar.

139 Reglamento de La Haya de 1907, art. 23 (c); II Convenio de Ginebra, art. 12; Protocolo adicional I, art. 40.

140 Protocolo adicional I, art. 35 (2).

implica una autorización lícita a matar a combatientes en cualquier momento y lugar cuando no estén fuera de combate en el sentido del artículo 41(2) del Protocolo adicional I"[141]. Sin embargo, este enfoque no deja de suscitar controversias entre los académicos y los expertos en derecho internacional humanitario.

Considerando estas dos normas, es interesante detenerse en los recientes desarrollos de la jurisprudencia. ¿Han cuestionado las normas? ¿Han producido una confluencia, como a veces se sostiene? Sin embargo, debe recordarse que la mayor parte de la jurisprudencia existente es de los organismos y los tribunales de derechos humanos y, en cierta medida, los tribunales nacionales. Las sentencias de estos organismos y tribunales no tienen un efecto vinculante universal. Además, adjudican casos en el marco de tratados o derechos específicos. En particular, los organismos de derechos humanos con frecuencia simplemente ignoran el derecho humanitario porque los Estados no reconocen que están participando en un conflicto armado. De modo que debe hacerse un esfuerzo para descubrir en qué sentido sus declaraciones pueden generalizarse o no y si o cómo pueden influir en el debate dogmático más amplio sobre los derechos humanos y el derecho humanitario.

Conflictos armados no internacionales

Prácticamente no habría controversias en torno al argumento de que, para la conducción de las hostilidades, es decir los enfrentamientos en el campo de batalla, el derecho humanitario es, en general, la *lex specialis* en relación con el derecho de los derechos humanos, pero hay dos situaciones más problemáticas: el empleo de la fuerza en conflictos armados no internacionales y el empleo de la fuerza en situaciones de ocupación, donde los derechos humanos tienen un papel importante que cumplir. En esas situaciones, ¿el derecho humanitario es siempre la *lex specialis*?

Derecho humanitario

El derecho humanitario convencional sobre conflictos armados no internacionales contiene muy pocas normas sobre la conducción de las hostilidades. La más importante es la que establece la protección de los civiles contra los ataques, a menos que participen directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación, consagrada en el artículo 13(3) del Protocolo adicional II. Sin embargo, es relativamente poco controversial considerar que las normas que regulan la conducción de las hostilidades, por ejemplo las de distinción, proporcionalidad y precaución, forman parte del derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales[142].

La dificultad es que no existe un estatuto de combatiente en los conflictos armados no internacionales. Esto podría llevar a concluir que, aparte de las fuer-

141 Nils Melzer, nota 103 *supra*, p. 347; según la expresión de Jean Pictet: "Si se puede dejar fuera de acción a un soldado capturándolo, no se lo debería herir; si se puede obtener el mismo resultado hiriéndolo, no se lo debería matar. Si hay dos medios de lograr la misma ventaja militar, se debe elegir la que cause el mal menor". *Development and Principles of Humanitarian Law*, pp. 75 y ss (1985).

142 V. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 133 *supra*, normas 1, 2, 5-24.

zas armadas gubernamentales, en esos conflictos sólo hay civiles, lo que significa que los miembros de los grupos armados sólo podrían ser atacados cuando están participando realmente en las hostilidades, y no en otro momento. Desde un punto de vista militar, se sostiene que ello no es factible y no refleja la realidad de los conflictos armados. Además crea un desequilibrio entre los miembros de las fuerzas armadas gubernamentales, quienes podrían ser atacados en todo momento, y los miembros de los grupos armados, quienes no podrían serlo. Durante la redacción del Protocolo adicional II, no había intención de excluir los ataques en todo momento contra los miembros de grupos armados que están luchando contra el gobierno. En cambio, el Comentario del Protocolo adicional II de 1977 afirma que "las personas pertenecientes a las fuerzas armadas o a grupos armados pueden ser atacadas en todo tiempo"[143]. En realidad, el principio de distinción sólo tiene sentido si no todos son civiles, es decir si se exige a las fuerzas gubernamentales que distingan entre la población civil y los miembros de grupos armados de oposición. Entonces, ¿quién puede ser atacado y en qué condiciones?

En términos generales, hay tres maneras de abordar el ataque contra miembros de grupos armados en conflictos armados no internacionales. La primera es sostener que si un miembro de un grupo armado tiene una función de combate permanente, a pesar de que sigue siendo un civil[144], el mero hecho de tener una función de combate se equipara a una participación directa en las hostilidades y, por lo tanto, esa persona puede ser atacada en todo momento (una suerte de participación directa en las hostilidades "continua")[145]. La segunda manera es definir los miembros de grupos armados que tienen una función de combate permanente como "combatientes a los fines de la conducción de las hostilidades", pero sin conferirles un estatuto de combatientes ni inmunidad, como en los conflictos armados internacionales ("enfoque

143 Sandoz, Swinarski y Zimmerman, nota 23 *supra*, apartado 4789.

144 La Corte Suprema de Israel ha adoptado la opinión de que los miembros de grupos "terroristas" siguen siendo civiles que pueden ser atacados si participan directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación. *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 Defence, the Israel Defense Forces, the Chief of General Staff of the Israel Defense Forces and Surat HaDin – Israel Law Center and 24 Others,* la Corte Suprema de Israel sesionando como Tribunal Supremo de Justicia, fallo del 14 de diciembre de 2006 (en adelante, caso de las ejecuciones selectivas), párr. 28. Sin embargo, ha evitado la cuestión de qué significa la expresión "mientras dure esa participación" (párr. 40).

145 V. Tercera reunión de expertos sobre participación directa en las hostilidades. Informe Sumario, 2005, pp. 48-49, disponible en http ://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-11205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf (en adelante, Informe participación directa). Esta parece ser también la postura de la Corte Suprema de Israel en el caso de las ejecuciones selectivas, nota 144 *supra*, párr. 39: "un civil que se ha sumado a una organización terrorista que se ha convertido en su "hogar", y en el marco de su función en esa organización comete una serie de hostilidades, con cortos intervalos entre ellas, pierde su inmunidad contra los ataques "mientras dure" la comisión de ese serie de ataques". Pero la Corte Suprema también reconoce que, entre esa situación y un civil que participó esporádicamente, sólo una vez, en las hostilidades y que sólo puede ser atacado en ese momento de participación, existe una zona gris "respecto de la cual el derecho internacional consuetudinario aún no se ha cristalizado", párr. 40.

de la membresía")[146]. La tercera manera consiste en considerar que nadie que no sea formalmente un combatiente, es decir que no sea un miembro de las fuerzas armadas, es un civil y sólo puede ser atacado durante el tiempo real en que esté participando directamente en las hostilidades.

La consecuencia de los dos primeros enfoques es que los miembros de los grupos armados que tienen una función de combate podrían ser atacados en todo momento según el derecho internacional humanitario. Las normas que restringen el empleo de la fuerza contra ellos serían las normas que regulan los medios y los métodos bélicos, por ejemplo las normas sobre el empleo de armas, la prohibición de la perfidia, la negativa a dar cuartel.

Sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, muchos se sienten a disgusto con al menos una parte de esa solución, porque si bien es poco problemático aceptar que "no es posible detener a rebeldes que están organizados, armados y agrupados"[147], es mucho más controvertido sostener que un miembro de un grupo armado, incluso un miembro con una función de combate permanente, puede ser atacado en todo momento sin las restricciones impuestas por el derecho de los derechos humanos. ¿Puede un miembro de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) ser atacado mientras hace las compras en Bogotá, en lugar de planificar una operación para arrestarlo? ¿Puede un miembro sospechoso del Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK) ser atacado con fuerza letal de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario cuando está participando en una manifestación? ¿Puede emplearse la fuerza letal sin dar ningún tipo de aviso contra un rebelde checheno en Moscú, cuando está en su casa? La principal cuestión práctica es si esas personas tienen que ser arrestadas, si ello fuera posible, en lugar de asesinadas. ¿Las normas tradicionales del derecho humanitario prevalecen en tal situación, estarían influidas por el derecho de los derechos humanos o el derecho de los derechos humanos como *lex specialis* desplazaría el derecho humanitario?

El derecho internacional humanitario convencional no aclara demasiado la cuestión. Como hemos explicado, el principio de necesidad militar, en su sentido restrictivo, podría impedir el hecho de disparar para matar a un combatiente en circunstancias donde no hay necesidad de hacerlo para lograr un objetivo militar concreto, pero esta interpretación de la necesidad militar sigue siendo controversial[148]. Por otro lado, esos casos se presentan cada vez más ante organismos de derechos humanos, que los han abordado desde la perspectiva de los derechos humanos.

146 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 29; Kretzmer, nota 103 *supra*, pp. 197-198; Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 23 *supra*, apartado 4789; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 69.

147 Louise Doswald-Beck, "El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿brinda el derecho internacional humanitario respuesta a todas las cuestiones?", *International Review of the Red Cross*, Nº 864, diciembre de 2006, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

148 V. DPH Report 2005, nota 145 *supra*, pp. 45-46.

Jurisprudencia de derechos humanos

Uno de los primeros casos que se presentó ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU fue el caso *Guerrero c. Colombia*[149]. Las autoridades sospechaban que miembros de un grupo armado de oposición habían secuestrado a un ex embajador y lo tenían como rehén en una casa en Bogotá. Como no encontraron al rehén, las fuerzas policiales esperaron que los rebeldes regresaran y les dispararon. El Comité de Derechos Humanos sostuvo que:

> "La acción policial se realizó aparentemente sin previo aviso a las víctimas y sin darles la oportunidad de rendirse a la patrulla policial ni de ofrecerle alguna explicación sobre su presencia o sus intenciones. No hay pruebas de que la acción de la policía fuera necesaria en legítima defensa o de otros, ni de que fuera necesaria para la detención o para impedir la huida de las personas interesadas… La acción policial que causó la muerte de la señora María Fanny Suárez de Guerrero no estaba de acuerdo con las exigencias de la aplicación de la ley en las circunstancias del caso."[150]

El Comité de Derechos Humanos también ha criticado la política de Israel de las ejecuciones selectivas en la medida en que se utilizan, en parte, como disuasión o como castigo y ha sostenido 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"[151].

La Comisión Interamericana en general ha sostenido que los miembros de grupos armados que asumen funciones de combate no pueden "recuperar el estatuto de civiles o alternar entre el estatuto de combatiente y el de civil".

La jurisprudencia más abundante es la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Antes de examinarla, cabe observar que en ninguno de los casos que se han presentado ante el Tribunal los gobiernos demandados han esgrimido el argumento de que un conflicto armado estaba teniendo lugar en su país.

El caso capital del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el uso de la fuerza fue el caso *McCann y otros c. Gran Bretaña,* relativo a la ejecución de miembros del Ejército Republicano Irlandés (IRA, por la sigla en inglés) por las fuerzas especiales británicas en Gibraltar. En ese caso, el Tribunal sostuvo que el uso de la fuerza no sólo debe ser proporcionado en el momento en que se lo ejerce, sino que las operaciones, incluso contra presuntos terroristas, deben planificarse de tal modo de reducir lo máximo posible el recurso a la fuerza letal[152]. Este principio básico es central en todos los casos subsiguientes relativos al uso de la fuerza, sea en

149 Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº R.11/45, Doc ONU Sup. N¹. 40(A/37/40), 31 de marzo de 1992.

150 Ibíd., párrs. 13.2, 13.3.

151 Observaciones finales: Israel, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003, párr. 15.

152 *McCann and others v. the United Kingdom*, nota 132 *supra*, párr. 194; *Gül v. Turkey*, Solicitud Nº 22676/93,
fallo del 14 de diciembre de 2000, párr. 84.

operaciones de mantenimiento del orden o en ocupaciones militares[153].

En el caso *Gülec c. Turquía*, en el que la policía disparó contra una multitud para dispersar a los manifestantes, el gobierno argumentó que había tenido que recurrir a la fuerza letal en una manifestación debido a la presunta presencia de miembros del PKK[154]. El Tribunal no aceptó el argumento y, en cambio, sostuvo que las autoridades deberían haber planificado su operación de tal modo de evitar emplear fuerza letal, utilizando por ejemplo el equipamiento necesario como porras, escudos antidisturbios, cañones de agua, balas de goma o gases lacrimógenos, sobre todo porque la manifestación tuvo lugar en una región donde se había declarado el estado de emergencia y, por lo tanto, era previsible que ocurrieran desmanes[155]. En el caso *Gül c. Turquía*, los policías dispararon contra la puerta que abrió Mehmet Gül después de que ellos llamaran. El Tribunal halló que la alegación de los policías de que Mehmet Gül había disparado una pistola contra ellos no se había comprobado. Sostuvo que abrir fuego con armas automáticas contra un objetivo que no habían visto en un complejo residencial habitado por civiles inocentes, incluidos niños y mujeres, había sido excesivamente desproporcionado[156]. En el caso *Ogur c. Turquía*, el gobierno afirmó que el objetivo de los miembros de las fuerzas de seguridad había sido aprehender a la víctima, de la que sospechaban que era un terrorista. En esa ocasión, estuvieron ante una "importante respuesta armada", a la que tuvieron que responder con disparos de advertencia, uno de los cuales impactó en Musa Ogür, que presuntamente estaba escapándose. El Tribunal no aceptó que las fuerzas de seguridad hubieran sido atacadas y sostuvo que el uso de la fuerza había sido desproporcionado, dado que no habían dado aviso y el disparo de advertencia se había ejecutado erróneamente[157].

En el caso *Hamiyet Kaplan c. Turquía*, el Tribunal aceptó que había enfrentamientos de magnitud entre las fuerzas del gobierno y el PKK. Cuatro personas, incluidos dos niños, murieron durante una redada policial contra miembros sospechosos del PKK, en el transcurso de la cual también resultó muerto un policía a raíz de disparos provenientes de la casa de los sospechosos. El Tribunal aceptó que había habido un enfrentamiento armado entre la policía y las personas en la casa y, por ende, descartó la hipótesis de que había habido una ejecución sumaria por parte de los oficiales de policía[158]. De todos modos, observó que, durante la organización de la operación, no se había hecho ninguna distinción entre la fuerza letal y la no letal: los oficiales de policía usaron sólo armas de fuego, no emplearon gases lacrimógenos o armas paralizantes. La violencia descontrolada del ataque contra la casa inevitablemente puso en grave peligro la vida de los sospechosos. Criticó que no se contara con un marco jurídico ni con la instrucción suficiente como para evitar el uso de fuerza letal por la policía y que, por lo tanto, había habido una violación

153 V. el caso más reciente: *Akhmadov and others v. Russia*, fallo del 14 de noviembre de 2008, párr. 100.
154 *Gülec v. Turkey*, fallo del 27 de julio de 1998, Reports 1998-IV, párr. 67.
155 Ibíd., párrs. 71-73.
156 *Gül v. Turkey*, nota 152 *supra*, párr. 82.
157 *Ogür v. Turkey*, fallo del 20 de mayo de 1999, Reports 1999-III, párrs. 82-84.
158 *Hamiyet Kaplan v. Turkey*, fallo del 13 de septiembre de 2005, párr. 50.

del derecho a la vida[159]. Una vez más, si bien el Tribunal no cuestionó la respuesta armada de los miembros sospechosos del PKK, aplicó los requisitos estrictos del mantenimiento del orden a esa situación.

El rasgo común de estos casos es que, aun cuando las personas eran presuntos terroristas o terroristas sospechados, el Tribunal aplica toda la panoplia de las salvaguardias de los derechos humanos para el derecho a la vida, incluida la necesidad de evitar la fuerza, de usar armas que evitarán heridas letales y de dar aviso.

En varios casos recientes relativos a las operaciones de seguridad contra rebeldes kurdos en Turquía y rebeldes chechenios en Rusia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado un lenguaje mucho más cercano al derecho humanitario que al derecho de los derechos humanos. En varios casos desde *Ergi c. Turquía*, el Tribunal, al evaluar la proporcionalidad en el empleo de la fuerza conforme al artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha hallado que el Estado era responsable de "tomar todas las precauciones factibles al elegir los medios y los métodos de una operación de seguridad montada contra un grupo de oposición con miras a evitar y, en cualquier caso, minimizar las pérdidas incidentales de vidas civiles"[160], requisito que se halla textualmente no en el derecho de los derechos humanos sino en la obligación prevista en el artículo 57(2)(a)(ii) del Protocolo adicional I de tomar tales precauciones en el ataque. El Tribunal ha aceptado que las heridas a los civiles pueden ser un resultado del uso de la fuerza contra miembros de grupos armados organizados, sin calificar ese uso de la fuerza como desproporcionado[161]. Como hemos dicho, esta prueba difiere en cierta medida de la que prevé el derecho de los derechos humanos en el sentido de que establece que la fuerza sólo puede emplearse como último recurso o que debe evitarse en la medida de lo posible, a fin de preservar no sólo a civiles inocentes sino también a la persona contra la que se apunta.

En el caso *Isayeva, Yusupova y Bazayeva*, varios civiles resultaron muertos en un ataque con misiles contra un convoy civil. Si bien el Tribunal hizo una declaración general sobre la necesidad de evitar la fuerza letal[162], su prueba fue, en efecto, si se hubiera podido evitar el daño contra civiles "en las cercanías de lo que las fuerzas militares podrían haber percibido como objetivos militares"[163]. Por otro lado, en el caso *Isayeva c. Rusia*, en el que el demandante y sus familiares fueron atacados por misiles cuando intentaban huir de una aldea a través de lo que percibían como una salida segura de los enfrentamientos, el Tribunal adoptó una posición levemente diferente. Si bien aceptó la necesidad de tomar medidas excepcionales en el contexto del conflicto

159 Ibíd., párrs. 51-55. V. también *Akhmadov and others v. Russia*, fallo del 14 de noviembre de 2008, párr. 99.

160 *Ergi v. Turkey*, nota 43 *supra*, párr. 79; *Ahmed Ozkan and others v. Turkey*, nota 43 *supra*, párr. 297. En el caso *Ergi*, el Tribunal fue muy lejos en su requisito de las medidas de precaución, que incluían la protección de civiles contra armas de fuego por un miembro del PKK atrapado en una emboscada; *Ergi*, párrs. 79, 80.

161 *Ahmed Ozkan and others v. Turkey*, nota 43 *supra*, párr. 305; sin embargo, el Tribunal halló que las fuerzas de seguridad deberían haber verificado después de las operaciones de combate si los civiles estaban heridos, párr. 307

162 *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 171; en *Isayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párrs. 175-176, el Tribunal cita ambos criterios.

163 *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 175.

checheno[164], el Tribunal recordó que Rusia no había declarado el estado de emergencia ni había impuesto una suspensión de conformidad con el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de modo tal que la situación tenía que ser "juzgada en relación con un marco jurídico normal"[165]. Luego sostuvo que:

> "incluso cuando se está ante una situación en la que, como el Gobierno sostiene, la población de la aldea había sido tomada como rehén por un numeroso grupo de combatientes bien equipados y entrenados..., el uso masivo de armas de efectos indiscriminados... no puede ser considerado compatible con el criterio de cuidado previo a una operación en la que funcionarios estatales usan la fuerza letal".[166]

Más adelante sostuvo que los aldeanos deberían haber sido advertidos de los ataques y deberían haber podido abandonar la aldea antes[167]. De modo que el Tribunal utilizó el modelo de los derechos humanos basado en una situación de mantenimiento del orden, pero también tomó en consideración la insurgencia y se concentró más en la índole indiscriminada de las armas y la ausencia de advertencia y de paso seguro para los civiles. No cuestionó que los rebeldes pudieran ser atacados, aunque no plantearan una amenaza inmediata[168].

De esta jurisprudencia puede concluirse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque nunca de manera explícita ni totalmente coherente, parece distinguir entre dos tipos de situaciones: por un lado, situaciones como las de los casos *McCann, Gül, Ogur* o *Kaplan*, en las que miembros individuales de grupos armados o presuntos miembros de esos grupos resultan muertos y se han tomado precauciones insuficientes para evitar el uso de fuerza letal, incluso contra esas personas; por otro lado, situaciones como las de los casos *Ergi, Ozkan* o *Izayeva, Yusupova* y *Bazayeva* e *Izayeva*, en las que las fuerzas gubernamentales participan en operaciones militares contra la insurgencia o en combates abiertos contra un grupo armado. En estos últimos casos, el Tribunal al parecer utiliza criterios que están inspirados, a veces explícitamente, otras implícitamente, en el derecho humanitario, sobre todo el criterio de si la pérdida de vidas civiles en forma incidental fue evitada en la mayor medida posible. No cuestiona el derecho de las fuerzas gubernamentales de atacar a las fuerzas de oposición, ni requiere que se evite la fuerza letal incluso en ausencia de una amenaza inmediata. Sin embargo, el Tribunal parece ir un poco más lejos que el derecho humanitario tradicional, en particular cuando requiere que se dé aviso a la población local de la llegada probable de rebeldes a su aldea[169], o que se considere si los disparos del grupo de oposición podrían poner en peligro la vida de los aldeanos[170].

164 *Isayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 180.
165 Ibíd., párr. 191.
166 Ibíd., párr. 191.
167 Ibíd., párrs. 193-200.
168 Sin embargo, parece requerir que los combatientes ilegales planteen un peligro a los militares en el caso *Akhmadavov and others v. Russia*, fallo del 14 de noviembre de 2008, párr. 101.
169 Ibíd., párr. 187.
170 *Ergi v. Turkey*, nota 43 *supra*, párr. 79.

Por último, debemos mencionar un fallo recientemente pronunciado por la Corte Suprema de Israel. La Corte Suprema tenía que dictar sentencia sobre la ejecución selectiva de miembros de grupos armados, no en el contexto de un conflicto armado no internacional, sino de una ocupación. De todos modos, sus conclusiones son esclarecedoras para nuestro análisis, dado que la Corte Suprema en efecto combinó los criterios del derecho humanitario con los de los derechos humanos. Si bien consideró que los "terroristas" eran "civiles que son combatientes ilícitos"[171] y que por lo menos los civiles que hubieran ingresado en una "organización terrorista" y cometido una serie de hostilidades perdían su inmunidad contra los ataques mientras durara esa serie de actos, es decir también en el tiempo durante cada uno de los actos de la serie, sentenció lo siguiente[172]:

> "Un civil que participa directamente en las hostilidades no puede ser atacado mientras está haciéndolo, si puede emplearse un medio menos dañino. En nuestro derecho interno, esa norma deriva del principio de proporcionalidad. En realidad, de todos los medios militares, se debe elegir aquel cuyo perjuicio contra los derechos humanos de la persona afectada sea menor... Por consiguiente, si es posible arrestar, interrogar y enjuiciar a un terrorista que participa directamente en las hostilidades, ese es el medio que debería privilegiarse... Un Estado que se rige por el derecho emplea, en la medida de lo posible, procedimientos del derecho y no procedimientos de la fuerza... El arresto, la investigación y el juicio no son medios que pueden emplearse siempre. Algunas veces, esa posibilidad no existe; otras veces, implica un riesgo tan grande para la vida de los soldados que no se puede optar por ella... Sin embargo, es una posibilidad que siempre debe considerarse. Podría ser particularmente práctica en las condiciones de una ocupación beligerante, en la que el ejército controla la zona donde se desarrollan las operaciones y en la que el arresto, la investigación y el juicio son a veces posibilidades factibles... Naturalmente, dadas las circunstancias de un determinado caso, esa posibilidad podría no existir. A veces, el daño que podría causarse a civiles inocentes que estén cerca del lugar podría ser mayor que el que causaría el hecho de abstenerse del ataque. En esas circunstancias no debería utilizarse... Después de un ataque contra un civil sospechado de haber participado activamente, en ese momento, en las hostilidades, debe realizarse (retroactivamente) una investigación exhaustiva sobre la precisión de la identificación del objetivo y las circunstancias del ataque contra él. Esa investigación debe ser independiente..."[173]

Si bien se basó en el derecho interno para sus conclusiones, la Corte Suprema citó abundantemente la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En otras palabras, la Corte Suprema tomó en consideración los

171 Caso de las ejecuciones selectivas, nota 144 *supra*, párr. 28.
172 Ibíd., párr. 39.
173 Ibíd., párr. 40, citas omitidas.

derechos humanos, tal como demuestra su expresión ("aquel cuyo perjuicio contra los derechos humanos de la persona afectada sea menor"). La Corte Suprema halló que debe procederse al arresto siempre que sea posible y a una investigación posterior al uso de la fuerza. Si bien no exigió un arresto en cada situación, sí exigió una investigación después de cada ejecución.

La interacción posible entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos

Lo que se desprende de todas las decisiones que hemos analizado (con la aclaración de que la mayoría de estas decisiones corresponden al Tribunal Europeo de Derechos Humanos) es que no se puede disparar contra presuntos miembros de grupos armados, "insurgentes" o "terroristas" con la intención de matarlos cuando existe la posibilidad de arrestarlos. Este suele ser el caso cuando se los halla cerca o dentro de sus hogares[174] o lejos de toda situación de combate[175]. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que ello no se aplica cuando las fuerzas gubernamentales están en combate contra grupos armados.

Como muchos subrayan, el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos con frecuencia conducen a los mismos resultados. La resolución de la mayoría de los casos presentados ante los organismos de derechos humanos probablemente habría sido la misma si se decidiera con respecto al derecho humanitario, dado que si se aceptan los principios restrictivos de necesidad militar y de humanidad, se debe arrestar, y no matar, a los combatientes de grupos armados que no participan directamente en las hostilidades, si ello es factible en las circunstancias del caso.

Sin embargo, a menos que se adopte una postura extremadamente expansiva para interpretar el derecho humanitario a la luz del derecho de los derechos humanos[176], las restricciones en cuanto al uso de la fuerza parecen ir más lejos en el derecho de los derechos humanos que en el derecho humanitario. La primera es que toda operación que incluya operaciones militares en conflictos armados no internacionales[177] donde se utiliza la fuerza deben planificarse con antelación de tal modo de evitar, en la mayor medida de lo posible, el uso de fuerza letal. La segunda es que las armas deben elegirse de tal modo de evitar el uso de fuerza letal en la medida de lo posible. La tercera es que toda presunta violación del derecho a la vida debe dar lugar a una investigación independiente e imparcial; los familiares de la persona a la que se dio muerte tienen derecho a interponer recurso si razonablemente pueden argüir que el derecho a la vida ha sido violado, y a obtener una reparación individual si se ha cometido esa infracción. Considerando estas

174 Como en el caso *Suárez de Guerrero c. Colombia*, nota 38 *supra*; *Gül v. Turkey*, nota 152 *supra*; *Ogur v. Turkey*, nota 157 *supra*.

175 Como en *Gülec v. Turkey*, nota 154 *supra*.

176 Como Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, pp. 148-149; Francisco Forrest Martin, "The united use of force rule: amplifications in light of the comments of Professors Green and Paust", *Saskatchewan Law Review*, vol, 65 (2002), p- 405; Francisco Forrest Martin, "The united use of force rule revisited: the penetration of the law of armed conflict by international humanitarian rights law", *Saskatchewan Law Review,* vol. 65 (2002), p. 451.

177 V. *Akhmadov and others v. Russia*, nota 153 *supra*, párr. 100.

diferencias, la cuestión de qué derecho se aplica a un uso particular de la fuerza sigue teniendo importancia práctica. Se puede abordar la cuestión de la interacción de varias maneras.

Con respecto al uso de la fuerza en conflictos armados no internacionales, la primera sería limitar la aplicación del derecho humanitario a la zona geográfica donde están desarrollándose los enfrentamientos. Podrían hallarse algunos argumentos para sostener esa visión en el caso *Tadic*:

> "Si bien los Convenios de Ginebra nada dicen en cuanto al ámbito geográfico de los "conflictos armados" internacionales, sus disposiciones sugieren que por los menos algunas de ellas se aplican a la totalidad del territorio de las partes en conflicto, no sólo a las zonas aledañas a las hostilidades reales. Sin duda, algunas de las disposiciones están claramente ligadas a las hostilidades y el ámbito geográfico de esas disposiciones debería limitarse en ese sentido. Otras disposiciones, en particular las relativas a la protección de los prisioneros de guerra y los civiles, no se limitan en tal sentido."[178]

Podría interpretarse que este fragmento del caso *Tadic* restringe algunas normas del derecho humanitario a las situaciones de combate, es decir que cede el lugar al derecho de los derechos humanos en todas las demás situaciones. Sin embargo, la jurisprudencia posterior del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) no ha confirmado esa posición, en la medida en que algunas partes del derecho humanitario se aplicarían a todo el conflicto y no otras. En el caso *Kunarac*, la Sala de Apelaciones dejó en claro que el criterio decisivo para la aplicación del derecho humanitario es si existe un conflicto armado y si el acto en cuestión ocurre en relación con el conflicto armado[179]. Para explicar la relación entre el derecho humanitario y la legislación aplicable en tiempo de paz, la Sala sostuvo que "las leyes de la guerra no necesariamente desplazan las leyes que rigen una situación de paz; las primeras pueden añadir elementos necesarios para la protección que debe darse a las víctimas en una situación de guerra"[180]. Trasladado a la relación entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos, esto significa que el derecho humanitario se aplica en todo el territorio del país en una situación de conflicto armado, pero no es el único ordenamiento jurídico pertinente y el derecho de los derechos humanos puede llegar a añadir requisitos que las autoridades estatales deberán observar. Esta posición es convincente: en realidad, si hay una relación con el conflicto, por ejemplo si las fuerzas de seguridad están persiguiendo a un miembro de un grupo armado, sería contrario al objeto y el propósito del derecho humanitario descartarlo por completo. Ello provocaría una escisión del derecho humanitario por la cual algunas normas (por ejemplo, las relativas a la detención) siempre se aplicarían, mientras que otras no (como las relativas a la conducción de las hostilidades).

178 *Prosecutor v. Dusko Tadic*,
179 *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23&23/1, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párrs. 55-60.
180 *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23&23/1, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párr. 60.

Cuando se opta por la aplicación conjunta del derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos a todo el territorio, el mejor enfoque es aplicar la regla de la *lex specialis*. En lo que respecta al derecho a la vida —es decir si una ejecución es lícita o no—, la cuestión de qué ordenamiento jurídico constituye la *lex specialis* debe resolverse haciendo referencia a su objeto y su propósito: el derecho de los derechos humanos se basa en el uso de los poderes para el mantenimiento del orden, mientras que el derecho humanitario, en general, se centra en el campo de batalla (con la excepción de la ocupación, situación que abordaremos más adelante). De modo que aplicar el derecho de los derechos humanos sólo es realista si es factible utilizar los medios del mantenimiento del orden, es decir sólo en operaciones conducidas por las fuerzas de seguridad (sean militares o policiales) con algún control efectivo sobre la situación. En esos casos, el derecho de los derechos humanos constituye la *lex specialis*. Por otro lado, en las situaciones de combate, el derecho humanitario es la *lex specialis*[181].

En cuanto a la conducción de las hostilidades, el derecho de los derechos humanos por lo general es lo suficientemente flexible como para adaptarse a la *lex specialis* del derecho humanitario. Allí es donde interviene la declaración de la Corte Internacional de Justicia: "La prueba de qué es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada por la *lex specialis* aplicable, es decir el derecho aplicable en los conflictos armados, que fue concebido para regular la conducción de las hostilidades"[182]. La única excepción sería la que figura en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no habla de "privación arbitraria de la vida" pero que, si bien contiene requisitos mucho más estrictos, puede derogarse en virtud del artículo 15 de ese Convenio "para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra". En ausencia de derogaciones, el Tribunal ha recurrido tácitamente a las normas del derecho humanitario en situaciones que se caracterizaron como situaciones de batalla y, en realidad, el derecho humanitario sí constituye la *lex specialis* en esos casos.

Fuera de las situaciones de conducción de hostilidades, el derecho humanitario por lo general puede interpretarse a la luz de[183] o ser complementado por el derecho de los derechos humanos. El derecho de los derechos humanos prevalecerá sólo en caso de incompatibilidad.

181 En este sentido, v. también Marco Sassòli, "La Cour Européenne des Droits de l'homme et les Conflits Armés", en Stephan Breitenmoser, Bernhard Ehrenzeller, Marco Sassòlii, Walter Stoffel y Beatrice Wagner Pfeifer (eds.), *Droits de L'homme, Démocratie et État De Droit*, Liber Amicorum Luzius Wilhaber, Dike, Zürich, 2007, pp. 709, 721; Marco Sassóli, "Le Droit International Humanitaire, une Lex Specialis par Rapport aux Droits Humains ? ", en Andreas Auer, Alexandre Flückiger y Michel Hottelier (eds.), Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni : Les Droits Humains et la Constitution, 2007, p. 394.

182 Caso de las armas nucleares, nota 46 *supra*, párr. 25; sin embargo, esa afirmación de la Corte Internacional de Justicia no hace una diferenciación entre situaciones o tipos de de conflictos armados y probablemente su intención fue significar, sin más, que el derecho humanitario siempre es la *lex specialis* en los conflictos armados; v., por ejemplo, Leslie Green, "The 'unified use of force rule' and the law of armed conflict : a reply to Professor Martin ", *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 427.

183 Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, pp. 141, 148 y ss. Estos autores consideran, por ejemplo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrece una interpretación del principio de precaución.

¿Qué significa control efectivo? No es posible responder de forma totalmente satisfactoria a esta pregunta, pero pueden hallarse algunas orientaciones en varios criterios. El criterio geográfico, si bien no es el único, es el principal. Las zonas se caracterizan por estar bajo el control más o menos grande de las fuerzas gubernamentales. Si éstas se lanzan a capturar a un rebelde en zonas alejadas de la zona de combate, pueden hacerlo utilizando medios del mantenimiento del orden. En otras palabras, cuanto más cercana esté la situación del campo de batalla, más prevalecerá el derecho humanitario, y viceversa. Otros criterios relevantes pueden ser, por ejemplo, el grado de resistencia armada hallado por las fuerzas de seguridad, la duración de los combates en comparación con actos aislados o esporádicos, o el tipo de armas utilizado. En la práctica, la diferencia no será tan fácil de definir, pero una interpretación coherente de estos ordenamientos jurídicos existentes debe intentar ofrecer un marco que dé cierta orientación y, al mismo tiempo, sea flexible como para adaptarse a un amplio número de situaciones posibles.

Una objeción para aplicar el derecho de los derechos humanos a las situaciones de conflicto entre el gobierno y los grupos armados es que restringe los actos del gobierno y no los de los grupos de oposición armados. En realidad, el derecho de los derechos humanos sólo se aplica a las autoridades estatales. Si bien esto es controversial en la doctrina, lo cierto es que aunque se sostuviera que los grupos de oposición armados están regidos por los derechos humanos, sólo las acciones del gobierno serán controladas por los organismos internacionales de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. ¿Puede decirse entonces que al Estado "se le exige luchar con una mano atada en la espalda"?[184] Sin duda, ese desequilibrio entre las fuerzas gubernamentales y los grupos de oposición no es creada por las restricciones adicionales del derecho de los derechos humanos. Eso sucedería sólo si hubiera una igualdad del uso permitido de la fuerza, que sería desestabilizada por el requisito adicional para las fuerzas gubernamentales. Pero ese caso no se presenta, dado que un grupo no gubernamental que ataque al gobierno es considerado criminal en el derecho interno, y el derecho humanitario en los conflictos armados no internacionales no protege a los miembros del grupo de la penalización en el derecho interno como sí protege a los combatientes en los conflictos armados internacionales[185].

Ocupación

A diferencia de los conflictos armados no internacionales, el uso de la fuerza en los conflictos armados internacionales suele caracterizarse por operaciones similares a los combates en campaña, sobre todo las operaciones militares desde el aire, como en los conflictos entre Estados Unidos y Afganistán en 2001, entre la Coalición e Irak en la primavera de 2003, o Israel y Líbano en el verano de 2006. En

184 Françoise Hampson, "Human rights and humanitarian law in internal conflicts", en Michael Meyer (ed.) *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 1989, p. 60.

185 Doswald-Beck, nota 147 *supra*, p. 890.

esas situaciones, el derecho de los derechos humanos por lo general no será aplicable por falta de un control efectivo[186]. El caso de la ocupación es diferente, pues plantea la cuestión de la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario de manera mucho más similar a la de los conflictos armados no internacionales.

Una de las principales obligaciones de la Potencia ocupante, según el artículo 43 del Reglamento de La Haya es "tomar todas las medidas que [de ella] dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la vida pública". Esta disposición impone a las autoridades ocupantes la obligación de mantener el orden: el orden público en general se restablece a través de operaciones policiales, no militares[187]. La característica particular del derecho humanitario aplicable a las situaciones de ocupación es que supone una autoridad y un control efectivos[188], que por lo general no se hallan en el campo de batalla. Además, el Reglamento de La Haya de 1907 separa claramente las secciones "De las hostilidades" (Sección II) y "De la autoridad militar sobre el territorio del Estado enemigo" (Sección III). Análogamente, el IV Convenio de Ginebra indica claramente que el procedimiento normal para garantizar el orden y la seguridad es la legislación penal, no las operaciones militares[189].

Entonces, ¿qué situaciones requieren que la Potencia ocupante respete el derecho de los derechos humanos porque está cumpliendo su obligación de mantener el orden y en qué situaciones las hostilidades exigen el uso de la fuerza conforme al derecho humanitario? En términos jurídicos abstractos, la respuesta debe ser la misma que hemos propuesto más arriba: cuando la Potencia ocupante tiene el control efectivo, está en una situación de mantenimiento del orden y tiene la posibilidad de arrestar a las personas, debería actuar en concordancia con los requisitos del derecho de los derechos humanos[190].

La cuestión concreta que se plantea será si los miembros de las fuerzas enemigas o de movimientos de resistencia organizados pueden ser atacados para darles muerte (de conformidad con las normas que rigen la conducción de las hostilidades en un conflicto armado internacional) o si las fuerzas de la Potencia ocupante deben arrestarlas porque tienen el control efectivo suficiente de la situación como para hacerlo.

De modo que, en la práctica, es necesario distinguir entre varias situaciones de ocupación, pues la mera definición de "ocupación" en el derecho humanitario supone cierto control, mientras que en realidad hay situaciones de ocupación donde el control del territorio no es sino parcial. Cuando continúan o recomienzan las hostilidades, el derecho humanitario sobre la conducción de las hostilidades debe prevalecer por sobre el derecho de los derechos humanos, que supone cierto control para

186 Como ocurrió en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bankovic and others v. Belgium*, nota 67 *supra*.

187 Marco Sassòli, "Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers", *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 665.

188 Art. 42 del Reglamento de La Haya de 1907.

189 Arts. 64 y 65 del IV Convenio de Ginebra.

190 En ese sentido, v. Lubell, nota 134 *supra*, pp. 52-53; v. también Melzer, nota 103 *supra*, pp. 224-230, donde se considera que el derecho humanitario mismo conduce a ese resultado.

su aplicación. Por supuesto, la cuestión que se plantea es cuándo puede decirse que han recomenzado las hostilidades. No todas las actividades criminales, aun cuando sean violentas, pueden tratarse como ataques armados. ¿Qué sucede en el caso de la resistencia militar por parte de grupos que no son miembros formales de las fuerzas armadas del Estado ocupado? Tal como se sugirió en una reunión sobre el derecho a la vida en los conflictos armados, organizada por el Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario en Ginebra en 2005[191], la prueba para suponer que existe una situación de hostilidad podría basarse en la prueba utilizada por el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia a fin de determinar la existencia de un conflicto armado no internacional: un grado de intensidad y cierta duración de la violencia[192]. Esas situaciones requerirían una respuesta militar, mientras que los ataques aislados o esporádicos[193] por parte de los movimientos de resistencia sólo podrían realizarse a través de medios del mantenimiento del orden[194].

El caso Al-Skeini, si bien no fue zanjado respecto de ese aspecto en particular, demuestra cuán complicada puede ser la elección entre la aplicación del derecho de los derechos humanos y la del derecho humanitario en una situación de ocupación, o más bien cuán difícil es aplicar la teoría en la práctica. Una de las cuestiones planteadas fue si el asesinato de cinco personas en operaciones de seguridad por las tropas británicas durante la ocupación de la ciudad de Basora en Irak en 2003 fue lícito conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos. No hubo dudas en cuanto al hecho de que mientras existía una ocupación por parte de las tropas británicas en las provincias iraquíes de Al Basora y Maysan en el momento de que se trataba[195], el Reino Unido no tenía autoridad ejecutiva, legislativa o judicial en la ciudad de Basora. Se trataba de mantener el orden en una situación lindante con la anarquía. La mayoría de la Sala de Apelaciones halló que no había un control efectivo a los fines de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos[196].

La decisión demuestra que puede haber dos visiones de la aplicación de los derechos humanos en situaciones de ocupación. La mayoría halló que no había un control efectivo suficiente siquiera para *aplicar* el Convenio Europeo de Derechos Humanos extraterritorialmente. Otra manera de llegar a la misma conclusión sería sostener que, aun cuando el derecho de los derechos humanos se aplicara, la

191 Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario, Reunión de Expertos sobre el derecho a la vida en los conflictos armados y las situaciones de ocupación, 1 y 2 de septiembre de 2005 (en adelante, Informe de la Reunión de Expertos en CUDIH), disponible en www.adh-geneva.ch/events/expert meetings.php (consultado el 23 de julio de 2008).

192 *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Caso IT-94-1 (Sala de Apelaciones), Decisión sobre la moción de la defensa para la apelación interlocutoria sobre jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párr. 70: "violencia prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre grupos de ese tipo dentro de un Estado».

193 V. también el Protocolo adicional II, art. 1 (2), según el cual "las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia" no se consideran conflictos armados.

194 Informe de la Reunión de Expertos en CUDIH, sección D4.

195 Caso Al-Skeini (Sala de Apelaciones), nota 78 *supra*, párr. 119.

196 Ibíd., párr. 124. La Cámara de los Lores llegó a la misma conclusión que la mayoría de la Sala de Apelaciones, pero basándose en que la Ley de Derechos Humanos no tiene aplicación extraterritorial. Caso Al-Skeini (UKHL), nota 78 *supra*, esp. párrs. 26 y 109-132.

cuestión de si se ha cometido una violación del derecho a la vida debe evaluarse haciendo referencia a las normas del derecho internacional humanitario, que prevalece como *lex specialis*.

No caben dudas de que este problema y este cambio en las normas aplicables sobre el uso de la fuerza no son sólo de suma importancia para la protección de los civiles en el terreno, sino que también tienen efectos importantes en los soldados. Para evitar las violaciones, los soldados deben contar con reglas de enfrentamiento claras y recibir el entrenamiento adecuado. En la práctica, la mejor manera de lograrlo es separando las funciones policial y militar[197]. Incluso en ese caso puede llegar a ser extremadamente difícil distinguir entre un delincuente común y un combatiente, tal como se ha reconocido, por ejemplo, en un Informe retrospectivo de la acción de las fuerzas norteamericanas en Irak[198].

Investigaciones, recursos, reparaciones

El derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario difieren fundamentalmente en muchos aspectos procesales relacionados con el derecho a interponer recurso y a comparecer en forma individual en el derecho de los derechos humanos. Además difieren, originalmente, en lo relativo al derecho individual a recibir reparación. El derecho humanitario no reconoce ese derecho a interponer recurso en forma individual a nivel internacional, pero los principales tratados de derechos humanos contienen un mecanismo para presentar quejas individuales que ha producido jurisprudencia sobre el derecho a interponer recurso, el derecho a una investigación y el derecho a recibir reparación. Esa jurisprudencia ya ha comenzado a influir en la interpretación del derecho humanitario y podría seguir haciéndolo en el futuro.

Investigaciones

El derecho humanitario contiene numerosos requisitos para efectuar investigaciones, sobre todo en relación con los crímenes de guerra[199], pero también, por ejemplo, en caso de muerte de prisioneros de guerra[200] o de internados civi-

197 V. también Watkin, nota 129 *supra*, p. 24; Sassòli, nota 187 *supra*, p. 668.

198 "La transición de una situación de combate a una operación de apoyo y estabilidad exige un cambio de actitud sustancial y fundamental. Se pide a los soldados que pasen de matar al enemigo a protegerlo e interactuar con él, y luego se les vuelve a pedir que lo maten. Los cambios permanentes de actitud suelen ser muy complicados para el soldado normal. Los soldados se confunden en cuanto a las reglas de enfrentamiento, que les siguen planteando dudas, y en cuanto a cuestiones sobre la protección y la fuerza en puestos de control o en patrullajes". Informe retrospectivo de acción, TEMA: Comentarios sobre el informe retrospectivo de acción en la Operación de Liberación de Irak", 24 de abril de 2003, realizado por el grupo de tareas 1-64 (desclasificado), TCM C/3-15 Infantería, citado en Human Rights Watch, *Hearts and Minds*, disponible en www.hrw.org/reports/2003/iraq1003/10.htm (consultado el 23 de agosto de 2007).

199 Esto está implícito en la obligación de buscar a las personas que presuntamente han cometido infracciones graves y de hacerlas comparecer ante los tribunales. Arts. 49, 50, 129 y 146 respectivamente de los cuatro Convenios de Ginebra; art. 85 del Protocolo adicional I.

200 Art. 121 del III Convenio de Ginebra.

les[201]. Las obligaciones relativas a las investigaciones también se han desarrollado en el derecho convencional, el derecho indicativo o *soft law* y la jurisprudencia en el derecho de los derechos humanos, y ahora son prácticamente más exhaustivas que en el derecho internacional humanitario[202]. En el derecho de los derechos humanos, las denuncias de violaciones graves de los derechos humanos, especialmente las denuncias de malos tratos o de ejecuciones ilícitas, deben ser objeto de una investigación oficial rápida, imparcial, profunda e independiente. Las personas responsables de realizar las investigaciones deben ser independientes de las implicadas en los hechos. La investigación debe poder conducir a determinar no sólo los hechos, sino también la licitud de los hechos y las personas responsables. Las autoridades deben tomar todas las medidas razonables a su disposición para obtener pruebas sobre los incidentes, incluidos, *inter alia*, testigos oculares, pruebas forenses y, cuando corresponda, una autopsia que permita contar con un registro completo y preciso de las lesiones y un análisis objetivo de los resultados clínicos. A fin de que la investigación sea digna de la confianza pública, debe ser objeto de una vigilancia pública suficiente. Si bien el grado de vigilancia pública puede variar según el caso, los parientes de la víctima deben participar en el proceso en todos los casos, en la medida necesaria para salvaguardar sus intereses legítimos, y deben ser protegidos de toda forma de intimidación. El resultado de la investigación debe darse a conocer públicamente. El Tribunal Europeo ha ido más lejos incluso y ha establecido una presunción de responsabilidad del Estado cuando se da muerte a personas en una zona que está bajo el control exclusivo de las autoridades[203], dado que los hechos son en ese caso de conocimiento exclusivo de las autoridades[204].

Los organismos de derechos humanos no han vacilado en aplicar esos requisitos relativos a las investigaciones en situaciones de conflicto armado[205]. Recientemente, el Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o

201 Art. 131 del IV Convenio de Ginebra.

202 V. los Principios relativos a la Prevención Eficaz e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias, o Sumarias, recomendados por la resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989 del Consejo Económico y Social; Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; de la vasta jurisprudencia, v. Comité de Derechos Humanos: Observaciones finales, Serbia y Montenegro, párr. 20, Doc. ONU CCPR/CO/81/SEMO, 12 de agosto de 2004; *Observaciones finales, Brasil, párr. 20, Doc. ONU* CCPR/C/79/Add. 66, 24 de julio de 1996; Observaciones finales: Colombia, párrs. 32 y 34, Doc. de la ONU CCPR/C/79/Add. 76, 5 de mayo de 1997; Comité contra la tortura, Conclusiones y recomendaciones: Colombia, párr. 10 (f), Doc. ONU. CAT/C/CR/31/1, 4 de febrero de 1997; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Myrna Mack-Chang c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C Nº 101; *Caracazo c. Venezuela* (Reparación), sentencia del 29 de agosto de 2002, serie C Nº 95; *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, sentencia del 26 de noviembre de 2003, serie C Nº 99, párr. 186; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Amnesty International et al. v. Sudan*, 26º y 27º períodos de sesiones ordinarias, mayo de 2000, párr. 51; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra,* párrs. 208–213 (sumario de la jurisprudencia constante del Tribunal).

203 *Akkum v. Turkey*, sentencia del 24 de marzo de 2005, párrs. 208-211.

204 Ibíd., párr. 211.

205 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 208–213; Corte Interamericana de Derechos Humaos, *Myrna Mack-Chang c. Guatemala*, nota 202 *supra*; Comité de Derechos Humanos: Observaciones finales, Colombia, Doc. ONU CCPR/C/79/Add. 76, 5 de mayo de 1997, párr. 32.

arbitrarias lamentó el hecho de que las investigaciones sean menos frecuentes y a menudo más indulgentes en situaciones de conflicto armado que en tiempo de paz[206].

En ese ámbito, existe un espacio para que los derechos humanos complementen el derecho humanitario, especialmente en relación con el uso de la fuerza o las denuncias de malos tratos. En realidad, es importante distinguir entre el derecho sustantivo que justifica el uso de la fuerza, que difiere en el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, y la cuestión de la investigación, que en primer lugar exige recabar información sobre los hechos. En este último aspecto, no existe contradicción entre los derechos humanos y el derecho humanitario. Este derecho no establece una obligación de investigar con tanto nivel de detalle, pero no hay motivo para interpretar que se trata de un silencio calificado en el sentido de que excluiría la aplicación de esa obligación en el derecho de los derechos humanos.

Evidentemente, no sería realista exigir una investigación después de cada vez que se emplea la fuerza en una operación de combate[207]. Pero existe un punto medio entre investigar cada disparo en un conflicto armado y no investigar ninguna presunta violación del derecho a la vida. La realidad, sobre todo en contextos de contra insurgencia, es que con frecuencia los hechos no son claros. Si no se realiza una investigación, el personal de seguridad puede alegar, con suma facilidad, que actuó sobre la base del supuesto de que la fuerza letal era necesaria porque estaba ante un ataque inminente[208] o que los rebeldes murieron en el fuego cruzado[209]. En esas circunstancias, la única manera de llegar a un resultado es a través de una investigación independiente en la que no sólo el personal de seguridad puede ser oído, sino también los testigos que apoyen la opinión de las víctimas o de sus familiares.

Existen elementos en la jurisprudencia de derechos humanos que sin duda son nuevos para las situaciones de conflicto armado. No todos los requisitos de una investigación en tiempo de paz pueden trasladarse directamente a las situaciones de conflicto armado. Además, las investigaciones sólo pueden realizarse si así lo permiten las condiciones de seguridad imperantes y deberán tomar en cuenta la realidad del conflicto armado[210], como los problemas para reunir pruebas en algunas situaciones de combate, la falta de acceso del personal de investigación, o la necesidad de seguridad de los testigos. Por otro lado, no puede decirse que las investigaciones sean imposibles *per se* en tiempo de conflicto armado[211]. En circunstancias donde no hay certezas en cuanto a la licitud del acto, sobre todo en casos de ejecuciones selectivas de personas, se debería realizar por lo menos una investigación cuando existen dudas razonables acerca de la licitud de la ejecución[212]. Los procedimientos para efectuar investigaciones en situaciones de conflicto armado deberán ser más desarrollados, pero no caben dudas de que deben cumplir los requisitos de independencia e impar-

206 Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Doc. ONU E/CN.4/2006/53m, 8 de marzo de 2006, párrs. 33–38.

207 Melzer, nota 103 *supra*, pág. 526 y ss.

208 Como sucedió en *Gûl v. Turkey*, nota 152 *supra*, párr. 81, 89, o en *Ogur v. Turkey*, nota 157 *supra*, párr. 80.

209 Como sucedió en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Escué-Zapata c. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costos, sentencia del 4 de julio de 2007, serie C Nº 165, párr. 39.

210 Watkin, nota 129 *supra*, p. 34.

211 Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, p. 126.

212 Kretzmer, nota 103 *supra*, pp. 201, 204.

cialidad. Al respecto, se ha hallado que las investigaciones militares plantean desafíos particulares en lo relativo a la independencia[213]. Las investigaciones militares deberían analizarse en forma especial para evaluar su independencia y su imparcialidad, así como para determinar el papel que otorgan a las víctimas y sus familiares.

Vigilancia de los tribunales

El derecho humanitario se concentra en las "partes en conflicto", mientras que los derechos humanos giran en torno a la persona y están formulados como derechos individuales[214]. Esto no significa que no existan derechos en el derecho humanitario. Muy por el contrario, los Convenios de Ginebra se formularon deliberadamente para consagrar derechos personales e intangibles[215]. Pero, a nivel internacional, el derecho de los derechos humanos, por lo menos en cuanto a los derechos civiles y políticos[216], reconoce el derecho a interponer recurso, es decir un derecho a presentar una queja individual por presuntas violaciones[217]. Ese derecho no existe en el derecho humanitario[218]. La mayor parte de la jurisprudencia relativa a la interacción entre los derechos humanos y el derecho humanitario se ha decidido sobre la base del derecho de los derechos humanos, porque las víctimas sólo pueden presentar casos ante los organismos de derechos humanos. Por ello, al parecer, uno de los efectos más patentes de la aplicación del derecho de los derechos humanos a las situaciones de conflicto armado es que conduce a la vigilancia de los tribunales. Nunca antes las situaciones de conflicto armado internacional o de operaciones militares en el extranjero han sido vigiladas como en los casos relativos a Kosovo, Irak o Afganistán. A veces se argumenta que esa vigilancia de los tribunales es inadecuada para la acción militar, pero ¿es realmente así?[219]

213 Informe del Relator Especial, nota 206 *supra*, párr. 37; v. más generalmente Federico Andreu, *Fuero militar y derecho internacional*, *International Commission of Jurists*, 2003, pp. 112-26; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev 1, 26 de febrero de 1999, cap. V, párrs. 17-60; Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, sobre el tema de la administración de justicia por los tribunales militares, Doc. ONU E/CN.4/2006/58, 13 de enero de 2006, párrs. 32-35.

214 Ben Naftali y Shany, nota 103 *supra*, pp. 17, 31.

215 Jean Pictet (ed.), *Commentary to the First Geneva Convention*, 1960, pp. 82, 83; v. en particular el debate sobre los artículos 6/6/6/7 de los cuatro Convenios de Ginebra respectivamente; Yoram Dinstein, "The international law of inter-state wars and human rights", *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. I (1971), pp. 139, 147.

216 V. el recientemente adoptado Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Doc. ONU A/HRC/8/L.2, 9 de junio de 2008.

217 V. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2(3); Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7(1)(a); Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por Res. AG 60/147 del 16 de diciembre de 2004, Doc. ONU A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.

218 Liezbeth Zegveld, "Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario", *International Review of the Red Cross*, N.º 851, septiembre de 2003, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

219 Este fue el argumento de, por ejemplo, la Oficina del Procurador del Estado en el caso de las ejecuciones selectivas, nota 144 *supra,* párr. 47.

La necesidad de contar no sólo con un tribunal penal internacional, sino también con un mecanismo de supervisión mejor para el derecho humanitario o incluso "un organismo o un tribunal cuya función sería recibir quejas contra los Gobiernos que infringen las disposiciones de los Convenios [de La Haya y de Ginebra]"[220], ha sido analizada durante décadas[221]. A nivel internacional, un tribunal o una corte de ese tipo nunca ha hallado la aprobación de los Estados. ¿Podría haber una razón allí para restringir el acceso a los tribunales, a menos a nivel nacional? ¿El derecho humanitario no es justiciable debido a la naturaleza excepcional de la acción militar? La práctica demuestra que este argumento no se impone, ya que hay una larga historia de interpretación del derecho humanitario en los tribunales.

En realidad, los tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, los tribunales penales internacionales e híbridos, y los tribunales nacionales han interpretado el derecho internacional humanitario. Del mismo modo que lo han hecho los tribunales nacionales, sea en Israel, en Colombia o en otros países, con los derechos humanos o los derechos nacionales fundamentales como base para la queja y la comparecencia de la víctima. La Corte Suprema de Israel a menudo ha abordado la cuestión de la justiciabilidad y ha declarado al respecto:

> "La Corte no se abstiene de la revisión judicial sólo porque el jefe militar actúa fuera de Israel o porque sus acciones tienen ramificaciones políticas o militares. Cuando las decisiones o los actos del jefe militar afectan los derechos humanos, son justiciables. Las puertas de la Corte están abiertas. El argumento de que la intrusión en los derechos humanos se debe a consideraciones de seguridad no descarta la revisión judicial. Las "consideraciones de seguridad" o la "necesidad militar" no son palabras mágicas..."[222]

De modo que no hay razón que justifique que las acciones en conflictos armados no sean justiciables. Pero en ausencia de otras soluciones, la mayoría de los casos se ha presentado ante tribunales penales u organismos de derechos humanos.

No cabe duda de que los tribunales deben tomar en cuenta la naturaleza específica de la guerra. En la práctica, se han referido a la discreción del jefe militar o del soldado en medio de una operación. Un ejemplo de supervisión de un

220 Sean MacBride, "Human rights in armed conflict, the inter-relationship between the humanitarian law and the law of human rights", *IX Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, 1970, p. 388.

221 V. A. H. Robertson. "Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles, in Honour of Jean Pictet*, 1984, pp. 793, 799; Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 23 *supra*, párrs. 3600–3602; Informe del Secretario general sobre el respeto de los derechos humanos en conflictos armados, Doc. ONU A/7720, 20 de noviembre de 1969, párr. 230; Hampson, nota 184 *supra*, p. 71; Dietrich Schindler, "Human rights and humanitarian law : interrelationship of the laws", American University Law Review, vol. 31 (1982), p. 941. En la Conferencia de Ginebra de 1949, no tanto con la misma idea pero sí en la misma dirección, Francia propuso el establecimiento de una "Alto Comité Internacional" para "supervisar la aplicación y garantizar el respeto de los Convenios", Informe Final de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949, 1963, vol. 3 anexo Nº 21 y vol. 2, sec. B, p. 61.

222 *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, Corte Suprema sesionando como Alto Tribunal de Justicia, 15 de septiembre de 2005, párr. 31. V, también *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Corte Suprema sesionando como Alto Tribunal de Justicia, 30 de junio de 2004, párr. 46 y ss.

tribunal que deja discreción al jefe militar, tomando en consideración su posición o punto de vista, son los casos del Tribunal Militar Internacional en Nuremberg:

> "No se nos ha convocado para determinar si realmente existió una necesidad militar urgente de devastar y destruir Finmark. Nos interesa aquí la cuestión de si el acusado, en el momento de que se trata, actuó dentro de los límites del juicio honesto sobre la base de las condiciones imperantes en el momento... Nuestra opinión es que las condiciones, tal como se presentaron al acusado en ese momento, eran suficientes como para que honestamente pudiera concluir que la necesidad militar urgente justificaba la decisión que se tomó. Dicho esto, el acusado puede haberse equivocado en el ejercicio de su juicio, pero no fue culpable de ningún acto criminal."[223]

A veces se critica que los organismos y los tribunales de derechos humanos no tienen la pericia necesaria para abordar las situaciones de conflicto armado[224]. Pero, desde el punto de vista de las víctimas de las violaciones, es difícil argumentar que, en ausencia de un recurso independiente internacional específicamente previsto por el derecho internacional humanitario, el recurso a los tribunales regionales de derechos humanos y a otros organismos de derechos humanos no es un camino válido. Antes bien "el hecho de que una persona tenga un recurso en el derecho de los derechos humanos da fuerza adicional a las normas del derecho internacional humanitario correspondientes a las normas de derechos humanos que presuntamente se infringieron"[225]. Esa supervisión independiente puede brindar mayor protección a las víctimas o reforzar la protección por otros mecanismos e instituciones[226].

Otra crítica es que las personas protegidas por el derecho humanitario por lo general no están en posición de recurrir a ningún tipo de proceso judicial y que es mejor contar con un organismo imparcial que actúe por iniciativa propia en lugar de mecanismos judiciales[227]. Es cierto que las personas a menudo no tendrán acceso a ninguna protección jurídica. Sin embargo, la plétora de casos existentes es una prueba en sí misma de que el argumento es demasiado estrecho. Propone una elección entre un mecanismo de protección judicial o una protección jurídica, pero estas no son alternativas que se excluyen. Hay muchas maneras de prestar protección a las personas en conflictos armados, a través de las actividades de las organizaciones humanitarias, como el CICR, de mecanismos políticos, como algunos

223 Caso Lista de Wilhelm (juicio de los rehenes), Comisión de las Naciones Unidas de Crímenes de Guerra, Informes de los juicios a criminales de guerra, vol. VIII, 1949, p. 69, disponible en www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List4.htm (consultado en agosto de 2008).

224 Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos de la ONU, documento de trabajo de la Sra. Hampson y el Sr. Salama sobre la relación entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 de junio de 2005, párrs. 9-37.

225 Bothe, nota 4 *supra*, p. 45; v. también Meron, nota 9 *supra*, p. 247, quien escribe que "su idealismo y su ingenuidad son justamente su mayor fortaleza"; Reidy, nota 44 *supra*, p. 529.

226 William Abresch, "A human rights law of internal armed conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya", *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 741; v. también Bothet, nota 4 *supra*, p. 90.

227 Schindler, nota 221 *supra*, p. 941.

foros de la ONU, de acciones judiciales, de presión ejercida a través de grupos o de decisiones tomadas por organismos penales internacionales[228]. La supervisión de los tribunales, incluso a través de los tribunales de derechos humanos o de los tribunales nacionales que oyen a víctimas de violaciones de derechos fundamentales pueden ser un método eficaz de protección.

En realidad, el derecho de los derechos humanos no es necesariamente más protector en lo que respecta a los derechos sustanciales[229]. Sólo hay que recordar dos restricciones críticas del derecho de los derechos humanos: su dependencia de cierta jurisdicción o del control efectivo por el Estado; y el hecho de que no vincula a las partes no estatales[230].

Además, si los organismos de derechos humanos desestiman por completo el derecho humanitario, sobre todo en una situación donde éste es la *lex specialis* o desnaturalizan los derechos humanos al emplear de forma implícita y no abierta el lenguaje del derecho humanitario, se podría terminar debilitando ambos ordenamientos jurídicos. Por otro lado, se impide "una interpretación coherente de las normas de protección en tiempo de conflicto armado al tiempo que se favorece la fragmentación"[231]. Mantener claridad en cuanto a qué normas se están aplicando a determinada situación sería una manera preferible de proteger a las víctimas de los conflictos armados a largo plazo. Si bien la mayoría de los organismos internacionales de derechos humanos no han aplicado el derecho humanitario directamente, pues su mandato sólo incluía los tratados de derechos humanos respectivamente aplicables[232], la Corte Interamericana ha aplicado el derecho humanitario interpretando la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de los Convenios de Ginebra debido a su contenido que se superpone[233]. La Comisión Interamericana es el único organismo que expresamente se ha asignado la competencia de aplicar el derecho humanitario[234].

En resumen, no hay conflicto entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario respecto de los recursos judiciales. Simplemente el derecho

228 Una evaluación interesante de los diferentes mecanismos puede hallarse en Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 232-277.

229 Aeyal M. Gross, "Human proportions : are human rights the emperor's new clothes of the international law of occupation ? ", *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), p. 35. Sobre el aspecto más protector de algunas disposiciones del derecho humanitario, v. Cordula Droege, "The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict *", Israel Law Review*, vol. 40 (2007), p. 350.

230 Aun cuando se considere que los derechos humanos vinculan a los grupos armados no estatales, sólo pueden presentarse casos ante los organismos y los tribunales internacionales contra Estados.

231 Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, p. 126 (2007).

232 En dos casos recientes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que abordar cuestiones bastante complejas de derecho penal internacional y derecho internacional humanitario, pero parece haber procurado evitar aventurarse demasiado en el territorio del DIH. *Korbely v. Hungary*, fallo del 19 de septiembre de 2008, *Koronov v. Latvia*, fallo del 24 de julio de 2008, párr. 122.

233 *Bámaca Velázquez c. Guatemala*, nota 45 *supra*, párrs. 207–209. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que puede considerar otras ramas del derecho para determinar la licitud de las derogaciones. Comité Derechos Humanos, Observación General 29: Estados de emergencia (art. 4), Doc. ONU CCPR/C/21/Rev1/Add.11, 24 de julio de 2001, párr. 10.

234 *Abella c. Argentina*, Caso 11.137, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe 55/97, OEA/Ser.L/V/II.98, doc 6 rev, 1997, párrs. 157–171.

humanitario no contiene ninguna disposición en cuanto a la cuestión del derecho individual a interponer recurso; no excluye los recursos individuales cuando existen en virtud de otro derecho internacional o del derecho interno. El derecho de los derechos humanos ha reforzado la posibilidad de presentar casos ante tribunales y otros organismos de derechos humanos. Esto no implica un conflicto con el derecho humanitario, sino que en realidad puede fortalecer el respeto de este derecho, pero según la óptica del derecho de los derechos humanos.

Reparaciones

Si bien las violaciones de los derechos humanos dan lugar a un derecho individual a recibir reparación[235], las normas equivalentes sobre reparación en el derecho de los conflictos armados internacionales sólo reconocen ese derecho, o al menos el derecho a reclamarlo, al Estado[236]. El derecho humanitario relativo a los conflictos armados no internacionales nada dice sobre las reparaciones.

Sin embargo, ninguna disposición del derecho internacional humanitario excluye el derecho a recibir reparación[237]. Muchas violaciones graves del derecho humanitario constituyen simultáneamente violaciones graves de los derechos humanos. Por el mismo acto, tortura, por ejemplo, una persona puede tener un derecho a recibir una reparación total porque constituye una violación de los derechos humanos, aun cuando no existe ese derecho en el derecho humanitario. Existe una tendencia creciente a reconocer que los Estados deberían otorgar reparaciones por violaciones del derecho humanitario también. Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Asamblea General en 2005[238], son un avance hacia esa dirección. Análogamente, en su Opinión Consultiva sobre el muro de Cisjordania, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que Israel tenía la obligación de dar reparaciones por los daños causados a todas las personas naturales o jurídicas afectadas por la construcción del muro[239]. Además, existe cierta práctica de mecanismos de reparación, como la Comisión de Reclamaciones de la ONU o la Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía,

235 V. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. En diferentes tratados, este derecho deriva de normas redactadas en un lenguaje diferente, pero que tienen esencialmente el mismo contenido; v., por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2 (3); Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 41; Convención contra la Tortura, art. 14; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 63.

236 Reglamento de La Haya de 1907, art. 3; Protocolo adicional I, art. 91; v- Emanuela-Chiara Gillard, "Reparations for violations of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, N.º 851, pp. 529-554, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

237 Hampson/Salama, nota 224 *supra*, párrs. 20, 49.

238 Res. AG 60/147, 16 de diciembre de 2005.

239 Caso del muro, nota 47 *supra*, párr. 106. Se puede especular si sostuvo ese argumento en ausencia de otro Estado al que Israel podría haber pagado una compensación. V. Pierre d'Argent, "Compliance, cessation, reparation and restitution in the *Wall* Advisory Opinion", en Pierre-Marie Dupuy *et al.* (eds.*), Völkerrecht Als Wertordnung – Common Values In International Law, Festschrift For Christian Tomuschat*, 2006, pp. 463, 475.

en la que los individuos pueden interponer recurso en forma directa, participar en diversos grados en el proceso de revisión de reclamaciones y recibir compensación directamente[240]. También existe una práctica abundante en el derecho interno relativa a las reparaciones después de conflictos armados[241]. El artículo 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional constituye un importante avance en el sentido de que reconoce el derecho de las víctimas de crímenes internacionales a recibir reparación (pero con un margen de discreción para la Corte).

Sin entrar en los detalles de este complejo debate, el principal argumento contra un derecho individual a recibir reparación es que, en tiempo de conflicto armado, las violaciones pueden ser tan numerosas y generalizadas, y los daños causados, tan abrumadores, que desafían la capacidad de los Estados, tanto financiera como logística, de otorgar una reparación adecuada a todas las víctimas[242]. Desde el punto de vista de la justicia, este argumento es defectuoso, porque su consecuencia es que cuanto más generalizada y masiva es la violación, menos derecho a recibir reparación existe para las víctimas. Por otro lado, aceptar un reclamo individual de reparación para las víctimas de violaciones del derecho humanitario cometidas a gran escala acarrea problemas reales de aplicación y el riesgo de falsas promesas a las víctimas. Será interesante seguir la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional al respecto, que puede basarse en una disposición explícita sobre reparaciones en el Estatuto de Roma (artículo 75) y actualmente está desarrollando un enfoque de los derechos de las víctimas. Probablemente tendrá que adoptar medidas de compensación de tipo más globales o medidas de reparación basadas en la comunidad para abarcar al mayor número posible de víctimas. En todo caso, no cabe duda de que, si bien la simple afirmación de que no existe un derecho individual a recibir reparación por violaciones del derecho internacional humanitario ya no es adecuada a la luz de la evolución del derecho y la práctica, quedan muchas incertidumbres en cuanto a la manera en que se pueden otorgar adecuadamente en la práctica reparaciones masivas a raíz de violaciones cometidas en conflictos armados.

Conclusión

En resumen, la naturaleza del derecho internacional humanitario, que no fue concebido en torno a derechos individuales, no permite imaginar tan fácilmente que incorporaría todos los derechos procesales que se han desarrollado en el derecho de los derechos humanos. Sin embargo, una mayor sensibilización sobre la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados y una mayor exigencia de transparencia y responsabilización en las operaciones militares pueden propiciar una mejor

240 V. Gillard, nota 236 *supra*, p. 540.

241 Sobre Alemania, v. Roland Bank, "The new programs for payments to victims of National Socialist injustice", *German Yearbook of International Law*, vol. 44 (2001), pp. 307–52; la descripción más exhaustiva de los programas nacionales de reparación puede hallarse en Pablo de Greiff (ed.), *The Handbook on Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

242 Sobre este debate. v. Elke Schwager y Roland Bank, "An individual right to compensation for victims of armed conflicts ?", documento presentado al Comité de Compensación para Víctimas de la Guerra de la ILA, pp. 45-48; Pierre d'Argent, "Wrongs of the past, history of the future ", *European Journal of International Law*, vol. 17 (2006), pp. 279, 286.

protección de ciertos derechos en el derecho internacional humanitario.

Quedará por ver cómo ambas ramas del derecho, que no fueron concebidas originalmente para estar en contacto tan estrecho, podrán convivir en armonía en el marco más amplio del derecho internacional. Pero algo está muy claro: no hay retroceso posible a una separación completa de ambos derechos. Potencialmente, un enfoque que conjugue la interpretación de los derechos humanos y el derecho humanitario —manteniendo sus rasgos distintivos— no puede sino contribuir a una mayor protección de las personas en conflictos armados.

Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Nada mejor que estar en casa: las obligaciones de los Estados en relación con las transferencias de personas

Emanuela-Chiara Gillard*

Emanuela-Chiara Gillard es jefa de la Sección de Protección de Civiles en Conflictos Armados, Sector de Desarrollo y Estudio de Políticas de la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios.

Resumen

Este artículo explica las obligaciones de los Estados en relación con la transferencia de personas conforme al derecho internacional y examina los elementos clave del principio de no devolución, incluida su aplicación cuando las personas son transferidas de un Estado a otro dentro del territorio de un mismo Estado; los riesgos que dan lugar a la aplicación del principio; los elementos procesales importantes y los efectos del principio en las obligaciones de los Estados respecto de las seguridades diplomáticas.

***

En los últimos años, a raíz de las operaciones de detención de las fuerzas multinacionales en Irak y en Afganistán, así como de las actividades de los Estados contra el terrorismo, los tribunales nacionales, los organismos internacionales de vigilancia de los derechos humanos y los profesionales del ámbito humanitario han comenzado a prestar mayor atención a las obligaciones de los Estados en relación con la transferencia de personas que tienen en su poder y, en particular, a la aplicación de lo que a menudo suele llamarse el principio de no devolución.

* Al momento de redactar este artículo, la autora era asesora jurídica en la División Jurídica del CICR. Este artículo refleja las opiniones de la autora y no necesariamente las del CICR o las de la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios.

El principio de no devolución, que impide a los Estados transferir a personas que están bajo su control a otro Estado si existe un riesgo real de que esa persona pueda sufrir violaciones de algunos derechos fundamentales, es el pilar del derecho de los refugiados. Halla su expresión, además, con ciertas variaciones en cuanto al contenido y al alcance, en los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario. Tradicionalmente, suelen reclamar su protección los solicitantes de asilo o las personas que van a ser extraditadas o deportadas. Sin embargo, no hay motivo para que su aplicación se limite a esas situaciones, ya que las cuestiones y las obligaciones de protección de los Estados con un control efectivo sobre las personas pueden surgir en muchas otras situaciones (en realidad, cada vez que un Estado asume el control efectivo sobre una persona).

El derecho de la fuerza multinacional en Irak a detener personas está establecido en la resolución 1546 de 2004 del Consejo de Seguridad[1], mientras que el marco jurídico que regula la privación de libertad está definido en varios documentos de la Autoridad Provisional de la Coalición que siguen teniendo vigencia hoy[2]. Una dimensión que no se aborda expresamente en esos instrumentos es cómo los Estados que forman la fuerza multinacional en Irak deberían aplicar sus obligaciones relativas al principio de no devolución respecto de las personas que tienen en su poder. Esta es una preocupación de peso en Irak, cuando las personas detenidas por la fuerza multinacional son transferidas a las autoridades iraquíes para otra detención donde pueden correr el riesgo de sufrir malos tratos o de ser sometidas a procesos penales conducentes a la imposición de la pena de muerte. Esta cuestión recibió una abundante cobertura por parte de la prensa cuando se transfirió y posteriormente se ejecutó al ex presidente iraquí Sadam Husein y a otros miembros de alto rango de su régimen. Sigue siendo motivo de preocupación para los miles de iraquíes que están en poder de la fuerza multinacional en Irak hoy.

Pero no sólo preocupan, por lo que respecta a la protección, las transferencias para otro período de detención. Habida cuenta de la situación que prevalece en Irak, también se debe considerar la liberación de detenidos en un contexto donde pueden correr riesgos graves a manos de grupos armados no relacionados con el Estado o de la opinión pública. Esto podría ser particularmente problemático para miembros importantes del ex régimen baathista, miembros de Mujahedin el-Khalq residentes en el campamento Ashraf, cuyo control asumió la fuerza multinacional en 2003[3], y nacionales de terceros países, que corren riesgos tanto si son liberados en Irak como, en algunos casos, si son transferidos a su Estado de nacionalidad.

Algunos de estos mismos problemas en relación con las transferencias de detenidos a las autoridades locales existen también en Afganistán. Al momento de

1 Res. CS 1546, 8 de junio de 2004.

2 En particular, el Memorando de la Autoridad Provisional de la Coalición, Nº 3 (revisado), Procedimientos penales, 27 de junio de 2004, y la Orden de la Autoridad Provisional de la Coalición Nº 99, Comité Conjunto de Detenidos, 27 de junio de 2004. El presente artículo no aborda la observancia, en estos instrumentos, de las obligaciones que imponen el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos a los Estados que forman la fuerza multinacional en Irak.

3 Sobre los Mujahedin el-Khalq, v., por ej., www.fas.org/irp/world/para/mek.htm (consultado en enero de 2008).

redactar este artículo, la responsabilidad de Canadá en este sentido, que es uno de los participantes de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad conducida por la OTAN (ISAF, por la sigla en inglés) era examinado por el Tribunal Federal de Canadá[4]. Las operaciones de detención de la ISAF también plantean la cuestión de la aplicación del principio de no devolución a las transferencias de detenidos entre diferentes miembros de la ISAF, incluso cuando existe el riesgo de que las personas sean transferidas en última instancia a las autoridades afganas o fuera de Afganistán.

Hasta hace poco, las inspecciones del centro de detención en la bahía de Guantánamo se concentraban en el trato, las condiciones de detención y el acceso a los mecanismos de revisión del internamiento. Sin embargo, otra preocupación de muchos de los detenidos es su posible repatriación, cuando podrían estar expuestos a riesgos de malos tratos[5]. Surgen preocupaciones similares en relación con los acuerdos bilaterales para la deportación de personas concertados por el Reino Unido con varios Estados, incluidos Jordania, Libia y Líbano, tras los atentados de Londres en julio de 2005[6].

Con este telón de fondo, el presente artículo revisa los elementos clave del principio de no devolución. Muchos aspectos de este principio están bien establecidos y son sencillos. Prestaremos mayor atención a los elementos que se han analizado menos o que son particularmente pertinentes a las obligaciones de los Estados en las situaciones que acabamos de mencionar. Esos elementos son:

-la aplicación del principio en situaciones donde las personas son transferidas de la autoridad de un Estado a la de otro dentro del territorio del mismo Estado, sea de las fuerzas multinacionales a las autoridades locales o entre diferentes contingentes de esas fuerzas;

-los diferentes riesgos que dan lugar a la aplicación del principio; la causa de ese riesgo, cuestión particularmente pertinente cuando las personas son liberadas y no transferidas para proseguir la detención;

4 Tribunal Federal de Canadá, *Amnesty International Canada v. Canada (National Defence)*, 2007 FC 1147, 5 de noviembre de 2007.

5 V., por ej., el caso de siete nacionales rusos repatriados de Guantánamo en 2004 descrito en Human Rights Watch, *The 'Stamp of Guantánamo' – The Story of Seven Men Betrayed by Russia's Diplomatic Assurances to the United States*,, marzo de 2007.

6 Memorandum of Understanding between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan Regulating the Provision of Undertakings in Respect of Specified Persons Prior to Deportation, firmado el 10 de agosto de 2005, http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/jordan-mou (consultado en enero de 2009); Memorandum of Understanding between the General People's Committee for Foreign Liaison and International Cooperation of the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Concerning the Provision of Assurances in Respect of Persons Subject to Deportation, firmado el 18 de octubre de 2005, http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/libya-mou (consultado en enero de 2009); y Memorandum of Understanding between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Lebanese Republic Concerning the Provision of Assurances in Respect of Persons Subject to Deportation, firmado el 23 de diciembre de 2005, http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/lebanonmou (consultado en enero de 2009).

-la dimensión procesal del principio, que es fundamental para su aplicación en la práctica; y
-el efecto sobre las obligaciones de los Estados en cuanto a las seguridades que pueden haber obtenido del Estado receptor.

En este artículo, se examinan las obligaciones de los Estados en relación con las transferencias de personas en el derecho internacional: el derecho de los refugiados, el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario. Si bien es poco probable que la mayoría de las personas detenidas en las situaciones descritas reciban la protección del derecho de los refugiados —el primer, aunque de ningún modo el único, obstáculo sería que se encuentran en su Estado de nacionalidad—, lo mencionamos para dar un panorama completo y porque es pertinente para el pequeño aunque significativo número de nacionales de terceros países retenidos por las fuerzas multinacionales en Irak y en Afganistán, así como para todos los detenidos en Guantánamo.

Algunas de las situaciones a las que nos referimos en este artículo son contextos de conflicto armado donde las fuerzas estatales están actuando extraterritorialmente. Esto plantea cuestiones como cuál es el marco jurídico aplicable y determinar incluso si el derecho de los derechos humanos se aplica en tiempo de conflicto armado; la interacción entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en esas circunstancias[7], y la medida de la aplicación extraterritorial del derecho de los derechos humanos[8]. Estas son cuestiones complejas que a menudo han sido planteadas en los debates periódicos entre Estados y organismos de vigilancia de los derechos humanos a los que nos referiremos en este artículo, así como en los procesos ante tribunales nacionales. El análisis de estas cuestiones nos llevaría fuera del objeto de este artículo, que supone, sobre la base de jurisprudencia reciente y consistente: en primer lugar, la aplicación concomitante y complementa-

7 V., por ej., "The interplay between international humanitarian law and human rights in situations of armed conflict", *Israel Law Review*, vol. 40 (2) (2007), p. 310, y las correspondientes referencias.

8 El Comité de Derechos Humanos confirmó la aplicación extraterritorial del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en la Observación General 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 26 de mayo de 2004, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 10, así como en sus Observaciones finales sobre el segundo y el tercer informe periódicos de Estados Unidos, en 2006, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Estados Unidos de América, 18 de diciembre de 2006, Doc. ONU CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, párr. 10. Para los argumentos de Estados Unidos, v. *inter alia*, Comité de Derechos Humanos, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, tercer informe periódico de los Estados Partes en 2003, Estados Unidos de América, 28 de noviembre de 2005, Doc. ONU CCPR/C/USA/3, párrs. 129-30 y su Anexo I. V. también Comité contra la Tortura, Observación general Nº 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, 23 de noviembre de 2007, Doc. ONU CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, párrs. 7 y 16, sobre la aplicación extraterritorial de la Convención contra la tortura. Para un análisis exhaustivo de la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, v. Frans Coomans y Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, 2004. V. también las decisiones recientes al respecto de la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión consultiva del 9 de julio de 2004 *sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, ICJ Reports 2004, pp.178-81, párrs. 107-13; y en el Caso sobre las actividades armadas en el territorio del Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*), 3 de febrero de 2006, párrs. 215-20; cf. www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&code=co&case=116&k=51 (consultado el 16 de octubre de 2008).

ria de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en tiempo de conflicto armado; y en segundo lugar, que en situaciones donde los Estados actúan extraterritorialmente y están en condiciones de transferir personas y, por lo tanto, se aplica el principio de no devolución, esos Estados están ejerciendo el nivel exigido de control efectivo sobre esas personas como para que se apliquen extraterritorialmente sus obligaciones de derechos humanos[9].

La mayoría de las cuestiones jurídicas planteadas por las transferencias de personas efectuadas por los Estados tienen una respuesta clara. Lamentablemente, no puede decirse lo mismo de las soluciones prácticas que pueden hallarse para las personas cuya transferencia está excluida. Si bien está claro que esa solución no debe violar otros derechos —por ejemplo, no puede ser una detención por tiempo indeterminado—, deben pensarse soluciones alternativas aceptables. Su naturaleza precisa deberá variar conforme al contexto. En relación con Guantánamo, en algunos casos en que las personas no fueron transferidas conforme a las seguridades diplomáticas, el enfoque preferido parece haber sido la transferencia a un tercer Estado deseoso de aceptar a las personas en cuestión. Como demuestra el caso de los uighures transferidos a Albania, de ningún modo se trata de una tarea fácil[10]. Además, ese enfoque obviamente no es adecuado para situaciones como las de Irak y Afganistán, donde cientos, si no miles, de personas están detenidas y posiblemente corran riesgos si son transferidas a las autoridades locales. Si bien el riesgo de que se les imponga la pena de muerte puede evitarse solicitando garantías, y algunas de las deficiencias de los procesos penales que podrían conducir a su imposición podrían solucionarse, es necesario adoptar un enfoque diferente a fin de eliminar las razones que subyacen al riesgo de malos tratos. Los Estados que participan de las operaciones multinacionales deberán prestar mayor atención a esta cuestión y abordarla en sus procedimientos operativos habituales. Sea cual sea, la solución adoptada en cada contexto no debe privar a las personas del derecho a que un organismo independiente revise, en forma individualizada, si sus temores son fundados o no.

Bases jurídicas del principio

El principio de no devolución es el pilar del derecho de los refugiados. Además, es un principio reconocido por el derecho de los derechos humanos, sobre todo como componente de la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhu-

9 Esta es, por ejemplo, la opinión expresada recientemente por el Comité contra la Tortura en su revisión de los informes periódicos del Reino Unido y de Estados Unidos, Comité Contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los territorios dependientes, Doc. ONU CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004, párr. 4(b); y Comité contra la Tortura, Conclusiones y Recomendaciones: Estados Unidos de América, Doc. ONU CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006, párrs. 15 y 20. Para los argumentos de Estados Unidos, v. Respuesta de Estados Unidos al Comité contra la Tortura, lista de temas para considerar durante el examen del segundo informe periódico de Estados Unidos de América, pp. 33-37.

10 Tim Golden, "Chinese leave Guantánamo for Albanian limbo", *New York Times*, 10 de junio de 2007. V. también los esfuerzos de Estados Unidos en enero de 2009 respecto de otros reclusos Meraiah Foley y Mark McDonald, "Australia and Britain signal reluctance to take Guantánamo", *International Herald Tribune*, 2 de enero de 2009.

manos o degradantes, y por el derecho internacional humanitario. El contenido y el alcance del derecho varían levemente en función de si se lo invoca como un principio del derecho de los refugiados, el derecho de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario.

El principio de no devolución como principio del derecho de los refugiados[11]

Posiblemente, la expresión más conocida del principio de no devolución se halla en el artículo 33(1) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, donde se dispone lo siguiente:

> "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas."

El principio de no devolución que figura en la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África es levemente más amplio por lo que respecta a su ámbito y refleja la definición de refugiados más extensa que adoptó ese instrumento a fin de incluir a las personas que huyen, entre otras cosas, de los conflictos armados[12].

El principio de no devolución como principio del derecho de los derechos humanos

El principio de no devolución también es un principio del derecho de los derechos humanos. La prohibición de la devolución puede ser explícita, puede ser un derecho autónomo o puede ser un componente implícito de otros derechos. Se hace referencia explícita a la no devolución en, por ejemplo, el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe los traslados que pueden poner en peligro la vida o la libertad de las personas, y en el artículo 16(1) de la Convención Internacional de 2006 para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que prohíbe los traslados que pueden exponer a las personas al riesgo de ser víctimas de desaparición forzada.

La no devolución también forma parte de la prohibición de la tortura y de otros tatos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Algunos tratados de derechos humanos

11 Para un análisis exhaustivo del principio de no devolución como un principio del derecho de los refugiados, v. Elihu Lauterpacht y Daniel Bethlehem, 'The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion ', en Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

12 Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. 1969, art. II(3). El principio también figura en el art. III(I) de los Principios no vinculantes de 1966 sobre el trato debido a los refugiados adoptados por el Comité Consultivo en materia jurídica de Asia y África, y en la Sección III(5) de la Declaración de Cartagena sobre refugiados adoptada por el "Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

lo enuncian expresamente, como el artículo 3(1) de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que dispone lo siguiente:

> "Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura".

Además de esas prohibiciones explícitas, los organismos de vigilancia de los derechos humanos han adoptado la postura de que un Estado estaría infringiendo sus obligaciones si actuara de modo tal que, como consecuencia de su acción, alguna persona quedaría expuesta al riesgo de sufrir los malos tratos proscritos por el instrumento de derechos humanos que corresponda[13]. Esa postura es una manifestación del principio según el cual un Estado puede infringir sus obligaciones en virtud del derecho de los derechos humanos no sólo por sus propios actos, sino también si, a sabiendas, coloca a una persona en una situación donde es probable que sus derechos sean violados por otro Estado. El Comité de Derechos Humanos ha expresado este concepto basándose en la obligación de los Estados de respetar y de garantizar los derechos consagrados en el Pacto a todas las personas que estén bajo su control[14].

De conformidad con esa visión, recurrentemente se ha interpretado que la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes incluye la prohibición de transferir a una persona a una situación donde puede ser objeto de esos tratos[15]. Lo mismo fue afirmado en, por ejemplo, la Observación general 20 del Comité de Derechos Humanos, de 1992, que establece lo siguiente:

> "Los Estados Partes [en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución"[16].

13 V., por ej., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Saadi v. Italy*, Solicitud Nº 37201/106, fallo del 28 de febrero de 2008, párr. 126.

14 V. Observación general 31, Comité de Derechos Humanos, nota 7 *supra*, párr. 12. La Observación general refleja la posición que recurrentemente se ha adoptado en la jurisprudencia del Comité. V., por ej., sus opiniones en *Joseph Kindler v. Canada*, Comunicación Nº 470/1991, opiniones del Comité de Derechos Humanos del 18 de noviembre de 1993, párr. 6.2.

15 Según Theo van Boven, ex relator especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura, "el principio de no devolución es inherente al carácter absoluto e imperativo de la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos", Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/59/324, 1 de septiembre de 2004, párr. 28.

16 Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, que reemplaza la Observación general 7 sobre la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.1, 28 de julio de 1994, párr. 9. El Comité de Derechos Humanos ha adoptado recurrentemente la misma opinión en su jurisprudencia. V., por ej., *Chitat Ng* v. *Canada*, Comunicación Nº 469/1991, opiniones del Comité de Derechos Humanos del 7 de enero de 1994.

En 2004, el Comité de Derechos Humanos reafirmó esa opinión en la Observación general 31, donde sostuvo, *inter alia*, lo siguiente:

> "La obligación del artículo 2 que exige que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable, como el contemplado por los artículos 6 y 7 del Pacto, sea en el país al que se va a trasladar a la persona o en cualquier otro país al que la persona sea posteriormente trasladada"[17].

En 2006, Estados Unidos puso en entredicho esta posición ya establecida, durante el examen de su segundo y tercer informes periódicos ante el Comité de Derechos Humanos. Estados Unidos sostuvo que, a diferencia del artículo 3 de la Convención contra la tortura, el artículo 7 del Pacto no impone una obligación de no devolución. En su opinión, se trata en cambio de una nueva obligación, no contenida en la redacción de la disposición, pero supuestamente impuesta por el Comité en su Observación general 20, por la que Estados Unidos no se considera vinculado[18]. Tras extensos debates sobre este tema durante el examen del informe, en sus Observaciones finales, el Comité de Derechos Humanos recomendó que Estados Unidos revisara su posición de conformidad con las Observaciones generales 20 y 31[19].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha interpretado invariablemente que la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos contenida en el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos impone una prohibición de devolución a una situación donde se corre el riesgo de sufrir esos tratos[20].

El principio de no devolución como principio del derecho internacional humanitario

El principio de no devolución también aparece explícitamente en el derecho internacional humanitario. El artículo 45(4) del IV Convenio de Ginebra establece lo siguiente:

> "En ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas".

17 Observación general 31, Comité de Derechos Humanos, nota 8 *supra*, párr. 12.

18 Respuesta de Estados Unidos a la lista de temas seleccionados en relación con el examen de los informes periódicos 2º y 3º de Estados Unidos de América, sin fecha, pp. 16-18, disponible en www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/USA-writtenreplies.pdf (consultado en octubre de 2008).

19 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Estados Unidos de América, nota 8 *supra*, párr. 16.

20 El Tribunal abordó por primera vez el tema en *Soering v. The United Kindgom*, 7 de julio de 1989, Serie A, Nº 69, párr. 91. Este enfoque ha sido sostenido en gran parte de la jurisprudencia posterior. V., *inter alia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20 de marzo de 1991, Serie A, Nº 201, p. 28, párrs. 69-70 y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30 de octubre de 1991, Serie A, Nº 215, p. 34, párrs. 102-103.

También es de importancia el artículo 12 del III Convenio de Ginebra, que reza así:

> "Los prisioneros de guerra no pueden ser transferidos por la Potencia detenedora más que a otra Potencia que sea Parte en el Convenio y cuando la Potencia detenedora se haya cerciorado de que la otra Potencia desea y puede aplicar el Convenio".

Si bien el artículo 12 no se refiere expresamente a la no devolución, su objetivo subyacente es el mismo: asegurarse de que los prisioneros de guerra no sean transferidos a un Estado que no podrá tratarlos conforme al III Convenio de Ginebra. En realidad, esta disposición otorga a los prisioneros de guerra una mayor protección que la que normalmente les confiere el principio de no devolución. En general, el principio impide los traslados si el riesgo que se puede correr es tortura u otras formas de malos tratos, o persecución; sin embargo, el artículo 12 prohíbe los traslados si no puede asegurarse alguno de los derechos y las protecciones previstos en el III Convenio de Ginebra[21]. Esta disposición está reflejada en el artículo 45(3) del IV Convenio de Ginebra en favor de los extranjeros en el territorio de una parte en un conflicto armado internacional.

Adicionalmente, para interpretar las prohibiciones de la tortura, los tratos crueles o inhumanos, y los atentados contra la dignidad personal, que figuran en el derecho internacional humanitario se debería buscar orientación en la jurisprudencia de los organismos de vigilancia de los derechos humanos, de tal modo de incluir una prohibición de trasladar a personas que corren un riesgo real de sufrir un trato de ese tipo. Tal posición es particularmente valiosa en situaciones de conflictos armados no internacionales, ya que ni el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ni el Protocolo adicional II tienen que abordar específicamente casos de transferencias de personas. De todos modos, ambos instrumentos prohíben la tortura.

La no devolución y la extradición

La extradición no es sino uno de los posibles mecanismos para realizar la transferencia de una persona del control de un Estado al de otro, y está bien establecido que el principio de no devolución también se aplica en relación con esas formas de transferencias.

Las normas de derechos humanos que acabamos de mencionar se aplican a las extradiciones. Algunas disposiciones, como por ejemplo el mencionado artículo 3(1) de la Convención de 1984 contra la tortura, mencionan expresamente la extradición como

21 Sobre la relación entre el art. 12 y el art. 118 del III Convenio de Ginebra, que exige que las potencias detenedoras liberen y repatríen a los prisioneros de guerra sin demora apenas terminadas las hostilidades, v. el Comentario de ese Convenio. Allí se explica que los prisioneros de guerra tienen el derecho inalienable a ser repatriados y que "no puede hacerse excepción alguna a esta norma, a menos que haya razones de peso para temer que un prisionero de guerra que se opone a ser repatriado pueda, después de la repatriación, ser objeto de medidas injustas que afecten su vida o su libertad, especialmente por motivos vinculados a la raza, la clase social, la religión o las opiniones políticas, y que, por consiguiente, la repatriación sería contraria a los principios generales del derecho internacional para la protección del ser humano. Cada caso debe examinarse en forma individual". Jean Pictet (ed.), *Commentary III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, 1960, p. 546.

una forma de transferencia a la que se aplica el principio de no devolución[22]. Análogamente, la jurisprudencia según la cual la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos excluye la devolución a una situación donde la persona corre el riesgo de recibir un trato de esa índole también se aplica a la extradición; en realidad, el caso emblemático que se presentó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el caso Soering, relativo a una solicitud de extradición.

La obligación de observar el principio de no devolución también halla expresión en convenios multinacionales que establecen criterios para las extradiciones, como la Convención Interamericana sobre Extradición[23]. Numerosas convenciones de las Naciones Unidas y de nivel regional para la prevención y la eliminación del terrorismo también contienen disposiciones que apuntan a evitar las devoluciones[24].

Qué está prohibido

El principio de no devolución prohíbe a un Estado transferir a una persona de la manera que sea a otro Estado si existe un riesgo real de que algunos de sus derechos fundamentales sean infringidos. La descripción formal de la manera en que la persona es transferida es irrelevante. La prohibición se aplica a toda forma de retorno, expulsión o rechazo, donde sea que ocurra (en la frontera, en alta mar, en una zona internacionalizada), así como a la deportación y la extradición, es decir a cualquier acto por el cual el control efectivo sobre un individuo pasa de un Estado a otro[25].

22 V. también art. 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Observación general I del Comité contra la Tortura, Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención, 21 de noviembre de 1997, Doc. ONU A/53/44, Anexo IX, párr. 2.

23 El art. 4(5) de la Convención excluye la extradición "cuando de las circunstancias del caso pueda inferirse que media propósito persecutorio por consideraciones de raza, religión o nacionalidad, o que la situación de la persona corra el riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos". V. también el art. 3(2) del Convenio Europeo de Extradición.

24 Estas convenciones actúan penalizando algunas actividades y exigen a los Estados Partes enjuiciar o extraditar a las personas sospechosas de haber cometido esos crímenes. Reconociendo el riesgo de malos tratos o de persecución que pueden correr las personas cuya extradición se pide, las convenciones expresamente prevén la no aplicación de la obligación de extraditar en esos casos. V., por ej., el art. 9(1) de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes.
Con respecto a la no devolución en el derecho de los refugiados y la extradición, en 1980 el Comité Ejecutivo del ACNUR adoptó una Conclusión que, *inter alia*, instó a los Estados a asegurar que se tomara debidamente en cuenta el principio de no devolución en tratados relativos a la extradición y, según correspondiera, en las legislaciones nacionales sobre la materia. Además, expresó la esperanza de que se prestara debida atención al principio de no devolución en la aplicación de los tratados existentes relativos a la extradición. Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión 17 (XXXI), 1980, Problemas de extradición que afectan a los refugiados, párrs. (d) y (e).

25 Para los Estados miembros del Consejo de Europa, el principio de que un Estado no debe, por sus acciones, colocar a las personas en una situación donde corran el riesgo de sufrir tortura u otras formas de malos tratos ha sido reafirmado de manera exhaustiva en una Directiva del Consejo de Europa sobre la asistencia en caso de tránsito a los fines del traslado de personas por vía aérea. La Directiva dispone que el tránsito por vía aérea no debería ser solicitado ni concedido si la persona en cuestión está ante la amenaza de sufrir tortura u otras formas de malos tratos, persecución o pena de muerte en el país de destino o en un país de tránsito. De modo que la Directiva impone obligaciones de no devolución al Estado por cuyos aeropuertos transitan las personas trasladadas y que no han tenido participación en las decisiones de trasladarlas. Directiva del Consejo 2003/110/EU del 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en caso de tránsito a los fines del traslado de personas por vía aérea, OJ L, 321, 6.12.2003, p. 26.

Si bien suele sostenerse que la no devolución prohíbe el retorno —es decir, la transferencia de una persona al Estado de su nacionalidad—, ese principio en realidad excluye la transferencia de una persona a cualquier Estado donde pueda correr riesgos.

También se ha interpretado que excluye la transferencia de una persona a un Estado desde el cual luego puede ser enviada a un territorio donde estaría en riesgo, lo que suele llamarse "devolución secundaria"[26].

Las operaciones recientes de las fuerzas multinacionales en Irak y en Afganistán, donde esas fuerzas han detenido a personas con la intención de transferirlas luego a las autoridades locales, han planteado cuestiones no resueltas aún relativas al alcance del principio. ¿El principio de no devolución se aplica también a las transferencias de personas de las autoridades de un Estado a las de otro *dentro del territorio de un mismo Estado*? ¿Se aplica a las transferencias de personas entre diferentes contingentes de las fuerzas multinacionales que operan en el territorio del mismo Estado?

Ninguna de las disposiciones convencionales que acabamos de mencionar aborda expresamente estas cuestiones. Se podría interpretar que las expresiones empleadas en algunas de ellas exigen que la transferencia se realice entre Estados; por ejemplo, el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos habla de "ser expulsado o devuelto *a otro país*" (el subrayado es nuestro). Pero esa expresión no alcanza per se para excluir la posibilidad de que el principio de no devolución se aplique a esas transferencias. Los trabajos preparatorios de los tratados mencionados revelan que los redactores no habían considerado la cuestión, de modo que no debería interpretarse que la excluyeron por las expresiones que eligieron. Además, otros tratados —como, por ejemplo, el artículo 3(1) de la Convención contra la Tortura— se refieren a las transferencias a "otro Estado", lo que implica que no se hace hincapié en el aspecto territorial, sino en la transferencia de una autoridad a otra.

Más fundamentalmente, el objetivo del principio de no devolución es impedir que un Estado transfiera una persona a otro Estado si existe el riesgo de que algunos de sus derechos fundamentales sean violados. Son irrelevantes la geografía y la "mecánica" de la transferencia. Lo que importa es el cambio en el control efectivo sobre una persona de un Estado a otro. Respaldan esta opinión las expresiones extremadamente amplias empleadas en los instrumentos para

26 V., por ej., la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en T.*I. v. The United Kingdom*, Solicitud Nº 43844/98, Decisión sobre la admisibilidad, 7 de marzo de 2000, p. 15. V. también Comité contra la Tortura, Observación general 1, que *inter alia* sostiene lo siguiente: "El Comité opina que la expresión "otro Estado", que figura en el artículo 3 [de la Convención contra la Tortura], puede entenderse referida al Estado al cual se expulsa, devuelve o extradita a la persona afectada". Comité de la ONU contra la Tortura, Observación general 1, nota 22 *supra*, párr. 2. V. también UNHCR EXCOM Conclusión Nº 58 (XL), 1989, Problem of refugees and asylum-seekers who move in an irregular manner from a country in which they had already found protection, párr. f(i).

hacer referencia a la forma de la transferencia[27]. Además, las decisiones de los órganos de vigilancia de los derechos humanos y las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos se concentran en la transferencia a un "Estado" y no a un "país" o a un "territorio"[28].

Esta dimensión del principio fue abordada específicamente por el Comité contra la Tortura en su examen del cuarto informe periódico del Reino Unido. El Comité planteó explícitamente la cuestión de la aplicación de la Convención contra la Tortura a las transferencias de personas bajo el control efectivo del Reino Unido en Afganistán o Irak a las autoridades locales o a otros Estados, en particular Estados que tenían fuerzas militares en el contexto en cuestión[29].

En su respuesta, el Reino Unido negó la aplicación de la Convención a esas transferencias con el argumento de que su participación en las operaciones de detención apuntaba simplemente a ayudar a las autoridades afganas o iraquíes a aplicar la jurisdicción local y que no declaraba jurisdicción separada sobre las personas en su poder[30].

En sus conclusiones y recomendaciones, el Comité expresó su preocupación por la aceptación limitada por parte del Reino Unido de la aplicabilidad de la Convención a los actos de sus fuerzas en el extranjero y recomendó que aplicara los artículos 2 (obligación de tomar medidas para prevenir la tortura) y 3 (no devolución) de la Convención, cuando correspondiera, a las transferencias de

27 Por ej., el art. 33(1) de la Convención sobre refugiados establece que "no se podrá poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de un territorio...". Respecto de la prohibición que figura en este instrumento, Lauterpacht y Bethlehem señalan: "... debe observarse que el término empleado es "territorios" en oposición a "países" o "Estados". Lo que esto implica es que el estatuto jurídico del lugar al que puede ser enviado el individuo no es material. Lo que importa es si se trata de un lugar donde la persona estaría en peligro. Esto también tiene un significado más amplio, en la medida en que supone que el principio de no devolución se aplicará también en circunstancias en que el solicitante de asilo o de refugio está dentro de su país de origen pero se encuentra bajo la protección de otro Estado contratante. *Esta situación puede darse, por ejemplo, en circunstancias en las que un solicitante de refugio o de asilo se refugia en una misión diplomática de otro Estado o se encuentra bajo la protección de las fuerzas armadas de otro Estado que participa en una misión de mantenimiento de la paz o que cumple alguna otra función en el país de origen. En principio, en tales circunstancias, el Estado protector estará sujeto a la prohibición de no devolver a la persona al territorio donde estaría en peligro*". (Lauterpacht y Bethlehem, nota 11, *supra*, párr. 114, el subrayado es nuestro).

28 V., por ej., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Chahal*, donde se refirió a la prohibición de transferir personas a "otro Estado". Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chahal v. The United Kingdom*, Solicitud Nº 22414/93, fallo del 15 de noviembre de 1996, párr. 80. Análogamente, en su resolución sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2005, la Comisión de Derechos Humanos instó a "los Estados a que no procedan a la expulsión, devolución o extradición de una persona *a otro Estado* cuando haya razones fundadas para creer que dicha persona correría el peligro de ser sometida a torturas", Comisión de la ONU de Derechos Humanos, Resolución 2005/39, 19 de abril de 2005, párr. 5 (el subrayado es nuestro). En resoluciones de años anteriores, se emplearon expresiones similares, sobre la base del art. 3(1) de la Convención contra la Tortura.

29 Comité contra la Tortura, 33º período de sesiones, Lista de Temas, Doc. ONU CAT/C/33/L/GBR, 15-26 de noviembre de 2004, párr. 25.

30 Respuesta del Reino Unidos a las cuestiones planteadas por el Comité de la ONU contra la Tortura para su discusión en el 33º período de sesiones del Comité en noviembre de 2004, párr. 222. Documento en poder de la autora.

detenidos en su custodia a la de otro Estado, sea *de facto* o *de jure*[31].

La misma cuestión de la aplicación del principio de no devolución al traslado de personas a las autoridades locales en Afganistán y en Irak se planteó en el examen de los informes periódicos de Estados Unidos en 2006 por parte del Comité contra la Tortura y del Comité de Derechos Humanos. A pesar de que Estados Unidos negó la existencia de una obligación de no devolución en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[32] y la aplicación de la Convención contra la Tortura en su conjunto, y del artículo 3 en particular, a esos contextos, basándose en varios argumentos[33], en ninguna oportunidad sostuvo que el principio no se aplicara porque las transferencias se realizaban dentro del territorio de un mismo Estado.

La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos ha adoptado la misma visión que el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos acerca del ámbito de aplicación del principio de no devolución en una resolución de 2005 sobre el traslado de personas, donde aborda varios aspectos del principio. Según el apartado 1, la resolución, y por ende los principios que reafirma, se aplican a:

> "todo traslado involuntario del territorio de un Estado al territorio de otro, o *de las autoridades de un Estado a las de otro*, ya sea mediante la extradición, otras formas de traslado aprobado judicialmente o por medios no judiciales" (el subrayado es nuestro).[34]

Todos los organismos de vigilancia de los derechos humanos que han considerado la cuestión sistemáticamente han opinado que los traslados de personas de una autoridad a otra dentro del mismo territorio, incluso entre miembros de una fuerza multinacional que opera en ese territorio, deben atenerse al principio de no devolución. En realidad, esa conclusión parece ser respaldada por las acciones de algunos contingentes de las fuerzas multinacionales en Irak y en Afganistán, que han adoptado diversos métodos para tratar de cumplir —o, para algunos, eludir— sus obligaciones de no devolución. Por ejemplo, en Irak, para despejar sus preocupaciones

31 Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y sus Territorios Dependientes, nota 8 *supra*, párrs. 4(b) y 5(e). En junio de 2006, el Reino Unidos remitió sus observaciones sobre las conclusiones y recomendaciones del Comité que, *inter alia*, abordan la aplicación de la Convención a la transferencia de personas a las autoridades locales. El Reino Unido había rechazado la aplicación de los arts. 2 y 3 de la Convención en intercambios previos con el Comité, con el argumento de que no tenía jurisdicción en Irak y en Afganistán, pero en esta presentación el Reino Unido esgrimió el argumento adicional de que, en esos dos contextos, no se trasladaba a personas del territorio de un Estado al de otro. Comentarios del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre las conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, Doc. ONU CAT/C/GBR/CO/4/add. 1, 8 de junio de 2006, párrs. 14-17.

32 *United States Response to the list of issues to be taken up in connection with the consideration of the second and third periodic reports of the United States of America*, sin fecha, pp. 16-18, disponible en www. ohchr. org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/USA-writtenreplies.pdf (consultado en inglés en octubre de 2008).

33 Respuesta de Estados Unidos al Comité contra la Tortura, lista de temas para considerar durante el examen del segundo informe periódico de Estados Unidos de América, nota 9 *supra*, pp. 33-37.

34 Subcomisión de la ONU de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resolución 2005/12, Traslado de personas, 12 de agosto de 2005, adoptada por votación nominal de 21 a 1, con 2 abstenciones. Ni el voto contrario ni las abstenciones se refirieron a este aspecto de la resolución.

de que las personas transferidas a las autoridades iraquíes pudieran ser sometidas a malos tratos, el Reino Unido concertó un acuerdo con las autoridades iraquíes en el que éstas se comprometieron a garantizar determinados estándares en cuanto a las condiciones de detención, el trato de los detenidos y las garantías procesales[35]. Análogamente, se ha informado que varios Estados que han contribuido con tropas en la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán han concertado acuerdos similares con las autoridades afganas[36]. Si bien, como veremos más adelante, es cuestionable el hecho de si esos acuerdos eximen a los Estados que trasladan a las personas de sus obligaciones en virtud del principio de no devolución, no cabe duda de que son una manifestación de su creencia de que tienen responsabilidades hacia las personas trasladadas.

La índole de los riesgos que afrontan las personas transferidas

La prohibición de la devolución no deriva del tipo de riesgo que puede dar lugar a una violación de los derechos de la persona. La naturaleza del riesgo que la persona pueda correr y que impide su transferencia varía en los tres ordenamientos jurídicos.

Para el derecho de los refugiados, ese riesgo es una amenaza contra la vida o la libertad por motivos vinculados a cinco criterios específicos. El derecho internacional humanitario adopta un enfoque mucho más amplio y prohíbe el traslado de prisioneros de guerra o de otras personas protegidas si no puede garantizarse alguno de sus derechos humanos previstos en el convenio de que se trate. La jurisprudencia del derecho de los derechos humanos evoluciona de forma más rápida. Tradicionalmente, el principio se aplicaba a los traslados a una situación donde la persona corriera el riesgo de sufrir torturas u otras formas de malos tratos, pero los organismos de vigilancia de los derechos humanos también lo han aplicado a los traslados donde había un riesgo de imposición de la pena de muerte tras un proceso manifiestamente poco equitativo y, más recientemente, en Estados emisores que han abolido la pena de muerte, a los traslados donde existía el riesgo de la imposición de ese castigo aun cuando no hubiera habido fallas en el juicio. No puede descartarse que, en las decisiones futuras, se amplíe la lista de violaciones de derechos fundamentales que pueden dar lugar a la no devolución.

En el derecho de los refugiados

El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe la transferencia de personas a situaciones "donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas". La redacción de esta disposición difiere levemente de la

35 Respuesta del Reino Unidos a las cuestiones planteadas por el Comité de la ONU contra la Tortura para su discusión en el 33º período de sesiones del Comité en noviembre de 2004, párr. 223. V. también Comité contra la Tortura, 33º período de sesiones, informe sumario de la 624a sesión, 17 de noviembre de 2004, Doc. ONU CAT/C/SR/SR.624, 24 de noviembre de 2004, párr. 26.

36 Amnistía Internacional, *Afghanistan – Detainees transferred to torture : ISAF Complicity?*, noviembre de 2007, ASA, 11/011/2007.

del artículo 1 de esa misma Convención, que establece los criterios para conceder el estatuto de refugiado, y que habla de "persecución" más que de amenaza contra "la vida o la libertad" por motivos vinculados a los mismos cinco criterios. En general se acepta que, por cuestiones de coherencia interna de la Convención, esos términos han de interpretarse como sinónimos y que la naturaleza del riesgo afrontado es la misma: cualquier tipo de persecución que habilite a una persona a recibir el estatuto de refugiado constituye una amenaza contra la vida o la libertad dentro de lo establecido en el artículo 33, lo que impide su devolución[37].

En el derecho de los derechos humanos

Tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Tradicionalmente, la no devolución como principio de los derechos humanos se basó, en lo esencial, en el riesgo de que la persona sufriera tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[38].

Si bien la prohibición expresa de la devolución en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura sólo se refiere a traslados de personas a situaciones donde pudieran ser sometidas a tortura[39], se ha interpretado que las prohibiciones implícitas que figuran en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos se extienden a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Deberá determinarse de conformidad con la jurisprudencia pertinente de los organismos de vigilancia de los derechos humanos qué trato equivale a tortura o a trato o pena cruel, inhumano o degradante.

La jurisprudencia de los organismos de vigilancia de los derechos humanos también ha abordado la identidad del autor del daño. Esto es importante para determinar si el mal trato y, por ende, la prohibición de trasladar a personas a situaciones donde puedan ser sometidas a ese trato, debe ser perpetrado exclusivamente por funcionarios estatales o si el principio de no devolución también prohíbe los

37 V., por ej., Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, UNHCR Division of International Protection, Ginebra, 1997, pp. 231-232. La Convención de la OAU de 1969 adopta un enfoque más amplio de los tipos de riesgos que podrían dar lugar a la prohibición de la devolución, reflejando su definición más amplia de refugiado. Según ese instrumento, la prohibición de la devolución se extiende a las personas cuya "vida, integridad física o libertad" estaría en riesgo a causa de persecución o de agresiones externas, ocupación, dominación extranjera o hechos que afecten gravemente el orden público. Convención OAU, nota 12 *supra*, art. 2(3).

38 En su Observación general 31, el Comité de Derechos Humanos se refirió a "un riesgo real de provocar un *daño irreparable*, como el contemplado por los artículos 6 [derecho a la vida] y 7 [prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes]". Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 8 *supra*, párr. 12 (el subrayado es nuestro).

39 En su jurisprudencia, el Comité contra la Tortura ha rechazado recurrentemente las solicitudes donde el riesgo en el Estado receptor era un riesgo de mal trato no equiparable a tortura. V., por ej., *T.M. v. Sweden*, Doc. ONU CAT/C/31/D/228/2003, 2 de diciembre de 2003; y *M. V. v. The Netherlands*, Doc. ONU CAT/C/30/D/201/2002, 13 de mayo de 2003. En 2005, las tentativas de ampliar el ámbito de la protección contra la devolución según la Convención contra la Tortura para abarcar otras formas de malos tratos en las resoluciones sobre tortura de la Comisión de Derechos Humanos y el tercer Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas fueron resistidas por Estados Unidos. Proyectos de resoluciones sucesivos anotados correspondientes a 2005 en poder de la autora.

traslados si el daño es infligido por actores no estatales. La cuestión es particularmente pertinente si las personas no son trasladadas a un Estado que las detendrá, sino que son liberadas en situaciones donde están bajo una amenaza grave sea por parte de grupos armados no relacionados con el Estado o por parte de la opinión pública; este es el caso, por ejemplo, de miembros de alto rango del anterior régimen en Irak que ahora están en manos de la fuerza multinacional.

A causa de la definición estrecha de tortura en la Convención contra la Tortura, el Comité contra la Tortura ha adoptado un enfoque más restrictivo al respecto que el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La definición de tortura contenida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura exige que los malos tratos hayan sido "infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia". Dado ese requisito, es poco probable que se aplique la prohibición de la devolución incluida en el artículo 3(1) a los traslados donde la tortura es infligida sin ese nivel de participación o aquiescencia del Estado[40]. Esa fue la posición adoptada por el Comité contra la Tortura en el primer caso que se le presentó, donde la solicitante trataba de hacer anular una decisión de deportarla a Perú, con el argumento de que quedaría expuesta a un riesgo considerable de ser sometida a torturas a manos de Sendero Luminoso. El Comité rechazó la solicitud con el argumento de que la obligación de abstenerse de trasladar a una persona a un Estado donde existen razones de peso para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura estaba directamente vinculada a la definición de tortura adoptada en el artículo 1, la que incluye el requisito de que exista un nexo con el Estado[41].

Esta conclusión debería ser cotejada con la adoptada por el Comité un año después en el caso de un nacional somalí que sostenía que su expulsión a Somalia le significaba correr el riesgo de verse sometido a tortura a manos del clan que, al momento de su solicitud, controlaba la mayor parte de Mogadiscio[42]. En esa oportunidad, habida cuenta de las circunstancias excepcionales que prevalecían en Somalia, el Comité adoptó una postura diferente. En particular, observó que, por varios años, Somalia había estado sin un gobierno central y que algunas de las facciones que operaban en Mogadiscio habían establecido instituciones cuasi gubernamentales. De facto, esas facciones ejercían prerrogativas comparables a las que normalmente ejercen los gobiernos. Por consiguiente, en su opinión, se podría considerar que los miembros de esas facciones, a los fines de la aplicación de la Convención, estaban

40 La necesidad de que exista un nexo entre los malos tratos y un Estado ha sido abordada específicamente por el Comité contra la Tortura en su Observación general 1 donde, *inter alia*, subrayó que "de conformidad con el artículo 1, el criterio enunciado en el párrafo 2 del artículo 3, es decir, "un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos", sólo puede entenderse referido a las violaciones cometidas por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia". Comité contra la Tortura, Observación general 1, nota 22 *supra*, párr. 3.

41 Comité contra la Tortura, *G.R.B. v. Sweden*, Comunicación Nº 83/1997, Opiniones del Comité contra la Tortura del 15 de mayo de 1998, Doc. ONU CAT/C/20/D/83/1997, 15 de mayo de 1998.

42 Comité contra la Tortura, *Sadiq Shek Elmi v. Australia*, Comunicación Nº 120/1998, Opiniones del Comité contra la Tortura del 14 de mayo de 1999, Doc. ONU CAT/C/22/D/120/1998, 25 de mayo de 1999.

incluidos dentro de la expresión "funcionarios públicos u otras personas en ejercicio de la función pública" contenida en el artículo 1. Por ello, el Comité concluyó que, si bien la fuente de la amenaza no tenía relación con un Estado, el artículo 3(1) era aplicable e impedía la expulsión del solicitante[43].

A diferencia de la Convención contra la Tortura, las prohibiciones de la tortura o de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que figuran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contienen definiciones del trato prescrito. Esas definiciones se han desarrollado en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso por lo que respecta al autor de los malos tratos.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que los Estados deben garantizar a todos una protección contra los actos prohibidos en el artículo 7, así sean infligidos por personas que actúan a título de funcionarios públicos, fuera de sus funciones públicas o a título privado[44] y deben tomar medidas efectivas para que personas o entidades privadas no inflijan torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a otras personas en su poder[45]. Sin embargo, hasta la fecha, no ha tenido que decidir en un caso de devolución donde la fuente de la amenaza de malos tratos fuera un actor no estatal.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la cuestión en varias ocasiones y ha adoptado una visión mucho más amplia que el Comité contra la Tortura. En una serie de decisiones, ha establecido que trasladar a una persona a un Estado donde existiera un riesgo real de que actores no estatales violaran el artículo 3 de la Convención equivaldría a una violación de la Convención. Una consideración clave en la opinión del Tribunal es si el Estado que normalmente tendría esa responsabilidad está o no en condiciones de otorgar la protección individual adecuada contra el daño.

Por ejemplo, en el caso de *H.L.R. c. Francia*, el solicitante argumentó que, si se lo deportaba a su Estado de origen, Colombia, quedaría expuesto a la venganza de los narcotraficantes que lo habían reclutado como contrabandista y sobre los cuales había dado información a las autoridades francesas. Si bien el Tribunal halló que el solicitante no había logrado demostrar la existencia de ese riesgo, afirmó lo siguiente:

43 Ibíd., párr. 6.5. El carácter excepcional de esta decisión fue confirmado por un caso virtualmente idéntico que se presentó ante el Comité años después. El Comité observó que, en los años intermedios, la situación en Somalia había cambiado considerablemente. Somalia ahora contaba con una autoridad estatal en la forma de un Gobierno Nacional Transicional que tenía relaciones con la comunidad internacional a título de gobierno central, a pesar de que existían dudas en cuanto al alcance de su autoridad territorial y su permanencia. Dada la existencia de esa autoridad, el Comité no consideró que el caso correspondiera a la situación excepcional de *Elmi v. Australia*, y adoptó la opinión de que los actores de las entidades no estatales que actuaban en Somalia quedaban fueran del ámbito del art. 3 de la Convención. Comité contra la Tortura, *H.M.H.I. v. Australia*, Comunicación Nº 177/2001, Opiniones del Comité contra la Tortura del 1 de mayo de 2001, Doc. ONU CAT/C/28/D/177/2001, 1 de mayo de 2001, párr. 6.4.

44 Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, nota 16 *supra*, párr. 2.

45 Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 8 *supra*, párr. 8.

> "Dado el carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no descarta la posibilidad de que el artículo 3 de la Convención también se aplique cuando el peligro proviene de personas o grupos de personas que no son funcionarios públicos. Sin embargo, debe demostrarse que el riesgo es real y que las autoridades del Estado receptor no pueden eliminar el riesgo otorgando la protección adecuada"[46].

Pena de muerte

Tradicionalmente, el traslado de una persona para que se le inicie un proceso que podría llevar a la imposición y la aplicación de la pena de muerte no se consideró una violación del principio de no devolución. Las decisiones de los tribunales de derechos humanos relativas a las extradiciones en esas circunstancias se centraron en la manera en que la pena de muerte podría aplicarse, o en el "fenómeno de la lista de espera de la muerte" que conduce a esa pena, lo que frecuentemente se consideró como equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante que impide la

46 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *H.L.R. v. France*, fallo del 22 de abril de 1997, párr. 40. Esta opinión fue reiterada, por ejemplo, en *T.I. v. The United Kingdom*, a pesar de que en este caso el solicitante tampoco reunió los méritos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *T.I. v. The United Kingdom*, Decisión sobre la admisibilidad, 7 de marzo de 2000, p. 14. La conclusión de que una amenaza proveniente de un actor no estatal puede dar lugar a una violación del art. 3 de la Convención parece haber sido tan poco controvertida que en el caso de *Ahmed v. Austria* que, al igual que los casos mencionados ante el Comité de Derechos Humanos, relativo a una expulsión a Somalia a finales de los años 1990, el Tribunal ni siquiera abordó esta dimensión. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ahmed v. Austria*, fallo del 27 de noviembre de 1996. Sólo la consideró la Comisión en una etapa anterior del procedimiento; respaldó el argumento del solicitante sobre la violación del artículo 3, en el sentido de que era suficiente que quienes tenían un poder considerable dentro de un Estado, aunque no fueran el gobierno, amenazaran la vida y la seguridad del demandante. *Ahmed v. Austria*, Solicitud Nº 25964/94. Informe de la Comisión del 5 de julio de 1995, p. 11. V también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, fallo del 11 de enero de 2007, párr. 97. El Tribunal adoptó una visión más amplia incluso en el caso *D. v The United Kingdom*, donde el solicitante, un enfermo de VIH cuya enfermedad había llegado a un estadio crítico y que estaba por ser deportado a su Estado de origen, San Cristóbal y Nieves, sostuvo que, dada la calidad y la disponibilidad del tratamiento médico en San Cristóbal, su deportación constituiría una violación del artículo 3 de la Convención.
El Tribunal observó que el principio de no devolución por lo general se aplicaba cuando el riesgo provenía de actos infligidos intencionalmente por las autoridades públicas en el Estado receptor o de entidades no estatales en ese país, cuando las autoridades no eran capaces de otorgar la protección adecuada. Sin embargo, dada la importancia fundamental del art. 3 en el sistema de la Convención, el Tribunal consideró que debería reservarse suficiente flexibilidad como para abordar la aplicación del artículo cuando la fuente del riesgo en el país receptor derivara de factores que no podrían comprometer, en forma directa o indirecta, la responsabilidad de las autoridades públicas de ese país o que, considerados solos, no infringieran los criterios establecidos en ese artículo. En opinión del Tribunal, limitar la aplicación del artículo 3 habría socavado el carácter absoluto de su protección. Por ello, el Tribunal halló que la implementación de la decisión de deportar al solicitante a San Cristóbal habría constituido un trato inhumano en violación del art. 3 de la Convención. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D. v. The United Kingdom*, fallo del 2 de mayo de 1997, Solicitud Nº 30240/96, párrs. 49-53.

devolución, y no en la pena de muerte misma[47]. Sin embargo, en los últimos años, los organismos de vigilancia de los derechos humanos han demostrado cierta inclinación a examinar la licitud de otros aspectos de los traslados para afrontar la posible imposición o aplicación de la pena de muerte.

Se ha prestado particular atención a los casos donde existía el riesgo de que se impusiera o aplicara la pena de muerte después de un proceso donde no se hubieran respetado las garantías procesales mínimas. Ello podría dar lugar a aspectos relativos a la devolución de dos maneras. En primer lugar, a partir del razonamiento empleado en Soering y Ng, la imposición de la pena de muerte en esas circunstancias podría equipararse a tortura u otras formas de tratos proscritos y dar lugar a posibles quejas por devolución. En el caso Ocalan, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la imposición de la pena muerte tras un proceso injusto equivalía a un trato inhumano per se. Aun cuando la sentencia no llegara a aplicarse, como en ese caso, donde Turquía luego abolió la pena de muerte, el demandante tuvo que sufrir por varios años las consecuencias de su imposición tras un proceso sin garantías procesales, y ello equivalió a un trato inhumano[48]. El caso no abordó específicamente la cuestión de la no devolución. Si bien esta cuestión no se ha presentado todavía específicamente ante el Tribunal, ahora que ha determinado que la imposición de la pena de muerte en esas circunstancias constituye un trato inhumano, no hay razón para que no aplique su visión de que un traslado a un lugar donde existe el riesgo de sufrir tal trato violaría el Convenio.

En segundo lugar, no se cuestiona que la aplicación de la pena de muerte tras un proceso donde no se han respetado las garantías procesales mínimas se equipara a una privación arbitraria de la vida[49]. Sin analizar exhaustivamente en qué consiste un juicio no equitativo, las salvaguardias procesales que protegen a las personas en poder de un Estado y que luego son trasladadas a otro para ser procesadas, y que pueden denegarse en el contexto de este artículo incluyen limitaciones graves de los derechos a contar con el tiempo y las facilidades para preparar la defensa y comunicarse con el abogado defensor, y el uso de pruebas obtenidas por medios inadecuados en procesos penales. Podría tratarse de pruebas e información obtenidas durante interrogatorios en los que el abogado estaba ausente, o en situaciones donde se violaron gravemente los derechos fundamentales de la persona trasladada, por ejemplo información obtenida tras someter a la persona a tortura.

47 Por ejemplo, en el caso Soering, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no basó su decisión en el riesgo de imposición de la pena de muerte *per se*, sino más bien en el hecho de que el "fenómeno de la lista de espera de la muerte" equivalía a un trato cruel, inhumano o degradante. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering v. The United Kingdom*, nota 19 *supra*, párr. 111. Análogamente, en la decisión *Ng*, el Comité de Derechos Humanos halló que la manera en que el demandante sería ejecutado (asfixia por gas) constituía un trato cruel e inhumano, que infringía el art. 7 de Pacto, *Chitat Ng. v. Canada*, nota 16 *supra*, párr. 16.4

48 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ocalan v. Turkey*, Solicitud Nº 46221/99, fallo del 12 de marzo de 2003, párr. 213, confirmado por el fallo de la Cámara Grande del 5 de mayo de 2005. El Tribunal reiteró esa posición en el caso *Bader and others v. Sweden*, Solicitud Nº 13284/04, fallo del 8 de noviembre de 2005, párr. 47.

49 V., por ej., las opiniones del Comité de Derechos Humanos en *Glenford Campbell v. Jamaica*, Com. Nº 248/1997, Opiniones del Comité de Derechos Humanos del 30 de marzo de 1992; y *Eustace Henry and Everald Douglas v. Jamaica*, Com. Nº 571/1994, Opiniones del Comité de Derechos Humanos del 25 de julio de 1996.

Si bien, hasta la fecha, los organismos de vigilancia de los derechos humanos no han abordado específicamente la licitud de la transferencia de una persona en esas circunstancias, esa situación parece corresponder a los "daños irreparables" contemplados por la Observación general 31 del Comité de Derechos Humanos, que prohíbe a los Estados trasladar personas:

> "cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un *daño irreparable*, como el contemplado por los artículos 6 [derecho a la vida] y 7 [prohibición de la tortura o de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes]..."[50]

Por último, también se ha manifestado cierta tendencia a considerar que los Estados que han abolido la pena de muerte deben abstenerse de trasladar personas para afrontar la posible imposición o aplicación de esa pena, aun cuando no haya alegaciones de que el proceso no ha sido equitativo. Esta fue la posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos en 2003, en el caso *Judge c. Canada*. Habiendo observado que su posición, así como la de los Estados, acerca de la cuestión de la pena de muerte estaba en evolución constante, el Comité sostuvo lo siguiente:

> "Los países que han abolido la pena de muerte tienen la obligación de no exponer a las personas al riesgo real de su aplicación. Por ende, no pueden trasladar a individuos de su jurisdicción, sea a través de la deportación o de la extradición, si razonablemente se puede prever que serán sentenciados a muerte, sin garantizar que esa sentencia no se lleve a cabo"[51].

Esta cuestión es particularmente pertinente para los Estados que han ratificado el Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, y para los Estados Partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que han ratificado sus Protocolos facultativos Nº 6 y Nº 13[52].

Hasta la fecha, el Comité de Derechos Humanos no ha tenido que abordar la cuestión del efecto del Segundo Protocolo facultativo en los traslados para someter a la persona transferida a la pena de muerte. A la luz de su opinión en el caso Judge, parece acertado suponer que interpretará que en el Protocolo se establece una obligación de no trasladar a las personas a una situación donde podrían verse sometidas a la imposición o la aplicación de la pena de muerte.

Sólo se ha presentado un caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos donde el demandante sostuvo que su deportación a procesos que podrían resultar en la imposición de la pena de muerte violaría los Protocolos facultativos Nº 6 y Nº 13.

50 Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 8 *supra*, párr. 12 (el subrayado es nuestro).

51 Comité de Derechos Humanos, *Roger Judge v. Canada*, Comunicación Nº 829/1998, Opiniones del Comité de Derechos Humanos del 20 de octubre de 2003, párr. 10.4.

52 El Protocolo facultativo Nº 6 establece la abolición de la pena de muerte, pero permite que los Estados Partes la dispongan en relación con actos cometidos en tiempo de guerra. El Protocolo facultativo Nº 13 la prohíbe en todas las circunstancias.

Si bien el caso no obtuvo los méritos necesarios, porque la existencia del riesgo no pudo establecerse, el Tribunal reiteró su posición de que las expulsiones podrían dar lugar a violaciones del artículo 3 si la persona en cuestión estuviera ante el riesgo real de ser maltratada en el país receptor. El Tribunal añadió que no descartaba que consideraciones análogas se pudieran aplicar al artículo 2 del Convenio, sobre el derecho a la vida, y al artículo 1 del Protocolo Nº 6 si el traslado pusiera en peligro la vida de la persona en cuestión, como resultado de la imposición de la pena de muerte o por otro motivo[53].

Si bien la tendencia claramente parece dirigirse a prohibir los traslados de personas en casos donde existe el riesgo de imposición o aplicación de la pena de muerte como resultado de un proceso manifiestamente no equitativo, en el caso de los Estados emisores que han abolido la pena de muerte, aun cuando no hubiera denuncias de fallas graves en el proceso, debería recordarse que en general se acepta que las promesas del Estado receptor de no pedir, imponer o aplicar la pena de muerte son suficientes para descartar la existencia del riesgo. En realidad, a veces las prevén expresamente, cuando no las exigen, los instrumentos pertinentes o las decisiones de los organismos de vigilancia de los derechos humanos. Esto se contrapone claramente a las promesas similares de evitar el riesgo de tortura o de otras formas de malos tratos, como analizaremos más adelante.

Otros riesgos

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas prohíbe expresamente los traslados de personas cuando existen razones de peso para creer que serán objeto de desaparición forzada, definida ésta de la siguiente manera:

> "el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley"[54].

53 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.R. v. Sweden*, Sol. Nº 62806/00, fallo del 23 de abril de 2003. Análogamente, si bien la cuestión del efecto del Protocolo facultativo Nº 13 fue planteada por el Estado defensor en *Bader v. Sweden*, el Tribunal decidió la solicitud sobre la base de otros argumentos y, por consiguiente, no abordó la cuestión. *Bader and others v. Sweden*, nota 48, *supra*, párr. 49. Adicionalmente, las obligaciones jurídicas o los compromisos políticos de numerosos Estados, notable aunque no exclusivamente, los miembros de la Unión Europea y/o del Consejo de Europa les impiden trasladar personas a la posible imposición o aplicación de la pena de muerte. Se trata de, por ejemplo, la Convención Europea de 1957 sobre extradición; la Directiva de Calificación de la UE; la Directiva de la UE sobre asistencia en casos de tránsito a los fines del traslado por vía aérea; y la Orden de Arresto Europea (Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, 2002/584/JHA, OJ L190, 18.7.2002, pp. 1-20). La legislación nacional suele imponer otras limitaciones. V., por ej., la legislación a la que se hace referencia en Ruma Mandal, Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ('Complementary Protection'), UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2005/2, junio de 2005.

54 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, arts. 2 y 16.

Algunos organismos de vigilancia de los derechos humanos recientemente han empleado expresiones que sugerirían una ampliación de la lista de violaciones de los derechos fundamentales, un riesgo de exposición que podría dar lugar a devolución[55]. Por ejemplo, en su resolución 2005 sobre traslados, que ya hemos mencionado, la Subcomisión de Derechos Humanos añadió las "ejecuciones extrajudiciales"[56]. Además, recomendó —dando a entender que no existía ninguna obligación vinculante al respecto— que las personas no fueran trasladadas a un Estado si existía un riesgo real de detención por tiempo indeterminado sin acceso a un juicio o a algunos de los procesos que pueden iniciarse contra la persona trasladada en violación flagrante de los requisitos internacionales del debido proceso[57].

Con respecto a los niños, en su Observación general 6, el Comité de derechos del niño afirmó que los Estados no deben trasladar a niños si hay razones de peso para creer que existe un riesgo de que el niño sea objeto de daños irreparables, como por ejemplo los que contempla el artículo 6 de la Convención sobre los derechos del niño, relativos al derecho a la vida, y el artículo 37 que prohíbe la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la pena de muerte o la privación arbitraria de la libertad[58].

El Comité añadió que el riesgo de reclutamiento y participación en las hostilidades de menores de edad conllevaba un alto riesgo de daño irreparable y que los Estados debían abstenerse de trasladar niños si existía un riesgo real de que fueran reclutados, incluido no sólo el reclutamiento como combatientes, sino también para ofrecer servicios sexuales a los militares, o cuando existiera un riesgo real de participación directa o indirecta en las hostilidades[59].

También debemos mencionar el informe de 2007 del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos, donde si bien no llega a afirmar que un riesgo de privación arbitraria de la vida es uno de los riesgos contemplados por el principio de no devolución, el Grupo de Trabajo destacó la necesidad de que los Estados incluyeran ese riesgo entre los elementos que deben tomarse en cuenta cuando se considera el traslado de una persona, sobre todo en el contexto de los esfuerzos contra el terrorismo[60].

55 Ya en 1989, en el caso Soering, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observó que "no descartaba que se podría plantear excepcionalmente un asunto [el derecho a un proceso equitativo] por una decisión de extradición en circunstancias donde el fugitivo ha sufrido o puede sufrir una negativa flagrante de acceder a un proceso equitativo en el país demandante". *Soering v. The United Kingdom*, nota 20 *supra*, párr. 113. Sin embargo, hasta ahora, el Tribunal no ha tenido que decidir un caso referido a traslados a situaciones donde se ha negado flagrantemente la posibilidad de acceder a un proceso equitativo que no implicara la imposición de la pena de muerte.

56 Subcomisión de la ONU de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resolución 2005/12, Traslado de personas, nota 34 *supra*, párr. 3.

57 Ibíd., párr. 3.

58 Comité de los derechos del niño, Observación general 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Doc. ONU CRC/GC/2005/6, 3 de junio de 2005, p. 6.

59 Ibíd.

60 Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, Doc. ONU A/HCR/4/40, 9 de enero de 2007, párr. 49.

En el derecho internacional humanitario

Conforme al artículo 45 del IV Convenio de Ginebra, para que se aplique la prohibición de la devolución la persona debe estar ante el riesgo de ser perseguida por sus opiniones políticas o sus creencias religiosas.

Si bien el Convenio no define lo que se entiende por "persecución", se puede obtener alguna orientación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que coloca la persecución entre los crímenes contra la humanidad y lo define como "la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad"[61]. También son importantes los Elementos del Crimen de persecución como un crimen contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional[62], así como el modo en que el término ha sido interpretado en el derecho de los refugiados, en relación con la definición de refugiado[63].

El elemento esencial de la persecución es la privación de algunos derechos fundamentales —derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona— sobre la base de ciertas características particulares de una persona, como la etnia, la nacionalidad, la religión o las opiniones políticas.

Como hemos mencionado, si bien no se refieren expresamente al principio de no devolución, el artículo 12 del III Convenio de Ginebra y el artículo 45 del IV Convenio de Ginebra prohíben los traslados de prisioneros de guerra y de extranjeros al territorio de un Estado parte en un conflicto armado internacional respectivamente a un Estado que no esté dispuesto a garantizar el respeto de todas las protecciones de los Convenios de Ginebra III y IV.

El umbral de riesgo

Los diversos tratados utilizan expresiones levemente diferentes para referirse al nivel de riesgo considerado para que se aplique el principio de no devolución.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 prohíbe trasladar refugiados a territorios donde su vida o su libertad "estuviera amenazada" por alguno de los motivos proscritos[64].

El artículo 45 del IV Convenio de Ginebra prohíbe los traslados a países donde la persona "pueda temer persecuciones".

61 Estatuto de la Corte Penal Internacional, 1998, art. 7(2)(g).

62 Son de particular importancia los elementos 1 a 3. Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición: Segunda parte: proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, art. 7(1)(h), Crimen de lesa humanidad de persecución, Doc. ONU PCNICC/2000/1/Add.2, 2 de noviembre de 2000.

63 UNHCR, *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Revisado, enero de 1992, párrs. 51-53.

64 El art. II(3) de la Convención de la OUA adopta el mismo criterio y prohíbe el traslado de un refugiado si su vida, su integridad física o su libertad "estuviera amenazada".

El artículo 3(1) de la Convención contra la tortura prohíbe trasladar a una persona "cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura"[65]. En relación con el nivel de riesgo cuya existencia debe demostrarse, la Observación general 1 del Comité contra la tortura explicó lo siguiente:

> "...el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. De todos modos, no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable"[66].

El artículo 16(1) de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada prohíbe trasladar a una persona "cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada".

Al interpretar las prohibiciones de la tortura y de otras formas de malos tratos que figuran en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han adoptado expresiones muy similares.

El Comité de Derechos Humanos no ha utilizado sistemáticamente la misma concepción del umbral de riesgo. En su Observación general 20, afirmó que los Estados Partes en el Pacto "no deben exponer a las personas al peligro" de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[67]. Más recientemente, en la Observación general 31, el Comité modificó levemente esa formulación y se refirió a una obligación de no trasladar a personas "cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable", como los riesgos contemplados en los artículo 6 y 7 del Pacto[68].

Por otro lado, en su jurisprudencia, el Comité ha sostenido que los Estados deben abstenerse de exponer a las personas "a un riesgo real" de violaciones de sus derechos establecidos en el Pacto[69].

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Soering sostuvo que una decisión de extradición podría dar lugar a una violación del artículo 3 de la Convención "cuando se hubiera demostrado que existían razones de peso para creer que si se extraditara a la persona en cuestión, se la colocaría ante un riesgo real" de ser sometida a tortura o a tratos o penas inhumanos o degradantes en el país demandan-

65 Al ratificar la Convención contra la tortura, Estados Unidos hizo la siguiente declaración interpretativa del art. 3: "... Estados Unidos interpreta que la frase "cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura", tal como figura en el artículo 3 de la Convención, significa que "cuando *es más probable* que sea sometida a tortura que que no lo sea" (el subrayado es nuestro). El razonamiento que sustenta esa interpretación y su significado se analizan en las pp. 37 y 38 de Respuesta de Estados Unidos al Comité contra la Tortura, lista de temas para considerar durante el examen del segundo informe periódico de Estados Unidos de América, nota 9 *supra*.

66 Comité contra la Tortura, Observación general 1, nota 22 *supra*, párr. 6.

67 Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, nota 16 *supra*, párr. 9.

68 Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 8 *supra*, párr. 12.

69 V., por ej., *Chitat Ng v. Canada*, nota 16 *supra*, párr. 14.1.

te[70]. En asuntos posteriores, el Tribunal adoptó prácticamente las mismas expresiones, que se asemejan mucho a las del artículo 3(1) de la Convención contra la Tortura[71].

A pesar de que las expresiones empleadas por estos instrumentos y por los organismos de vigilancia de los derechos humanos para describir el umbral de riesgo que deben considerarse para la aplicación del principio de no devolución no son constantes, es poco probable que las leves diferencias que se presentan a nivel de la redacción den lugar a diferencias reales en la evaluación del riesgo[72]

Se ha sostenido que la siguiente frase expresa de la manera más completa el umbral de riesgo que autoriza la aplicación del principio de no devolución, tal como se ha articulado en la práctica internacional:

> "circunstancias en las que se puede demostrar que existen razones de peso para creer que las personas podrían correr un riesgo real de ser sometidas a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"[73].

Quiénes están protegidos

En el derecho de los refugiados

El artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe la devolución de los refugiados, es decir de toda persona que esté abarcada en la definición de refugiado establecida en el artículo 1A[74] y que no esté excluida de la protección de la Convención conforme a los criterios establecidos en el artículo 1F[75].

70 *Soering v. The United Kingdom*, nota 20 *supra*, párr. 91.

71 V., por ej., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, nota 20 *supra*, párr. 115; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párrs. 74 y 80: y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *T.I. v. The United Kingdom*, Solicitud Nº 43844/98, fallo del 7 de marzo de 2000, p. 15.

72 Según Lauterpacht y Bethlehem, "en la práctica, sin embargo, no queda claro si las diferencias en las diversas redacciones se traducirán en un plano material, sobre todo porque el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura ... han indicado de alguna forma u otra que, cuando se presenta un asunto de devolución, las circunstancias que rodean al caso deberán examinarse en forma exhaustiva", Lauterpacht y Bethlehem, nota 11 *supra*, párr. 247.

73 Ibíd., párr. 249.

74 El art. 1A de la Convención establece que se considerará como refugiado a toda persona "que... debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país". No es necesario que la persona haya sido reconocida formalmente como refugiada para beneficiarse de la protección de la Convención. Alcanza con que reúna los criterios de la definición. V. por ej., UNHCR EXCOM Conclusion Nº 6 (XXVIII) 1977, Non-refoulement. Además, la ilegalidad de la presencia de una persona en el Estado de que se trate no afecta la aplicación del principio de no devolución. V., por ej., Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951, art. 31.

75 Esta disposición excluye de la protección de la Convención a toda persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. La Convención de la OUA sobre los refugiados tiene un ámbito de aplicación más amplio que la Convención de 1951. Si bien contiene cláusulas de exclusión, el art. II(3) dispone que "ninguna persona" puede ser *devuelta*, lo que presumiblemente incluye a aquellas personas contempladas por las cláusulas de exclusión.

Esto no significa que las personas abarcadas en la cláusula de exclusión puedan ser devueltas. No se benefician del estatuto de refugiado y de los derechos que éste conlleva, incluido el derecho a quedar dentro del mandato del ACNUR. Pero como por definición esas personas corren riesgos si son retornadas, pueden tener derecho a recibir la protección contra la devolución prevista por el derecho de los derechos humanos y, si están en un Estado que está participando en un conflicto armado, la del derecho internacional humanitario. El hecho de que estén excluidas de la protección prevista por el derecho de los refugiados no afecta su derecho a recibir las de los dos otros ordenamientos jurídicos.

En el derecho de los derechos humanos

La prohibición expresa que figura en la Convención Interamericana de Derechos Humanos sólo prohíbe la devolución de extranjeros, pero la prohibición basada en el riesgo de tortura que figura en la Convención contra la Tortura y que está implícita en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplica a todas las personas que estén bajo el control efectivo de un Estado, independientemente de su nacionalidad o de si tienen el estatuto de refugiado.

En el derecho internacional humanitario

La prohibición expresa de la devolución de personas que figura en el artículo 45 del IV Convenio de Ginebra se aplica a extranjeros en el territorio de un Estado parte en un conflicto armado internacional, al igual que la protección más amplia que prevé en relación con las transferencias de personas. En el artículo 12 del III Convenio de Ginebra se incluye una disposición similar que se aplica a los prisioneros de guerra.

La prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos en el derecho internacional humanitario se aplica a todas las personas que estén bajo el control efectivo de una parte en conflicto. Por lo tanto, en la medida en que la interpretación de la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos en el derecho internacional humanitario debe ser guiada por la jurisprudencia de los organismos de vigilancia de los derechos humanos, todas esas personas están protegidas contra los traslados que pueden hacerles correr el peligro de sufrir malos tratos de esa índole.

Consecuencias de los diferentes ámbitos de aplicación del principio

Participación del ACNUR

La consecuencia más importante de esa diferencia en cuanto al ámbito de aplicación del principio concierne a la participación del ACNUR en favor de las personas afectadas. Ese organismo sólo tiene el cometido expreso de prestar asistencia y protección a las personas contempladas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y a los apátridas. De modo que las personas que no caben en la definición de refugiado o que están excluidas de ésta, pero que podrían correr riesgos si

fuesen transferidas, tampoco deben ser devueltas, si bien, en general, el ACNUR no intervendrá en su favor ni les ayudará a encontrar una solución duradera.

"Protección complementaria"

Por lo que respecta a la protección, el hecho de no caber dentro de la definición de refugiado, de estar excluido de ésta o de caer dentro de las excepciones del principio de no devolución en el derecho de los refugiados no afecta el derecho de una persona a ser protegida contra la devolución en el derecho de los derechos humanos, y si está en un país en conflicto armado, la del derecho internacional humanitario[76]. El término de "protección complementaria" suele emplearse para hacer referencia a la protección contra las transferencias en esas circunstancias.

Algunos Estados han regulado los motivos para conceder protección complementaria y, lo que es muy importante, han especificado los derechos y los estatutos de los que gozan los beneficiarios[77]. Lamentablemente, la situación más común es que las personas que se benefician de la protección complementaria, si bien no son devueltas, carecen de un estatuto y de derechos formales, lo que las suele dejar en una situación jurídica precaria e incierta[78].

Un principio absoluto

En el derecho de los refugiados

En la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, la protección contra la devolución no puede ser reclamada por

> "el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país"[79].

No es el objeto de este artículo analizar el ámbito de aplicación de esta

76 V., por ej., 'Factum of the Intervenor, UNHCR, Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration ; the Attorney-General of Canada , SCC No. 27790 ', *International Journal of Refugee Law* (2002), pp. 149 y ss.

77 Por ejemplo, por medio de la "protección subsidiaria" en la Unión Europea, conforme a la directiva del Consejo 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted, [2004] OJ L304/12 (Directiva de Calificación). Para un análisis reciente de los motivos por los que se pueden reclamar la protección complementaria y los derechos asociados a ésta, v. Jane McAdam, 'Complementary protection and beyond : how states deal with human rights protection', *New Issues in Refugee Research*, UNHCR Working Paper Nº 118, agosto de 2005. V. también Mandal, nota 53 *supra*.

78 Reconociendo la situación vulnerable en que suelen hallarse esas personas, el Comité Permanente del ACNUR examinó, el año 2000, algunos criterios mínimos para el trato debido a las personas que se benefician de formas complementarias de protección, Formas complementarias de protección: su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional, Doc. ONU EC/50/SC/CRP.18, 9 de junio de 2000.

79 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, art. 33(2). Más tarde, otros instrumentos del derecho de los refugiados, como la Convención sobre los refugiados de la OUA y la Declaración de Cartagena, no contienen excepciones al principio de no devolución.

excepción[80]. A los fines que aquí nos ocupan, alcanza con señalar que se reconoce que, dado el carácter humanitario de la prohibición de la devolución y las graves consecuencias, para un refugiado, de ser devuelto a un país donde corre peligro, las excepciones deben interpretarse en forma restrictiva y en estricto cumplimiento del debido proceso judicial[81]. Además, como ya hemos indicado, las personas excluidas de la protección contra la devolución en el derecho de los refugiados pueden beneficiarse del principio en el derecho de los derechos humanos o en el derecho internacional humanitario.

En el derecho de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario

El principio de no devolución como principio de los derechos humanos no permite excepciones o derogaciones.

Ninguna de las disposiciones convencionales que prohíben expresamente la devolución contiene excepciones. Además, en la medida en que forma parte de la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos, la no devolución goza del mismo carácter absoluto. El carácter absoluto de la prohibición de la tortura ha sido expresamente reconocido en la Convención contra la tortura y por los organismos de vigilancia de los derechos humanos[82].

El carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos, incluida la dimensión implícita de la no devolución, fue reafirmado recientemente por el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Canadá. En reacción a una decisión de la Corte Suprema de Canadá de deportar a una persona que era considerada como una amenaza a la seguridad nacional, a pesar de que existía un riesgo de que fuera maltratada, el Comité afirmó lo siguiente:

80 Para un análisis de la exclusión, v. ACNUR, "La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados", Sección de Políticas y Asesoramiento Jurídico, Departamento de Protección Internacional, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003.

81 V. Lauterpacht y Bethlehem, nota 11 *supra*, párr. 159.

82 El art. 2(2) de la Convención contra la tortura dispone que "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o de cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura". V. también Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, nota 16 *supra*, y Observación general 24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 4 de noviembre de 1994, Doc. ONU CCPR/C/21/rev.1/add.6

> "El Estado Parte debe reconocer la índole absoluta de la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no puede conculcarse en ninguna circunstancia... Ninguna persona, sin excepción alguna, incluidas las personas de las que se sospeche que representan un peligro para la seguridad nacional o la seguridad de cualquier persona, ni siquiera durante un estado de emergencia, podrá ser deportada a un país en que corra el riesgo de ser sometida a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"[83].

Análogamente, en el asunto *Saadi c. Italia*, relativo a la deportación de una persona acusada de delitos terroristas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reafirmó el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que en ningún caso puede derogarse, aun en situaciones de emergencia pública que amenacen la vida de la nación e independientemente de la conducta del demandante[84].

Es importante señalar que, en ese asunto, el Tribunal también rechazó el argumento esgrimido por el Reino Unido, que había intervenido en el proceso, según el cual debería hacerse una distinción entre situaciones donde los malos tratos eran infligidos por el Estado Parte en el Convenio Europeo y situaciones donde los malos tratos eran infligidos por un tercer Estado, al que el demandante estaba siendo trasladado. El Reino Unido sostuvo que, en el segundo caso, la protección de la persona contra los malos tratos tenía que sopesarse con los intereses de la comunidad en su conjunto. El Tribunal rechazó enérgicamente esa posición, señalando que la protección contra la no devolución en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es más amplia que la que confiere la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en la medida en que la conducta de la persona, aunque fuera indeseable o peligrosa, no era algo que hubiera que tomar en cuenta[85].

83 Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Canadá, Doc. ONU CCPR/C/CAN/CO/5, párr. 15. La misma decisión del Tribunal Supremo suscitó fuertes críticas por parte del Comité contra la Tortura, Comité contra la Tortura, Observaciones finales: Canadá, Doc. ONU CAT/C/CR/34/CAN, 7 de julio de 2005, párr. 4(a).

84 *Saadi v. Italy*, nota 13 *supra*, párr. 127. El caso que se presentó ante el Tribunal Europeo, *Chahal v. The United Kingdom*, también relativo a la deportación de una persona por presunta participación en actividades terroristas. Subrayando que estaba consciente de las dificultades afrontadas por los Estados para protegerse de la violencia terrorista, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que: "aun en esas circunstancias, la Convención prohíbe absolutamente la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de la conducta de la víctima. A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas de la Convención y de los Protocolos 1 y 4, el artículo 3 no dispone excepciones ni derogaciones de lo que está permitido en virtud del artículo 15, aun en caso de emergencia pública que amenace la vida de la nación... La prohibición establecida en el artículo 3... contra los malos tratos también es absoluta en casos de expulsión. Por lo tanto, más allá de las razones fundadas que se hayan esgrimido para creer que una persona afrontaría un riesgo real de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3... si se la trasladara a otro Estado, la responsabilidad del Estado contratante de protegerlo contra esos tratos sigue comprometida en caso de expulsión... En tales circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, aunque sean indeseables o peligrosas, no pueden constituir una consideración material. (*Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párrs. 79-80).

85 *Saadi v. Italy*, nota 13 *supra*, párr. 138.

El Tribunal también rechazó, por considerarlo incompatible con el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos, el argumento del Estado interviniente, según el cual en casos donde el demandante representara una amenaza a la seguridad nacional habría que presentar pruebas más fuertes para demostrar la existencia del riesgo de malos tratos. En opinión del Tribunal, el hecho de que una persona pudiera causar un riesgo grave a la comunidad, si no se la trasladara, no reducía en modo alguno el riesgo de malos tratos al que estaría sometida tras el traslado; por ende, sería incorrecto exigir la presentación de pruebas más contundentes[86].

En el derecho internacional humanitario, el principio de no devolución tal como figura expresamente en el artículo 45(4) del IV Convenio de Ginebra también es absoluto[87], al igual que su formulación más amplia que implícitamente figura en el artículo 12 del III Convenio de Ginebra y en el artículo 45(3).

La dimensión procesal

Un aspecto fundamental del principio de no devolución es que, hasta hace poco tiempo, había recibido una atención limitada en lo que respecta a su dimensión procesal: los derechos básicos sobre el debido proceso que permiten a los individuos impugnar las decisiones de trasladarlos cuando, en su opinión, ese traslado los expondría a un riesgo real de que se infrinjan sus derechos fundamentales. Esa dimensión procesal es fundamental para la aplicación práctica de la protección conferida por el principio de no devolución. Aparece expresamente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, pero también tiene una base sólida en el derecho de los derechos humanos[88].

Autoridad responsable de determinar la existencia de un riesgo

Son las autoridades nacionales del Estado que tiene el control efectivo de la persona en cuestión las que deben determinar si existe o no un riesgo real de que se violen sus derechos fundamentales si se la trasladara. La existencia del riesgo debe determinarse sobre la base de criterios objetivos, a partir de la información que el Estado tenga o deba tener. Si bien, en la mayoría de los casos, es probable que la persona en cuestión haya expresado sus preocupaciones en relación con el traslado, no es necesario que lo haya hecho para que se apliquen las obligaciones de los Estados en virtud del principio de no devolución. Aun en circunstancias en que la persona no expresa sus temores, o no está en condiciones de hacerlo, el Estado que la expulsa debe evaluar si ese riesgo existe.

En el caso de la no devolución como un principio del derecho de los refugiados, la evaluación de la existencia de un riesgo por lo general se efectúa durante los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado ante los tribunales locales. En

86 Ibíd., párr. 138.

87 El carácter absoluto del principio es afirmado enérgicamente en Jean Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (1958), p. 269.

88 Al respecto, v., por ej., Lauterpacht y Bethlehem, nota 11 *supra*, párr. 159.

algunas circunstancias, puede ser el ACNUR el encargado de determinar el estatuto de refugiado a pedido de un Estado[89].

Las autoridades nacionales también son las encargadas de determinar la existencia de un riesgo en relación con la devolución de una persona en el derecho de los derechos humanos. Algunos Estados han establecido procedimientos especiales para revisar el derecho a recibir esa protección complementaria, pero en la mayoría de los casos los traslados propuestos deben ser impugnados ante los tribunales comunes responsables de revisar las decisiones administrativas[90].

El derecho a impugnar una decisión de traslado

No se discute que a una persona que se enfrenta a una posible devolución debe dársele la oportunidad de impugnar la decisión de su traslado.

En la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados figura expresamente el requisito de que las expulsiones sólo pueden efectuarse "en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes"[91].

El derecho de las personas a impugnar las decisiones de trasladarlas y la observancia de los requisitos del debido proceso en casos donde se podría llegar a decidir una devolución también están establecidos en el derecho de los derechos humanos, tal como han subrayado varios organismos de vigilancia de los derechos humanos. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite la expulsión de extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado Parte sólo en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Además exige que, salvo cuando se opongan razones imperiosas de seguridad nacional, se permitirá a los extranjeros exponer las razones que los asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ésta. El objetivo de esa disposición es que cada extranjero que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado Parte sea objeto de una decisión individual por lo que respecta a su expulsión y evitar de ese modo las expulsiones arbitrarias[92]. El artículo 1 del Protocolo Nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene salvaguardias similares que deben ofrecerse a los extranjeros en procedimientos relativos a su expulsión.

Estas son las dos únicas disposiciones donde se menciona expresamente un derecho a revisión; sin embargo, se ha interpretado que el derecho al "debido proceso" cuando se impugna una decisión de trasladar a una persona se aplica a todas las personas que se encuentran bajo el control efectivo de un Estado y no sólo a los extranjeros que residen legalmente en el territorio del Estado que desea trasladarlos.

89 En el ACNUR se puede hallar orientación general sobre los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado, *Refugee Protection: A Guide to International Refugee Law, UNHCR Handbook for Parliamentarians*, N°2, 2001, y en *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, nota 63 *supra.*

90 V., por ej., Mandal, nota 53 *supra*, y McAdam, nota 77 *supra*.

91 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, art. 32(2).

92 Comité de Derechos Humanos, Observación general 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 10. El Comité de Derechos Humanos también señaló que esa disposición se aplica a *todos* los procedimientos destinados a la salida obligatoria de un extranjero, así esté descrita en la legislación nacional como expulsión o de otra manera. Ibíd., párr. 9.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado esa dimensión del principio de no devolución sobre la base del derecho a interponer recurso en el derecho nacional por violaciones del Convenio. En las situaciones en que un traslado puede exponer a una persona al riesgo de sufrir tortura u otras formas de malos tratos, el Tribunal ha aplicado criterios rigurosos en cuanto a la forma que deben adoptar esos recursos. Por ejemplo, en el asunto Chahal, sostuvo lo siguiente:

> "151. En tales casos, dado el carácter irreversible del daño que podría causarse si el riesgo de maltrato se hiciera realidad y la importancia que el Tribunal atribuye al artículo 3, la noción de un recurso efectivo que figura en el artículo 13 exige una revisión independiente de la demanda según la cual existen razones fundadas para temer un riesgo real de recibir un trato contrario al artículo 3. Esa revisión debe efectuarse independientemente de lo que la persona haya hecho para recibir la expulsión o de cualquier amenaza percibida contra la seguridad nacional del Estado expulsor.
>
> 152. No es necesario que una autoridad judicial efectúe esa revisión pero, si no lo hace, los poderes y las garantías que otorgue son pertinentes para determinar si el recurso que se le presenta es efectivo."[93]

Con respecto a los demás elementos del procedimiento, el Tribunal observó:

> "... en los procedimientos ante el panel consultivo, el demandante no tuvo derecho a acceder a, inter alia, una representación jurídica, sólo se le dio un resumen de los motivos de la intención de deportarlo, y el panel no tuvo el poder de decisión, ya que su consejo al Ministro del Interior no fue vinculante ni tampoco se dio a conocer públicamente. En esas circunstancias, no se puede considerar que el panel consultivo haya ofrecido garantías procesales suficientes a los fines del artículo 13"[94].

Hasta hace poco tiempo, otros organismos de vigilancia de los derechos humanos no habían abordado la dimensión procesal del principio con el mismo nivel de detalle. Por ejemplo, en un caso de 1996 relativo al traslado de una persona sospechosa de actividades terroristas realizado a través de la entrega directa de una fuerza policial a otra sin la intervención de una autoridad judicial, el Comité contra la Tortura halló que se había cometido una violación del artículo 3 de la Convención y de los derechos del detenido. Subrayó la necesidad de que los traslados respeten

93 *Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párrs. 151-152. Al aplicar esa prueba a los hechos del caso que estaba examinando, el Tribunal observó que ni el panel consultivo de la sala de apelaciones ni los tribunales podían revisar una decisión del Ministro del Interior de deportar al demandante. Su papel se limitó a conformarse con verificar que éste hubiera evaluado el riesgo del demandante en relación con el peligro que representaba para la seguridad nacional. Por ello, el Tribunal concluyó que no se podía considerar que los tribunales ofrecieran recursos efectivos tal como lo exige el art. 13 del Convenio. Ibíd., párr. 153.

94 Ibíd., párr. 154.

plenamente los derechos y las libertades fundamentales de las personas —incluido el derecho al debido proceso—, pero no detalló a cuáles se refería[95].

En los últimos años, se ha prestado mayor atención a la dimensión procesal de la prohibición de la devolución. Por ejemplo, el Comité contra la Tortura lo hizo en el año 2005 en una decisión relativa a la transferencia de un nacional egipcio de Suecia a Egipto; al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abordó la cuestión en el contexto del derecho a interponer recurso. Tras observar que se debería interpretar que el artículo 3 de la Convención contra la Tortura incluye el derecho a interponer recurso si es infringido, el Comité sostuvo:

> "en el caso de una denuncia de que se ha cometido tortura o tratos inhumanos, crueles o degradantes, el derecho a interponer recurso exige que, después del hecho, se realice una investigación efectiva, independiente e imparcial de esas denuncias. Sin embargo, la naturaleza de la devolución es tal que una denuncia de una infracción de ese artículo hace referencia a una futura expulsión o transferencia; por consiguiente, *el derecho a interponer un recurso efectivo contenido en el artículo 3 exige, en este contexto, que se ofrezca una oportunidad para una revisión efectiva, independiente e imparcial de la decisión de expulsar o trasladar, una vez que se haya tomado la decisión, cuando exista una denuncia plausible de que se ha infringido lo establecido en el artículo 3*"[96].

Sin especificar los elementos mínimos que, en su opinión, el procedimiento de revisión del traslado debería reunir, en 2006 el Comité contra la Tortura también hizo hincapié en el derecho de las personas detenidas fuera del territorio de Estados Unidos, en este caso en Guantánamo, Irak y Afganistán, a impugnar la decisión de su traslado[97].

El Comité de Derechos Humanos también presta mayor atención a la dimensión procesal del principio. Por ejemplo, en el asunto *Mansour Ahani c. Canadá*, de 2006, afirmó que cuando esté en juego alguno de los principales valores protegidos por el Pacto, en particular el derecho a no ser sometido a tortura, "deberá efectuarse el examen más riguroso posible de la equidad del procedimiento aplicado para determinar si una persona está ante un riesgo grave de ser sometida a tortura"[98].

95 Comité contra la Tortura, *Josu Arkauz Arana v. France*, Comunicación Nº 63/1997, Opiniones del Comité contra la Tortura del 16 de diciembre de 1996, párr. 11(5). El Comité contra la Torturas ya había expresado su preocupación por la práctica de la policía de entregar individuos a su contraparte en otro país cuando consideró el segundo informe periódico de Francia en relación con el artículo 19 de la Convención. Informe del Comité contra la Tortura, Doc. ONU A/53/44, 16 de septiembre de 1998, párr. 143.

96 Comité contra la Tortura, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza v. Sweden*, Comunicación Nº 233/2003, Opiniones del Comité contra la Tortura del 20 de mayo de 2005, párr. 13.7 (el subrayado es nuestro).

97 En sus Conclusiones y observaciones sobre el segundo informe periódico sobre Estados Unidos, el Comité simplemente afirmó que "el Estado Parte ha de asegurar siempre de que los reos tengan la posibilidad de impugnar las decisiones de devolverlos.", Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones: Estados Unidos de América, nota 9 *supra*, párr. 20.

98 Comité de Derechos Humanos, *Mansour Ahani v. Canada*, Comunicación Nº 1051/2002, Opiniones del Comité de Derechos Humanos del 15 de junio de 2004, párrs. 10.6-10.8.

La cuestión también fue abordada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su decisión de 2005, donde reitera y extiende las medidas cautelares impuestas en relación con los detenidos en Guantánamo[99]. Al respecto, la Comisión afirmó que la obligación de no devolución

> "también requiere necesariamente que las personas que pueden enfrentar un riesgo de tortura no sean rechazadas en la frontera o expulsadas sin un adecuado examen individualizado de sus circunstancias, aunque no reúna los requisitos de refugiado, y que el proceso respete estrictamente todas las garantías aplicables, incluido el derecho a que sea una autoridad competente, independiente e imparcial quien decida sobre la admisibilidad de la persona para entrar al proceso, a través de un procedimiento que sea justo y transparente"[100].

Análogamente, en su informe provisional de 2004, el Relator especial sobre la cuestión de la tortura expresó graves preocupaciones por el aumento de prácticas que, en su opinión, socavan el principio de no devolución, incluida la entrega de personas por las autoridades de un país a sus contrapartes en otros países sin la intervención de una autoridad judicial. Destacó la necesidad de que "los procedimientos conducentes a la expulsión respeten las garantías procesales correspondientes, por lo menos el derecho a una audiencia ante una instancia judicial y el derecho de apelar"[101].

A nivel europeo, además de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la dimensión procesal del principio de no devolución fue subrayada en una Recomendación del Alto Comisionado de los Derechos Humanos para el Consejo de Europa en 2001, donde reafirmó lo siguiente:

99 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Extension of Precautionary Measures (Nº 259) regarding Detainees in Guantánamo Bay, Cuba*, decisión del 28 de octubre de 2005, disponible en www.asil.org/pdfs/ilibmeasures051115.pdf (consultado en octubre de 2008). V. también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos* (2002), párr. 394.

100 Ibíd., p. 9. Para que cumpliera esta obligación, la Comisión pidió a Estados Unidos que tomara "las medidas necesarias para que los detenidos que pudieran enfrentar el riesgo de ser sometidos a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, si se los trasladara, desplazara o expulsara de la bahía de Guantánamo, gozaran de un examen adecuado e individualizado de sus circunstancias a través de un proceso justo y transparente ante una instancia decisoria competente, independiente e imparcial. Cuando existen razones de peso para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura o a otros malos tratos, el Estado debería hacer lo necesario para que el detenido no sea trasladado y para que las seguridades diplomáticas no se utilicen para que el Estado eluda su obligación de no devolución". Ibíd., p. 10. La Comisión retomó esta cuestión en su resolución de 2006 sobre Guantánamo donde, *inter alia*, instó a Estados Unidos a asegurar que las personas que pudieran correr el riesgo de ser sometidas a tortura o a otras formas de malos tratos si se las trasladara desde Guantánamo pudieran acceder a "un examen adecuado e individualizado de sus circunstancias a través de un proceso justo y transparente ante una instancia decisoria competente, independiente e imparcial". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 2/06 sobre las medidas cautelares relativas a Guantánamo, del 28 de julio de 2006, párr. 4.

101 Informe del Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/59/324, 1 de septiembre de 2004, párr. 29.

> "El derecho a interponer recurso (en virtud del artículo 13 de la Convención Europea) debe garantizarse a toda persona que desee impugnar una orden de devolución o de expulsión. Debe poder suspender la aplicación de una orden de expulsión, al menos cuando se alegue una infracción de los artículos 2 o 3 de la Convención."[102]

La cuestión también fue abordada por el Grupo de Especialistas en derechos humanos y lucha contra el terrorismo del Consejo de Europa, en dos reuniones celebradas en 2005 y en 2006[103], y por el Presidente del Comité europeo para la prevención de la tortura, en reacción a un memorando de entendimiento sobre deportaciones que Gran Bretaña había concertado con Jordania[104].

Si bien no abordamos en este artículo las jurisprudencias nacionales, como excepción nos referiremos ahora a la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el asunto *Suresh c. Canadá* (Ministerio de Ciudadanía e Inmigración), donde se abordan en forma detallada las garantías procesales que deben darse en procedimientos de deportación donde se haya confirmado el riesgo de que la persona sea sometida a tortura[105].

102 Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning The Rights Of Aliens Wishing To Enter A Council Of Europe Member State And The Enforcement Of Expulsion Orders, CommDH/Rec(2001)1, 19 de septiembre de 2001, párr. 11.

103 Tras reafirmar la obligación de los Estados de no expulsar a una persona cuando existieran razones de peso para creer que podría ser sometida a un riesgo real de tortura o de tratos inhumanos, crueles o degradantes, los especialistas subrayaron que la evaluación de la existencia de un riesgo debía efectuarse caso por caso y que los Estados expulsores no deberían basarse en listas de Estados "seguros" o "inseguros". Consejo de Europa, Comité Permanente de Derechos Humanos, Grupo de especialistas de derechos humanos y lucha contra el terrorismo, Informe de reunión, primera reunión, Estrasburgo, DH-STER (2005) 018, 7-9 de diciembre de 2005, e Informe de reunión, segunda reunión, Estrasburgo, DH-STER (2006) 005, 29-31 de marzo de 2006.

104 Entre otras cosas, el Presidente subrayó la necesidad de que toda tentativa de deportación pudiera impugnarse ante una autoridad competente y de que esos procedimientos tuvieran un efecto suspensivo. Carta enviada por el Presidente del Comité de prevención de la tortura a las autoridades del Reino Unido en relación con un Memorando de Entendimiento firmado entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno del Reino Hashemita de Jordania concertado el 19 de agosto de 2005 por el que se regula el ofrecimiento de garantías en forma individual a las personas previo a su deportación, 21 de octubre de 2005, *Appendix to the Report to the United Kingdom Government on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 20 to 25 November 2005*, 10 de agosto de 2006, CPT/Inf (2006) 28. El Comité de Prevención de la tortura también abordó la dimensión procesal en su informe 15 sobre sus actividades, donde afirmó que "debería enfatizarse que, antes del regreso, los procedimientos de deportación basados en las seguridades diplomáticas deben poder ser objeto de impugnación ante una autoridad competente, y tales impugnaciones pueden tener un efecto suspensivo en la ejecución de la deportación. Esta es la única manera de asegurar un examen riguroso y oportuno de la seguridad de las acciones previstas en un determinado caso", *15th General Report on the CPT's Activities, covering the period 1 August 2004 to 31 July 2005*, Estrasburgo, 22 de septiembre de 2005, párr. 41.

105 Corte Suprema de Canadá, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1. La Corte basó su razonamiento en la Sección 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que establece que "todas las personas gozan del derecho a la vida, la libertad y la seguridad y no deben ser privadas de ese derecho salvo que sea de conformidad con los principios de justicia fundamental". Estos "principios de justicia fundamental" reflejan las garantías procesales mínimas previstas en el derecho internacional de los derechos humanos.

En opinión de la Corte, las protecciones procesales aplicables no incluían que la autoridad responsable de la decisión de deportación realizara una audiencia oral o un proceso judicial completo. Sin embargo, el demandante gozaba de varios derechos, incluido los de ser informado del caso; recibir el material sobre el cual la autoridad basaba su decisión, que estaba sujeto a una difusión limitada por razones valederas, como la protección de los documentos confidenciales de seguridad pública; y la oportunidad de responder al caso presentado a la autoridad. Sin embargo, en ausencia de acceso al material sobre el cual la autoridad basaba su decisión, el demandante y su asesor no tenían conocimiento de los factores que tenían que abordar específicamente, ni tampoco tuvieron la oportunidad de corregir las imprecisiones o los conceptos erróneos. Además, debían aceptarse las presentaciones de un demandante después de que se le hubiera dado la oportunidad de examinar el material que se estaba utilizando en su contra. La Corte también halló que el demandante debía tener la oportunidad de impugnar la información presentada ante la autoridad. Para ello, se le debía permitir presentar pruebas del riesgo de ser sometido a tortura al regresar al país. Por último, cuando la autoridad estuviera basándose en garantías escritas de un gobierno extranjero de que una persona no sería torturada, debía darse a esa persona la oportunidad de presentar pruebas y de hacer presentaciones en cuanto al valor de esas garantías[106].

Sobre la base de la jurisprudencia existente y de otras orientaciones de los organismos de vigilancia de los derechos humanos, puede concluirse que las garantías procesales que deben ofrecer a las personas que serán trasladadas incluyen los siguientes elementos mínimos:

- una vez que se ha tomado la decisión de trasladar a una persona, se la debe informar de esa decisión en forma oportuna;
- si la persona expresa que teme sufrir tortura o malos tratos, un organismo independiente de la autoridad que haya tomado la decisión deberá examinar, caso por caso, si esos temores son fundados;
- esa revisión debe tener un efecto suspensivo sobre el traslado[107];
- debe darse a la persona que será trasladada la oportunidad de hacer gestiones ante el organismo que está revisando la decisión;
- la persona debe recibir asesoramiento de un abogado; y
- la persona debe poder apelar la decisión del organismo de revisión[108].

106 Ibíd., párrs. 121-123.

107 V., por ej., la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Jabari v. Turkey*, donde el Tribunal halló que todo procedimiento de determinación del estatuto de refugiado que no tuviera un efecto suspensivo en la deportación y que no permitiera una revisión del fondo de una solicitud violaba el artículo 13 de la Convención (derecho a interponer recurso). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jabari v. Turkey*,decisión final del 11 de octubre de 2000.

108 El derecho a apelar una determinación negativa del estatuto de refugiado está bien establecido. V., por ej., EXCOM Conclusion No. 8 (XXVIII), 1977, Determination of Refugee Status, párr. e. Sin embargo, existe mucha menos práctica internacional que respalde un derecho similar a apelar una decisión de traslado sobre la base de la no devolución como principio del derecho de los derechos humanos. Para consultar la práctica de algunos Estados a nivel nacional, v. Mandal, nota 53 *supra*.

Cuestiones que deben considerarse cuando se evalúa el riesgo

Algunos de los instrumentos que abordan expresamente la no devolución ofrecen orientación sobre las cuestiones que deben considerar los organismos encargados de evaluar si el riesgo tiene fundamento o no. El artículo 3(2) de la Convención contra la Tortura dispone que:

> "A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos".

En su Observación general 1, el Comité contra la Tortura estableció la siguiente lista no exhaustiva de la información particularmente pertinente que debería considerar al revisar el fondo de una solicitud donde se alegara riesgo:

"a) ¿Hay pruebas de que en el Estado de que se trata existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos?;
b) ¿Ha sido en el pasado torturado o maltratado el autor por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia? De ser así, ¿se trata de hechos recientes?;
c) ¿Hay testimonios médicos u otros testimonios independientes que corroboren las alegaciones del autor de que ha sido torturado o maltratado en el pasado y ha tenido secuelas la tortura?
d) ¿Ha cambiado la situación a que se hace referencia en el apartado a)? En todo caso, ¿ha cambiado la situación interna con respecto a los derechos humanos?
e) ¿Ha participado el autor dentro o fuera del Estado de que se trata en actividades políticas o de otra índole que pudieran hacerle particularmente vulnerable al riesgo de ser sometido a tortura si se le expulsa, devuelve o extradita a ese Estado?
f) ¿Hay alguna prueba de la credibilidad del autor?
g) ¿Hay contradicciones de hecho en las alegaciones del autor? De ser así, ¿son ellas pertinentes o no?"[109]

La lista del Comité puede ser una guía útil para las autoridades nacionales que deban hacer evaluaciones de este tipo.

Qué deben hacer los Estados en la práctica para cumplir con el principio de no devolución

En términos generales y simples, el principio de no devolución exige que un Estado que está planeando trasladar a una persona evalúe si existe un riesgo real de que pueda estar expuesta a violaciones de sus derechos humanos fundamentales. Si se

109 Comité contra la Tortura, Observación general 1, nota 22 *supra*, párrs. 5-8.

considera que el riesgo existe, la persona no deberá ser trasladada. Si se determina que el riesgo no existe, para cumplir con esa obligación el Estado debe:

- informar en forma oportuna a la persona de que se trata de la intención de trasladarla;
- dar a la persona la oportunidad de expresar los temores que pueda tener acerca de sufrir posibles violaciones de los derechos humanos fundamentales después del traslado;
- suspender el traslado si expresa temores de esa índole;
- evaluar, caso por caso, si esos temores son fundados o no, es decir si existe realmente el riesgo; la evaluación debe efectuarla un organismo independiente del que haya tomado la decisión del traslado y que ofrezca a la persona las garantías procesales mínimas; y
- ofrecer a la persona de que se trata la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado.

Si la solicitud del estatuto de refugiado recibe una respuesta afirmativa, deberá hallarse una solución duradera, que puede adoptar la forma de la integración local o el reasentamiento en un tercer Estado. El ACNUR puede cumplir un papel importante en hallar soluciones de tipo reasentamiento.

Si la solicitud de asilo no recibe una respuesta afirmativa, pero se ofrece protección complementaria, la persona no debe ser trasladada y se deberá hallar una solución alternativa. Podría tratarse de una liberación local o de un traslado a un tercer Estado, siempre y cuando no exista el riesgo de una devolución secundaria.

Responsabilidades después del traslado

La índole de las responsabilidades del Estado expulsor después del traslado depende de si el traslado se ha efectuado en violación del principio de no devolución o no.

Responsabilidades después de un traslado que ha contravenido el principio de no devolución

Los Estados que trasladan a personas en violación del principio de no devolución pueden tener dos formas de obligaciones después del traslado; en primer lugar, y como asunto de derecho, la obligación de ofrecer reparaciones; en segundo lugar, pueden seguir teniendo responsabilidades para con las personas trasladadas, a pesar de que sigue habiendo algunas dudas acerca de cómo deben ejercerse esas responsabilidades.

Una violación de una obligación impuesta por el derecho internacional da lugar a una obligación de ofrecer reparación[110]. La finalidad de la reparación es eliminar, en la medida de lo posible, las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que de-

110 Corte Internacional Permanente de Justicia, *Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) case (Germany v. Poland) (Merits)*, PCIJ (ser. A) Nº 17, 1928, p. 29. V. también el art. 1 de los artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 (Artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados), Doc. ONU A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001.

bería haber existido si tales hechos no se hubieran cometido. La reparación puede adoptar varias formas, como restitución, compensación o satisfacción. Estas reparaciones pueden solicitarse de manera única o combinada en respuesta a una violación en particular[111].

Naturalmente, esta obligación también se aplica a las violaciones del principio de no devolución. A pesar de que esa obligación es incuestionable, la práctica real que indica la forma que debería adoptar la reparación es limitada y consiste, principalmente, en las conclusiones y las recomendaciones de los tribunales de derechos humanos y otros organismos de vigilancia.

Una de las razones de esa limitada práctica es que los organismos de vigilancia de los derechos humanos han tendido a abordar la devolución antes del traslado de la persona. Los procedimientos de traslado se suspenden mientras el organismo revisa el caso. Si el organismo de vigilancia de los derechos humanos determina que el traslado violaría el principio de no devolución, ordena que no se efectúe[112]. Dado que la mayoría de las decisiones actúan en forma preventiva, la cuestión de las reparaciones no se ha planteado con mucha frecuencia.

En los casos decididos después del traslado, hasta hace bastante poco la tendencia era llegar a un veredicto sobre qué tratado se había infringido y, posiblemente, otorgar una compensación como única forma de reparación[113].

Si bien nunca han hecho referencia a las responsabilidades que los Estados siguen teniendo una vez efectuado el traslado, los organismos de vigilancia convencionales en ocasiones han solicitado a los Estados emisores que adopten algunas medidas de seguimiento. Por ejemplo, en Ng c. Canadá, tras determinar que el traslado del solicitante a procedimientos que podrían conducir a la pena de muerte violaba el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité instó a Canadá a efectuar todas las gestiones posibles para evitar la imposición de la pena de muerte y a asegurarse de que no se presentara una situación similar en el futuro[114].

En el asunto *Ahani c. Canadá*, tras una deportación que expuso al demandante al riesgo de tortura, el Comité de Derechos Humanos instó a Canadá a otorgar reparaciones, si se determinaba que el demandante había sido sometido a tortura, pero no especificó la forma de la reparación. Además, en forma poco realista, dado que el demandante ya no estaba bajo el control efectivo de Canadá, solicitó al Estado

111 V. arts. de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados, arts. 31-34.

112 V., por ej., *Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párr. 107.

113 V., por ej., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Shamayev and 12 others v. Georgia and Russia*, Solicitud Nº 36378/02, fallo del 12 de abril de 2005, en el que el Tribunal decidió que se otorgara compensación financiera a los demandantes que hubieran sido trasladados en violación del artículo 3 de la Convención. Ello se debería, en parte, a la naturaleza de las reparaciones que estos organismos están autorizados a otorgar. Por ejemplo, en el art. 50 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo sólo puede otorgar "satisfacción", y en general el Tribunal ha interpretado que se trata sólo de compensación. Los poderes del Comité de Derechos Humanos son incluso más limitados: el art. 5(4) del Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo lo autoriza a remitir sus opiniones en cuanto a la existencia de una violación al demandante y al Estado Parte que corresponda.

114 *Chitat Ng v. Canada*, nota 16 *supra*, párr. 18. V. también *Roger Judge v. Canada*, caso donde el demandante había sido extraditado en contravención del Pacto a procedimientos que podrían conducir a la imposición de la pena de muerte en Estados Unidos, y donde el Comité de Derechos Humanos sostuvo que una reparación adecuada por la violación incluiría hacer todas las gestiones posibles para evitar que se impusiera la pena de muerte. *Roger Judge v. Canada*, nota 51 *supra*, párr. 12.

receptor "tomar todas las medidas necesarias para asegurar que el demandante no sea sometido a tortura en el futuro"[115].

Análogamente, en 2006, en su revisión del segundo y el tercer informe periódico de Estados Unidos, el Comité abordó específicamente la cuestión de las responsabilidades después de la devolución. Sostuvo lo siguiente:

> "El Estado Parte debería efectuar investigaciones exhaustivas e independientes de la denuncias según las cuales personas que han sido enviadas a terceros países donde han sido sometidas a torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, modificar su legislación y sus políticas a fin de asegurarse de que no se repita una situación similar y ofrecer las correspondientes reparaciones a las víctimas."[116]

El Comité contra la Tortura también ha comenzado a prestar atención a las reparaciones y a otras posibles responsabilidades posteriores al traslado. Por ejemplo, en el asunto *Brada c. Francia*, tras determinar que la expulsión del demandante a Argelia había contravenido el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, el Comité contra la Tortura solicitó a Francia no sólo que le informara sobre las medidas tomadas para compensar al demandante, sino también sobre su paradero y su situación[117].

A pesar de las limitaciones de sus competencias, los organismos de vigilancia de los derechos humanos han comenzado a mirar un poco más allá de la compensación para considerar otras responsabilidades posteriores al traslado que pueden dar mayor protección a las personas que siguen corriendo riesgos de sufrir tortura, malos tratos o privación arbitraria de la vida. Han centrado su atención en la provisión de información sobre el paradero y el estado de las personas trasladadas y sobre las gestiones realizadas por el Estado receptor en relación con su trato o con la imposición de la pena de muerte. Hasta la fecha, no han solicitado el retorno de las personas trasladadas.

Responsabilidades después de un traslado que no ha contravenido el principio de no devolución

El derecho internacional humanitario sólo aborda las responsabilidades posteriores al traslado en casos en que el traslado no ha contravenido el principio de no devolución. Como se ha afirmado más arriba, el artículo 12 del III Convenio de Ginebra impide la transferencia de prisioneros de guerra a un Estado que no sea parte en el Convenio o que no pueda o no desee aplicarlo. Dispone también que, aun cuando se reúnan todos esos requisitos,

> "en el caso de que [la] Potencia [a la que han sido transferidos los prisioneros de guerra] incumpla sus obligaciones de aplicar las disposiciones del Convenio en cualquier punto importante, la Potencia que haya transferido

115 *Roger Judge v. Canada*, nota 98 *supra*, párr. 12.

116 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Estados Unidos de América, nota 8 *supra*, párr. 16.

117 Comité contra la Tortura, *Mafhoud Brada v. France*, Comunicación Nº 195/2002. Opiniones del Comité contra la Tortura del 17 de mayo de 2005, Doc. ONU CAT/C/34/D/195/2002, 24 de mayo de 2005, párr. 15.

> a los prisioneros de guerra deberá, tras haber recibido una notificación de la Potencia protectora, tomar medidas eficaces para remediar la situación, o solicitar que le sean devueltos los prisioneros de guerra. Habrá de satisfacerse tal solicitud."[118]

Según el Comentario del III Convenio de Ginebra, el Estado receptor no estaría cumpliendo lo dispuesto "en un punto importante" del Convenio si hubiera cometido infracciones graves del III Convenio de Ginebra contra los prisioneros de guerra o si no garantizara las condiciones generales de internamiento establecidas en el Convenio en lo relativo a las instalaciones, los alimentos, la higiene, el trabajo forzado y el trabajo remunerado, como puntos importantes[119].

Las "medidas eficaces para remediar la situación" que los Estados emisores deben adoptar incluyen la provisión de asistencia directa, como la entrega de alimentos o el envío de personal y material médico, que el Estado receptor está obligado a aceptar[120]. El Comentario añade:

> "Si, de todos modos, esas medidas resultaran inadecuadas, si se da un trato deficiente a los prisioneros no sólo a causa de dificultades temporarias, sino de la mala voluntad de la Potencia receptora, o si por alguna otra razón la situación no puede remediarse, la Potencia que haya transferido a los prisioneros debe pedir que le sean devueltos. En ningún caso la Potencia receptora puede negarse a cumplir con este pedido, al que debe responder lo más rápidamente posible"[121].

De modo que la visión adoptada por el derecho internacional humanitario es significativamente más amplia que la del derecho internacional de los derechos humanos. No sólo impone responsabilidades a los Estados expulsores después del traslado, incluso en relación con las transferencias de personas donde no se ha violado el principio de no devolución, sino que la acción de reparación requerida es mucho más estricta y puede incluir solicitar el retorno de las personas trasladadas.

118 Esta disposición del III Convenio de Ginebra se reproduce en el art. 45(3) del IV Convenio de Ginebra, que ofrece la misma protección a los extranjeros en territorio de un Estado parte en un conflicto armado internacional.

119 Pictet, nota 20 *supra*. Con respecto a la disposición equivalente en el IV Convenio de Ginebra, según el Comentario, las violaciones de los arts. 27, 28 y 30-34 del IV Convenio de Ginebra darían lugar a una obligación del Estado que transfiere de adoptar medidas de reparación. Además, si las personas transferidas fueran privadas de libertad, debería hacerse especial referencia a las disposiciones relativas al internamiento y, en particular, a las referidas a la capacidad civil, el mantenimiento, los alimentos, la vestimenta, la higiene y la atención médica, las actividades religiosas e intelectuales, la correspondencia y los socorros. Pictet, nota 87 *supra*, pp. 268-269.

120 Ibíd., p. 139. Por ejemplo, el Comentario hace una referencia a una instancia, en agosto de 1945, es decir antes de que se adoptara el art. 12 del III Convenio de Ginebra, en la que el CICR hizo observar a los Estados Unidos la difícil situación de los prisioneros alemanes que Estados Unidos había transferido a las autoridades francesas, debido a la escasez general de alimentos que atravesaba Francia. Tras esa intervención, Estados Unidos entregó grandes cantidades de alimentos y ropa al CICR para que los distribuyera en los campamentos de prisioneros de guerra en Francia.

121 Ibíd.

Un requisito esencial para que el Estado que transfiere cumpla sus obligaciones es establecer un sistema que le permita efectuar un seguimiento de la situación de las personas transferidas.

El efecto de las "seguridades diplomáticas"

Por último, debemos detenernos en el efecto de las llamadas "seguridades diplomáticas" en las obligaciones que los Estados tienen en virtud del principio de no devolución. Esas seguridades son promesas que el Estado receptor hace al Estado emisor de que la persona trasladada no será sometida a tortura o a otras formas de malos tratos o a la imposición o la ejecución de la pena de muerte. Esas seguridades apuntan a eliminar el riesgo que puede conllevar el pedido de devolución. Los Estados recurren cada vez más a esas seguridades en un intento de evitar el riesgo de tortura u otras formas de malos tratos a fin de cumplir, o para algunos críticos, de eludir las obligaciones que tienen en virtud del principio de no devolución[122].

Las seguridades pueden adoptar diversas formas. Pueden ser promesas escritas en acuerdos formales como notas verbales o memorandos de entendimiento, o seguridades formuladas de manera menos formal, incluso oralmente, a través de canales diplomáticos. En este artículo, empleamos en forma genérica e intercambiable los términos "seguridades" y "promesas" para hacer referencia a esos acuerdos.

Por lo general, recurren a las seguridades en relación con la pena de muerte los Estados que consideran que sus obligaciones de derechos humanos les impiden transferir a personas a situaciones donde es posible que se aplique esa pena. Suele aceptarse que una promesa de no pedir ni imponer o ejecutar la pena de muerte es un medio efectivo para evitar el riesgo de la pena de muerte y que las transferencias efectuadas después de haber recibido esas seguridades no violan el principio de devolución.

122 El lector podrá hallar análisis críticos de los traslados efectuados por Estados sobre la base de esas seguridades en, por ej., Human Rights Watch, *Empty Promises : Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, abril de 2004 ; *Human Rights Watch, Still at Risk, Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, abril de 2005; Center for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Torture by Proxy : International and Domestic Law Applicable to ' Extraordinary Renditions '*, 2004; Centre for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Beyond Guantánamo: Transfers to Torture One Year After Rasul v. Bush*, enero de 2005; y Amnesty International, *Afghanistan – Detainees transferred to torture : ISAF Complicity ?*, noviembre de 2007, ASA 11/011/2007; y Human Rights Watch, *Not the Way Forward : British Policy on Diplomatic Assurances*, octubre de 2008. Los argumentos contrarios pueden hallarse en, por ej., Kate Jones, ' Deportations with Assurances : Addressing Key Criticisms ', *International and Comparative Law Quarterly*, vol 57 (2008), 183 y Ashley Deeks, ' *Promises Not to Torture : Diplomatic Assurances in U.S. Courts* ', ASIL Discussion Paper Series, diciembre de 2008.

El efecto de las seguridades diplomáticas en las transferencias con respecto a los malos tratos es mucho más problemático[123]. Desde el punto de vista de la protección, muchas de las preocupaciones expresadas son absolutamente válidas, ya que la eficacia real de esas seguridades es dudosa. Si bien es simple determinar si un Estado ha cumplido su promesa de no pedir, imponer o ejecutar la pena de muerte, es mucho más difícil determinar si se ha cumplido la promesa de no maltratar a las personas privadas de libertad, pues ese trato se dará a puertas cerradas y es muy probable que se lo niegue.

Pese a que, como veremos, los organismos de vigilancia de los derechos humanos han depositado su fe en los mecanismos de vigilancia después del traslado, existen serias dudas en torno a si es posible establecer un mecanismo verdaderamente confiable y eficaz. Por otro lado, es probable que, en un lugar de detención, sólo se observe el trato dado en virtud de las seguridades diplomáticas a un pequeño número de personas. Por ello, será prácticamente imposible que el organismo de vigilancia comunique las denuncias de malos tratos al Estado emisor y al Estado detenedor "en forma anónima", es decir sin hacer correr a las personas el riesgo de sufrir represalias por haber informado de los malos tratos al organismo de vigilancia. Por último, no queda claro, si se incumplen las promesas, qué recursos quedan a disposición de las personas afectadas. Este problema se ve agravado por la invocación con frecuencia fructífera del secreto de Estado cuando las víctimas de malos tratos en esas circunstancias han interpuesto un recurso ante los tribunales del Estado receptor.

Desde un punto de vista jurídico, algunas de las críticas formuladas contra las seguridades están fuera de lugar. Por ejemplo, a veces se afirma que no son vinculantes. Esa afirmación no puede generalizarse. Depende de la intención de las partes que esas promesas sean vinculantes o no. Con frecuencia, las promesas se hacen en el marco de lo que claramente se propone ser un acuerdo vinculante[124]. En cambio, el problema radica en si son confiables o no, es decir si pueden eliminar el riesgo que pareciera existir y que da lugar a la potencial devolución.

123 Los organismos de vigilancia de los derechos humanos se han centrado en las seguridades relativas a los malos tratos. Es interesante señalar que, en su informe de 2007, el Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria abordó la cuestión de las seguridades en relación con la licitud de la detención y el proceso equitativo, incluida la práctica de lo que suele llamarse "seguridades diplomáticas a la inversa": promesas efectuadas por el Estado receptor de que la persona transferida será privada de libertad aunque no se le acuse de ningún delito y no haya ninguna otra base para ello. Esas promesas se hallan en algunos acuerdos relativos a la transferencia de personas detenidas en el contexto de la "guerra global contra el terror". El Grupo de Trabajo observó que los Estados no podían aceptar detenidos en esas condiciones sin incumplir gravemente sus obligaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Esto no quiere decir que deban rechazarse todas las promesas del Estado receptor en el sentido de que va a tomar medidas para evitar que una persona que se considera una amenaza potencial para el Estado emisor, incluso después de la expulsión, se vea privada de libertad. Por ejemplo, se podría aceptar que el Estado receptor se comprometiese a mantener bajo vigilancia a la persona devuelta a su territorio, siempre que tal vigilancia no constituya una privación de libertad sin acusación previa, no conlleve un grado de injerencia que viole otros derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad y a la vida familiar) y esté sujeta a un examen periódico. Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, 9 de enero de 2007, párrs. 53-58.

124 Pueden plantearse cuestiones relativas a la aplicabilidad de los acuerdos a nivel *nacional*, sobre todo dentro de los Estados federales, como ocurrió por ejemplo en Estados Unidos en los procedimientos que dieron lugar al caso *Avena* ante la Corte Internacional de Justicia. CIJ, *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. The United States of America)*, 31 de marzo de 2004.

Nadie discute que la recepción de esas promesas no afecta las obligaciones de los Estados en virtud del principio de no devolución. En particular, no afecta el derecho de las personas a impugnar la decisión de trasladarlas ni la obligación del Estado de garantizar que un organismo independiente investigue si los temores expresados por las personas que serán transferidas son bien fundados o no. La cuestión que hasta hace muy poco tiempo carecía de claridad es el valor que el organismo de revisión debe asignar a esas promesas en lo relativo a eliminar el riesgo que supone la devolución. Esa cuestión ha recibido considerable atención en los últimos años de los organismos de vigilancia de los derechos humanos. Si bien, al inicio, había cierta divergencia de puntos de vista, ahora parece haber un consenso en torno a la posición que debe adoptarse[125]. El factor determinante para decidir qué valor se ha de asignar a las seguridades es si existe una práctica sistemática de la tortura en el Estado receptor.

La cuestión de las seguridades diplomáticas se ha presentado en numerosas ocasiones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal nunca ha condenado la práctica, pero tampoco ha adoptado una posición general[126]. En cambio, ha abordado la confiabilidad de las seguridades caso por caso, basando sus conclusiones en la situación general en el Estado receptor y en las circunstancias particulares del solicitante[127].

Hasta la fecha, el Comité contra la Tortura no ha adoptado una posición general sobre la compatibilidad y el efecto de las seguridades diplomáticas en las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención contra la Tortura. En su ju-

125 Con respecto a la no devolución en el derecho de los refugiados, la posición es clara: no se asigna *ningún* valor a las promesas cuando un refugiado es *devuelto*, directa o indirectamente, a su país de origen o al país donde residía previamente. Tampoco pueden hacerse valer las promesas para denegar el acceso de los solicitantes de asilo a los procedimientos tendientes a asignar estatuto de refugiado*, UNHCR Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, agosto de 2006.

126 La cuestión del efecto de las seguridades se presentó de lleno ante el Tribunal en el asunto *Mamatkulov*. Sin embargo, el Tribunal no se manifestó expresamente acerca de la compatibilidad de las seguridades con el principio de no devolución. Consideró, sobre la base de los hechos que se le presentaron, que no podía concluir que existieran, en el momento del traslado, razones fundadas para creer que los solicitantes estaban ante un riesgo real de sufrir tortura o malos tratos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Solicitudes Nº 46827/99 y 46951/99, sentencia del 4 de febrero de 2005.

127 Por ejemplo, en el caso *Chahal* antes mencionado, en vista de la situación imperante en India en ese momento y, en particular, del hecho de que los malos tratos infligidos por algunos miembros de las fuerzas de seguridad era "un problema recalcitrante y persistente", así como de los antecedentes del solicitante, el Tribunal no estaba convencido de que las seguridades dadas por el Estado receptor de que el solicitante no sería maltratados fueran suficientes para eliminar ese riesgo. *Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párr. 105. V. también el caso *Saadi v. Italy*, nota 13 *supra*, párr. 148. En realidad, el Tribunal se ha basado en las seguridades para respaldar su pedido a un Estado emisor de abstenerse de efectuar el traslado mientras estuviera revisando una solicitud. En el caso *Shamayev*, donde se le solicitó decidir sobre la extradición inminente de Georgia a Rusia de un número de chechenos acusados de terrorismo, el Tribunal pidió a Georgia que no efectuara el traslado mientras revisaba el caso. Tras recibir las seguridades de Rusia de que no impondría la pena de muerte, de que la salud y la seguridad de los chechenos serían protegidas, de que se les brindaría libre acceso a la atención médica y el asesoramiento legal, de que se les brindaría libre acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y libre correspondencia con éste, de que el Tribunal tendría libre acceso y la posibilidad de comunicarse con ellos, incluida la posibilidad de visitarlos, el Tribunal dio curso al pedido, es decir que decidió aceptar *él mismo* las promesas. *Shamayev and 12 others v. Georgia and Russia*, nota 113 *supra*.

risprudencia, el hecho de que se hayan recibido seguridades diplomáticas no es sino uno entre muchos factores que debe considerar el Comité al evaluar la existencia de un riesgo de tortura[128].

Más recientemente, como los Estados han recurrido con mayor frecuencia a las seguridades, el Comité contra la Tortura ha comenzado a analizarlas con mayor detenimiento[129]. Por ejemplo, abordó la cuestión de las seguridades diplomáticas en 2006, en sus Conclusiones y recomendaciones sobre el segundo informe periódico de Estados Unidos. Expresó su preocupación por la utilización por el Estado Parte de las "seguridades diplomáticas", el secreto de esos procedimientos, la ausencia de escrutinio judicial y de mecanismos de vigilancia para determinar si las seguridades se han respetado. Por ello, recomendó lo siguiente:

> "Para determinar la aplicabilidad de sus obligaciones de no devolución previstas en el artículo 3 de la Convención, el Estado Parte ha de utilizar las "seguridades diplomáticas" únicamente respecto de los Estados que no violan sistemáticamente las disposiciones de la Convención, una vez examinado cabalmente el fondo de cada caso. Ha de disponer y cumplir procedimientos claros para obtener esas seguridades, con un mecanismo judicial adecuado de reexamen, y mecanismos efectivos de vigilancia aplicables tras el regreso"[130].

El Comité de Derechos Humanos también consideró las seguridades diplomáticas en su revisión del segundo y el tercer informes periódicos de de Estados Unidos en 2006. Recomendó lo siguiente:

> "El Estado Parte debería proceder con máximo cuidado en el uso de las garantías diplomáticas y adoptar procedimientos claros y transparentes, con los adecuados mecanismos judiciales de revisión, antes de trasladar a un detenido a terceros países. Debería asimismo establecer mecanismos eficaces para vigilar escrupulosa y rigurosamente el traslado de detenidos a terceros países. El Es-

128 V., por ej., Comité contra la Tortura, *Hanan Ahmed Fouad Abd El Khalek Attia v. Sweden*, Comunicación Nº 199/2002, Opiniones del Comité contra la Tortura del 17 de noviembre de 2003, Doc. ONU CAT/C/31/D/199/2002, párr. 12.2. En el caso de *Agiza v. Sweden*, que se presentó ante el Comité *después* de que el solicitante hubiera sido trasladado a Egipto y maltratado, el Comité sólo observó que las seguridades diplomáticas ofrecidas por Egipto, que carecían de un mecanismo efectivo de aplicación, no alcanzaron en la práctica para proteger al solicitante del riesgo evidente de tortura. No abordó la cuestión del valor que Suecia debería haber asignado a las seguridades para determinar si transfería o no al solicitante, *Agiza v. Sweden*, nota 96 *supra*, párr. 13.4

129 Por ejemplo, en su revisión del cuarto informe periódico del Reino Unido, en 2004, el Comité expresó su preocupación porque "el declarado recurso por el Estado Parte a la obtención de garantías diplomáticas en el contexto de devoluciones en circunstancias en las que los criterios mínimos en relación con dichas garantías, lo que incluye acuerdos de supervisión para después del retorno y garantías adecuadas del debido proceso, no están totalmente claros y, por lo tanto, no puede evaluarse en función de su compatibilidad con el artículo 3 de la Convención". Comité Contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y Territorios Dependientes, nota 9 *supra*, párr. 4(d). La respuesta del Reino Unido a estas recomendaciones se halla en *Comments by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the conclusions and recommendations of the Committee against Torture*, nota 31 *supra*, párrs. 49-69.

130 Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones, Estados Unidos de América, nota 9 *supra*, párr. 21.

> tado Parte debería saber que en los países en que la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes constituyen una práctica común, es probable que se recurra a ellos independientemente de las garantías que se den, por más estrictos que puedan ser los procedimientos de seguimiento acordados"[131].

Los sucesivos Relatores especiales de la ONU sobre la cuestión de la tortura han adoptado una postura cada vez más estricta. En su informe provisional de 2002, el entonces Relator, Theo van Boven, utilizó expresiones que dejan suponer que se podría confiar en garantías inequívocas de no maltratar a una persona si se ha establecido un sistema de vigilancia del trato que se dará a la persona transferida[132].

Retomó la cuestión de las seguridades diplomáticas en su informe provisional de 2004. En reacción al hecho de que, en los dos años transcurridos entre su informe anterior, debió enfrentar numerosas instancias donde había claros indicadores de que las seguridades no se habían respetado, expresó su posición de forma más detallada. Sostuvo lo siguiente:

> "En los casos en que se pueda aplicar esta definición de "práctica sistemática" de la tortura, el Relator Especial opina que debe observarse estrictamente el principio de no devolución y que no debe recurrirse a las garantías diplomáticas."[133]

Con respecto a otras situaciones, tras reiterar la condición que había formulado dos años antes acerca de que las seguridades debían contener garantías inequívocas y prever un mecanismo de vigilancia, propuso varios requisitos que las seguridades diplomáticas deberían reunir para hacerlas "sólidas, efectivas y verificables"[134]. En particular, observó que:

> "Las garantías deben incluir, como mínimo, disposiciones relativas al acceso rápido a un abogado, la grabación (preferentemente en vídeo) de todos los interrogatorios y la identificación de todos los presentes en la grabación, la realización de un examen médico independiente sin dilación y la prohibición de la detención en régimen de incomunicación y en lugares de detención no revelados..."

Por último, se ha de establecer un sistema efectivo de vigilancia para asegurar que las garantías sean fiables y válidas. La vigilancia debe realizarse de forma rápida y periódica e incluir entrevistas privadas. Además, ha de correr a cargo de personas u organizaciones independientes que informen periódicamente a las auto-

131 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Estados Unidos de América, nota 8 *supra*, párr. 16.

132 Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2 de julio de 2002, Doc. ONU A/57/173, párr. 35.

133 Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1 de septiembre de 2004, Doc. ONU A/59/324, párr. 37.

134 Ibíd., párr. 40.

ridades responsables de los Estados emisores y receptores"[135].

El más reciente Relator Especial, Manfred Nowak, quien asumió el cargo en 2004, ha adoptado una línea más estricta sobre las seguridades diplomáticas[136]. En agosto de 2005, dio a conocer una declaración crítica en respuesta al anuncio del Reino Unido de que tenía la intención de deportar a personas a los Estados de su nacionalidad sobre la base de acuerdos bilaterales en los que se habían obtenido las seguridades de que las personas no serían sometidas a tortura o malos tratos. El Relator Especial expresó su preocupación por esa nueva práctica que, en su opinión, era un intento de eludir el principio de no devolución. En su opinión, el hecho de que las seguridades fueran obtenidas era una prueba del hecho de que el Estado emisor percibía la existencia de un riesgo considerable de que el deportado fuera sometido a tortura o a malos tratos al llegar al país receptor. Las seguridades diplomáticas no eran un instrumento adecuado para erradicar ese riesgo. En su declaración, instó a los Estados a abstenerse de obtener seguridades diplomáticas o de concertar memorandos de entendimiento para eludir su obligación internacional de no deportar a ninguna persona si existía un riesgo grave de que fuera sometida a tortura o a malos tratos[137].

Manfred Nowak también dedicó una parte significativa de su informe de 2005 a la Asamblea General de la ONU a la cuestión de la no devolución y de las seguridades diplomáticas. Tras revisar la práctica de los organismos de vigilancia de los derechos humanos, expresó su opinión de que los mecanismos de vigilancia después del retorno eran de poca ayuda para mitigar el riesgo de tortura y habían demostrado su ineficacia tanto para salvaguardar de la tortura y como mecanismo de rendición de cuentas[138]. Concluyó su informe con una crítica severa de las seguridades diplomáticas:

> "las garantías diplomáticas no son dignas de crédito y son ineficaces para proteger de la tortura y los malos tratos: por lo general, se trata de obtener ese tipo de garantías de los Estados donde la práctica de la tortura es sistemática; donde los mecanismos de seguimiento posterior a la devolución han demostrado que no ofrecen ninguna garantía contra la tortura; donde las garantías diplomáticas no son jurídicamente vinculantes, por lo que carecen de efectos jurídicos y no cabe exigirse responsabilidad si no se cumplen; y donde la persona a la que las garantías tienen por objeto proteger carece de recursos si se violan esas garantías. Por consiguiente, el Relator Especial opina que los Estados no pueden recurrir a las garantías diplomáticas

135 Ibíd, párrs. 41-42.

136 En su declaración a la Comisión de Derechos Humanos en 2005, reiteró su opinión, ya expresada por su predecesor, acerca de que las seguridades diplomáticas no son un medio adecuado para satisfacer el principio de no devolución en relación con las transferencias a países donde la tortura se practica en forma *sistemática*. Comunicado de prensa de la ONU, Statement of the Special Rapporteur on Torture, Manfred Nowak to the 61st Session of the UN Commission on Human Rights, 4 de abril de 2005, disponible en www.ohchr.org/english/press/newsFrameset-2.htm (consultado en octubre de 2008).

137 Ibíd.

138 Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/60/316, 30 de agosto de 2005, párr. 46.

como salvaguardia contra la tortura y los malos tratos cuando haya razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura o malos tratos a su regreso"[139].

Sucesivas resoluciones de la Asamblea General sobre la tortura han hecho referencia a las seguridades diplomáticas de manera general y han sostenido que el hecho de recurrir a ellas no exime a los Estados de las obligaciones que les imponen el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados[140].

Por otro lado, la Subcomisión de Derechos Humanos abordó la cuestión de las seguridades diplomáticas con un grado de detalle considerable en su resolución 2005/12 sobre los traslados. Confirmó lo siguiente:

"4. ... cuando en un Estado determinado la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes son generalizados o sistemáticos, en particular si un órgano de vigilancia de un tratado de derechos humanos o un procedimiento especial de la Comisión de Derechos Humanos han determinado la existencia de esa práctica, existe la presunción de que cualquier persona sujeta a un traslado correría el riesgo real de verse sometida a ese trato, y recomienda que, en esas circunstancias, no se abandone la presunción a pesar de cualquier garantía, promesa o compromiso de las autoridades del Estado al que se ha de trasladar a la persona;

...

6. Recomienda encarecidamente que, en situaciones en que haya un riesgo real de tortura o trato cruel, inhumano o degradante en un caso en particular, no se proceda a ningún traslado a menos que:

a) Las autoridades del Estado que realiza el traslado soliciten y reciban garantías, promesas y otros compromisos vinculantes dignos de crédito del Estado al que se trasladará a la persona de que ésta no será sometida a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes;

139 Ibíd. párr. 51. Se podría interpretar que esta declaración supone que nunca debe darse ningún tipo de valor a las seguridades, incluso en relación con las transferencias a Estados donde no existe una práctica sistemática de la tortura. Sin embargo, en una reunión de especialistas en derechos humanos del Consejo de Europa, convocada para analizar las seguridades diplomáticas, en respuesta a una pregunta específica sobre si podrían autorizarse las seguridades en relación con países donde no hubiera riesgos importantes de torturas, el señor Nowak pareció adoptar una mirada menos estricta y respondió que esas garantías adicionales, con la condición de que no apuntaran a eludir las obligaciones internacionales de no devolución, no serían perniciosas. Consejo de Europa, Comité Permanente de Derechos Humanos, Grupo de Especialistas en derechos humanos y lucha contra el terrorismo, Informe de la reunión, primera reunión, nota 103 *supra*, párr. 3.

140 V., por ej., Resolución de la Asamblea General sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/RES/60/148, 16 de diciembre de 2005, párr. 8; Res. AG sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/RES/61/153, 19 de diciembre de 2006, párr. 9, y Res. AG sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/RES/62/148, 18 de diciembre de 2005, párr. 12. El Consejo de Derechos Humanos también ha sido general. V., por ej., Res. del Consejo de Derechos Humanos 8/8, Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 18 de junio de 2008, párr. 6(d).

b) Se disponga por escrito que las autoridades del Estado que realiza el traslado podrán visitar periódicamente a la persona trasladada en su lugar de detención, con la posibilidad de exámenes médicos, y que las visitas incluirán reuniones privadas en cuyo curso las autoridades que realizaron el traslado determinarán el trato que se imparte a la persona trasladada;
c) Las autoridades del Estado que realiza el traslado se comprometan por escrito a realizar las mencionadas visitas periódicas"[141].

A nivel regional, además de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que ya hemos hecho referencia, también abordaron el tema de las seguridades diplomáticas el Comité de Prevención de la Tortura —organismo de vigilancia de la Convención Europea para la Prevención de la Tortura—[142], el Grupo de Especialistas en Derechos Humanos y Lucha contra el Terrorismo del Consejo de Europa[143], la Comisión de Venecia del Consejo de Europa en su informe sobre

141 Subcomisión de Derechos Humanos, resolución 2005/12, nota 34 *supra*, párrs. 4-6.

142 El Comité no llegó a una conclusión sobre la legitimidad de las seguridades diplomáticas y señaló que el riesgo que se corría y la confiabilidad de las seguridades recibidas deberían evaluarse sobre la base de las circunstancias específicas de cada caso. Con respecto a los mecanismos de vigilancia, sostuvo que tendría que ver propuestas convincentes para llegar a contar con un mecanismo eficaz y factible. En su opinión, ese mecanismo podría tener que incorporar algunas garantías clave, incluido el derecho a que personas independientes y calificadas visiten a las personas de que se trate, sin previo aviso, y las entrevisten en privado en un lugar de su elección. El mecanismo también tendría que ofrecer los medios para garantizar que se adoptará una acción correctiva inmediata, en caso de que se sepa que las seguridades dadas fueron incumplidas. 15º Informe general sobre las Actividades del CPT, correspondiente al período 1 de agosto de 2004-31 de julio de 2005, Estrasburgo, 22 de septiembre de 2005, párrs. 38-42.

143 Consejo de Europa, Comité Permanente de Derechos Humanos, Grupos de especialistas en derechos humanos y lucha contra el terrorismo, Informe de reunión, primera reunión, nota 101 *supra*; e Informe de reunión, segunda reunión, nota 101 *supra*. El Grupo se reunió en dos ocasiones para analizar el tema de las seguridades diplomáticas en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Sus análisis se centraron en las expulsiones donde hubiera un riesgo de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. También se le pidió que considerara la conveniencia de desarrollar un instrumento jurídico del Consejo de Europa sobre las seguridades diplomáticas. Al término de la segunda reunión, en marzo de 2006, el Grupo destacó varios puntos, incluidos los siguientes:
3. los Estados deberán abstenerse de expulsar a una persona cuando haya razones de peso para creer que estará sometida al riesgo real de recibir un trato contrario al artículo 3 [de la Convención Europea de Derechos Humanos];
4. la evaluación [de la existencia del riesgo] debería ser evaluada caso por caso. No puede haber una lista de Estados "seguros" e "inseguros";
5. la existencia de seguridades diplomáticas en un caso en particular no exime a los Estados emisores de su obligación de no expulsar si hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de un trato contrario al artículo 3 [de la Convención Europea de Derechos Humanos]. En otras palabras, las seguridades diplomáticas no son una alternativa a una evaluación completa de los riesgos.
Sin embargo, el Grupo no logró alcanzar un acuerdo sobre el papel y el impacto potenciales de las seguridades diplomáticas para mitigar o eliminar el riesgo de tortura o de otras formas de malos tratos. Dada la considerable divergencia de opiniones, el Grupo decidió que no era conveniente que el Consejo de Europa elaborara un instrumento jurídico sobre el tema. Informe de reunión, segunda reunión, Estrasburgo, 29-31 de marzo de 2006, DH-STER(2006)005, párrs. 9-17. Puede hallarse un resumen de los debates del Grupo en el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Doc. ONU E/CN.4/2006/6, 23 de diciembre de 2005, párrs. 31-32.

los lugares de detención secretos y el transporte de prisioneros entre Estados[144], y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[145].

Habida cuenta de todo lo antes expuesto, los organismos de vigilancia de los derechos humanos son unánimes en su opinión de que las seguridades diplomáticas no pueden utilizarse para eludir las obligaciones que conlleva el principio de no devolución y, lo que es muy importante, que no afectan el derecho individual a que un organismo de revisión independiente examine si los temores de la persona son fundados o no. Las seguridades son un factor entre muchos otros que esos organismos deben considerar. También parece haber consenso en cuanto a que el valor que debe asignarse a esas seguridades varía según la situación en el Estado receptor. En relación con las transferencias a Estados donde existe "una práctica sistemática de la tortura", las seguridades no eliminan el riesgo de malos tratos y, por lo tanto, no se las debe considerar suficientes para decidir la devolución. Con respecto a las transferencias a otros Estados, se puede asignar cierto valor a las seguridades siempre y cuando incluyan alguna forma de mecanismos de vigilancia después del traslado. Si bien el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura se ha expresado en contra de recurrir a las seguridades diplomáticas en toda circunstancia, pues descree de la eficacia de los mecanismos de vigilancia después del traslado, otros organismos de vigilancia no han adoptado una posición tan categórica.

144 Sobre la cuestión de las seguridades diplomáticas, la Comisión concluyó que "las seguridades diplomáticas deben ser vinculantes para el Estado emisor y deben ser inequívocas; cuando existen pruebas considerables de que un país practica o permite la tortura respecto de ciertas categorías de detenidos, los Estados miembros del Consejo de Europa deben rechazar las seguridades cuando se les presentan pedidos de extradición de prisioneros pertenecientes a esas categorías". Opinión sobre las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa respecto de los lugares de detención secretos y del transporte de detenidos entre Estados, aprobado por la Comisión de Venecia en su 66º sesión plenaria, Venecia, 17-18 de marzo de 2006, Opinión .363/2005, CL-AD(2006)009, párr. 159. Conclusión g. V. también el debate en los párrs. 141-142.

145 La Comisión abordó la cuestión en relación con los detenidos en Guantánamo en una decisión sobre las medidas cautelares, donde afirmó que "cuando existen razones de peso para creer que un detenido correría el peligro de ser sometido a tortura o a otros malos tratos, el Estado debería asegurar que el detenido no sea transferido ni expulsado y que las seguridades diplomáticas no se utilicen para eludir la obligación de no devolución que pesa sobre el Estado", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, decisión sobre medidas cautelares para los detenidos en la Bahía de Guantánamo, nota 97 *supra*, p. 10. Este punto fue reiterado en una resolución sobre el mismo tema. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/06 sobre las medidas cautelares en la Bahía de Guantánamo del 28 de julio de 2006, párr. 4.

Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

La relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos cuando se trata del asunto de la admisibilidad del homicidio y del internamiento de portadores de armas en conflictos armados no internacionales

Marco Sassòli* **y Laura M. Olson**

Marco Sassòli es profesor de derecho internacional en la Universidad de Ginebra y profesor asociado en la Universidad de Quebec, en Montreal, preside los consejos de la Academia de Derecho Internacional y Derechos Humanos de Ginebra y de la ONG *Geneva Call*. Laura M. Olson, J.D., LL.M., es especialista visitante en el Centro de Derechos Civiles y Humanos, Facultad de Derecho de Notre Dame, y ex asesora jurídica del CICR.

Resumen

En este artículo, se analiza la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos durante los conflictos armados no internacionales. Se intenta responder a dos cuestiones que son cruciales en la práctica, respecto de las cuales tanto la relación entre las dos ramas del derecho como las respuestas derivadas sólo del derecho humanitario adolecen de falta de claridad. En primer lugar, ¿de conformidad con qué rama del derecho se puede atacar y dar muerte a un miembro de un grupo armado? En segundo lugar, ¿se puede detener a un miembro capturado de una fuerza armada o de un grupo armado de la misma manera que un prisionero de

* Agradezco a mi asistente de investigación, señora Lindsey Cameron, sus meticulosas investigaciones y útiles observaciones acerca de muchas de las cuestiones que se abordan en este artículo.

guerra en un conflicto armado internacional o como prescriben los derechos humanos? Mediante la aplicación del principio de lex specialis, el artículo analiza las respuestas posibles a estos dos interrogantes.

***

Mucho es lo que se ha escrito acerca de la relación entre el derecho internacional humanitario (derecho humanitario o DIH) y el derecho internacional de los derechos humanos (derechos humanos o DIDH), sus orígenes distintos, su convergencia y su influencia mutua. Sus ámbitos de aplicación, los derechos que protegen y sus respectivos mecanismos de aplicación han sido objeto de comparaciones. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) y diversos organismos de derechos humanos han analizado la medida en que el derecho humanitario es *lex specialis* respecto de los derechos humanos. El hecho de que en algunas cuestiones los derechos humanos obran como *lex specialis* ha generado menos jurisprudencia. El significado del concepto de *lex specialis* y el modo en que puede identificarse han sido estudiados por la Comisión de Derecho Internacional[1] y, en general, por los académicos, como lo ha sido también, en especial, la relación entre estas dos ramas del derecho[2]. Todavía no se ha encarado un análisis sistemático para determinar cuál de las dos ramas constituye *lex specialis* en cuestiones que incumben al ámbito de aplicación de ambas; esa tarea, sin embargo, no constituye el objetivo del presente artículo.

En la práctica, las cuestiones teóricas arriba citadas no son pertinentes para la mayoría de los problemas que realmente afecta a las víctimas de los conflictos armados. Así sucede, en especial, en los conflictos armados internacionales, que son situaciones para las cuales los tratados de derecho humanitario se encuentran mejor desarrollados. En primer lugar, los destinatarios de las normas de ambas ramas del derecho son los mismos: los Estados. En segundo lugar, en muchas situaciones resulta difícil esgrimir argumentos en favor de la aplicación de los derechos humanos, porque no se puede considerar que las víctimas se hallan en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado que las ataca. En tercer lugar, por lo que atañe a varias cuestiones, una u otra rama sencillamente no contiene normas. Nada se dice en el derecho humanitario acerca de la libertad de prensa en territorios ocupados, y en el derecho de los derechos humanos no se dispone si los combatientes deben distinguirse de la población civil y de qué manera. En cuarto lugar, con respecto a la mayoría de las otras cuestiones, las dos ramas llegan a los mismos resultados, con más o menos detalles, según la rama de que se trate.

Del mismo modo, en el ámbito de los conflictos armados no internacionales, ambas ramas del derecho conducen, en general, a los mismos resultados. Las normas sobre el trato debido a las personas detenidas, o que se encuentran en poder

1 Martti Koskenniemi, "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional", documento de la ONU A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56º período de sesiones, documento de la ONU A/59/10, párrafos 304 y ss.

2 V. Marco Sassòli, "Le droit international humanitaire: Une *lex specialis* par rapport aux droits humains?" en Andreas Auer, Alexandre Flückiger, Michel Hottelier (eds.), *Les droits de l'homme et la constitution: Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Ginebra, 2007, pp. 375–95, que contiene otras referencias.

de un Estado de otro modo, son muy similares. Las garantías judiciales para las personas sometidas a juicio son también muy similares, pero están mejor elaboradas en el derecho de los derechos humanos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que jamás hace referencia explícita al derecho humanitario, en relación con los ataques intencionales o indiscriminados realizados contra personas civiles en Chechenia y en Turquía oriental, demuestra que, incluso en relación con un tema que tradicionalmente pertenece al ámbito del derecho humanitario, como las medidas de precaución que han de redundar en beneficio de la población civil cuando se atacan objetivos militares, los derechos humanos pueden llevar al mismo resultado que el derecho humanitario[3].

Sin embargo, con respecto a dos cuestiones que son de máxima trascendencia en la práctica, no sólo no hay claridad en la relación entre las ramas, sino que tampoco el derecho humanitario por sí solo ofrece una respuesta precisa. En primer lugar, ¿es admisible atacar (y, por ende, dar muerte) a un miembro de un grupo armado, como se dispone en el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales, siempre que no se rinda o, de otro modo, esté fuera de combate o, como se estipula en el ámbito de los derechos humanos, esta acción es admisible sólo como excepción y cuando no es posible detener a esa persona? En segundo lugar, un miembro de una fuerza armada o de un grupo armado que ha sido capturado ¿puede ser detenido igual que un prisionero de guerra en conflictos armados internacionales, hasta el final de las hostilidades activas y sin que medie una decisión individual, o —según se dispone en los derechos humanos— debe ofrecerse a la persona capturada la oportunidad de impugnar su detención ante un juez?

En los últimos años, estas dos cuestiones han descollado en relación con algunos componentes de la "guerra contra el terrorismo", definida por la Corte Suprema de Estados Unidos como un conflicto armado no internacional[4]. Desde el 11 de septiembre de 2001, la respuesta del Gobierno de Estados Unidos ha sido que puede dar muerte (como, por ejemplo, en Yemen) o detener (como, por ejemplo, en Guantánamo) a "combatientes enemigos ilegítimos" de conformidad con las mismas normas que se disponen en el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales respecto de los combatientes (pero sin que se beneficien de la protección que se otorga a los combatientes "legítimos"). Los críticos objetan que se puede matar o detener a la mayoría de estas personas sólo de conformidad con las normas mucho más restrictivas del derecho de los derechos humanos. Intentaremos proporcionar las respuestas independientemente de la índole particular de la "guerra contra el terrorismo", ya que ésta sólo agregaría dos problemas que ya han sido objeto de análisis exhaustivos en otros ámbitos: la cuestión de la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, y la cuestión de si todos, algunos o ninguno de los componentes de la "guerra contra el terrorismo" son efectivamente conflictos armados y, en caso afirmativo, si son de índole internacional o no.

3 V. Marco Sassòli, "La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés", en Stephan Breitenmoser et al. (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike, Zurich, 2007, pp. 724–5.

4 Corte Suprema de Estados Unidos, *Hamdan v. Rumsfeld* (29 de junio de 2006), 548 U.S. 557, 126 S. Ct. 2749.

Aunque abordaremos esta problemática en términos de tradicionales conflictos armados no internacionales, librados entre un Gobierno y fuerzas rebeldes, consideramos que nuestras respuestas constituyen un punto de partida para las respuestas a las mismas cuestiones en el marco de "conflictos armados transnacionales". Varios factores, que a veces apuntan hacia direcciones distintas, hacen más complicadas las respuestas.

En primer lugar, las normas convencionales del derecho humanitario de los conflictos armados no internacionales son más rudimentarias que las aplicables en los conflictos armados internacionales. De conformidad con el principio de *lex specialis*, tal situación normalmente daría mayor ámbito de aplicación para los derechos humanos. Sin embargo, durante los últimos veinte años, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, la influencia de los derechos humanos e incluso algunas normas convencionales aprobadas por los Estados han aproximado el derecho de los conflictos armados no internacionales al derecho de los conflictos armados internacionales, y hay quienes hasta sugieren eliminar la distinción. En los numerosos ámbitos en que las normas convencionales todavía exhiben diferencias, se ha justificado la convergencia alegando que, en el marco del derecho internacional consuetudinario, las diferencias entre las dos categorías de conflictos han ido desapareciendo. Esta evolución alcanzó su cota máxima provisional con la publicación del estudio del CICR denominado *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, en el que se afirma, después de diez años de investigación de las "prácticas estatales" (realizada a través del estudio de las declaraciones oficiales, no del comportamiento efectivo de los Estados), que, de un total de 161 normas del derecho humanitario consuetudinario, muchas de las cuales son análogas a las normas del Protocolo I aplicable como derecho convencional en los conflictos armados internacionales, 136 (y, plausiblemente, hasta 141), se aplican igualmente a los conflictos armados no internacionales[5]. El debate se complica aún más debido a que parte de la práctica en que se basan esas normas consuetudinarias es la de los organismos de derechos humanos que aplican el derecho de los derechos humanos.

En segundo lugar, incluso si el principio de *lex specialis* ofreciese respuestas claras para casos en que el DIH y el DIDH responden a la misma pregunta con normas diferentes (lo que no es así), ese principio sólo podría obrar si hubiese claridad en la respuesta proporcionada por cada una de las ramas. Demostraremos que, al menos en el derecho humanitario, no se encuentran respuestas claras a las dos preguntas que constituyen el objeto de este artículo. En cuanto a los derechos humanos, las respuestas suelen basarse en tratados generales que no han sido ratificados a nivel universal, o en tratados regionales, en tanto que el fondo exacto de los derechos humanos consuetudinarios es, cuando menos, tan controvertido como el del derecho humanitario consuetudinario. Con frecuencia, esas respuestas se basan también en la práctica de organismos que no pueden tomar decisiones vinculantes y, a veces, en instrumentos de derecho indicativo, cuyo carácter vinculante es materia de debate. Por lo demás, las limitaciones de los derechos humanos son, a menudo, muy flexibles, entre otras cosas, a causa de la presencia de cláusulas de

5 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2007.

limitación poco determinadas, que permiten tener en cuenta la índole específica de cada caso. Dado que son muy pocos los casos en que los mecanismos de derechos humanos han respondido a nuestras preguntas en el marco de conflictos armados no internacionales reales, a menudo nos vemos obligados a basar nuestras respuestas en los precedentes registrados fuera del ámbito de los conflictos armados, sin tener la certeza de que los mecanismos pertinentes habrían llegado a una decisión similar si el caso se hubiese planteado en el marco de un conflicto armado.

En tercer lugar, otro factor en los conflictos armados no internacionales que hace a nuestro debate particularmente complejo (y al que prácticamente no se ha prestado atención en los escritos de especialistas[6] ni en el Estudio del CICR) es que el derecho humanitario de los conflictos armados no internacionales es, como se señala en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, igualmente vinculante para "cada una de las parte en conflicto", es decir, tanto para el grupo armado no estatal como para el bando del Gobierno[7]. Esto plantea la cuestión de si los derechos humanos están diseñados también para los grupos armados o si, en virtud de la aplicación del principio de *lex specialis*, la respuesta a nuestras preguntas no es la misma para el Gobierno que para su adversario.

En cuarto lugar, mientras que, en relación con los conflictos armados internacionales, la práctica de los Estados en relación con nuestras dos preguntas es relativamente uniforme (aunque, a veces, se difumina a causa de la controversia sobre cómo clasificar ciertos conflictos), es claramente contradictoria en relación con los conflictos armados no internacionales. En enfrentamientos con grupos rebeldes, algunos Estados permiten que prevalezcan las normas de los derechos humanos; otros aplican, por analogía, las normas del derecho humanitario que rigen los conflictos armados internacionales, y aun otros aplican una combinación de ambas. Con respecto a los mecanismos internacionales de supervisión, sus soluciones también difieren, y no siempre queda claro si su respuesta se basa en una evaluación de la ley en su totalidad, o en una evaluación limitada (debido al asunto que les incumbe por su ámbito de competencia) a la aplicación de sólo una de las dos ramas del derecho que se analizan en el presente artículo.

El principio de *lex specialis* y su significado

En el presente artículo, se presume que, en los conflictos armados, se aplican los derechos humanos. Algunos Estados están en desacuerdo, pero nunca se han opuesto a esta posición específicamente con respecto a los conflictos armados no internacionales dentro de su propio territorio. En cuanto al derecho humanitario, ha sido concebido específicamente para reglamentar los conflictos armados.

6 Laura M. Olson, "Practical challenges of implementing the complementarity between international humanitarian and human rights law – demonstrated by the procedural regulation of internment in noninternational armed conflict", *Case Western International Law Journal*, vol. 40 (2009) (próxima aparición; el manuscrito se encuentra en poder de los autores).

7 Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 9–38, que contiene otras referencias.

Los problemas que suscita la aplicabilidad simultánea de las dos ramas del derecho mencionadas deben resolverse por referencia al principio de *"lex specialis derogat legi generali"*[8]. La finalidad de este principio es establecer, mediante una norma objetiva correspondiente al asunto que se reglamenta, un orden de preferencia para dos normas que se aplican al mismo problema, pero que lo rigen de manera diferente. Los motivos que llevan a preferir la norma más especial[9] es que ésta se aproxima más al tema particular y toma más en cuenta las características singulares del contexto. Asimismo, representa mejor las intenciones de los Estados acerca de la forma de reglamentar el problema en cuestión. Teóricamente, las situaciones deberían regirse mediante la aplicación de la norma más justa, pero, a fin de evitar evaluaciones demasiado subjetivas, es preferible remitirse a una norma más objetiva que, de todos modos, imparte justicia[10]. El principio no indica una cualidad inherente a una rama del derecho, como el derecho humanitario, o a una de sus normas, sino que determina qué norma prevalece sobre otra en una situación particular[11]. Cada caso debe analizarse por separado[12].

Para determinar cuál norma es especial en relación con un problema determinado, es necesario evaluar varios factores. Cuando dos normativas diferentes que reglamentan la misma situación dan lugar a consecuencias jurídicas que se excluyen recíprocamente, la especialidad, en el sentido de la lógica, implica que la norma que se aplica a ciertos hechos debe ceder ante la norma que se aplica a esos mismos hechos *así como a* un hecho adicional presente en esa situación. Entre dos normas aplicables, se aplica la que tiene la mayor "superficie de contacto común"[13] con la situación. La norma cuyo ámbito de aplicación cabe por completo en el de la otra norma debe prevalecer; de otro modo, nunca se aplicaría[14]. Prevalece la norma cuyo ámbito de aplicación material y/o personal es más preciso o más estricto[15]. La precisión exige que la norma que se refiere a un problema en forma explícita prevalezca

8 Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, Informes de la CIJ 1996, párr. 25; Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Informes de la CIJ 2004, párr. 106; CIJ, Caso de las actividades armadas en el territorio de Congo (*DRC v. Uganda*), Sentencia del 19 de diciembre de 2005, párrafos 216–220.

9 Koskenniemi, nota 1, *más arriba*, párr. 60; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, nota 1, *más arriba*, párr. 305; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How the WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 387.

10 Norberto Bobbio, "Des critères pour résoudre les antinomies", en Chaïm Perelman (ed.), *Les antinomies en droit: Etudes*, Bruylant, Bruselas, 1965, pp. 237–41.

11 Koskenniemi, nota 1, *más arriba*, párr. 112; Heike Krieger, "A conflict of norms: the relationship between humanitarian law and human rights law in the ICRC Customary Law Study", *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11 (verano de 2006), pp. 269, 271; Philip Alston et al., "The competence of the UN Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial executions in the "war on terror", *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), p. 192; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, nota 1, *más arriba*, párr. 304.

12 Anja Lindroos, "Addressing norm conflicts in a fragmented system: the doctrine of *lex specialis*", *Nordic Journal of International Law*, vol. 74 (1) (2005), p. 42.

13 Término acuñado por la señora Mary Ellen Walker, estudiante de derecho en la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, durante el curso de derecho internacional humanitario dictado por Marco Sassòli en 2008.

14 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Springer Verlag, Berlín, 1991, pp. 267–8.

15 Bobbio, nota 10, *más arriba*, p. 244.

sobre la norma que lo encara en forma implícita; la norma que ofrece la ventaja de los detalles prevalece sobre el carácter general de la otra[16], y la norma más restrictiva predomina sobre la que abarca la totalidad del problema, pero con menos rigor[17].

Un factor menos formal —y también menos objetivo— que se utiliza para determinar cuál de las dos reglas es aplicable, es la conformidad de la solución con los objetivos sistémicos de la ley[18]. Caracterizar a esta situación como "*lex specialis*" es, tal vez, utilizar incorrectamente el lenguaje. El orden sistémico del derecho internacional es un postulado normativo cimentado en juicios de valor[19]. Algunos consideran que, en realidad, el encargado de tomar decisiones primero determina cuál es la norma más justa y luego la caracteriza como *lex specialis*[20]. En particular, cuando las normas formales no indican un resultado claro, es preciso apelar al criterio teleológico, aunque éste permita la influencia de las preferencias personales[21].

En nuestra opinión, en la medida en que la norma formal señala una conclusión clara en relación con cierto problema, se hace menos necesario evaluar el objetivo sistémico. También es verdad lo contrario: cuanto más claro se ve el objetivo, tanto más fácil es distanciarse de la norma formal.

Cuando se ha determinado qué constituye *lex specialis*, la *lex generalis* sigue presente, pero en segundo plano. Esto debe tenerse en cuenta en la interpretación de la *lex specialis*[22]. En la medida de lo posible, hay que evitar las interpretaciones de la *lex specialis* que den lugar a conflictos con la *lex generalis*; por el contrario, conviene intentar armonizar ambas normas[23].

Según la doctrina, el principio parece referirse implícitamente a las antinomias entre las normas convencionales, es decir, las basadas en los tratados. Sin embargo, es menos claro si el principio también se aplica a la relación entre dos normas consuetudinarias. Según el concepto tradicional del derecho consuetudinario, teóricamente no es así. La norma consuetudinaria aplicable respecto de un problema determinado deriva de la práctica y de la *opinio juris* de los Estados en relación con ese problema. En relación con el mismo problema, no puede haber una norma de derechos humanos consuetudinaria y una norma humanitaria consuetudinaria diferente. La atención siempre se centra en la práctica y en la *opinio*

16 V., p.ej., Seyed Ali Sadat-Akha, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Nijhoff, Leyden, 2003, p. 124.

17 V., p.ej., Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) con respecto a la relación entre los artículos 13 y 5(4) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (en adelante, CEDH), TEDH, *Brannigan and McBride v. UK*, Sentencia, 26 de mayo de 1993, TEDH, Serie A, N.º258, p. 57, párr. 76.

18 Koskenniemi, nota 1, *más arriba*, párr.107.

19 Krieger, nota 11, *más arriba*, p. 280.

20 Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 1, Stevens, London, 1969, p. 474; Bruno Simma y Dirk Pulkovski, "Of planets and the universe: selfcontained regimes in international law", *European Journal of International Law*, vol. 17 (2006), p. 490.

21 Bobbio, nota 10, *más arriba*, pp. 240–1. V. también Wilfred Jenks, "The conflict of law-making treaties", *British Yearbook of International Law*, vol. 30 (1953), p. 450.

22 La *lex generalis* consiste en las otras normas del derecho internacional, que se deben tomar en cuenta de conformidad con el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

23 V. Koskenniemi, nota 1, *más arriba*, párrafos 31, 37; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, nota 1, *más arriba*, párrafos 308, 311.

juris manifestada con respecto a problemas tan similares como sea posible al que se desea resolver. Éste parece ser el enfoque adoptado por el CICR, que se refiere en su Estudio a un amplio conjunto de prácticas en el ámbito de los derechos humanos, tanto dentro como fuera de los conflictos armados[24]. Sin embargo, en la práctica, cuando se busca una norma consuetudinaria, lo habitual es consultar un texto, sea éste un tratado u otro instrumento de codificación del derecho consuetudinario, un texto que alentó el desarrollo de una norma consuetudinaria[25] o incluso un texto de doctrina. En esa circunstancia, uno puede encontrarse con que un problema específico es tratado en dos textos contradictorios, ambos deducidos de la práctica de los Estados. En nuestra opinión, la elección entre esos dos textos es gobernada por los mismos principios que la elección entre dos normas convencionales. Si la práctica estatal que aclara cuál de las dos normas prevalece en la situación en cuestión no resulta suficientemente fundamentada para ser concluyente, deben entonces utilizarse los métodos normales para descubrir cuál de las dos normas, derivada de la práctica analizada desde diferentes perspectivas, constituye *lex specialis*.

¿Cuándo es admisible dar muerte a un portador de armas enemigo?

La respuesta tradicional del derecho humanitario de los conflictos armados internacionales

En los conflictos armados internacionales, los miembros de las fuerzas armadas pertenecientes a una de las partes en el conflicto son considerados "combatientes". Se puede atacar a los combatientes en cualquier momento, siempre que no se rindan o queden fuera de combate, y no sólo mientras amenazan efectivamente al enemigo. Los combatientes forman parte del potencial militar del enemigo y, por lo tanto, siempre es lícito atacarlos con el propósito de debilitar ese potencial. Según el entendimiento tradicional, ninguna norma restringe el uso de la fuerza contra los combatientes sólo a aquellas circunstancias en las cuales no es posible capturarlos. En el derecho humanitario, este punto de vista se ha cuestionado, invocando tanto el principio de la necesidad militar como uno de los factores que restringen todo acto de violencia[26], como la prohibición de matar con perfidia[27]. Sin embargo, ninguna de estas opiniones se ha traducido en instrucciones aplicables en el campo de batalla, mucho menos en un comportamiento real en el campo de batalla[28].

24 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, vol. I, pp. 341-436.

25 Marco Sassòli, *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht – mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 1990.

26 Jean S. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 75–6.

27 V. *Manual on Military Law*, Part III, *The Law of War on Land*, UK War Office, Londres, 1958, párr. 115.

28 V. las opiniones divergentes en las consultas entre los expertos del CICR acerca de la noción de la participación directa en las hostilidades, DPH 2005 (nota 31, *más abajo*) en pp. 45–6; Louise Doswald-Beck, "El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿el derecho internacional humanitario puede dar todas las respuestas?", *International Review of the Red Cross*, N.º 864 (2006), disponible en www.cicr.org/spa/revista; Vincent-Joël Proulx, "If the hat fits, wear it, if the turban fits, run for your life: reflections on the indefinite detention and targeted killing of suspected terrorists", *Hastings Law Journal*, vol. 56 (2005), pp. 801–900, en pp. 882–3.

El requisito de la proporcionalidad se aplica a los ataques dirigidos contra objetivos lícitos, pero sólo para proteger a personas civiles de sus posibles efectos incidentales[29]. Los ataques contra combatientes no están sujetos a una evaluación de la proporcionalidad en relación con el daño que se inflige al combatiente y la ventaja militar derivada del ataque.

La confusa respuesta de las normas convencionales del derecho humanitario aplicables en los conflictos armados no internacionales

En contraposición con los conflictos armados internacionales, en el derecho convencional de los conflictos armados no internacionales no está claro cuándo es admisible matar a un portador de armas enemigo (en el presente artículo, se utiliza el término "portadores de armas" para designar a los miembros de un grupo armado que desempeñan funciones de combate y a los miembros de las fuerzas armadas gubernamentales). Ni en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ni en el Protocolo II se hace referencia a los "combatientes", porque los Estados no deseaban conferir el derecho a participar en las hostilidades y la correspondiente inmunidad de combatiente a quienes participaran en conflictos armados no internacionales. En las disposiciones pertinentes, se prohíben "los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio" contra "las personas que no participen directamente en las hostilidades" incluidas las que han dejado de participar en las hostilidades[30]. Específicamente en relación con la conducción de las hostilidades, en el artículo 13 del Protocolo II se prohíben los ataques contra las personas civiles "salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación"[31].

De estas normas, así como de la ausencia de toda referencia a los "combatientes", se desprende que, en un conflicto armado no internacional, todos son civiles y que no se debe atacar a nadie, a menos que la persona participe directamente en las hostilidades. Sin embargo, en el *Comentario* del CICR sobre el Protocolo II se afirma que "las personas pertenecientes a las fuerzas armadas o a grupos armados pueden ser atacadas en todo tiempo"[32]. De otro modo, sorprendería en primer lugar que en el artículo 13 se use el término "persona civil" en lugar de un término

29 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra (Protocolo I), art. 51(5)(b).

30 V. el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra I a IV; y Protocolo II, art. 4.

31 El CICR, en consulta con varios expertos, participó recientemente en un proceso de investigación, examen y aclaración de la noción de la "participación directa en las hostilidades" en el marco del DIH. Este proceso todavía no ha tenido resultados definitivos, pero ha demostrado claramente la existencia de opiniones profundamente divergentes acerca de la cuestión de cuándo es admisible dar muerte a combatientes enemigos en un conflicto armado no internacional. V. los informes de la reunión de 2003 (en adelante denominado Informe DPH 2003), de la reunión de 2004 (Informe DPH 2004) y de la reunión de 2005 (Informe DPH 2005), este último disponible en inglés, en www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl–311205?opendocument. (consultado el 3 de julio de 2009). Sobre la base de esos debates, el CICR actualmente prepara un texto de referencia titulado "Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades".

32 Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II),* CICR, Plaza & Janés Editores Colombia S.A., 1998, párr. 4789.

más amplio como "persona"[33]. En segundo lugar, si todos son personas civiles, el principio fundamental de la distinción pierde sentido y su aplicación se torna imposible[34]. En tercer lugar, en el artículo 3 común se otorga protección a "las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa". Esta última frase sugiere que el mero hecho de haber dejado de participar activamente en las hostilidades no basta, por sí mismo, para que los miembros de las fuerzas armadas[35] gocen de inmunidad contra los ataques: deben tomar medidas adicionales y retirarse activamente del conflicto. En cuarto lugar, desde el punto de vista militar, a nivel práctico, es irrealista prohibir que las fuerzas gubernamentales ataquen a portadores de armas claramente identificados, a menos que éstos traben combate, ya que tal norma obligaría a las fuerzas gubernamentales a actuar en forma puramente reactiva, a la vez que facilitaría las operaciones de golpe y fuga del grupo rebelde. La objeción basada en el argumento de que, de todos modos, esos rebeldes pueden ser detenidos (y su resistencia a la detención, de haberla, equivaldría a la participación directa en las hostilidades), resulta convincente únicamente si los rebeldes no controlan ningún territorio.

Hay dos formas de conceptuar la conclusión de que los portadores de armas pueden ser objeto de ataque en cualquier momento, hasta que se separan del grupo armado. En primer lugar, puede entenderse que "la participación directa en las hostilidades" abarca el mero hecho de permanecer en el grupo en calidad de miembro[36] o de conservar funciones de combate[37]. En segundo lugar, puede considerarse que los portadores de armas no son "civiles" (éstos últimos gozan de protección contra los ataques salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación)[38]. Sin embargo, ambas interpretaciones dan lugar a cuestiones difíciles de resolver en la práctica. ¿Cómo han de determinar las fuerzas gubernamentales que una persona es miembro de un grupo armado mientras el individuo en cuestión no cometa actos hostiles? ¿Cómo puede distinguirse la pertenencia a un grupo armado de la mera afiliación a una de las partes en conflicto, que cuenta con el apoyo de ese grupo armado, dicho de otro modo: la pertenencia al ala política, educativa o humanitaria de un movimiento rebelde? Una de las formas

33 Informe de la Reunión de Expertos sobre el derecho a la vida en situaciones de conflicto armado y de ocupación, 1-2 de septiembre de 2005, University Centre for International Humanitarian Law (UCIHL), Ginebra, disponible en www.adh-geneva.ch/events/expert-meetings.php (consultado el 21 de mayo 2008) (en adelante, Informe UCIHL), p. 34.

34 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, p. 64; David Kretzmer, "Targeted killing of suspected terrorists: extrajudicial executions or legitimate means of defence?", *European Journal of International Law*, vol. 16 (2) (2005), pp. 197–8.

35 De conformidad con el artículo 3 común, el término fuerzas armadas incluye a los grupos armados rebeldes (v. Marco Sassòli, "Terrorism and war", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4 (2006), p. 977).

36 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, pp. 48–9.

37 Corte Suprema de Israel en ejercicio de la función de Alto Tribunal de Justicia, Comité Público Contra la Tortura, en *Israel v. Government of Israel et al.*, HCJ 769/02, 11 de diciembre de 2005, párr.39 (en adelante, Comité Público contra la Tortura).

38 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, pp. 43–4.

más convincentes es permitir los ataques sólo contra las personas que efectivamente participan en forma directa en las hostilidades o que cumplen funciones dentro de los grupos armados para cometer actos equivalentes a la participación directa en las hostilidades[39].

El derecho humanitario consuetudinario no da respuestas

Según el Estudio del CICR, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales "los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes"[40], mientras que "las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación"[41]. "Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas"[42]. Sin embargo, en el comentario, se aclara que el término "combatiente" en los conflictos armados no internacionales sencillamente "designa a las personas que no gozan de la protección contra los ataques otorgada a los civiles"[43]. "Mientras que los miembros de las fuerzas armadas estatales pueden ser considerados combatientes... la práctica no está clara con respecto a la situación de los miembros de grupos armados de oposición"[44]. Asimismo, añaden los autores, "la práctica [es] ambigua por lo que se refiere a si los miembros de los grupos de oposición armados son considerados miembros de fuerzas armadas o personas civiles"[45]. Si son personas civiles, podría evitarse el desequilibrio entre esos grupos y las fuerzas armadas gubernamentales, si se considerara que los miembros de los grupos armados de oposición toman continuamente parte directa en las hostilidades[46]. Como se ve, el derecho consuetudinario es tan ambiguo como las disposiciones convencionales con respecto a la cuestión fundamental de si los portadores de armas en los conflictos armados no internacionales pueden ser atacados del mismo modo que los combatientes en los conflictos armados internacionales.

Argumentos en pro y en contra de la aplicación análoga de la norma aplicable en los conflictos armados internacionales

Como se ha dicho, la tendencia general es acercar el derecho de los conflictos armados no internacionales al derecho de los conflictos armados internacionales. Esta tendencia tiene un efecto secundario positivo: que las controversias acerca de la índole internacional o no internacional de un conflicto y acerca del derecho que se ha de aplicar en conflictos de índole mixta, se transforman en cuestiones de debate. Incluso los escépticos con respecto a si la práctica de los Estados verdaderamente ha eliminado la diferencia en la medida manifestada en el Estudio del CICR

39 Ibíd., p. 64; Kretzmer, nota 34, *más arriba*, pp. 198-9, sigue una línea similar.
40 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, Norma 1, p. 3.
41 Ibíd., Norma 6, p. 22.
42 Ibíd., Norma 5, p. 20.
43 Ibíd., p. 3.
44 Ibíd., p. 14.
45 Ibíd., p. 20.
46 Ibíd., p. 24.

sugieren que las preguntas que no tienen respuesta en el derecho de los conflictos armados no internacionales deben ser tratadas por analogía con el derecho de los conflictos armados internacionales, salvo cuando la naturaleza misma de los conflictos armados no internacionales no permite tal analogía (por ejemplo, con respecto a la inmunidad de los combatientes contra el enjuiciamiento y el concepto de territorios ocupados)[47]. Por lo demás, no hay verdaderas diferencias entre un conflicto armado no internacional, como las hostilidades entre las fuerzas gubernamentales de Sri Lanka y el LTTE en la zona norte de Sri Lanka en 2008, y el conflicto armado internacional entre Eritrea y Etiopía. Es irrealista exigir a los soldados en conflictos no internacionales (pero no en los internacionales) que, en el campo de batalla, capturen a los enemigos siempre que sea posible, pero que no los maten. Además, cada uno de los soldados desplegados sobre el terreno debe, en una fracción de segundo, tomar la decisión sobre cuándo se puede disparar a un enemigo; esa decisión no se puede dejar en manos de los jefes y de los tribunales (como sí puede hacerse con la decisión de internar a una persona, que se examinará más abajo). Debe haber instrucciones inequívocas. Siempre que sea posible, la formación de los soldados debe ser igual para los conflictos armados internacionales y no internacionales, a fin de forjar reflejos que funcionen incluso durante la tensión de la batalla.

Por lo demás, hay sólidos argumentos para cuestionar la conveniencia de aplicar las mismas normas que en los conflictos armados internacionales. Numerosos conflictos armados no internacionales se libran contra o entre grupos que no están bien estructurados. Es mucho más difícil determinar quién pertenece a un grupo armado que quién pertenece a fuerzas armadas gubernamentales. El derecho humanitario positivo de los conflictos armados no internacionales ni siquiera prescribe explícitamente, como sí lo hace el derecho de los conflictos armados internacionales, que los portadores de armas deben distinguirse de la población civil. Las personas se unen a los grupos armados y los abandonan de manera informal, mientras que los miembros de las fuerzas armadas gubernamentales son alistados y dados de baja formalmente. Puesto que los grupos armados son, inevitablemente, ilícitos, se esforzarán al máximo para que no ser reconocidos como tales y ocultar su índole militante. La afirmación de que es admisible disparar a la vista contra los portadores de armas puede, por ende, poner en peligro a muchos civiles[48], sean éstos simpatizantes del grupo, miembros de su "ala política", miembros del mismo grupo étnico, o sencillamente, si se encuentran en el lugar y en el momento equivocados. Y aunque en los conflictos armados internacionales sí existe una distinción clara entre la conducción de las hostilidades por combatientes y contra combatientes, y la aplicación de la ley a los civiles por la policía, no existe una distinción clara equivalente en el ámbito de los conflictos armados no internacionales. En efecto, en un conflicto armado no internacional, para las leyes nacionales la insurgencia siempre es un delito. Los criminales deben ser procesados por los tribunales y está prohibido "castigarlos" en un instante mediante la ejecución extrajudicial.

47 Marco Sassòli y Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War?* 2ª ed., CICR, Ginebra, 2006, p. 251.

48 Alexander Orakhelashvili, "The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?", *European Journal of International Law*, vol. 19 (1) (2008), p. 167.

Lógicamente, los argumentos en favor de una norma diferente para los conflictos armados no internacionales se aplican principalmente a los grupos armados. Por ende, podría considerarse que se requiere una distinción entre las fuerzas gubernamentales y los grupos armados, más que entre los conflictos armados internacionales y no internacionales. El problema es que para lograr una mínima posibilidad de que se respete el derecho humanitario, éste debe ser igual para ambas partes. El principio de la igualdad de los beligerantes ante el derecho humanitario se aplica también en los conflictos armados no internacionales[49].

Normas del derecho de los derechos humanos sobre el uso de la fuerza en tiempo de paz

De conformidad con los tratados de derechos humanos, se prohíbe privar arbitrariamente a una persona de la vida. Sin embargo, en casi ningún instrumento se especifica en qué casos un homicidio es arbitrario. Únicamente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos se dispone que la muerte no se considerará infligida arbitrariamente 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 a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección"[50].

En la jurisprudencia relacionada con situaciones que no son conflictos armados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que era un acto lícito dar muerte a una persona respecto de la cual las autoridades estaban auténticamente convencidas de que estaba a punto de detonar una bomba, pero determinó además que la insuficiente planificación de la operación había violado el derecho a la vida[51]. Con respecto a la detención, el TEDH ha determinado que no debe arriesgarse la vida de un fugitivo para detenerlo, si el fugitivo no representa una amenaza a la vida y no está sospechado de un delito violento, incluso si no se lo puede detener de otro modo[52].

Por lo general, otros organismos de derechos humanos, universales y regionales, adoptan el mismo enfoque[53]. En los Principios Básicos sobre el Empleo de la

49 François Bugnion, "*Jus ad bellum*, *jus in bello* and non-international armed conflict", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6 (2003), pp. 167-98; Marco Sassòli, "*Ius ad bellum* and *ius in bello*: the separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare – crucial or outdated?", en Michael Schmitt y Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2007, pp. 254–7.

50 Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 2(2).

51 TEDH, *McCann v. United Kingdom*, Solicitud N.º 18984/91, Sentencia, 5 de septiembre de 1995, Serie A N.º 324, párrafos 200–205.

52 TEDH, *Nachova v. Bulgaria*, Solicitud N.º 43577/98, Sentencia, 6 de julio de 2005, Informes 2005-VII, párr. 95.

53 V., p. ej., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Las Palmeras*, Sentencia, 26 de noviembre de 2002, Serie C N.º 96 (2002).

Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley se ofrece una interpretación autorizada de los principios que las autoridades han de respetar cuando usan la fuerza, para evitar infringir el derecho a la vida. De conformidad con los Principios, se limita el uso de las armas de fuego a los siguientes casos:

> "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."

Sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales "cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida". Además, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley "se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso"[54].

Sin embargo, cabe destacar que los Principios Básicos se diseñaron para los agentes de la ley "que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención". Se incluye a las autoridades militares, pero sólo si ejercen funciones de policía[55], lo cual podría llevar a interpretar, *e contrario*, que las normas no son vinculantes para las autoridades militares encargadas de la conducción de hostilidades. Si se aplica el derecho de los derechos humanos para obtener una respuesta a la pregunta de cuándo es admisible dar muerte a un portador de armas, sería imperativo saber si las autoridades militares, en una situación de conflicto armado, están o deberían estar ejerciendo funciones de policía.

Escasos precedentes de los organismos de derechos humanos en materia de conflictos armados

Teóricamente, los derechos humanos son los mismos, tanto en los conflictos armados internacionales y no internacionales, como fuera de los conflictos armados. Además, el derecho a la vida no está sujeto a excepciones salvo, en el caso

54 V. artículos 9 y 10 de los los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el IX Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, documento de la ONU. A/CONF.144/28/Rev.1 at 112 (1990) (en adelante, los "Principios Básicos").

55 En los Principios Básicos, una nota al pie añadida al término "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" aclara esta cuestión haciendo referencia al comentario al art. 1 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

del Convenio Europeo, con respecto a "actos de guerra legítimos"[56]. El caso clásico en el cual un organismo de derechos humanos ha evaluado el derecho a la vida en el contexto de un conflicto armado es el caso *La Tablada*, relacionado con un grupo de portadores de armas que atacó un cuartel del ejército en Argentina. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que los "civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada... sea en forma individual o como integrantes de un grupo... están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes" y pierden el beneficio del principio de proporcionalidad y de las precauciones[57]. Luego, aplicó exclusivamente el derecho humanitario (aplicable a los conflictos armados internacionales) a esos atacantes. Consideró que se beneficiaban del derecho a la vida solamente los testigos civiles y los atacantes que se rindieron. La Comisión no planteó la cuestión de si habría que haber detenido a los portadores de armas, siempre que hubiese sido posible, en vez de darles muerte.

En el caso *Guerrero*, el Comité de Derechos Humanos determinó que Colombia había privado del derecho a la vida arbitrariamente a personas sospechadas de ser secuestradores y miembros de una "organización guerrillera", lo que no se comprobó ni siquiera en la investigación posterior. Miembros de la policía esperaban a los presuntos secuestradores en la casa donde creían que se encontraba retenida la víctima de un secuestro, pero que estaba vacía. Cuando llegaron los presuntos secuestradores, fueron atacados a tiros sin advertencia alguna, sin darles la oportunidad de rendirse y pese a que no habían disparado un solo tiro sino que, sencillamente, habían intentado huir[58].

Un organismo nacional de derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos de Nepal, consideró que las fuerzas de seguridad nepalesas habían cometido una grave infracción del "derecho humanitario" cuando dispararon contra un grupo de maoístas armados que obligaban a los estudiantes y los docentes de una escuela local a seguir un "programa cultural". Seis maoístas y cuatro estudiantes murieron y cinco estudiantes quedaron heridos. La Comisión puso de relieve que los maoístas no habían disparado cuando fueron rodeados por el ejército, y que llevaban sólo armas ligeras. En opinión de la Comisión, tras una advertencia, el ejército podría haberlos detenido sin dificultad alguna. No está claro si la Comisión determinó la existencia de una infracción basándose solamente en el hecho de que hubo estudiantes muertos y heridos, o si consideró que el acto de disparar contra los maoístas armados sin intentar detenerlos también constituyó una infracción del "derecho humanitario"[59].

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre casos relacionados con el derecho a la vida en el conflicto armado no internacional

56 Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 15(2). Se ha argumentado que esta norma se refiere únicamente a los conflictos armados internacionales (v. Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 883). De todos modos, ningún Estado ha intentado jamás suspender ese derecho invocando tal excepción.

57 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Abella v. Argentina (La Tablada)*, caso N.º 11.137, Informe N.º55/97, 18 de noviembre de 1997, párr.178.

58 Comité de Derechos Humanos, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, Comunicación N.º R.11/45, 31 de marzo de 1982, documento de la ONU, Suplemento N.º 40 (A37/40) (en adelante, el caso *Guerrero*).

59 Kedar Prasad Poudyal, "The role of national human rights institutions in armed conflict situations, with special reference to NHRC–Nepal", *Danish Institute for Human Rights*, 2006, pp. 87–8.

que tuvo lugar en Chechenia, figuran declaraciones en las que, al parecer, se exige que, al planificar y ejecutar acciones, incluso legítimas, contra los portadores de armas, se deben reducir al mínimo los riesgos a la vida y el uso de la fuerza letal[60]. Si bien estas declaraciones no se limitaban a proteger la vida de los civiles, las víctimas reales en el caso eran personas civiles. En todos los otros casos en que los organismos de derechos humanos y la CIJ aplicaron el derecho a la vida a conflictos armados de índole no internacional, las personas que resultaron muertas estaban fuera de combate o no se alegaba que habían sido portadores de armas[61]. Aunque en muchos casos se da muerte a portadores de armas, por ejemplo mediante ataques con bombas, mientras no están fuera de combate, no se han denunciado tales casos a los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos. De esa falta de jurisprudencia, algunos observadores han deducido que esos homicidios no violan el derecho a la vida, ya que es "impensable" que un caso así sea denunciado ante el sistema interamericano por un familiar sobreviviente de un miembro de las FARC[62].

Así pues, el escaso volumen de jurisprudencia no permite contar con una respuesta concluyente con respecto a las exigencias que el derecho de los derechos humanos impone a las autoridades gubernamentales que usan la fuerza contra los portadores de armas.

Posibles soluciones de conformidad con el principio de *lex specialis*

En primer lugar, cabe recalcar que ambas ramas del derecho comparten un amplio terreno común. En una situación análoga a la de un campo de batalla, es prácticamente imposible hacer detenciones sin exponer a las fuerzas gubernamentales a peligros desproporcionados. Un portador de armas representa una grave amenaza a la vida, incluso si esa amenaza consiste en ataques contra las fuerzas armadas. La inmediatez de esa amenaza puede basarse no sólo en lo que va a hacer el portador de armas en la mira, sino también en su conducta anterior[63]. En esas situaciones puede, por ende, utilizarse la fuerza letal, incluso de conformidad con el derecho de los derechos humanos. Por lo demás, ambas ramas protegen por igual la vida de un portador de armas que está fuera de combate.

La necesidad de determinar la norma aplicable por referencia a la *lex specialis* surge cuando las soluciones de las dos ramas realmente se contradicen. El ejemplo arquetípico de esa contradicción es el de un líder guerrillero haciendo compras en un supermercado en la capital del país, controlada por el Gobierno. Muchos interpretan que el derecho humanitario permite a las autoridades tirar a matar, porque se trata de un portador de armas, pero esto es debatible. El derecho de los derechos humanos diría claramente que esa persona debe ser detenida y que debe aplicarse respecto de ella el uso graduado de la fuerza, pero esa conclusión se

60 TEDH, *Isayeva v. Russia*, Solicitud N.º 57950/00, Sentencia, 24 de febrero de 2005, párrafos 175–176.

61 Para un panorama general de la cuestión, v. Nils Melzer, *Targeted Killing under International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 169–73 y pp. 384–92.

62 Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 36.

63 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, p. 52.

basa en precedentes que tuvieron lugar en tiempo de paz y los derechos humanos siempre son más flexibles y se acomodan a cada caso.

En nuestra opinión, algunas situaciones están más próximas a las que dieron lugar a la norma del derecho humanitario, en tanto que otras se caracterizan más por hechos que, característicamente, dieron lugar al establecimiento de los derechos humanos. Hay una escala móvil[64] entre el miembro solitario de las FARC en un supermercado de Bogotá, y el soldado de las fuerzas franquistas durante la batalla del Ebro. Es imposible e innecesario proporcionar una respuesta aplicable a todos los casos por igual; como se ha demostrado más arriba, el principio de *lex specialis* no determina la prioridad entre dos normas en abstracto, sino que ofrece la solución de un caso concreto, en el cual las normas en conflicto llevan a resultados diferentes. Hay que cuidarse de interpretar erróneamente el famoso dictamen de la CIJ según el cual "la prueba de lo que constituye la privación arbitraria de la vida... ha de determinarse en base a la *lex specialis* aplicable, esto es, el derecho aplicable en los conflictos armados"[65]. Debe leerse en el contexto de la opinión[66] en la que la CIJ tuvo que determinar la licitud *en abstracto* del uso de cierta arma.

Esa solución elástica, en la cual el comportamiento real que se exige depende de la situación, es peligrosa, especialmente en nuestro contexto, donde debe ser aplicada por todos los soldados y conduce a resultados irreversibles. Por lo tanto, es indispensable determinar factores que permitan dar precedencia sea a las normas derivadas del derecho humanitario de los conflictos armados internacionales o a los derechos humanos.

La existencia y la medida del control gubernamental sobre el lugar donde se produce el homicidio[67] señalan la aplicación de los derechos humanos como *lex specialis*[68]. Para las fuerzas gubernamentales que actúan en su propio territorio, el control sobre el lugar donde se realiza el ataque no es una condición necesaria para la aplicación de los derechos humanos[69], sino, sencillamente, un factor que hace que los derechos humanos prevalezcan sobre el derecho humanitario. Este último fue concebido para regir las hostilidades contra fuerzas que se encuentran en la frontera o más allá de ella, es decir, en un lugar que no está bajo el control de quienes atacan, en tanto que la aplicación de la ley concierne a las personas que se hallan bajo la jurisdicción de los encargados de aplicar la ley. En situaciones de conflicto tradicionales, el eje de la cuestión sería la distancia que media entre la situación

64 Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 38; según la opinión de varios expertos en el Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, pp. 51-2.

65 Armas nucleares, nota 8, *más arriba*, párr.25.

66 Alston, nota 11, *más arriba*, pp. 183-209, 192-3.

67 Si la persona atacada se halla bajo control gubernamental, ambas ramas del derecho prohíben las ejecuciones sumarias.

68 Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 897; Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 36; Kretzmer, nota 34, *más arriba*, p. 203; Cordula Droege, "The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict", *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), p. 347.

69 Con respecto a la responsabilidad de un Estado por violaciones de los derechos humanos cometidas en una parte del territorio que no se encuentra bajo su control, v. TEDH, *Ilascu and others v. Moldova and Russian Federation*, Solicitud N.º 48787/99, Sentencia, 8 de julio de 2004, párr. 333.

de que se trate y el campo de batalla[70], aunque cada vez son menos los conflictos contemporáneos caracterizados por la presencia de líneas del frente y campos de batalla. Entonces, ¿qué es lo que hace que el nivel de control sea suficiente para justificar el predominio de los derechos humanos como *lex specialis*? Un Gobierno no puede sencillamente argumentar que la presencia de un solo rebelde, o incluso de un grupo de rebeldes, en una parte estable de su territorio indica que, en los hechos, ese Gobierno no controla plenamente el lugar y que, en función de ello, actúa con arreglo al derecho humanitario como *lex specialis*. La cuestión se relaciona con el nivel de control. Si un Gobierno puede detener a individuos o a grupos sin que le cause gran preocupación la interferencia de otros rebeldes en la operación, entonces tiene suficiente control sobre el lugar para que los derechos humanos prevalezcan como *lex specialis*.

Este criterio basado en el control gubernamental hace que la solución sea ligeramente más flexible en una zona dentro del territorio del Estado cuyo Gobierno combate a los rebeldes[71], pero que no se encuentra bajo el control firme de los rebeldes ni del Gobierno (como ciertas regiones del centro de Perú, en la época de la insurgencia de Sendero Luminoso)[72]. Incluso en circunstancias en que no se cumplen los estrictos requisitos de la necesidad de conformidad con derecho de los derechos humanos (si se cumplen, ambas ramas del derecho conducen al mismo resultado), la imposibilidad de detener al portador de armas[73], el peligro inherente al intento de detenerlo[74], el peligro que el portador de armas representa para las fuerzas gubernamentales y para los civiles, y la inmediatez de ese peligro[75], pueden llevar a la conclusión de que el derecho humanitario es *lex specialis* para esa situación. Esos factores están interrelacionados con los elementos de control ya descritos. Además, cuando ninguna de las partes ejerce un claro control geográfico, cuanto mayor es la certeza de que el objetivo es realmente un portador de armas, tanto más fácil es, en nuestra opinión, considerar *lex specialis* al derecho humanitario[76]. Son lícitos los ataques contra las personas que realmente son portadores de armas, mientras que la aplicación de la ley se dirige, por definición, contra las personas sospechosas.

Incluso cuando los derechos humanos prevalecen como *lex specialis* en el contexto de un conflicto armado, el derecho humanitario sigue presente en el trasfondo, y flexibiliza los requisitos impuestos por los derechos humanos en materia de proporcionalidad y advertencia, cuando se ha intentado efectuar la detención sin éxito o cuando no es posible hacer el intento. De igual modo, cuando prevalece el derecho humanitario, los derechos humanos siguen presentes y exigen investigar

70 Droege, nota 68, *más arriba*, p. 347.

71 En este artículo no se aborda el derecho aplicable a las acciones extraterritoriales.

72 Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 37.

73 Comité Público Contra la Tortura, nota 37, *más arriba*, párr. 40; Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 891.

74 Comité Público Contra la Tortura, nota 37, *más arriba*, párr. 40.

75 Kretzmer, nota 34, *más arriba*, p. 203.

76 Caso *Guerrero*, nota 58, *más arriba*, párr. 13.1-13.3; Comité Público Contra la Tortura, nota 37, *más arriba*, párr. 40; Orna Ben-Naftali y Keren R. Michaeli, "We must not make a scarecrow of the law": A legal analysis of the Israeli policy of targeted killings", *Cornell Journal of International Law*, vol. 36 (2) (2003–4), p. 290.

cada vez que se haya matado a una persona intencionalmente[77].

Si se acepta aplicar el enfoque flexible para determinar qué constituye *lex specialis*, se plantea la pregunta de si es válido tanto para los miembros de los grupos armados como para las fuerzas gubernamentales. El derecho humanitario aplicable estipula la igualdad de ambas partes, pero no tienen iguales obligaciones respecto de los derechos humanos[78]. En efecto, la aplicabilidad de las obligaciones de derechos humanos a los actores no estatales es materia de debate[79]. Incluso si fueran aplicables, sólo podría exigirse a los actores no estatales cierto comportamiento hacia las personas en una zona que se encuentre bajo su control, puesto que tales actores no tienen jurisdicción sobre un territorio[80]. En la práctica, los soldados de las tropas gubernamentales no hacen compras en supermercados en zonas controladas por los rebeldes. Lo que es más, un Gobierno cuenta con la posibilidad de hacer cumplir la ley y aplicar el derecho penal nacional, por lo cual puede planificar una operación en la cual se optimicen las posibilidades de efectuar detenciones[81]. A la inversa, la pregunta de si los grupos armados pueden hacer cumplir las leyes del Gobierno o legislar, a fin de ilegalizar las acciones del Gobierno da lugar a controversia. Exigir a los rebeldes que detengan en vez de dar muerte podría, en algunos aspectos, acentuar la asimetría de los conflictos, puesto que las detenciones efectuadas por rebeldes suelen considerarse tomas de rehenes, y a menudo se exige a los rebeldes que liberen a los miembros de las fuerzas gubernamentales que han capturado.

Por ende, no es disparatado considerar que los grupos armados están obligados únicamente por el derecho humanitario y el derecho nacional (en cuyo marco, todas las muertes causadas por esos grupos son ilícitas), mientras que las fuerzas gubernamentales están obligadas tanto por el derecho humanitario como por el

77 En este sentido, con respecto al homicidio de quienes describe como "civiles que participan directamente en las hostilidades", v. Comité Público Contra la Tortura, nota 37, *más arriba*, párr. 40. Con respecto al derecho de los derechos humanos, precisamente en situaciones de conflicto armado no internacional, v. TEDH, *Kaya v. Turkey*, Solicitud N.º 22729/93, Sentencia, 19 de febrero de 1998, Informes 1998-I, párrs. 86-91 (donde se discutía si la persona muerta era o no un rebelde armado, y el Tribunal criticó la investigación por no haber aclarado la cuestión); TEDH, *Ergi v. Turkey*, Solicitud N.º 23818/94, Sentencia, 28 de julio de 1998, Informes 1998-IV, p. 1778, párr. 85; TEDH, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, Solicitudes 57947-57949/00, 24 de febrero de 2005, párrs. 209–213. Philip Alston, Relator Especial de las Naciones Unidas para las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, "Informe a la Comisión de Derechos Humanos", 8 de marzo de 2006, documento de la ONU E/CN.4/2006/53, párrs. 25-26, incluso argumenta que esa obligación existe en el marco del derecho humanitario. Nosotros limitaríamos esa obligación a las posibles infracciones. No es realista exigir que se haga una investigación cada vez que se mata un soldado enemigo en el campo de batalla.

78 Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 890.

79 Para una opinión afirmativa, v. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, y para una posición más escéptica, v. Nigel S. Rodley, "Can armed opposition groups violate human rights standards?", en Kathleen E. Mahoney y Paul Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-First Century*, Nijhoff, La Haya, 1993, p. 297. V. también el párr. 47 del "Informe de la Reunión Consultiva en la que se examinó el proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", UN ESCOR, 59º período de sesiones, documento de la ONU E/CN.4/2003/63 (27 de diciembre de 2002).

80 Incluso Clapham, nota 79, *más arriba*, p. 284, considera que las obligaciones en materia de derechos humanos se aplican a ellos sólo "en la medida adecuada para el contexto".

81 Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 890; Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 35.

derecho de los derechos humanos, con predominio del segundo en algunas situaciones y hasta cierto punto, en calidad de *lex specialis*. El hecho de que los rebeldes no tengan obligaciones en materia de derechos humanos que limiten sus ataques contra las fuerzas de seguridad no significa que el derecho humanitario no ponga límites a esos ataques. Aunque los miembros de las fuerzas policiales no pueden considerarse personas civiles (como en los conflictos armados internacionales), si participan en operaciones de aplicación de la ley destinadas a buscar y detener a rebeldes[82], los ataques contra unidades policiales que no participan en un conflicto armado no internacional, pero que realizan actividades policiales normales propias de tiempo de paz, infringirían la prohibición de atacar a personas civiles[83].

El problema principal respecto de nuestra solución es determinar si es posible utilizarla en conflictos armados reales. Si el comportamiento permisible varía en función de la situación concreta, ¿cómo puede un soldado saber qué normas debe aplicar? Este problema puede resolverse únicamente mediante instrucciones y reglas de enfrentamiento precisas para todas y cada una de las operaciones y salidas de las tropas. Asimismo, sería posible elaborar directrices a nivel internacional, en debates celebrados entre expertos en derecho humanitario, expertos en derechos humanos, profesionales del ámbito de aplicación de la ley y representantes de las fuerzas armadas. Lógicamente, también deberían participar (ex) portadores de armas, sobre todo si las directrices abarcan también la conducción de esos grupos, a fin de garantizar que puedan aplicarse en la práctica.

Fundamentos y procedimientos para el internamiento de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados en conflictos armados no internacionales

Tanto en tiempo de paz como durante conflictos armados, puede haber personas detenidas que esperan juicio o que han sido condenadas por un delito. Para el actor no estatal individual, la participación en un conflicto constituye un delito en el marco de la legislación nacional del Estado afectado por ese conflicto. Una característica más específica de los conflictos armados es que, como medida de seguridad preventiva, los enemigos también pueden ser internados sin que se formulen contra ellos cargos penales. En conflictos armados internacionales, ésta es la esencia del estatuto de prisionero de guerra para los combatientes y del internamiento para las personas civiles.

Sin embargo, la falta de claridad, particularmente con respecto a las garantías judiciales que han de aplicar los actores no estatales en los conflictos armados no internacionales, da lugar a preocupaciones. En esta sección, se abordarán las

82 V. también Informe de la Comisión Nacional de Investigación sobre Darfur presentado al Secretario General de las Naciones Unidas, 25 de enero de 2005, párr. 422, disponible en www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (consultado el 21 de mayo de 2008). (http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/dynpages/a_14497_dtls.html)

83 Comisión de Derechos Humanos de Nepal, "Minimum immediate steps for CPN-(Maoist) to respect international humanitarian law and human rights principles", en *Annual Report 2004* (capítulo 8, sección 8.3), pp. 99-100.

normas que reglamentan los procedimientos para la aplicación de esta forma particular de la privación de libertad: el internamiento[84]. En el análisis de las dos ramas del derecho y su relación complementaria, se intentará elucidar los fundamentos y los procedimientos para el posible internamiento de un miembro de las fuerzas armadas gubernamentales o un miembro de un grupo armado (en adelante, "participante en las hostilidades") en relación con un conflicto armado no internacional.

La respuesta tradicional del derecho humanitario aplicable en conflictos armados internacionales

En el derecho humanitario convencional aplicable en los conflictos armados internacionales se disponen normas por las cuales se reglamentan los procedimientos del internamiento. De conformidad con el III Convenio de Ginebra, se permite a la potencia detenedora "internar a los prisioneros de guerra"[85] y, en virtud del IV Convenio de Ginebra, se permite internar a una persona "si la seguridad de la Potencia en cuyo poder esté lo hace absolutamente necesario"[86] o "por razones imperiosas"[87].

Tras establecer los casos en los que puede producirse el internamiento, el derecho humanitario también indica cuándo debe cesar. Algunos prisioneros de guerra deben ser repatriados durante el conflicto armado por razones de salud[88], y todos deben ser liberados y repatriados, sin tardanza, tras el cese de las hostilidades activas[89]. Toda persona civil "será puesta en libertad por la Potencia detenedora tan pronto como desaparezcan los motivos de su internamiento"[90]. En el caso de personas civiles que no hubieran sido liberadas durante el conflicto armado, en la norma se establece que "el internamiento cesará lo más rápidamente posible después de finalizadas las hostilidades"[91].

En el derecho humanitario convencional aplicable en los conflictos armados internacionales se reconoce que, en el caso de las personas civiles, que, a diferencia de los prisioneros de guerra, no pueden ser automáticamente internadas mientras dure un conflicto armado, el cumplimiento con los fundamentos jurídicos del internamiento exige una evaluación que determine si la persona sigue representando una amenaza a la seguridad y puede seguir internada, o si ha dejado de representar una amenaza y debe ser liberada. En este sentido, en el IV Convenio de Ginebra se establecen procedimientos para revisar el internamiento de personas civiles, sean éstas personas extranjeras en el territorio de una parte en el conflicto, o personas internadas en territorio ocupado; se designa el tipo de órgano de examen (un tribunal o un consejo administrativo), y se prevén procedimientos para presentar recursos y realizar revisiones periódicas[92]. En el Protocolo I se introduce una salvaguardia más

84 En este artículo, los términos "internamiento" y "detención por razones de seguridad" se utilizan en forma indistinta.
85 CG III, art. 21.
86 CG IV, art. 42 (aplicable a extranjeros en el territorio de una Parte).
87 Ibíd., art. 78(1) (en territorio ocupado).
88 CG III, arts. 109-117.
89 Ibíd., arts.s 118-119.
90 CG IV, art. 132 (1). V. también PA I, art. 75 (3).
91 CG IV, art. 133(1).
92 Ibíd., arts. 43 y 78 (2).

en el proceso: la persona internada "será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas"[93]. Por último, cabe señalar que la detención ilegal constituye una infracción grave del IV Convenio[94].

La incierta respuesta del derecho humanitario convencional aplicable en conflictos armados no internacionales

Por lo que atañe a los conflictos armados no internacionales, en el derecho humanitario convencional se prescribe el trato debido a las personas privadas de libertad en relación con el conflicto armado y las garantías judiciales aplicables a las personas sometidas a enjuiciamiento por infracciones también relacionadas con ese derecho, pero no se aclaran las razones para internar a una persona ni los procedimientos para hacerlo. Sin embargo, los redactores del Protocolo II reconocieron la posibilidad del internamiento en conflictos armados no internacionales, como lo demuestra la referencia específica al internamiento en sus artículos 5 y 6[95].

Derecho humanitario consuetudinario

En el derecho humanitario consuetudinario se prohíbe la privación arbitraria de la libertad en los conflictos armados internacionales y no internacionales[96]. Pero ¿cómo debe entenderse esta prohibición en relación con el internamiento en conflictos armados internacionales? En otras palabras, ¿cuáles son sus fundamentos y qué procedimientos se han de cumplir para que ese internamiento no equivalga a una privación arbitraria de la libertad? El comentario no vinculante[97] en el Estudio del CICR interpreta esta norma remitiéndose significativamente a los derechos humanos. Aplicando los dos criterios del principio de licitud, en el Estudio se establece que el fundamento del internamiento debe ser previamente establecido por la ley y se estipulan dos requisitos procesales: (i) la "obligación de informar a toda persona detenida de los motivos de la detención" y (ii) la obligación de dar la posibilidad a toda persona privada de libertad de impugnar la legalidad de su detención", esto es, el "procedimiento de *habeas corpus*"[98].

Normas del derecho de los derechos humanos relativas a la reglamentación procesal de la detención por motivos de seguridad

Las disposiciones del derecho de los derechos humanos en las que se reglamenta la privación de libertad pueden encontrarse en varios tratados. De conformidad con el derecho de los derechos humanos convencional, "nadie podrá ser privado

93 PA I, art. 75(3).

94 CG IV, art. 147. V. también el art. 8(2)(a)(vii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el art. 2(g) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia.

95 Protocolo adicional II, artículos 5 y 6(5).

96 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, pp. 344-52.

97 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, vol. I, reedición 2007 (con correcciones), p. li, citado en Jean-Marie Henckaerts, "*Derecho internacional humanitario consuetudinario*: respuesta a los comentarios de Estados Unidos", *International Review of the Red Cross*, N.º 866 (2007), disponible en www.icrc.org.

98 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, pp. 348-51.

de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta"[99]. En todos los tratados se prohíben los arrestos o detenciones arbitrarios[100], pero únicamente en el Convenio Europeo se indican detalladamente las causas que permiten privar a una persona de su libertad[101]. El derecho convencional articula dos procedimientos cuya aplicación es obligatoria para privar de libertad lícitamente a una persona contra la que no se presentan cargos penales concretos. En primer lugar, toda persona detenida debe ser informada de inmediato de las razones de su detención[102]. En segundo lugar, toda persona privada de libertad "tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal"[103].

Sin embargo, a diferencia de los cuatro Convenios de Ginebra, ninguno de estos tratados cuenta con ratificación universal; casi todos son instrumentos regionales y, en ciertas circunstancias, se permite suspender las disposiciones relativas a la detención por motivos de seguridad[104]. Por ende, sería útil contar con una evaluación de la categoría de los derechos humanos consuetudinarios universalmente aplicables y de las posibilidades de que esas normas sean objeto de suspensión, y en qué medida. Lo mismo se aplica al requisito de la revisión judicial, el denominado recurso de *habeas corpus*, porque aunque muchos, entre otros el Comité de Derechos Humanos, alegan que el propio recurso, o por lo menos, algunos de sus aspectos, no son susceptibles de suspensión, ello no se encuentra estipulado en el derecho de los derechos humanos convencional[105].

99 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), art. 9(1). V. también Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 7; y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), art. 6.

100 PIDCP, art. 9(1); Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5; CADH, art. 7(3); y CADHP, art. 6.

101 Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5(1). Los párrafos (b) y (c) del art. 5(1) parecen autorizar la detención por motivos de seguridad, pero no existen casos en los que esas disposiciones se hayan interpretado en ese sentido. V. D. Harris, M. O'Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworth, Londres, 1995, pp. 113, 117 (citando al TEDH, *Lawless v. Ireland*, Solicitud N.º 332/57, Sentencia, 1º de julio de 1961, Serie A N.º3, sección sobre "The law" (El derecho), párrafos 8–15; y TEDH, *Guzzardi v. Italy*, Solicitud N.º 7367/76, Sentencia, 6 de noviembre de 1980, Serie A, N.º39, párrafos 101–102).

102 PIDCP, art. 9(2); Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5(2); CADH, art. 7(4).

103 PIDCP, art. 9(4); Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5(4); CADH, art. 7(6); y CADHP, art. 7(1)(a).

104 Lógicamente, la suspensión debe limitarse "estrictamente a las exigencias de la situación" (PIDCP, art. 4(1)). V. también Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 15(1), y CADH, art. 27(1). La CADHP no contiene disposiciones relativas a la suspensión.

105 Para consultar una lista de referencias relacionadas con la prohibición de suspender el procedimiento de *habeas corpus* en la práctica, v. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, pp. 350–1 y las correspondientes notas al pie (incluido el Comentario General 29 del Comité de Derechos Humanos, párr. 16, documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001)). V. también Doug Cassel, "Pretrial and preventative detection of suspected terrorists: options and constraints under international law", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98 (3) (2008), pp. 811–52, en p. 829 y nn. 130–132; "Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence", Anexo 1 de "El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos" (documento del CICR preparado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 30IC/07/8.4, en 11), disponible en http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/30-international-conference-working-documents-121007/$FILE/30IC_IHLchallenges_Annex1_Detention_FINAL_ES.pdf (consultado el 29 de mayo de 2008) (publicado inicialmente como Jelena Pejic, "Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna", *International Review of the Red Cross*, N.º 857 (2005), disponible en www.icrc.org) (en adelante, Directrices del CICR).

Escasos precedentes de los organismos de derechos humanos en materia de conflictos armados

Los organismos de derechos humanos se han abundado acerca del contenido de los derechos humanos en toda su jurisprudencia. Ello no ha sucedido en igual medida en el ámbito del derecho humanitario, dado que los organismos especializados encargados de aplicarlo no son tan numerosos[106]. Por ende, resulta tentador recurrir a los derechos humanos cuando se interpreta el derecho humanitario, pero es preciso tener en cuenta que esa jurisprudencia, a menudo, no es vinculante, o no lo es de manera universal. Además, son escasos los precedentes de los organismos de derechos humanos que abordan específicamente ambos aspectos, esto es, la reglamentación de los procedimientos de la detención por motivos de seguridad y en relación con los conflictos armados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha respaldado la detención por motivos de seguridad realizada por el Estado durante situaciones descritas como "campaña(s) terrorista(s)"[107]; queda por ver la forma en que el Tribunal evaluaría si las disposiciones adoptadas por el Estado tras la suspensión han sobrepasado o no "la medida estrictamente limitada a las exigencias"[108] de una situación caracterizada como conflicto armado. En relación con la "guerra contra el terrorismo" y la detención en la bahía de Guantánamo, la Sala de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina determinó que el Estado había infringido el Convenio Europeo "al entregar [a personas] para que las fuerzas estadounidenses las sometieran a detención ilegal", dado que ni se pidió ni se recibió información sobre las causas de su detención[109].

Los organismos de derechos humanos del sistema interamericano han encarado cuestiones relacionadas con conflictos armados, pero pocos se refieren a la detención por motivos de seguridad. En *Coard c. Estados Unidos*, la Comisión Interamericana determinó que la detención sin revisión, durante un conflicto armado internacional, era "incompatible con los términos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entendida con referencia al artículo 78 del Cuarto Convenio de Ginebra"[110]. Según la Comisión:

> "...de acuerdo con los términos del Cuarto Convenio de Ginebra y de la Declaración Americana, [la necesaria revisión de la detención] podría haberse

106 Theodor Meron, "The humanization of humanitarian law", *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 247. V. también Christine Byron, "A blurring of the boundaries: the application of international humanitarian law by human rights bodies", *Virginia Journal of International Law*, vol. 47 (2007), pp. 839–96.

107 TEDH, *Ireland v. United Kingdom*, Solicitud N.º 5310/71, Sentencia, 18 de enero de 1978, [1978] Comisión Europea de Derechos Humanos 5310/71, párr.11. V. también, p. ej., *Lawless v. Ireland*, nota 101, *más arriba*.

108 Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 15.1.

109 Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina, *Boudellaa and others v. Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina* (casos CH/02/8679, CH/02/8689, CH/02/8690, CH/02/8691), 13 BHRC 297 (2002), párrafos 233 y 237.

110 CIDH, *Coard et al. v. US*, Caso N.º 10.951, Informe N.º 109/99, 9 BHRC 150 (29 de septiembre de 1999), párr. 57.

logrado mediante el establecimiento de un proceso expedito de revisión judicial o *cuasi-judicial* llevado a cabo por agentes estadounidenses con atribuciones para ordenar la presentación de la persona de que se trataba, y para liberarla en el caso de que la detención hubiera contravenido normas aplicables o fuera injustificada"[111].

Sin embargo, en dicho caso no hubo debate alguno acerca de las normas aplicables en los conflictos armados no internacionales. En 2002, la Comisión, teniendo en cuenta que Estados Unidos se consideraba "en guerra con una red internacional de terroristas", como medida cautelar, solicitó "a Estados Unidos que adoptara las medidas urgentes necesarias para que un tribunal competente determinara la situación jurídica de los detenidos de Bahía de Guantánamo", en lugar de una autoridad política, a fin de garantizar "el otorgamiento a los mismos de mecanismos legales de protección congruentes con su situación", las cuales en ningún caso podrán ser inferiores a las normas mínimas de los derechos que no pueden suspenderse[112].

Aplicación de los derechos humanos como *lex specialis*

En la comparación de las disposiciones convencionales por las que se rige el internamiento, contenidas en ambas ramas del derecho, se observa que los derechos humanos se enuncian en mayor detalle que las escasas normas convencionales de derecho humanitario aplicables en los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, no puede decirse lo mismo si se compara, por lo que respecta a los civiles, el derecho de los derechos humanos con el derecho humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales[113]. Por ejemplo, en el derecho humanitario se garantiza explícitamente, por lo que atañe a los internados civiles, el derecho a recurrir a los procedimientos de apelación y un plazo para la revisión periódica, en caso de que no sean liberados; en el derecho de los derechos humanos convencional, eso no se especifica por lo que respecta a la detención por motivos de seguridad. Además, las disposiciones pertinentes de los derechos humanos son susceptibles de suspensión, al menos en el marco de los términos formales de los tratados; estas disposiciones del derecho humanitario no son susceptibles de suspensión, al menos en territorios ocupados[114]. Sin embargo, en el derecho de los derechos humanos se estipula que el organismo que revisa la privación de libertad debe ser de carácter judicial, mientras que en el derecho humanitario se dispone la intervención de un

111 Ibíd., párr. 58.

112 CIDH, Detenidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba, Solicitud de Medidas Cautelares (13 de marzo de 2002).

113 Droege, nota 68, más arriba, p. 350.

114 En el art. 5(2) del CG IV se dispone que se puede aplicar la suspensión, en territorios ocupados, de los derechos de comunicación de una persona "porque se sospecha fundadamente que se dedica a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante", mientras que en el párrafo 1 de ese artículo, se dispone que se pueden suspender los "derechos y privilegios" de todo civil enemigo en el propio territorio de una parte en el conflicto si la persona "resulta fundadamente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado".

tribunal o de un consejo administrativo en el caso de civiles, pero no se establece revisión alguna para los prisioneros de guerra, salvo por lo que respecta a la determinación del estatuto de prisionero de guerra[115].

Dado que el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales no contiene normas relativas a los procedimientos de internamiento, parece obvio que, de conformidad con el principio de *lex specialis* como una máxima de la lógica, la rama que debe llenar este vacío es el derecho de los derechos humanos. En el Estudio del CICR parece adoptarse este enfoque, cuando se interpreta la norma del derecho humanitario por el que se prohíbe la privación arbitraria de libertad desde el punto de vista de los derechos humanos[116]. A diferencia de las personas que son objeto de ataque, las personas internadas están siempre bajo el control de los detenedores; este aspecto refuerza el enfoque basado en los derechos humanos. En esta aplicación formalista del principio de *lex specialis*, la única excepción en la cual prevalecería el derecho humanitario sería aquella en que las partes en un conflicto armado no internacional convienen en ello[117] o cuando el Gobierno concede, de manera unilateral, el estatuto de prisionero de guerra a los combatientes capturados. Pese al interés que suscita este enfoque formal basado en la *lex specialis*, no está exento de dificultades.

Dificultades que plantea la aplicación de los derechos humanos

El requisito dimanante de los derechos humanos, según el cual el internamiento debe estar sujeto a revisión judicial (si no se suspende esta exigencia o no puede suspenderse porque, desde el punto de vista del derecho consuetudinario, se considera que su suspensión está prohibida) demuestra alguna de esas dificultades. Por ejemplo: ¿es realista esperar que los Estados y los actores no estatales, que posiblemente internen a miles de personas, provean sin tardanza un proceso judicial para cada internado durante un conflicto armado? Si no lo es, entonces esa obligación representa un grave obstáculo a la conducción efectiva de la guerra y podría, por ende, disminuir el cumplimiento con las normas a largo plazo y dar lugar, por ejemplo, a ejecuciones sumarias, disimuladas como muertes en el campo de batalla.

Otra preocupación se deriva de las diferencias entre los actores estatales y no estatales, cuyas obligaciones son iguales en el marco del derecho humanitario, pero no en el ámbito de los derechos humanos. Incluso si se resolviera la cuestión de si los actores no estatales están obligados por los derechos humanos, ¿cómo hace el actor no estatal para cumplir con la obligación de la revisión judicial? La cuestión de si un actor no estatal puede establecer un tribunal sigue siendo controvertida[118]. Dan lugar a la misma preocupación los requisitos de que, para aplicar medidas de internamiento, se ha de contar con fundamentos jurídicos y procedimientos establecidos en el derecho. En tanto que el derecho de los derechos humanos contiene

115 CG III, art. 5.

116 V. Henckaerts and Doswald-Beck, nota 5, más arriba, pp. 344–52.

117 En el art. 3(3) común a los Convenios de Ginebra I a IV se recomienda seguir este curso de acción

118 Jonathan Somer, "La justicia de la selva: dictar condena sobre la igualdad de los beligerantes en los conflictos armados no internacionales", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 867 (2007), pp. 655–90. Puede consultarse en http://www.gva.icrc.priv/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/7ncn43?opendocument.

al menos dos prescripciones en materia de procedimiento, ni esta rama del derecho ni el derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales contienen fundamentos jurídicos específicos para el internamiento. Un Estado puede incorporar esos fundamentos en su derecho interno, pero, ¿cómo podría el actor no estatal establecer dichos fundamentos jurídicos?

Incluso si se considera que el derecho de los derechos humanos es vinculante para algunos actores no estatales (esto es, los que son "capaces de cumplir las condiciones para ejercer esos derechos"[119]), es posible que las dificultades no queden del todo resueltas; lo que es más, pueden surgir otras. Por ejemplo: ¿puede un actor no estatal suspender normas relativas a los derechos humanos? ¿qué norma habría que aplicar para determinar cuál actor estatal está habilitado a hacerlo y cuál no? Y este enfoque ciertamente no resolvería las dificultades restantes relacionadas con los actores no estatales que no "reúnen todas las condiciones".

La aplicación de los derechos humanos parece excluir la posibilidad de que una parte en un conflicto armado (el actor no estatal) efectúe internamientos lícitos. Las partes en un conflicto armado internan a personas, impidiendo que sigan llevando armas, para obtener una ventaja militar. Si el actor no estatal no puede aplicar el internamiento lícitamente, no le queda otra opción que liberar a los portadores de armas enemigos capturados, teniendo en cuenta que la denegación de cuartel constituye una violación grave del derecho humanitario[120]. Sin embargo, si las normas aplicables en los conflictos armados impiden luchar de manera eficiente, no serán respetadas, lo cual socavará la protección prevista por el derecho[121].

¿Aplicar el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales por analogía?

Teniendo en cuenta las complicaciones que trae consigo la aplicación de los derechos humanos, tal vez la solución correcta, respecto de los conflictos armados no internacionales, consiste en aplicar, por analogía[122], el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales. En el derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales, se indica que en esos conflictos hay internamiento, pero no hay indicación alguna acerca de su reglamentación. Esa reglamentación es necesaria para que el internamiento pueda tener lugar en la práctica. Si bien las disposiciones que reglamentan el internamiento en los conflictos armados internacionales se establecen de conformidad con las categorías de las personas protegidas, "no hay una diferencia fundamental entre los regímenes aplicables en las dos situaciones que prohíba la aplicación de esas mismas disposiciones", siempre

119 Ibíd., p. 687.

120 Art. 8(2)(e)(x) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. V. también Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, p. 161.

121 Daniel O'Donnell, "International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces", *International Review of the Red Cross*, N.º 864 (2006) (donde se presenta un razonamiento similar en relación con las propuestas de excluir de los actos prohibidos en el proyecto de convenio amplio contra el terrorismo aquellos actos que son lícitos de conformidad con el DIH). Disponible en inglés, en www.icrc.org.

122 V. Directrices del CICR, nota 105, más arriba, p. 377.

que las normas se apliquen de conformidad con la función de la persona, no con su categoría[123]. Además, esa analogía jurídica es coherente con la gradual erosión que se viene observando en la distinción entre el derecho aplicable en los conflictos armados internacionales y en los no internacionales.

Aplicado por analogía, en el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales se dispone el internamiento y la aplicación de procedimientos de revisión. Deja abierta la opción de que la revisión del internamiento sea realizada por un consejo administrativo o un tribunal. Habida cuenta de los criterios de organización que un actor no estatal debe satisfacer para que se lo considere parte en un conflicto armado[124], cualquier actor no estatal debería tener la capacidad de cumplir esas obligaciones, sobre todo porque puede optar por un procedimiento de revisión administrativo en lugar de judicial.

El derecho humanitario de los conflictos armados internacionales se aplica si "el gobierno del Estado afectado [por el conflicto armado no internacional] reivindica para sí los derechos de un beligerante"[125]. Mientras que "el reconocimiento de la beligerancia ha caído en desuso como concepto jurídico"[126], la aplicación por analogía aparentemente sigue teniendo sentido; lo que es más, en el artículo 3 común se insta a las partes en los conflictos armados no internacionales a convenir en esa aplicación. En efecto, en el Estudio del CICR se indica, para esos conflictos, la aplicación por analogía de las normas del IV Convenio de Ginebra a las personas civiles, y las del III Convenio de Ginebra a las personas designadas como "combatientes"[127]. Esa distinción entre "combatientes" y civiles en un conflicto armado no internacional también sería coherente con los actuales debates entre los expertos acerca del uso del "enfoque de la participación en calidad de miembro" para interpretar la "participación directa en las hostilidades" en relación con tal conflicto[128]. Dado que la aplicación análoga no confiere ningún estatuto, seguiría sin aplicarse, por ejemplo, la inmunidad del combatiente. Aunque en ellos se prevé el internamiento, los Convenios de Ginebra, no impedirían, por ende, la represión de actos prohibidos por el derecho interno. La aplicación por analogía del III Convenio respecto de miembros de las fuerzas y grupos armados, como se sugiere en el Estudio del CICR, tampoco les daría derecho a beneficiarse de un procedimiento de revisión; esa norma de procedimiento sólo puede hallarse en el IV Convenio.

En la aplicación por analogía del derecho de los conflictos armados internacionales ¿se tiene en cuenta, en suficiente medida, la distinción fundamental entre ese derecho y el derecho de los conflictos armados no internacionales, en el sentido de que las normas aplicables a los conflictos armados internacionales generalmente[129] se aplican únicamente a categorías de personas protegidas, como

123 Sassòli y Bouvier, nota 47, *más arriba*, p. 258: "El derecho de los conflictos armados no internacionales no protege a las personas según su estatuto sino según las actividades que efectivamente realizan".

124 V. p. ej., la decisión del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) en *Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj*, Sentencia, 3 de abril de 2008, caso N.º IT-04-84-T, párrafos 60 y 89.

125 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, más arriba, p. 352.

126 Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 41.

127 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, p. 352.

128 V. notas 36-39, *más arriba*, y, en particular, el Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, p. 43.

129 Excepto, p. ej., el art. 75 del P.A. I.

prisioneros de guerra o civiles enemigos, y que esas categorías no existen en los conflictos armados no internacionales? Incluso si la distinción en los conflictos armados no internacionales podría hacerse sobre la base de la función y no del estatuto, ¿en qué criterio debe basarse la evaluación de un civil o de un "combatiente"? ¿Deben los "combatientes" evaluarse con los criterios estipulados en el artículo 4 del III Convenio o en el articulo 44 del Protocolo adicional I, o de conformidad con el "enfoque de la participación en calidad de miembro"?[130] En los conflictos armados no internacionales, ¿deben instituirse tribunales del tipo descrito en el artículo 5[131] para que determinen sobre el particular?

¿Aplicar el IV Convenio en vez del III Convenio?

Si el III Convenio de Ginebra se aplica por analogía, puede detenerse a un participante en las hostilidades sin realizar una determinación individual durante todo el conflicto[132]. Sin embargo, como ya se ha visto, es mucho más difícil determinar quién es verdaderamente un portador de armas en los conflictos no internacionales que en los internacionales. Esa determinación debe, por ende, realizarse en forma individual. Es también mucho más difícil determinar el fin efectivo de las hostilidades en un conflicto armado no internacional que en un conflicto armado internacional entre Estados, en el que éstos pueden concertar un alto el fuego o firmar una rendición. Todos estos factores pueden utilizarse en apoyo de la aplicación, si es que la hay, del derecho de los conflictos armados internacionales en los conflictos armados no internacionales por analogía con el IV Convenio solamente, ya que en los conflictos armados no internacionales no hay combatientes y, por ende, tampoco existe el estatuto concomitante de prisionero de guerra. La analogía con el IV Convenio podría basarse en una determinación de qué constituye *lex specialis*, de conformidad con los propósitos sistémicos generales del orden jurídico internacional. En los conflictos armados no internacionales, esa medida evitaría el internamiento de las personas sin revisión durante todo el conflicto.

¿Aplicar en paralelo ambas ramas del derecho?

¿Es lícito realizar una analogía con el derecho humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales, si el hecho de hacerlo conlleva el desplazamiento de las normas de derechos humanos específicas y, por ende, la omisión directa de la máxima de *lex specialis* formal? Teniendo en cuenta la existencia de normas de derechos humanos referidas a la detención por motivos de seguridad, la analogía sobre

130 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, pp. 41-58.

131 CG III, art. 5.

132 Para un punto de vista que rechaza esa analogía, v. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, "Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo", informe de la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Leila Zerrougui; del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy; del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak; de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir; y del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, documento de la ONU E/CN.4/2006/120 (27 de febrero de 2006), párr. 24.

esta cuestión puede diferir de las analogías hechas, por ejemplo, con la definición de "objetivos militares", término que se utiliza exclusivamente en el ámbito del derecho humanitario. Además, es posible que la analogía con el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales no ayude a evitar las dificultades que plantean los derechos humanos, ya que éstos podrían seguir siendo aplicables. Por ejemplo, si los procedimientos del derecho humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales que reglamentan el internamiento de personas civiles son inadecuados, posiblemente haya que recurrir a los derechos humanos para colmar ese vacío[133].

Considerar la forma en que los derechos humanos complementan el derecho humanitario puede ayudar a solucionar algunas de las dificultades que entraña la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados no internacionales, particularmente respecto de los actores no estatales.

Si no se utiliza el DIDH para *interpretar* una norma del DIH, sino que el DIDH se aplica en paralelo con el DIH, éste se aplicaría respecto de las partes en el conflicto, de los actores estatales y no estatales, y el DIDH seguiría aplicándose respecto de los actores estatales, según la concepción tradicional que le dio origen. De este modo, se evita la problemática aplicación respecto de los actores no estatales y, sin embargo, se impone a los Estados el mandato de seguir cumpliendo con sus obligaciones jurídicas internacionales. Podría alegarse que esta posición es injusta, ya que, en un conflicto armado no internacional, los Estados tendrían que atenerse a más obligaciones que los actores no estatales. Esto es verdad en el ámbito del derecho internacional, donde los Estados son, tradicionalmente, los actores legítimos, pero sólo sería verdad con respecto a las normas que los Estados se han obligado a cumplir. Por otra parte, cabe recordar que los actores no estatales están vinculados por el derecho interno[134].

Este enfoque es coherente con el entendimiento de que ambas ramas del derecho son complementarias, se aplica a través de la máxima de *lex specialis*, y respeta la máxima de *lex posterior*, dado que la mayoría de las normas de derechos humanos se desarrollaron con posterioridad a las principales disposiciones del derecho humanitario que se examinan en este artículo. Por lo demás, la preocupación de que nazcan obligaciones impracticables, como la pronta revisión judicial del internamiento en todos los casos, no es significativa, ya que en los tratados de derechos humanos se disponen cláusulas de suspensión que ofrecen a los Estados una "salida" reglamentada en tales situaciones.

Sin embargo, el recurso exclusivo a las normas de derechos humanos para compensar la falta de procedimientos reglamentados sobre el internamiento en los conflictos armados no internacionales constituye una solución mínima, puesto que, a menos que esas normas se completen con el derecho consuetudinario[135], aclaran las obligaciones del Estado únicamente si éste es parte en el respectivo tratado de

133 Directrices del CICR, nota 105, *más arriba*, pp. 377-378.

134 Olson, nota 6, *más arriba* (cita omitida).

135 Puesto que la privación arbitraria de la libertad es una norma del derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable durante los conflictos armados (Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, p. 344), parece lógico que también sea una norma consuetudinaria en situaciones de tiempo de paz menos rigurosas; sin embargo, es posible que persistan los desacuerdos en cuanto al contenido de la norma.

derechos humanos; por otra parte, cabe la posibilidad de que se introduzcan suspensiones que tengan por efecto limitar el cumplimiento de dichas normas. Además (pero, en el presente artículo no se aborda esta cuestión), existen controversias con respecto a la medida de la aplicabilidad extraterritorial de los derechos humanos, lo cual debilita la solución basada en la aplicación del derecho de los derechos humanos en los conflictos armados no internacionales en el extranjero. Se desprende de ello que el derecho de los derechos humanos posiblemente no reglamente el internamiento por el Estado. Los actores no estatales afrontarán dificultades conceptuales para cumplir con estas normas, si es que están obligados a hacerlo.

Por ende, la solución tal vez no sea optar entre aplicar los derechos humanos o establecer una analogía con el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales, sino en armonizar apropiadamente ambos enfoques. La reconocida relación entre estas ramas del derecho, sus respectivos objetivos, así como las diferencias entre los Estados y los actores no estatales, son factores que pueden imponer la aplicación práctica de este enfoque complementario.

La aplicación de las normas del derecho humanitario de los conflictos armados internacionales en los conflictos armados no internacionales ofrece unos procedimientos de internamiento que son vinculantes tanto para el Estado como para los actores no estatales e imponen limitaciones a los criterios aplicados para imponer el internamiento. Esas obligaciones se aplican por igual a todas las partes en el conflicto. Esa aplicación no excluye la correspondiente aplicación paralela de los derechos humanos. Por ende, si es preciso aplicar el derecho de los derechos humanos para contar con más detalles acerca de la reglamentación del internamiento de civiles, por ejemplo[136], en consonancia con la máxima de *lex specialis*, puede recurrirse a los derechos humanos para aclarar las obligaciones del Estado, particularmente en lo tocante a la revisión judicial. Si bien es posible que se suspendan normas de los derechos humanos, la aplicación por analogía del derecho humanitario de los conflictos armados internacionales (que no admite suspensión alguna[137]) establecería un nivel básico por debajo del cual no podrían haber suspensiones de los derechos humanos, puesto que las disposiciones del derecho humanitario ya se aplican en las situaciones más amenazantes para un país. Este enfoque complementario garantizaría la protección de los procedimientos para los actores no estatales internados, y aclararía significativamente las obligaciones de los actores no estatales, lo cual, a su vez, garantizaría la protección de los procedimientos para los miembros de las fuerzas armadas estatales capturados en conflictos armados no internacionales. Pero, el carácter práctico de este enfoque no lo hace jurídicamente vinculante, y las preocupaciones descritas en los párrafos anteriores persisten, sobre todo con respecto a la conveniencia de establecer una analogía con el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales y, en el ámbito de éste, con el IV Convenio en lugar del III Convenio.

En resumen, desafortunadamente no existe una solución ideal y directa. Si bien la aplicación del derecho de los derechos humanos es más satisfactoria en

136 Directrices del CICR, nota 105, *más arriba*, p. 377.
137 Salvo en el marco del art. 5 del CG IV (v. nota 114).

el marco del principio formal de *lex specialis*, no es una opción realista, particularmente para los grupos armados no estatales. Por otra parte, el contenido de las normas de derechos humanos aplicables da lugar a controversias. Aplicar por analogía la reglamentación prevista para las personas civiles por el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales puede, por ende, mostrar mayor correspondencia con las finalidades sistémicas generales de ambas ramas del derecho. En la práctica, la única diferencia entre estos enfoques es que, para el enfoque basado en el derecho humanitario, es satisfactoria una revisión administrativa, mientras que en el enfoque basado en los derechos humanos, se exige una revisión judicial. Ahora mismo, la mayoría de las personas detenidas en relación con un conflicto armado no internacional agradecería cualquier oportunidad de que su internamiento fuera objeto de una revisión independiente e imparcial. Sería útil, sobre todo para los profesionales, establecer directrices para evaluar la relación entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos en una situación determinada. Esas directrices ayudarían a garantizar la adopción de soluciones coherentes que no comprometan los objetivos y las finalidades específicos de ambas ramas del derecho[138].

Conclusión

El resultado de la aplicación formal del principio de *lex specialis* no es enteramente satisfactorio con respecto a ninguna de las dos cuestiones examinadas en el presente artículo. La escala móvil para la respectiva aplicación del derecho de los derechos humanos y del derecho humanitario por lo que atañe a los ataques realizados contra los combatientes en conflictos no armados no internacionales genera una gran incertidumbre en situaciones límite y establece diferentes obligaciones para el Gobierno y para los rebeldes. Dar a los portadores de armas capturados el beneficio del procedimiento de *habeas corpus* definido por el derecho de los derechos humanos puede no ser realista y hasta contraproducente en muchos conflictos, y plantea serios problemas conceptuales, cuando su aplicación se exige a los grupos armados. Si bien estas limitaciones deben ser aceptadas por lo que respecta al uso de la fuerza y deben asimismo mitigarse mediante instrucciones y directrices, es posible superarlas respecto de la reglamentación de los procedimientos aplicables al internamiento, aplicando por analogía el régimen previsto en el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales para las personas civiles. En ambos casos, se aplica como mínimo el derecho humanitario, siempre que, por alguna razón, no proceda aplicar los derechos humanos.

138 Olson, nota 6, *más arriba*.

Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Litigios en materia de derechos humanos y la "guerra contra el terror"

Helen Duffy*

Helen Duffy es directora del departamento de Litigios de INTERIGHTS, el Centro Internacional para la Protección Jurídica de los Derechos Humanos.

Resumen

La "guerra contra el terror" ha dado lugar a violaciones graves de los derechos humanos y, por consiguiente, a un número cada vez mayor de litigios en materia de derechos humanos. En este artículo, se pasa revista a algunos litigios de los últimos años relativos a cuestiones como detenciones arbitrarias, torturas y malos tratos, entregas extrajudiciales, aplicación extraterritorial de las normas de derechos humanos, y el empleo cada vez más difundido de la etiqueta de "terrorismo". Estos casos ofrecen un prisma a través del cual pueden verse las características clave de la guerra contra el terrorismo que inciden en los derechos humanos y nos permiten plantear cuestiones relativas al papel de los tribunales y a los efectos de los litigios en materia de derechos humanos en este ámbito.

***

El 12 de junio de 2008, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó que las personas detenidas por Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo gozan

* La primera versión de este artículo se leyó en el Curso Anual Público de Derecho Internacional realizado en la Facultad de Derecho de la London School of Economics, el 11 de octubre de 2007. La autora agradece a Silvia Borelli su asistencia en materia de investigación y a Steven Watt, David Geer y Fabricio Guaraglia sus valiosos comentarios durante la preparación de esa ponencia. Este artículo refleja las opiniones de la autora solamente, no las de INTERIGHTS.

del privilegio constitucional del hábeas corpus. El reconocimiento de que todos los detenidos, independientemente de su nacionalidad, de su designación como "combatientes enemigos" o de su residencia en otro país, disfrutan de este derecho fundamental ha sido aclamado como el triunfo del estado de derecho. Sin embargo, la satisfacción se atempera, en cierta medida, al considerar que se necesitaron seis años para decidir que esos detenidos tenían derecho a una protección que, normalmente, les hubiese garantizado el acceso a los procedimientos judiciales en cuestión de horas, días o, tal vez, semanas.

Independientemente de que la decisión en el caso *Boumediene* se considere una victoria histórica para la justicia o un recordatorio de su deplorable fracaso, ese fallo nos cuenta una historia. Es una expresiva ilustración de lo lejos que han llegado las violaciones de los derechos humanos que comete el poder ejecutivo en nombre de la seguridad, y de la evolución de la respuesta judicial: al principio, el poder judicial se mostró deferente e incluso vacilante; más tarde, y como último recurso, asumió gradualmente un papel más enérgico.

Este fallo es sólo una parte de una creciente masa de litigios, cada uno de los cuales nos cuenta su propia historia. Los casos exhiben tanta diversidad en sus objetivos (acceder a información, impugnar la licitud de una detención, impedir la expulsión o la deportación, obtener el reconocimiento de una injusticia y la correspondiente compensación, entre otras cosas), como en sus procesos y resultados. En este artículo, se presentará un panorama, necesariamente breve, de la práctica litigiosa en materia de derechos humanos registrada hasta la fecha, a nivel nacional, regional e internacional[1].

Un estudio acerca de la actual práctica litigiosa puede servir para varios fines. En primer lugar, permite analizar ciertas cuestiones clave en materia de derechos humanos, que se plantean en la denominada "guerra mundial contra el terrorismo". Si esas cuestiones se analizan a través de los litigios, la perspectiva que se obtiene es, forzosamente, limitada: un caso se relaciona con una persona en particular y con hechos particulares, que se evalúan en relación con cuestiones jurídicas particulares dentro de la jurisdicción de un tribunal particular. Sólo una ínfima minoría de las personas afectadas llega hasta los tribunales. Pero, tomada en conjunto, la práctica litigiosa relacionada con el terrorismo internacional registrada en los últimos años ofrece un prisma a través del cual se observan con gran nitidez algunas de las características clave de la guerra mundial contra el terrorismo, así como su objetivo y su *modus operandi*.

En segundo lugar, esta breve reseña de la práctica litigiosa puede ofrecer un marco comparativo para evaluar tanto las repercusiones y limitaciones de los litigios

1 Este artículo se centra en determinadas acciones judiciales contra las violaciones de derechos humanos cometidas por los Estados, interpuestas ante organismos de derechos humanos nacionales o, en menor grado, regionales e internacionales. INTERIGHTS intervino como representante o tercero/*amicus curiae* en varios de los casos citados en este artículo. Cabe señalar que los casos que sirven a los objetivos de derechos humanos pueden tomar muchas otras formas, desde casos civiles contra sociedades hasta casos penales contra miembros de organismos de inteligencia o, sobre la base de la jurisdicción universal, contra altos funcionarios públicos. Hay ejemplos de acciones de este tipo interpuestas en relación con la guerra mundial contra el terrorismo, pero no se mencionan en este artículo.

en sí como el papel de los tribunales en la respuesta a los desafíos que plantea la guerra contra el terrorismo en términos de los derechos humanos. Pero, cabe advertir que tal evaluación sería un tanto prematura. El ciclo litigioso lleva tiempo, sobre todo a causa de los obstáculos que se interponen a la litigación en este ámbito, algunos de los cuales se analizarán en el presente artículo; por otra parte, los casos que han seguido el trámite normal hasta su culminación son relativamente pocos. Sin duda, la evaluación de las repercusiones de los litigios se debe mirar a través de una lente de largo plazo y, para alcanzar una apreciación significativa de esas repercusiones, tal vez haya que esperar otros diez años. Sin embargo, la magnitud de los últimos acontecimientos indica que es el momento de, al menos, empezar a estudiar la práctica desarrollada hasta hoy y preguntarse sobre el papel de los tribunales en este contexto.

Dicho esto, examinaré en primer lugar los casos planteados después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y abordaré cinco grupos de cuestiones que, en mi opinión, ilustran las características clave de la "guerra contra el terrorismo" que afectan los derechos humanos. Esas cuestiones son la detención arbitraria, la aplicación extraterritorial de las obligaciones en materia de derechos humanos, la tortura y las protecciones conexas, la entrega extrajudicial de personas, y la creciente difusión de la etiqueta de "terrorista" y de las nociones de culpabilidad asociadas con ese mote. En la conclusión, volveré sobre la cuestión del papel de los tribunales y las repercusiones de los litigios relacionados con los derechos humanos.

Cuestión 1: Detención arbitraria

Guantánamo

Probablemente, la cuestión más notoria y la que sin duda ha generado la litigación más voluminosa es la anomalía de Guantánamo. Los hechos relacionados con la detención de centenares de extranjeros enemigos por personal estadounidense en la Bahía de Guantánamo no necesitan presentación alguna.

Las detenciones en Guantánamo han dado lugar a reiterados litigios en los tribunales estadounidenses y de otros países[2], centrados principalmente en dos cuestiones: el derecho al hábeas corpus y la licitud del enjuiciamiento por las comisiones militares. Vale la pena reseñar el desarrollo de estos casos en los tribunales estadounidenses y el curioso juego de ping-pong jurídico que tuvo lugar entre el poder judicial y el poder político en los últimos años y que culminó en el fallo *Boumediene* anteriormente citado.

2 En lo que respecta a la responsabilidad de Estados Unidos en el marco de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, v. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas cautelares en favor de los detenidos por los Estados Unidos en Guantánamo Bay, Cuba, 13 de marzo de 2002. Una segunda línea de litigación se relaciona con el comportamiento de Estados que han transferido o no han prestado ayuda a nacionales detenidos en Guantánamo; v., p.e.j., Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Boumediene and others v. Bosnia and Herzegovina*, solicitudes 38703/06, 40123/06, 43301/06, 43302/06, 2131/07 y 2141/07 desestimadas por el TEDH el 18 de noviembre de 2008 (CEDH= Convenio Europeo de Derechos Humanos), o el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, *R (Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] EWCA Civ 1598.

Primera ronda: En 2004, se presentaron ante los tribunales estadounidenses numerosos casos en los que se impugnaba la denegación del derecho de los detenidos de acceder a un tribunal a fin de objetar tanto su designación como "combatientes enemigos" como la licitud de su detención[3]. En junio de 2005, se pronunciaron dos sentencias. En *Hamdi c. Rumsfeld*[4], la Corte Suprema sostuvo que los ciudadanos estadounidenses gozaban de ciertos derechos constitucionales, incluso de la "oportunidad significativa de impugnar los fundamentos fácticos de la detención ante una instancia decisoria neutral". La jueza Sandra Day O'Connor, hablando en nombre de la Corte, formuló una célebre advertencia: "Hemos aclarado hace tiempo que el estado de guerra no es un cheque en blanco para el Presidente cuando se trata de los derechos de los ciudadanos de la Nación"[5]. Se consideró que este caso del año 2004 representaba un hito importante en relación con la responsabilidad del ejecutivo, aunque se aplicase sólo a los pocos casos en que los detenidos eran ciudadanos de Estados Unidos.

Con respecto al derecho de hábeas corpus de la inmensa mayoría de los detenidos que no eran ciudadanos estadounidenses y que habían sido detenidos fuera de Estados Unidos, en *Rasul c. Bush*[6], la Corte Suprema adoptó un enfoque mucho más cauteloso. Se abstuvo de abordar el caso como una cuestión de derechos constitucionales. Pero, haciendo referencia a un estatuto que confiere competencia a los tribunales, determinó que nada impedía a los tribunales ejercer la competencia en estos casos.

La respuesta del Gobierno a estos fallos es muy conocida. De los ciudadanos estadounidenses, uno ya había sido liberado y el otro, transferido a los tribunales ordinarios[7]. Con respecto a los centenares de extranjeros detenidos en Guantánamo, la respuesta fue muy diferente. En primer lugar, en lo que pareció un intento de proporcionar un sustituto del hábeas corpus, el poder ejecutivo introdujo los Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatiente y los Consejos de Revisión Administrativa, pese a que éstos eran mecanismos no judiciales carentes de las garantías procesales básicas asociadas con el derecho de hábeas corpus[8]. Esta

3 De los tres grupos de casos, dos se relacionaban con ciudadanos estadounidenses detenidos en Estados Unidos y otros países, y el tercero, que afectaba a la amplia mayoría de los detenidos, concernía a personas que no eran ciudadanos de Estados Unidos y que habían sido detenidas fuera del territorio estadounidense. El primero de estos casos, *Padilla c. Rumsfeld*, 352 F.3d 695 (Tribunal de Apelación del 2º Circuito, 2003), es menos importante, ya que se relacionaba con un ciudadano estadounidense que finalmente fue transferido al sistema de justicia penal ordinario dentro de Estados Unidos, acusado de conspiración y condenado por un tribunal federal.

4 Corte Suprema de Estados Unidos, *Yaser Esam Hamdi and Esam Fouad Hamdi as next friend of Yaser Esam Hamdi, Petitioners v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, 542 US 507 (2004), fallo dictado el 28 de junio de 2004.

5 Ibíd., 536.

6 Corte Suprema de Estados Unidos, *Shafiq Rasul, et al., Petitioners v. George W. Bush, President of the United States, et al.*; *Fawzi Khalid Abdullah Fahad al Odah, et al., Petitioners v. United States, et al.*, 542 US 466, fallo dictado el 28 de junio de 2004.

7 V. notas sobre *Padilla* y *Hamdi*, notas 3 y 4 *supra*.

8 Para un análisis del funcionamiento de los Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatiente, cuyo procedimiento no permitía a los detenidos acceder a las pruebas en su contra, v. Mark Denbeaux et al., *No-Hearing Hearings: CSRT: The Modern Habeas Corpus?*, disponible en http://law.shu.edu/news/final_no_hearing_hearings_report.pdf (consultado el 15 de octubre de 2008).

medida facilitó el seguimiento del tema por parte del Congreso, que promulgó la Ley sobre el Trato de Detenidos de 2005, en la cual se establecieron algunas disposiciones positivas acerca del trato de los detenidos y se respondió al fallo mencionado afirmando explícitamente que los detenidos de Guantánamo no tenían derecho al recurso de hábeas corpus.

Segunda ronda: La medida descrita en el párrafo anterior condujo a una segunda ronda en la Corte Suprema, reflejada en el caso *Hamdan c. Rumsfeld*[9]. El Gobierno estadounidense alegó que, en virtud de la Ley sobre el Trato de Detenidos, Hamdan no tenía derecho al recurso de hábeas corpus. En su sentencia de junio de 2006, la Corte, una vez más, se abstuvo de abordar la cuestión de si existía un derecho constitucional al hábeas corpus que tornara anticonstitucional la pretendida privación de ese derecho, establecida en la Ley sobre el Trato de Detenidos. En cambio, determinó que, sea como fuere, la Ley no se aplicaba a Hamdan, porque cuando se introdujo la Ley sobre el Trato de Detenidos, su caso ya se encontraba en curso.

Tras determinar que contaba con la competencia necesaria, la Corte decidió que las garantías procesales básicas contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, incorporadas en el ordenamiento jurídico estadounidense por el estatuto del Código Uniforme de Justicia Militar (UCMJ)[10], se aplicaban a todos los detenidos. La decisión de que las comisiones militares eran ilegales porque infringían estas disposiciones básicas fue importante y positiva para la protección de los derechos. Sin embargo, cabe señalar que el fallo *Hamdan* no apunta a los "derechos individuales" sino a la separación de poderes, puesto que encara la cuestión de si "el Presidente ha actuado en una forma que excede los límites [del Congreso]".

Sin embargo, la Corte Suprema había determinado que la conducta del poder ejecutivo infringía tanto el derecho internacional como el interno. Una vez más, el Gobierno de Estados se enfrentaba con el dilema de cómo responder a esta afrenta judicial. Con respecto a la Ley sobre las Comisiones Militares de 2006, el Congreso respondió de dos maneras. En primer lugar, determinó que ya no se podía recurrir al derecho internacional pertinente (los Convenios de Ginebra) como fuente del derecho en los procedimientos de hábeas corpus u otras acciones civiles contra los agentes estadounidenses. En segundo lugar, estableció que los tribunales carecían de competencia para tramitar recursos de hábeas corpus (u otras acciones judiciales) presentados por personas respecto de las cuales se hubiera determinado que eran combatientes enemigos o que se encontrasen a la espera de esa determinación, extendiendo las disposiciones de la Ley sobre el Trato de Detenidos sobre privación de derechos más allá de Guantánamo, con el propósito de abarcar las

9 Corte Suprema de Estados Unidos, *Salim Ahmed Hamdan, Petitioner v. Donald H. Rumsfeld & Others*, 548 US 557 (2006).

10 Código Uniforme de Justicia Militar, UCMJ, 64 Stat. 109, 10 USC cap. 47.

detenciones realizadas en cualquier lugar[11]. En lugar de una respuesta que solucionase el problema obligando al poder político a respetar la ley, se consideró que el problema era la ley y se eliminaron las fuentes internacionales del derecho, así como la supervisión judicial de las mismas.

Pese a varios fallos dictados por la Corte Suprema, la pregunta básica de si las garantías judiciales basadas en el proceso debido y el hábeas corpus se aplican a personas que no son ciudadanos estadounidenses y que han sido detenidas fuera del territorio de Estados Unidos quedó sin respuesta hasta junio de 2008[12]. Cuando resultó imposible seguir eludiendo la Constitución, la cuestión finalmente se resolvió de modo afirmativo en el caso *Boumediene c. Bush*[13]. La Corte Suprema de Estados Unidos decretó que los "combatientes enemigos" detenidos por Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo tienen el derecho otorgado por la Constitución estadounidense de impugnar su detención ante tribunales ordinarios. La Corte también determinó que los procedimientos de revisión del estatuto de los detenidos conforme a la Ley sobre el Trato de Detenidos de 2005 no eran un sustituto adecuado y eficaz del recurso de hábeas corpus. Por ende, declaró la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley de Comisiones Militares de 2006, por el cual se denegaba el recurso de hábeas corpus a los "combatientes enemigos" extranjeros detenidos.

La importancia de este fallo no debe subestimarse. Finalmente, la Corte Suprema abordó la cuestión del hábeas corpus como lo que es: un aspecto fundamental del derecho de los derechos humanos. Rechaza las distinciones artificiales basadas en la nacionalidad o la ubicación geográfica como factores pertinentes para determinar la existencia de derechos y obligaciones. Representa la voluntad del poder judicial de comprometerse con su mandato democrático, cumplirlo y reforzar los límites jurídicos y constitucionales a las acciones del poder ejecutivo. La respuesta del poder ejecutivo a esas decisiones también constituirá un importante

11 Ley de Comisiones Militares, artículo 7(1)(e):
(1) Ningún tribunal o juez tendrá competencia para conocer o considerar un recurso de hábeas corpus presentado por o en representación de un extranjero detenido por Estados Unidos, respecto del cual Estados Unidos haya determinado que ha sido correctamente detenido como combatiente enemigo o que se encuentre a la espera de esa determinación.
(2) Salvo conforme a lo previsto en los párrafos (2) y (3) del artículo 1005(e) de la Ley sobre el Trato de Detenidos de 2005 (10 USC, nota 801), ningún tribunal o juez tendrá competencia para conocer o considerar otras acciones judiciales contra Estados Unidos o sus agentes en relación con cualquier aspecto de la detención, transferencia, trato, juicio o condiciones de detención de un extranjero que se encuentra o se encontraba detenido por Estados Unidos, respecto del cual Estados Unidos haya determinado que ha sido correctamente detenido como combatiente enemigo, o que se encuentra a la espera de esa determinación.

12 Los tribunales inferiores no aportaron mucha claridad. En dos casos, *Al Odah* y *Boumediene*, los tribunales de distrito llegaron a conclusiones totalmente diferentes y, el 20 de febrero de 2007, el Tribunal de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia determinó, por 2 votos a 1, que los detenidos en Guantánamo carecen del derecho constitucional a presentar recursos de hábeas corpus para que los tribunales federales revean sus detenciones.

13 Corte Suprema de Estados Unidos, *Lakhdar Boumediene, et al., Petitioners v. George W. Bush, President of the United States, et al.*, 553 US.

indicio acerca de la salud del estado de derecho y la separación de los poderes[14]. Esa respuesta también determinará el significado práctico del fallo para los aproximadamente 270 detenidos que quedan en la Bahía de Guantánamo.

Al mismo tiempo, el fallo en sí se alcanzó con una estrecha diferencia de 5 votos contra 4, con algunos disensos estridentes que ilustran la resistencia de ciertos jueces a intervenir en lo que consideran cuestiones de seguridad cuya determinación corresponde exclusivamente al ejecutivo[15]. El aspecto más preocupante es, sin duda, el tiempo transcurrido hasta llegar a esta decisión. Los litigios llevan mucho tiempo, y las garantías judiciales y el respeto de la función judicial exigen el cumplimiento cabal de todo el proceso. Es innegable que cada etapa de esta maratón judicial produjo algunos logros (que mencionaré cuando analice la cuestión del impacto, más adelante en este artículo). Sin embargo, cabe preguntarse si el proceso judicial no se ha caracterizado por la indebida elusión de la constitución y por la excesiva deferencia del poder judicial a la función decisoria del ejecutivo y el legislativo, teniendo en cuenta que el poder judicial, en un primer momento, se rehusó a abordar la cuestión constitucional. Lamentablemente, los órganos políticos no devolvieron la cortesía democrática respondiendo a las sugerencias judiciales acerca de la necesidad de alinear la política con la ley[16]. Si este resultado fue producto de un error de cálculo con respecto a la posible respuesta de los poderes políticos, o de un enfoque estricto de la doctrina judicial basada en la elusión de las normas constitucionales, es materia de debate. De todos modos, el anómalo resultado de este proceso, que duró seis años, es la decisión favorable a la aplicabilidad del hábeas corpus, un derecho que garantiza el acceso a un tribunal horas o días después de la detención. Cabe preguntarse en qué medida esta decisión constituye una respuesta judicial significativa a este tipo de recurso de emergencia.

El mismo día en que la Corte Suprema de Estados Unidos dictó el fallo en el caso *Boumediene*, también se pronunció acerca del caso *Munaf c. Geren*[17], en el cual reconoció que las personas detenidas en Irak también tienen derecho al hábeas corpus. Determinó que, en el contexto de Irak, el ejercicio de la jurisdicción correspondía a los tribunales iraquíes, negando así, sobre esta base, la jurisdicción

14 Mientras que la respuesta inmediata del presidente Bush al fallo fue equívoca, el presidente Barack Obama indicó, poco después de asumir el poder, que el centro de detención de Guantánamo sería cerrado. "Obama plans executive order to close Guantanamo Bay" CNN en línea, 22 de enero de 2009, http://edition.cnn.com/2009/POLITICS/01/21/guantanamo.hearings/index.html.

15 Esta actitud quedó gráficamente ilustrada por el tono y el contenido de algunas de las opiniones disidentes, en particular la afirmación de Scalia J acerca de las "desastrosas consecuencias" de la opinión mayoritaria, la cual, según dijo, "causará, casi con seguridad, la muerte de más estadounidenses". *Boumediene*, nota 13 *supra*, Opinión disidente de Scalia J, p. 2.

16 Por ejemplo, como se ha señalado *supra*, el Congreso respondió al fallo *Hamdan* despojando a los tribunales de su jurisdicción y de las fuentes de derecho "inconvenientes", en lugar de tomar la iniciativa judicial de alinear la política con la ley.

17 *Munaf et al. v. Geren, Secretary of the Army, et al.*, petición de auto de avocación ante el Tribunal de Apelación de Estados Unidos para el circuito del distrito de Columbia, N.º 06–1666, examinada el 25 de marzo de 2008, resuelta el 12 de junio de 2008.

de los tribunales estadounidenses. Sin embargo, el caso es importante porque refuerza el principio de la aplicabilidad del derecho de hábeas corpus a las personas detenidas por agentes estadounidenses fuera de la jurisdicción de Estados Unidos. Este aspecto puede ser particularmente importante si se empieza a recurrir en mayor medida a medidas "alternativas" a Guantánamo, en la forma de detenciones extraterritoriales.

Belmarsh

En 2004, los tribunales ingleses tramitaron ciertos casos paralelos que resultaron en el famoso caso de derogación *A & Ors*, presentado ante la Cámara de los Lores (fallo Belmarsh)[18]. El caso se refería a la detención de ciudadanos no británicos en la prisión de Belmarsh sobre la base de su presunta participación en actos de terrorismo internacional, con arreglo a la Ley contra el terrorismo de 2001[19]. A fin de posibilitar la aplicación de esa medida, el Reino Unido había suspendido sus obligaciones con respecto al derecho a la libertad consagrado en el artículo 5 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH).

Este caso planteaba cuestiones diferentes de las ventiladas en los tribunales estadounidenses. La ley del Reino Unido preveía la revisión periódica independiente por la Comisión Especial de apelaciones en materia de inmigración (un tribunal de derecho), en el contexto de normas y procedimientos limitados y controvertidos[20]. En el Reino Unido, no se cuestionaba el derecho de hábeas corpus en sí; en el caso que logró llegar hasta la Cámara de los Lores, se cuestionó la licitud de la suspensión de ese derecho y de la detención como tal.

Cuando el asunto se presentó ante el máximo tribunal de apelaciones del Reino Unido, la Cámara de los Lores, ésta determinó la invalidez de la suspensión aplicada por el Reino Unido en relación con ciertas obligaciones contenidas en el CEDH, que le permitía detener a personas por tiempo posiblemente indeterminado por motivos de seguridad nacional. La mayoría acató la evaluación del Gobierno acerca de la existencia de una "emergencia" que justificaba la suspensión. Sin embargo, se consideró que la detención de ciudadanos no británicos no podía justificarse

18 Comisión de apelaciones de la Cámara de los Lores del Reino Unido, *A and Others v. Secretary of State for the Home Department, X and another v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 (A & Ors (Derogation)).

19 V. los artículos 21 a 32 de la Ley del Reino Unido contra el terrorismo, de 2001 (Anti-terrorism, Crime and Security Act, 2001), que "permite la detención de las personas respecto de las cuales el Secretario de Estado haya certificado que constituyen amenazas a la seguridad nacional y sean sospechosas de ser terroristas internacionales, cuando su expulsión no es posible en la actualidad. Estas disposiciones modifican la actual ley, que permite la detención para expulsar únicamente en los casos en que la expulsión constituya una opción realista y se pueda concretar en un plazo razonable…".

20 Normas controvertidas relacionadas, por ejemplo, con el acceso a un abogado y a las pruebas. V., p.ej., el informe de la Comisión Parlamentaria de Asuntos Constitucionales del Reino Unido, titulado "The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates", informe del período de sesiones de 2004/2005, HC 323-II, disponible en www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200405/cmselect/cmconst/323/323ii.pdf (consultado el 15 de octubre de 2008). V. también, p.ej., "Ian Macdonald QC resigns from SIAC", 1º de noviembre de 2004, disponible en www.gardencourtchambers.co.uk/news/news_detail.cfm?iNewsID=268 (consultado el 20 de abril de 2008).

con la estrictez que exigía esa emergencia. En el fallo se señala que "si la suspensión no es estrictamente necesaria en el caso de un grupo [los ciudadanos británicos], no puede ser estrictamente necesaria en el caso del otro grupo [los extranjeros] que presenta la misma amenaza"[21]. Por ende, el tribunal determinó la existencia de una violación del derecho a la libertad y a la no discriminación previsto por la legislación del Reino Unido a través de los artículos 5 y 14 del CEDH.

El carácter positivo de esta decisión reside en varios niveles diferentes. El primero se relaciona con la evidente importancia de aplicar un enfoque estricto a la protección del derecho a la libertad, y con la necesidad de que la supervisión judicial sea cuidadosa pero exigente. Más allá de ello, el caso hizo lo que la mayoría de los debates, e incluso los litigios en otros lugares, incluida la litigación desarrollada en Estados Unidos descrita en los párrafos precedentes, habían omitido hacer: llamar la atención sobre la cuestión de la igualdad. Este aspecto es particularmente importante, teniendo en cuenta que, en este contexto, se suele recurrir a divisiones y distinciones basadas en la nacionalidad y a otros argumentos para justificar la aplicación de un trato inferior. Si bien es verdad que la nacionalidad tiene cierta importancia en el contexto de la aplicación de determinados aspectos del derecho internacional humanitario (DIH), la protección de nacionales y extranjeros por igual es una manifestación fundamental de la universalidad que constituye la base del derecho de los derechos humanos[22]. Incumbe al Estado la carga de demostrar que la discriminación es justificada, cosa que no pudo hacer en este caso.

El caso también es importante desde el punto de vista constitucional, dado que en él se evalúan tanto la adecuada función del poder judicial como los límites de la apropiada deferencia judicial. En un vigoroso párrafo, Lord Bingham rechaza de manera contundente las alegaciones del fiscal general al respecto, señalando lo siguiente:

21 *A & Ors* (Suspensión), nota 17 *supra*, Lord Bingham, párr. 132 : "En mi opinión, no se ha demostrado que la detención de ciudadanos extranjeros por tiempo indeterminado y sin juicio sea estrictamente necesaria, dado que la misma amenaza, cuando proviene de ciudadanos británicos que el Gobierno no puede o no quiere enjuiciar, se encara aplicando otras medidas que no exigen su detención por tiempo indeterminado y sin juicio. La distinción que el Gobierno procura establecer entre estos dos grupos (ciudadanos británicos y ciudadanos extranjeros) da lugar a una cuestión de discriminación. Pero, como la distinción es irracional, también roza el núcleo de la cuestión de la proporcionalidad. Se basa en la idea errónea de que la diferencia de derechos entre los dos grupos en el contexto de la inmigración es respuesta suficiente a la pregunta de si la suspensión es estrictamente necesaria. Es verdad que sus derechos son diferentes. Pero, la suspensión de derechos se relaciona con el derecho a la libertad. El derecho a la libertad es igual para ambos grupos. Si la suspensión no es estrictamente necesaria en el caso de un grupo, tampoco lo es en el caso del otro grupo que presenta la misma amenaza".

22 Los ciudadanos de un Estado gozan, o gozan en mayor grado, de los derechos únicamente en relación con ciertos derechos y en circunstancias limitadas, especialmente en relación con la vida política. V., p.ej., Observación General N.º 15 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto [1986], documento de la ONU HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), p. 140. Cabe señalar asimismo el comentario de la CIDH en relación con los detenidos de Guantánamo: "La determinación de la responsabilidad de un Estado por violaciones de los derechos humanos internacionales de un particular no gira en torno a la nacionalidad del particular…". Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Medidas cautelares en favor de los detenidos por los Estados Unidos en Guantánamo Bay, Cuba, 13 de marzo de 2002.

> "En particular, no acepto la distinción que [el fiscal general] estableció entre las instituciones democráticas y los tribunales... la función de los jueces independientes es una característica fundamental del estado democrático moderno y constituye una de las piedras angulares del propio estado de derecho. El fiscal general tiene todo el derecho de insistir sobre los límites apropiados de la autoridad judicial, pero se equivoca al estigmatizar la adopción de decisiones judiciales como un proceso que es, de alguna manera, antidemocrático".

La respuesta del ejecutivo también fue significativa. A la luz del fallo Belmarsh, el Gobierno del Reino Unido cambió sus leyes y prácticas. Las suspensiones y normas infractoras fueron retiradas y se adoptaron nuevas disposiciones jurídicas que preveían, entre otras cosas, "órdenes de control", en lugar de la detención, para las personas sospechadas de participar en el terrorismo internacional[23].

Esas órdenes generaron sus propias controversias y litigios. Los fallos conexos ofrecen, entre otras cosas, un interesante análisis de lo que constituye la "detención", en contraposición con los límites a la libertad de movimiento, y de la etapa en la cual no sólo los límites físicos, sino también el grado de control sobre aspectos de la vida cotidiana, pueden considerarse equivalentes a la detención ilícita[24]. En un caso, la Cámara de los Lores determinó que las órdenes —cualquiera fuese su nombre— que permitían confinar a personas en lugares específicos, durante un plazo máximo de 18 horas por día y sin comunicación con el mundo exterior, eran equivalentes a la detención y que su aplicación exigía la suspensión de las obligaciones del artículo 5 del CEDH. Esos casos también demostraron la voluntad de los tribunales de encarar y resolver la difícil búsqueda de un equilibrio aceptable, en una sociedad democrática que se enfrenta con el problema del terrorismo internacional.

23 Con respecto a las órdenes de control autorizadas por la Ley sobre la Prevención del Terrorismo, de 2005, y su funcionamiento, v. la declaración de Tony McNulty, ministro de Seguridad, Antiterrorismo, Crimen y Mantenimiento del Orden ante el Parlamento: "Control Orders Update (11 March 2008–10 June 2008)", 12 de junio de 2008, disponible en http://security.homeoffice.gov.uk/news-publications/news-speeches/controlorders-update-0608 (consultado el 15 de octubre de 2008). En la ley se autorizan tanto las órdenes de control con suspensión de obligaciones, respecto de las cuales el Gobierno reconoce la necesidad de suspender ciertas obligaciones establecidas en el CEDH, como las órdenes sin suspensión de obligaciones, las cuales, en opinión del Gobierno, no conllevan la necesidad de suspender esas obligaciones.

24 Cámara de los Lores del Reino Unido, *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. JJ and others (FC) (Respondents)*, [2007] UKHL 45, decisión del 31 de octubre de 2007. Con respecto a los litigios suscitados por las órdenes de control en los tribunales australianos, v. Corte Suprema de Australia, *Thomas v. Mowbray* [2007] HCA 33, 2 de agosto de 2007, disponible en www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2007/33.html (consultado el 15 de octubre de 2008), donde, por 5 votos contra 2, la Corte Suprema de Australia afirmó la constitucionalidad de una ley penal contra el terrorismo en virtud de la cual un magistrado federal había librado una orden de control provisional.

Cuestión 2: Limitar la aplicabilidad de las obligaciones convencionales: aplicación y acción extraterritoriales en virtud de autorizaciones concedidas por el Consejo de Seguridad.

Extraterritorialidad

La lógica que sustentaba la anomalía de Guantánamo, mencionada más arriba, era que, debido a la ubicación extraterritorial de ese centro de detención, las obligaciones constitucionales relativas a los derechos humanos que normalmente se aplican en el territorio de Estados Unidos no se aplicarían allí. Desde el punto de vista constitucional, la falacia de esa distinción quedó aclarada por los casos *Boumediene* y *Munaf* ya comentados. Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, la proposición era, de entrada, simplemente incorrecta. El control absoluto que Estados Unidos ejercía sobre la parte de Cuba donde se encuentra Guantánamo, así como sobre los propios detenidos, significaba que la jurisdicción y el control ejercidos por Estados Unidos eran suficientes para satisfacer los criterios de aplicabilidad de los tratados de derechos humanos[25]. Como señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando solicitó que Estados Unidos adoptara medidas cautelares para proteger a los detenidos (solicitud que, en definitiva, fue ignorada), "la determinación de la responsabilidad de un Estado [respecto de violaciones de los derechos humanos] no gira en torno a la nacionalidad de la persona o de su presencia en una zona geográfica particular, sino a si, en las circunstancias específicas, esa persona se hallaba bajo la autoridad y control de ese Estado"[26].

Si bien la anomalía de Guantánamo es tan flagrante que constituye un blanco fácil, en otras situaciones también se ha aplicado, aunque en forma ligeramente menos caricaturesca, una visión estrecha de la aplicación extraterritorial. En un fallo de junio de 2007, en el caso *Al Skeini c. Secretario de Defensa*[27], la Cámara de los Lores se pronunció acerca de la aplicación del CEDH a la conducta de las tropas británicas en Irak. El caso concernía a seis apelantes, de los cuales cinco habían muerto a manos de "patrullas" del Reino Unido en Basora ocupada, por ejemplo durante una cena con familiares, en un ataque contra la vivienda de un familiar,

25 Los organismos de derechos humanos sostienen, desde hace tiempo, que la aplicación extraterritorial depende de si el Estado en cuestión ejerce el "control efectivo" en otro país. V., p.ej., Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva, 9 de julio de 2004, en la cual, siguiendo anteriores decisiones del Comité de Derechos Humanos, se señaló que era inadmisible permitir que los Estados hicieran en otro país lo que se les prohibía hacer en el propio. Se puso de manifiesto un enfoque más estricto, al menos con respecto al CEDH, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sugirió, en el caso *Bankovic c. Bélgica*, que la condición necesaria para la aplicación de las obligaciones del Convenio es que los agentes que actúan en el extranjero ejerzan control sobre el territorio, no sólo sobre las personas o las situaciones. V., p.ej., Helen Duffy, *The War on Terror and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 282–9, 332–7.

26 V. CIDH, Medidas cautelares en favor de los detenidos por los Estados Unidos en Guantánamo Bay, Cuba, nota 22 *supra*.

27 Cámara de los Lores del Reino Unido, *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26, 13 de junio de 2007.

o conduciendo un minibus. El sexto, Baha Mousa Baha, fue torturado mientras se encontraba bajo la custodia del Reino Unido en Irak. El objeto del litigio era obligar al Gobierno a investigar esas infracciones conforme al CEDH, incorporado a la legislación nacional mediante la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido.

Al principio, el Gobierno argumentó que el CEDH no se aplicaba a sus acciones en Irak. Durante el curso del litigio, el Gobierno modificó su posición (lo que demuestra la forma en que los litigios pueden influir de manera directa en la formulación de las políticas) y argumentó que el CEDH sí se aplicaba a las personas que se encontraban bajo la custodia del Reino Unido en Irak, pero no a las personas que eran muertas o heridas en las calles de Basora[28].

Cuando el caso llegó hasta el máximo tribunal del Reino Unido, la Cámara de los Lores, el tribunal aceptó la opinión del Gobierno con respecto al ámbito de aplicación del Convenio y decidió que las personas que son muertas o maltratadas mientras se encuentran bajo la custodia del Reino Unido tienen derecho a la protección del CEDH, pero que las que se encuentran en las calles de Basora, incluidas las personas muertas a tiros o maltratadas por los soldados británicos que patrullan las calles, no gozan de ese derecho.

La fuerza del caso *Al-Skeini* reside en su confirmación de que tanto el CEDH como la Ley de Derechos Humanos que lo incorpora en la legislación nacional del Reino Unido se aplican a las personas detenidas por las autoridades británicas en cualquier lugar del mundo. Aunque las cuestiones eran ligeramente distintas, este sentimiento se repite y refuerza en el reciente fallo del caso *Munaf* c. *Geren,* pronunciado por la Corte Suprema de Estados Unidos en relación con las garantías procesales aplicables a las personas detenidas por Estados Unidos en Irak. Este fallo es un rechazo del enfoque más restrictivo planteado por las autoridades de Estados Unidos y, anteriormente, del Reino Unido, con respecto a la no aplicabilidad de los tratados de derechos humanos.

Sin embargo, es posible que, en esta ocasión, la Cámara de los Lores, al rechazar la aplicabilidad del Convenio Europeo más allá de las situaciones de detención, haya adoptado un enfoque indebidamente restrictivo de la protección de los derechos humanos. Rechazó los argumentos de si la cuestión pertinente se relacionaba con el grado de control que el Estado ejercía sobre la situación y de si existía, en todas las circunstancias, un vínculo suficientemente "directo o inmediato" entre la conducta extraterritorial y la presunta violación de derechos humanos[29]. En cambio, se concentró en lo que podría describirse como distinciones formalistas basadas en la existencia o no de la situación de custodia. El resultado un tanto anómalo es que la posibilidad de obtener reparación depende de si quienes abusaron de la persona tuvieron la cortesía de detenerla antes de maltratarla, o si el maltrato tuvo lugar dentro o fuera de los muros de la cárcel. Aunque las consecuencias de este fallo todavía

28 El gobierno negó en todo momento la aplicabilidad extraterritorial de la Ley de Derechos Humanos (en contraposición con el CEDH). El gobierno no cuestionó el hecho de que, si se aplicaban el Convenio y la Ley del Reino Unido, existía la obligación de realizar una investigación y el caso tenía que volver al tribunal de división para que se evaluasen los hechos.

29 Con respecto a la intervención de las ONG como terceros, incluido el apoyo al argumento basado en el vínculo "directo o inmediato", v. www.interights.org.

no se conocen, en el caso *Al-Skeini* la Cámara de los Lores puede haber contribuido a empeorar la confusión imperante en este ámbito de por sí poco claro.

El enfoque restrictivo de la extraterritorialidad y la creciente confusión que reina en torno a este tema tienen consecuencias potencialmente importantes en lo que respecta a la responsabilidad en la guerra contra el terrorismo, gran parte de la cual se libra extraterritorialmente. Obviamente, los Estados siguen obligados, desde el punto de vista normativo, por el derecho consuetudinario y el DIH. Pero, como se desprende de este caso, la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos tiene una importancia crítica en la práctica, en un contexto en que la aplicación del derecho de los derechos humanos representa, de hecho, la única forma de acceder a los tribunales y, en última instancia, obtener una reparación[30].

Queda por ver si este enfoque un tanto novedoso de los tribunales del Reino Unido se adoptará en otros lugares[31]. El Comité contra la Tortura ha señalado muy claramente que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes sí se aplica extraterritorialmente, y ha criticado tácitamente tanto a Estados Unidos como al Reino Unido por adoptar un enfoque que limita la aplicabilidad de la Convención en Afganistán o en Irak[32]. El Comité contra la Tortura ha declarado, por ejemplo, que "el Estado Parte debe aceptar que las disposiciones de la Convención que se ha expresado que se aplican al "territorio bajo la jurisdicción del Estado Parte" se apliquen y sean disfrutadas cabalmente por todo aquel que esté bajo el control efectivo de sus autoridades, del tipo que sean, en cualquier parte del mundo, y velar por que así sea".

Del mismo modo que el caso *Al-Skeini* puso en tela de juicio la aplicabilidad extraterritorial de las obligaciones convencionales relativas a los derechos humanos, en un caso más reciente ventilado en la Cámara de los Lores se cuestionó el peso de esas obligaciones cuando el Estado actúa bajo la aparente autoridad de una resolución del Consejo de Seguridad. Esta cuestión se planteó en el caso de *R (por solicitud de Al-Jedda) c. Secretario de Defensa*, fallo del 12 de diciembre de

30 Al igual que en el Reino Unido, las normas que protegen los derechos humanos se encuentran a menudo incorporadas en el derecho nacional. Sin embargo, las normas relativas a infracciones del DIH carecen de mecanismo de aplicación y, en lo que respecta a la Convención contra la Tortura, ni Estados Unidos ni el Reino Unido han hecho la declaración que se establece en el artículo 22, destinada a habilitar las peticiones individuales.

31 El caso *Al Skeini*, nota 26 *supra*, ha sido presentado ante el TEDH.

32 V., p.ej., Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura; Estados Unidos de América, documento de las Naciones Unidas CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006 : "El Estado Parte debe aceptar que las disposiciones de la Convención que se ha expresado que se aplican al "territorio bajo la jurisdicción del Estado Parte" se apliquen y sean disfrutadas cabalmente por todo aquel que esté bajo el control efectivo de sus autoridades, del tipo que sean, en cualquier parte del mundo, y velar por que así sea." V. también las Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Territorios Dependientes, documento de las Naciones Unidas CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004: "El Comité expresa su preocupación por... la limitada aceptación por el Estado Parte de la aplicabilidad de la Convención a los actos de sus fuerzas en el extranjero, en particular su explicación de que "las partes de la Convención que son aplicables sólo al territorio bajo la jurisdicción de una parte no pueden ser aplicables en lo relativo a actos del Reino Unido en el Afganistán y el Iraq"; el Comité observa que las protecciones de la Convención se extienden a todos los territorios bajo jurisdicción del Estado Parte y considera que este principio incluye todas las zonas que están *de facto* bajo el control de las autoridades del Estado Parte".

2007[33]. Una vez más, se puso de manifiesto un enfoque cauteloso y sin duda discutible de la protección de los derechos humanos.

El caso concernía a ciudadanos iraquíes detenidos por soldados británicos (que formaban parte de una fuerza de las Naciones Unidas destacada en Irak), acusados de terrorismo. En la instancia de apelación, la primera cuestión que abordó la Cámara de los Lores fue determinar si el Gobierno era responsable de la detención presuntamente ilícita del apelante, o si esa responsabilidad incumbía a las Naciones Unidas, en razón de que los actos impugnados eran atribuibles a las Naciones Unidas como consecuencia de las resoluciones del Consejo de Seguridad que autorizaban la presencia de la Fuerza Multinacional en Irak. Los Lores determinaron que la cuestión de hecho era si las Naciones Unidas ejercían un control efectivo sobre las acciones del Reino Unido, y decidieron que no era así[34]. El tribunal no tuvo dificultad alguna en diferenciar esta misión del caso de la Fuerza de Kosovo (KFOR), respecto de la cual se plantean cuestiones de atribución más complicadas[35]. Por ende, el comportamiento presuntamente ilícito fue atribuible al Reino Unido, no a las Naciones Unidas.

La segunda cuestión demostró ser más problemática. El tribunal se preguntó si las obligaciones del Reino Unido en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos eran afectadas por las obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas, particularmente en el marco de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad. Los cinco miembros del tribunal de apelación determinaron que las obligaciones del Reino Unido con arreglo al Convenio Europeo debían ser limitadas por las obligaciones dimanadas de la Carta. Consecuentemente, sobre esta base, se pronunciaron en favor de la autoridad de detener personas en Irak. Pero, Lord Bingham opinó que, si bien el Reino Unido contaba con la autoridad necesaria para detener al apelante con arreglo a las resoluciones del Consejo de Seguridad, debía de todos modos "garantizar que los derechos del detenido en virtud del artículo 5 [del Convenio Europeo] no se infringieran en una medida mayor que la inherente a la detención".

El tribunal no determinó, como habían argumentado los demandantes, que había que trazar una distinción entre las claras obligaciones dimanadas de las resoluciones del Consejo de Seguridad, y otras actividades posiblemente autorizadas por esas resoluciones o, en líneas generales, llevadas a cabo con arreglo a las mismas. En el artículo 103 de la Carta se establece de manera categórica que, en caso de conflicto entre las obligaciones dimanadas de la Carta y de los tratados, prevalecerán las primeras. Pero, si se entendiese que el fallo exime de las obligaciones de derechos humanos (e incluso de las establecidas en el DIH) a todas las medidas tomadas en el marco de las resoluciones del Consejo de Seguridad, el resultado podría ser una grave brecha de la protección, particularmente en el contexto de la "guerra contra el terrorismo", en cuyo

33 Cámara de los Lores del Reino Unido, *R (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, fallo del 12 de diciembre de 2007.

34 Como señalaron los Lores, antes de este caso, el Reino Unido nunca había alegado que las Naciones Unidas ejercieran control sobre esas operaciones.

35 La mayoría diferenció este caso de la decisión en materia de admisibilidad adoptada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Behrami v. France, Saramati v. France, Germany and Norway*, solicitudes 71412/01 y 78166/01, 2 de mayo de 2007, que atribuyó los actos de la KFOR a las Naciones Unidas y no a los países que, individualmente, habían aportado fuerzas a esa misión.

ámbito, diversas resoluciones exhortan a adoptar medidas de amplio alcance contra el terrorismo, pero sin definir con claridad la acción requerida ni la índole del terrorismo contra la que se dirige.

Cuestión 3: Tortura

En los últimos años, se vienen descubriendo cada vez más casos de tortura y de trato cruel, inhumano o degradante, cuyos máximos —pero no los únicos— exponentes son los escándalos de Abu Ghraib y Bagram. Lamentablemente, esta situación se ha visto acompañada de intentos de redefinir la tortura de conformidad con umbrales de barbarie obscenamente altos, a fin de "justificarla" como una cuestión de "privilegio del ejecutivo", o con miras a socavar las salvaguardias procesales asociadas con esas prácticas. Describiré algunos casos que tuvieron lugar del otro lado del Atlántico, que entran en la segunda categoría y que ilustran los intentos por erosionar, de manera indirecta, la prohibición.

Deportación hacia la tortura o los malos tratos

El primer grupo de casos, *Saadi c. Italia*[36] y *Ramzy c. Países Bajos*[37], presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se relaciona con la deportación de personas a Estados en los cuales, conforme a la declaración de los demandantes, existe el riesgo objetivo de que sean sometidos a tortura o a malos tratos. Cuando se tramitó ante el Tribunal el asunto Ramzy, el caso del gobierno de Dinamarca se relacionaba, al igual que muchos otros en Estrasburgo, con la difícil y controvertida cuestión de si el señor Ramzy corría un riesgo real y personal en Argelia. Pero varios otros Gobiernos, encabezados por el Reino Unido, cambiaron el carácter del caso de manera inusual, presentando una intervención de terceros[38]. Argumentaron que, a la luz del crecimiento del "terrorismo extremista islámico", el Tribunal debía reexaminar la relación entre la protección contra los malos tratos y los intereses de la "seguridad nacional". En efecto, argumentaron que, mediante la realización de una prueba de balance, la seguridad nacional podía justificar la exposición de las personas a un riesgo objetivo e inminente de tortura, si el Gobierno consideraba que esas personas representaban un riesgo. Intervinieron numerosas ONG internacionales, que invocaron la índole absoluta de la norma de la no devolución (la prohibición de los retornos forzados) y la norma para la evaluación de riesgos[39].

36 TEDH, *Saadi v. Italy*, Solicitud N.º 37201/06, Fallo del 28 de febrero de 2008.

37 TEDH, *Ramzy v. the Netherlands*, Solicitud N.º 25424/05, pendiente, disponible en www.echr.coe.int/eng/press/2005/oct/applicationlodgedramzyvnetherlands.htm (consultado el 16 de octubre de 2008).

38 La intervención fue presentada por los gobiernos de Lituania, Letonia, Portugal y el Reino Unido. V. la "pulida" y limitada posición del Gobierno británico sobre el trato cruel y humanitario en el Comité Parlamentario Conjunto sobre Derechos Humanos, 32º informe, período de sesiones de 2005-2006, disponible en www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/278/27808.htm (consultado el 15 de octubre de 2008).

39 Con respecto a la intervención presentada en el caso *Ramzy* en nombre de varias ONG internacionales, v. www.interights.org.

Cuando, más adelante, llegó al tribunal el caso Saadi, en el que se abordaban cuestiones similares (el señor Saadi alegó que corría el riesgo de ser sometido a tortura y malos tratos en Túnez, país donde el maltrato de presuntos terroristas está ampliamente documentado), el Reino Unido nuevamente aprovechó la ocasión para argumentar en favor de la "prueba de balance" en los mismos términos que había utilizado en el caso Ramzy. El caso Saadi se anticipó al caso Ramzy, que sigue pendiente al tiempo de escribir el presente artículo, y la Gran Sala del Tribunal emitió su fallo el 28 de febrero de 2008.

En un fallo unánime, el Tribunal Europeo se mostró resuelto a sostener el enfoque establecido en sus decisiones anteriores, al que habían adherido otros tribunales y órganos internacionales. Reafirmó que la prohibición de transferir personas a países donde afrontan un riesgo objetivo de tortura u otros malos tratos forma parte de la prohibición absoluta de la tortura. El Tribunal declaró enfáticamente que reconocía las dificultades que afrontan los Estados en la lucha contra el terrorismo, pero rechazó categóricamente la noción de que hay excepciones a la índole absoluta de la prohibición de la tortura o de los malos tratos, o que exista un margen para efectuar balances:

> "En los tiempos modernos, los Estados afrontan inmensas dificultades para proteger a sus comunidades de la violencia terrorista. Por ende, no se puede subestimar la escala del peligro del terrorismo hoy en día, y la amenaza que representa para la comunidad. Sin embargo, ello no debe conducir a impugnar la naturaleza absoluta del artículo 3 [del Convenio Europeo, en el que se prohíben la tortura y otros tipos de maltrato]".

Aunque su intento fracasó, es revelador que los gobiernos hayan efectuado estas intervenciones pese a las escasas posibilidades de éxito, teniendo en cuenta la clara y específica jurisprudencia del propio Tribunal[40], y sin mencionar los principios en juego. Esa postura revela una indudable reorientación en el enfoque de la protección de los derechos, al menos por parte de algunos Estados, así como la intención de poner en tela de juicio y socavar las protecciones de los derechos humanos más sacrosantos. El decidido rechazo de este enfoque por parte del Tribunal Europeo es un ejemplo de la importante función que cumplen los tribunales en la reafirmación de los principios fundamentales.

Caso A & Ors: admisibilidad de las pruebas obtenidas bajo tortura

Una segunda cuestión relacionada con las salvaguardias contra la tortura, que se ha planteado en varios Estados en años recientes dentro del contexto de la lucha contra el terrorismo internacional, es el recurso a las pruebas obtenidas mediante la tortura y los malos tratos, y la admisibilidad de éstas.

40 V., en especial, TEDH, *Chahal v. United Kingdom*, Informes del TEDH 1996-V, N.º 22, fallo del 15 de noviembre de 1996.

Una vez más en el Reino Unido, la cuestión se ventiló en el caso *A y otros c. Secretario de Asuntos Internos (No. 2)*[41]. En este caso se examinó la admisibilidad, ante la Comisión Especial de apelaciones en materia de inmigración del Reino Unido, de pruebas posiblemente obtenidas bajo tortura en otros países. El Gobierno británico planteó el argumento —tal vez anómalo, pero aceptado por el Tribunal de Apelación— de que las pruebas obtenidas como resultado de torturas infligidas por un funcionario británico son inadmisibles, mientras que las pruebas obtenidas como resultado de torturas infligidas por funcionarios extranjeros, por los cuales el Reino Unido no es responsable, son admisibles.

En su fallo del 8 de diciembre de 2005, la Cámara de los Lores rechazó esta lógica y aseveró que la tortura es tortura independientemente de quién la inflija, y que en ningún caso pueden admitirse esas pruebas en un proceso judicial. Señaló también el vínculo entre las salvaguardias contra la tortura y la incidencia de la tortura, determinando que el Estado "no puede condenar la tortura al tiempo que hace uso de la confesión muda obtenida a través de la tortura, porque el efecto de ello es alentar la tortura"[42] .

Este fallo constituye una enérgica reafirmación de principios, dado que el tribunal considera que la admisibilidad de las pruebas se relaciona con cuestiones vinculadas con el juicio imparcial y, por otra parte, la ve como un aspecto inherente a las obligaciones positivas vinculadas con la prohibición de la tortura en sí. Sin embargo, cabe señalar que, en otros sentidos, este fallo adolece de limitaciones. En primer lugar, aunque es claro en cuanto al principio de la inadmisibilidad, no lo es tanto —y el tribunal se mostró más cauteloso— con respecto al funcionamiento práctico de la norma. El tribunal determinó que las pruebas son inadmisibles cuando el tribunal ha "establecido", en base a una evaluación de las probabilidades, que las pruebas se obtuvieron bajo tortura. Si eso no se "establece" (como seguramente suele suceder, debido a la falta de transparencia y a la incertidumbre que rodea a la información), pero persiste el riesgo objetivo de que haya sido así, el tribunal determinó que las pruebas podían admitirse, pero que se les daría menos peso[43].

En segundo lugar, el tribunal se concentró en la cuestión de la admisibilidad en los "procedimientos", pero puso de manifiesto lo que podría tomarse como una inclinación demasiado generalizada a aceptar el uso de pruebas obtenidas bajo tortura para otros fines, como la detención, el cateo o el arresto. La difícil y delicada cuestión de la medida de las obligaciones de los Estados, de haberlas, en el sentido de no solicitar, intercambiar ni basarse en pruebas obtenidas bajo tortura fuera de los tribunales, sigue sin haberse aclarado.

41 Cámara de los Lores del Reino Unido, *A v. Secretary of State for the Home Department* (SSHD) (No. 2) [2005] UKHL 71, fallo del 9 de diciembre de 2005.

42 Ibíd., p. 30, citando a McNally JA.

43 En contraste con la decisión de la mayoría, compárese la evaluación propuesta por Lord Bingham, conforme a la cual, las pruebas deben considerarse inadmisibles si el poder ejecutivo no puede demostrar que no las ha obtenido bajo tortura. Ibíd., párrafos 54–56.

Cuestión 4: entregas extrajudiciales

Entre las numerosas infracciones a las que ha dado lugar la guerra contra el terrorismo, una de las más insólitas y escandalosas es la práctica de la "entrega extrajudicial". Se ha multiplicado el número de informes fidedignos acerca del secuestro y el traslado secreto de personas sin el debido enjuiciamiento, a diferentes lugares y/o a terceros Estados, para infligirles lo que se denomina detención o tortura "por procuración"[44]. Esta acción constituye una violación patente de muchos derechos humanos, no sólo debido a su eventual propósito (tortura, detención arbitraria u otra infracción grave), sino también debido a la arbitrariedad procesal que la rodea y a su aspecto más insidioso: el efecto de sustraer a la persona de la protección del derecho y no dar información a esa persona ni a sus familiares. Esta última característica hace que esta práctica se describa como "desaparición forzada"[45].

Como tal vez sea obvio, los litigios relacionados con la entrega extrajudicial plantean particulares desafíos para los abogados litigantes, que podrían describirse, eufemísticamente, como cuestiones de "acceso" de diferentes tipos: acceso a las víctimas, a las pruebas y a los tribunales. Obviamente, los casos suelen relacionarse sobre todo con personas desaparecidas. A pesar de la excelente tarea de vigilancia que llevan adelante las ONG, los periodistas y los investigadores, en general no se sabe quiénes son las víctimas ni dónde están, al menos no cuando más necesitan protección. Aunque las jurisdicciones varían, la posibilidad de presentar casos "de interés público" sin víctimas identificadas es extremadamente limitada. El acceso a la información o a las pruebas es, en la gran mayoría de los casos, sumamente difícil, dada la índole clandestina de las operaciones. Esta dificultad se acrecienta por lo que se ha descrito como un encubrimiento sistemático destinado a impedir ese acceso[46]. El tercer grupo de cuestiones relativas al acceso se relaciona con el acceso efectivo a los tribunales. Si una persona que se ha salvado estuviera dispuesta, insólitamente, a arriesgar la cabeza otra vez a pesar de los abusos sufridos en el pasado, es probable que el caso sea rechazado invocando la doctrina del secreto de Estado.

Ésta fue la experiencia de Jalid el-Masri, cuyo caso ilustra claramente la práctica de la entrega extrajudicial y la medida del secreto y los obstáculos con que tropiezan los litigios en este ámbito[47]. El-Masri, ciudadano de origen alemán, fue detenido por guardias de frontera macedonios en diciembre de 2003, al parecer porque tenía el mismo nombre que el presunto mentor de la célula de Al Qaeda en Hamburgo y por la sospecha de que su pasaporte fuese falsificado. Después de tres semanas, fue entregado a la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (CIA) y trasladado a Bagdad y

44 V., p.ej., Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos del Consejo de Europa; Relator: Sr. Dick Marty, *Alleged secret detentions in Council of Europe member states,* memorando informativo II, AS/Jur (2006) rev. 03, 22 de enero de 2006, disponible en http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/20060124_Jdoc032006_E.pdf (consultado el 15 de octubre de 2008).

45 V., p.ej., Elaine Sciolino, "Spanish judge tells US Guantánamo is an insult", *International Herald Tribune*, 4 de junio de 2006, disponible en www.iht.com/articles/2006/06/04/news/gitmo.php (consultado el 16 de octubre de 2008).

46 Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos, Information Memorandum II, nota 43 *supra*.

47 Puede accederse a información sobre este caso en www.aclu.org/safefree/torture/29868res20070524.html (consultado el 15 de octubre de 2008).

de allí al "pozo de sal", un centro de interrogación clandestino de la CIA en Afganistán. Allí se lo mantuvo detenido 14 meses, presuntamente sometido a malos tratos e incomunicado con el exterior, incluso con sus familiares y el Gobierno alemán. Durante ese lapso, sus captores al parecer comprendieron que su pasaporte era auténtico y que no tenía nada que ver con el otro el-Masri, y lo liberaron en mayo de 2004. En lugar de recibir un abyecto pedido de disculpas y ayuda para rehacer su vida, reparaciones que cabría esperar en semejantes circunstancias, el-Masri fue liberado de noche, en una solitaria carretera de Albania.

Interrogada acerca del caso el-Masri en Alemania, Condoleezza Rice, secretaria de Defensa de Estados Unidos, respondió: "Creo que este asunto será manejado en los tribunales adecuados en Alemania y, en caso necesario, también en los estadounidenses". En efecto, cuando se presentó el caso ante un tribunal estadounidense, el Gobierno invocó el denominado privilegio de los "secretos de Estado", argumentando que "el objetivo global del caso es establecer secretos de Estado". El caso fue desestimado en su totalidad por el Tribunal de Distrito de Estados Unidos, decisión que más tarde apoyó el Tribunal de Apelación de Estados Unidos. En octubre de 2007, la Corte Suprema, sin dar razones, decidió rehusarse a revisar el caso[48]. No es éste un caso en el cual los tribunales hayan decidido (o siquiera considerado) excluir documentos, pruebas o fuentes particulares, celebrar partes de la audiencia *in camera* o tomar otras medidas especiales. Para el-Masri es, simplemente, el final del camino de la justicia en los tribunales estadounidenses. La anulación absoluta de casos en los que se alegan abusos por parte del Gobierno, basada en la evaluación del propio Gobierno de que esos casos podrían, *per se*, afectar la seguridad nacional, no sólo es un anatema para la justicia sino un impresionante ejemplo de la magnitud del secreto que reina en este contexto.

El caso *el-Masri* y otros similares[49] han sido retomados en otros ámbitos, pero los intentos de obtener justicia siguen sin prosperar. Un tribunal alemán emitió órdenes de detención en enero de 2007. Pero, más tarde, el Ministro de Justicia de Alemania anunció que, dado que Estados Unidos había manifestado claramente que no cooperaría, las autoridades alemanas no iban a presentar una solicitud formal de extradición con respecto a los trece agentes de la CIA que participaron en el secuestro de el-Masri[50]. En paralelo, los tribunales italianos también expidieron órdenes de detención con respecto a otra entrega extrajudicial efectuada por la CIA, la de Abu Omar, que fue secuestrado

48 En la Corte Suprema de Estados Unidos, *El-Masri v. United States*, Caso No. 06-1613, petición de auto de avocación denegada el 9 de octubre de 2007. En el Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia, *El-Masri v. Tenet*, Caso 1: 05-cv-01417-TSE-TRJ, decreto del el 12 de mayo de 2006 por el que se hace lugar a la petición de desestimación presentada por Estados Unidos. Para más detalles acerca de la petición presentada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, v. www.aclu.org/pdfs/safefree/elmasri_iachr_20080409.pdf (consultado el 15 de octubre de 2008).

49 V. también, p.ej., el caso de Maher Arar, ciudadano canadiense nacido en Siria, detenido en Estados Unidos y transferido a Siria, donde fue torturado. "Torture and accountability", *International Herald Tribune*, 19 de noviembre de 2007.

50 V., p.ej., Jeannie Shawl, "US rejects German bid for extraction of CIA agents in el-Masri rendition", Associated Press a través de Jurist Legal News & Research, 22 de septiembre de 2007, disponible en http://jurist.law. pitt.edu/paperchase/2007/09/us-rejects-germany-bid-for-extradition.php (consultado el 16 de octubre de 2008).

por la CIA mientras residía en Italia, trasladado a Egipto y presuntamente torturado en ese país. Sin embargo, cabe señalar que el Gobierno italiano también ha planteado preocupaciones relacionadas con el secreto de Estado ante el Tribunal Constitucional, y los procesos penales se han suspendido a la espera de la decisión[51].

Una notable característica de la entrega extrajudicial es su naturaleza transnacional, puesto que participan en ella múltiples agentes estatales que comparten solidariamente la responsabilidad directa e indirecta del hecho. Por consiguiente, es importante que, a través de los litigios y otras medidas, se intente responsabilizar a varios Estados para que, separadamente, respondan por prestar ayuda en las entregas extrajudiciales o por no impedir la comisión de esos actos en sus respectivos territorios[52].

Ejemplo de ello es el caso de *Boumediene y otros c. Bosnia*, tramitado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este caso concierne a ciudadanos bosnios de ascendencia argelina, detenidos en Bosnia después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, a pedido de Estados Unidos. Tras ser liberados por los tribunales bosnios por falta de pruebas, fueron detenidos de inmediato por las autoridades estadounidenses (aparentemente con cierto grado de colusión por parte de sus pares bosnios) y transferidos a la Bahía de Guantánamo. Además de los ahora famosos juicios en los tribunales estadounidenses[53], este caso también fue presentado ante el TEDH en un juicio contra el Estado bosnio por su participación en los hechos[54].

51 "Italy indicts 31 linked to CIA rendition case", *International Herald Tribune*, 15 de febrero 2007, disponible en www.iht.com/articles/ap/2007/02/16/europe/EU-GEN-Italy-CIA-Kidnap.php (consultado el 16 de octubre de 2008).

52 Con respecto al caso específico de *el-Masri*, hubo reiterados llamamientos a que se investigara efectivamente la participación de funcionarios macedonios. V., p.ej., el boletín electrónico de la CIJ sobre Antiterrorismo y derechos humanos, "FYR Macedonia: UN experts call for Macedonian investigation in El-Masri case", N.º 24, junio de 2008, disponible en www.icj.org/IMG/E-Bulletin_June08.pdf (consultado el 15 de octubre de 2008): "En abril y mayo, el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresaron preocupaciones acerca de las investigaciones realizadas por la ex República Yugoslava de Macedonia con respecto al secuestro y los abusos cometidos contra el Sr. Jaled el-Masri cuando se encontraba en detención clandestina, retenido por agentes de la CIA. Los Comités aconsejaron al Gobierno de Macedonia realizar una nueva y exhaustiva investigación, y el Comité de Derechos Humanos recomendó que el Gobierno considerase la posibilidad de otorgarle una compensación". Comité de Derechos Humanos, 92º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: La Ex República Yugoslava de Macedonia, 17 de abril de 2008, disponible en www.icj.org/IMG/HRC_Macedonia.pdf (consultado el 15 de octubre de 2008).

53 Cuando estas personas presentaron acciones judiciales en los tribunales estadounidenses impugnando la licitud de su traslado y detención, al principio se sostuvo que la Ley de Comisiones Militares les impedía querellar en los tribunales de Estados Unidos, pero esta determinación fue revocada por el fallo de la Corte Suprema de junio de 2008.

54 Wilmer Hale, "Guantanamo claims before EU Court of Human Rights", 14 de marzo de 2008, disponible en www.haledorr.com/about/news/newsDetail.aspx?news=1134 (consultado el 15 de octubre de 2008). Con respecto a la intervención de terceros por parte de INTERIGHTS y la CIJ, v. www.interights.org. *Boumediene and Others v. Bosnia and Herzogovina*, Solicitudes 38703/06 *et al*, fallo del 18 de noviembre de 2008. Una de las cuestiones planteadas se relacionaba con la índole y el contenido de las obligaciones permanentes de un Estado después de transferir a una persona a una situación en la que exista el riesgo objetivo de que sea objeto de violaciones graves de los derechos humanos. Sin embargo, el tribunal determinó que el caso no estaba adecuadamente fundamentado y que era inadmisible porque, en los hechos, hasta la fecha, Bosnia-Herzegovina estaba tomando todas las medidas posibles para proteger los derechos básicos de los demandantes.

Una de las cuestiones planteadas se relaciona con la índole y el contenido de las obligaciones permanentes de un Estado cuando transfiere a una persona a una situación en la que existe el riesgo objetivo de que sea objeto de violaciones graves de los derechos humanos. Una cuestión que la propia Corte ha puesto de relieve como consideración fundamental en el caso es la medida en la que Bosnia está obligada a efectuar gestiones diplomáticas en favor de personas trasladadas para garantizar que sus derechos no sean infringidos después de la transferencia[55].

Los casos de entregas extrajudiciales de personas también están empezando a aparecer en África[56]. Por ejemplo, se ha informado que las autoridades de Kenia han participado, a pedido de Estados Unidos, en la entrega de ciudadanos somalíes y kenianos a Somalia y, en algunos casos, a Guantánamo. Será importante ver en qué medida se imparte justicia en los fueros que funcionan fuera de Estados Unidos. Indudablemente, la práctica litigiosa relacionada con las entregas extrajudiciales irá creciendo a medida que los casos cumplan su función de exponer los hechos y reclamar justicia, frente a la oposición de un abanico de actores internacionales y en un contexto sumamente complejo.

Cuestión 5: La etiqueta de "terrorismo" y sus repercusiones para los presuntos terroristas y los terceros relacionados con ellos

Desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, la etiqueta de "terrorismo" se aplica con liberalidad, sin que esté claro su alcance (esto es, sin definir el término o definiéndolo inadecuadamente), a menudo sin el debido proceso y con graves consecuencias para las personas así etiquetadas y para los terceros relacionados con ellas.

Tal vez, la manifestación más patente de este fenómeno sean las diferentes "listas" del terrorismo establecidas a nivel nacional, regional y (bajo la mirada vigilante del Consejo de Seguridad) internacional. Aunque los sistemas y las salvaguardias varían, el problema de estas listas suele ser la falta de transparencia de las razones que justifican la inclusión en ellas, y la ausencia de oportunidades significativas para impugnar esa inclusión. Poco a poco, la práctica litigiosa intenta que los gobiernos asuman la responsabilidad de las decisiones adoptadas en este sentido y que proporcionen un cierto nivel de supervisión judicial para, al menos, atemperar esta práctica, actualmente caracterizada por sus procedimientos turbios y arbitrarios.

Los litigantes han alcanzado cierto grado de éxito ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). En 2006, el TJCE sostuvo que las personas asociadas con una organización prohibida tenían derecho a conocer las razones

55 V. Solicitudes 38703/06 *et al*, nota 54 *supra*, párr. 67.

56 V., p.ej., Daniel Auma, "US rendition on trial in Africa", Spero News, 25 de septiembre de 2007, disponible en www.speroforum.com/site/article.asp?id=11196 (consultado el 15 de octubre de 2008); v. también Human Rights Watch, *"Why Am I Still Here?": The Horn of Africa Renditions and the Fate of the Missing*, septiembre de 2008, disponible en http://hrw.org/reports/2008/eastafrica1008/ (consultado el 15 de octubre de 2008). Al tiempo de redactar el presente artículo, se encuentra pendiente ante los tribunales de Kenia un caso relacionado con la entrega extrajudicial de ciudadanos kenianos.

de su inclusión en la lista, a la protección judicial efectiva y a ser escuchadas[57]. Aunque el Estado demandado disputó el fallo, el TJCE confirmó que, si bien la posición común de la UE que motivaba la inclusión inicial en la lista no podía ser revisada por el Tribunal, la decisión de incluir en ella a una organización determinada sí podía ser objeto de revisión. Este enérgico enfoque fue reafirmado recientemente por la Gran Sala del TJCE con respecto a las inclusiones autorizadas por el Consejo de Seguridad[58]. Actualmente, se encuentran pendientes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuestiones similares, respecto de las cuales cabe esperar la aplicación del enfoque favorable a los derechos humanos utilizado por el TJCE.

En 2008, se ventiló en los tribunales británicos un caso análogo, en el que se impugnaban los procedimientos nacionales de inclusión en listas. El 7 de mayo, el Tribunal de Apelación del Reino Unido confirmó una decisión de la Comisión de apelación de organizaciones proscritas, en la que se exigía el retiro de un grupo opositor iraní de la lista negra de organizaciones terroristas[59]. El caso ilustra la disposición de los tribunales, tras evaluar en detalle los hechos y las pruebas disponibles, a impugnar la determinación de la Secretaría de Estado, según la cual la mencionada organización se dedicaba a actividades terroristas. El Tribunal se cercioró de que la organización ya no realizaba actos de violencia y confirmó que no era posible justificar la proscripción con el argumento de que la organización había realizado actos de violencia y podía, en el futuro, volver a adquirir la capacidad y la intención de hacerlo.

La etiqueta del terrorismo puede tener amplias repercusiones, no sólo para los presuntos terroristas, sino también para otras personas relacionadas con ellos. El caso que se ventila en el TEDH en representación de los familiares del fallecido líder chechenio Aslan Maskhadov ilustra esta afirmación[60]. Según las leyes de la Federación de Rusia aplicadas a este caso, los cuerpos de las personas sospechadas de terrorismo y abatidas por el Estado durante operaciones antiterroristas no son entregados a sus familiares. Esta dura medida está dirigida a los familiares de los muertos, que quedan profundamente afectados por no poder observar el período

57 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v. Council of the European Union, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Caso T.228/02, Fallo del Tribunal de Primera Instancia (Segunda Sala), 12 de diciembre de 2006.

58 Las impugnaciones de Kadi y Yusef fracasaron en la primera instancia; v. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso T.306/01 *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, [2005] ECR II-3533, 21 de septiembre de 2005, párr. 73 (*Yusuf*); y Caso T.315/01, *Kadi v. Council and Commission*, [2005] ECR II-3649, 21 de septiembre de 2005 (*Kadi*). Sin embargo, las impugnaciones triunfaron en la instancia de apelación; v. casos C-402/05 P y C-415/05 P, fallo de la Gran Sala del 3 de septiembre de 2008, disponible en http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-402/05 (consultado el 15 de octubre de 2008). En el caso *OMIC*, las impugnaciones se diferenciaron de los antecedentes porque se relacionaban con la imposición directa de resoluciones del Consejo de Seguridad.

59 Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, *Secretary of State for the Home Department v. Lord Alton of Liverpool and Others*, [2008] EWCA Civ 443, fallo del 7 de mayo de 2008.

60 TEDH, *Kusama Yazedovna Maskhadova and Others v. Russia*, Solicitud N.º 18071/05, Decisión sobre admisibilidad, 8 de julio de 2008. INTERIGHTS representa a los demandantes, los familiares del fallecido líder chechenio Aslan Maskhadov. El caso se ha declarado admisible. INTERIGHTS, Maskhadov Press Release, 1º de octubre de 2007, disponible en www.interights.org/view-document/index.htm?id=209 (consultado el 15 de octubre de 2008).

de duelo, rendir el último homenaje a su familiar y sepultarlo con arreglo a las prescripciones religiosas islámicas, lo cual, según su tradición religiosa, puede llegar a impedir que el difunto entre en el paraíso. Aunque no existe ninguna relación significativa entre la prevención del terrorismo y esa medida, ésta se justifica invocando su carácter disuasivo. Este caso, declarado admisible por el TEDH, es un ejemplo del uso generalizado de la etiqueta de "terrorista" para justificar formas especiales de trato que, de otro modo, serían inaceptables, y para castigar a los allegados de las personas acusadas de actos de terrorismo inadecuadamente definidos.

Cabe citar un ejemplo positivo de tribunales que ponen límites al difundido efecto de la noción de la culpa basada en la relación, observado en un caso tramitado en Australia en 2007, *Haneef c. Ministro de Inmigración y Ciudadanía (Tribunal Federal de Australia)*[61]. El caso concernía a Mohamed Haneef, cuya visa fue revocada por las autoridades australianas porque era primo segundo de uno de los hombres que estrellaron un automóvil contra el edificio de la terminal del aeropuerto de Glasgow, había estado en el mismo hostal y, al salir del país, le había dejado su teléfono móvil.

En los tribunales australianos, las autoridades argumentaron que toda forma de "relación" (familiar o de otra índole) con personas acusadas de este tipo de actividad delictiva era suficiente para que la persona afectada no superase el "examen de carácter" previsto por la ley de inmigración australiana. En el fallo, se rechazó este argumento y se formuló una reconvención apropiada con respecto a la difusión de la noción de culpa por relación y los peligros que entraña. El juez preguntó si él mismo también podía ser catalogado como persona que se ha relacionado con terroristas, teniendo en cuenta las relaciones profesionales que mantuvo durante su carrera como abogado. Sostuvo que, para aplicar la ley, la propia "relación" debe ser de índole criminal, y no familiar ni inocente.

Concluiré este repaso de juicios citando las observaciones del Gobierno de Botswana en un caso tramitado ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos:

> "Dicho esto, deseamos recordar los atentados que tuvieron lugar en Londres y Madrid, así como en Nueva York en 2001 y, más recientemente, en Egipto. Contra este telón de fondo, Botswana recuerda a la Comisión que el señor Good fue declarado inmigrante ilegítimo "en interés de la paz, la estabilidad y la seguridad nacional"... Hemos dado ejemplos de las traumáticas consecuencias que puede causar la inacción en el ámbito de la seguridad nacional... Si el Presidente determina la presencia de una amenaza a la seguridad nacional, es incorrecto que espere que la amenaza se materialice en un desastre nacional. Es correcto declarar que ningún poder, salvo el ejecutivo, puede decidir si algo beneficia o no el interés de la seguridad nacional"[62].

61 Tribunal Federal de Australia, *Haneef v. Minister for Immigration and Citizenship*, [2007] FCA 1273, 21 de agosto de 2007.

62 El Gobierno cita la decisión de la Corte Suprema de Botswana, la máxima autoridad judicial de Botswana, en *Kenneth Good v. Attorney General*, Apelación en materia civil N.º 28/2005. El 10 de octubre de 2007, Interights presentó una solicitud a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que se hallaba pendiente al tiempo de redactar el presente artículo. El escrito del demandante puede obtenerse en www.interights.org.

Podría presumirse que este caso se relacionaba con el terrorismo, pero no era así: se trataba de un profesor deportado por haber criticado la sucesión presidencial en Botswana. Los hechos no podían estar más alejados del contexto del terrorismo. Sin embargo, este caso ilustra la forma en que se utilizan los argumentos de la seguridad nacional, la amenaza mundial del terrorismo y el carácter excepcional de la lucha contra el terrorismo para suprimir los derechos humanos, en contextos que carecen de toda relación con el terrorismo internacional.

Observaciones a modo de conclusión

El panorama de los derechos humanos

Al principio de este artículo, afirmé que los litigios pueden servir para poner de relieve ciertas cuestiones clave en materia de derechos humanos. Los casos descritos en los párrafos precedentes ilustran, en mi opinión, algunas de las características principales de la guerra contra el terror y sus impactos en los derechos humanos.

Como observación general, cabe señalar que, dejando de lado las aspiraciones militares, el principal objetivo de política perseguido tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 es la obtención de información. No se trataba entonces, ni se trata ahora, de la justicia en el sentido jurídico; tampoco se trata, por cierto, de la responsabilidad penal. Si bien hay muchas razones que contribuyen a esta situación, una de las causas que la explican puede ser el escaso número de acciones penales contra personas sospechosas de ser terroristas de Al Qaeda de alto rango. Hubo más fallos de la Corte Suprema sobre si los detenidos de Guantánamo tenían o no derechos, que juicios por comisiones militares o de otro tipo. El primer fallo de una comisión militar, pronunciado el 6 de agosto de 2008, condena al chofer de Osama Bin Laden por proporcionar apoyo a terroristas conocidos, sentenciándolo a 66 meses de prisión, de los cuales ya ha cumplido 61[63]. Siete años después, la experiencia no refleja una campaña mundial en el ámbito de la justicia penal que haya causado la investigación y el enjuiciamiento de sospechosos de alto nivel, aunque no cabe duda de que muchos de ellos han sido muertos o detenidos e interrogados sin acusación.

En segundo lugar, los casos ilustran que, para conseguir esa información, se ha recurrido a violaciones de las normas de derechos humanos más sagradas, en especial a la tortura y la detención arbitraria.

En tercer lugar, aunque los Estados no hayan ejercido la tortura por sí mismos, se ha difundido la práctica de tomar a la ligera las salvaguardias contra la tortura, que forman parte de su prohibición y que son fundamentales para que ésta tenga efectos significativos. Ejemplo de ello es la decisión de algunos Estados de impugnar las normas básicas sobre la no devolución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En cuarto lugar, se han reiterado, una y otra vez, las distinciones inescrupulosas: entre personas nacionales y no nacionales, como las reflejadas en la difundida justificación de las detenciones arbitrarias de personas no nacionales; entre las normas

63 "Bin Laden Driver Sentenced to a Short Term", William Glaberson, *New York Times*, 8 de agosto de 2008.

que los funcionarios deben cumplir en su país y las que se consideran aplicables en el extranjero, como se desprende del enfoque aplicado por ciertos Estados, y el fallo restrictivo mencionado en relación con la cuestión de la extraterritorialidad. Esas distinciones también se ponen de manifiesto en el enfoque "a distancia" de la tortura, que traza distinciones entre lo que hacen los propios Estados y lo que facilitan o alientan que se haga a manos de otros, como se señaló en el caso relativo a las pruebas de tortura, por ejemplo.

En quinto lugar se ubica la que tal vez sea la práctica más insidiosa: el desplazamiento de la ilegalidad a la extralegalidad, esto es, trasladar a la persona para privarla por completo de la protección de la ley. Las entregas extrajudiciales y las desapariciones que han dado lugar a diferentes litigios son ejemplos de esta práctica.

Por último, tenemos la extensa difusión de las medidas y enfoques que, en su origen, se justifican de manera excepcional en el contexto del terrorismo internacional y la seguridad nacional. Las etiquetas de "terrorismo" y de "seguridad nacional" se han utilizado para erosionar las normas más allá de esas circunstancias excepcionales, con el fin de afectar a personas imprecisamente relacionadas con sujetos imprecisamente implicados en actos de terrorismo imprecisamente definidos. Como resultado de ello, se invocan exigencias auténticas de la lucha global contra el terrorismo internacional, como pretexto para la comisión de infracciones que van mucho más allá del contexto del terrorismo.

La función de los tribunales y las repercusiones de los litigios en el ámbito de los derechos humanos

Es indudable que, en los últimos años y en diferentes sistemas, han proliferado los litigios en el ámbito de los derechos humanos. Este acontecimiento ha reforzado el importantísimo papel de los tribunales en la protección de los derechos humanos. Hay que poner cautela al tratar de extraer conclusiones de estas prácticas tan diversas, que abordan cuestiones diferentes en sistemas distintos. Sin embargo, intentaré esbozar algunas observaciones tentativas acerca de la forma de analizar la evolución de la práctica litigiosa en materia de derechos humanos hasta hoy, y sus posibles repercusiones.

En muchos casos, el poder judicial se ha mostrado renuente a tomar decisiones que pudiesen afectar la seguridad, rehusándose, por ejemplo, a cuestionar las evaluaciones del poder ejecutivo acerca de la existencia de una emergencia. Pero, cuando comenzaron a ponerse bajo la lupa las prácticas particulares, los tribunales de diversos sistemas se fueron mostrando cada vez más dispuestos a criticar la legitimidad, la necesidad o la proporcionalidad de algunas medidas. En ciertos casos, lo hicieron expeditivamente; en otros, tras exhaustivos procesos y sólo cuando verdaderamente era el único camino a seguir.

Si bien la experiencia ha sido tanto positiva como negativa, describiré a continuación las formas en que los litigios pueden haber tenido o, en algunos casos, pueden todavía tener un efecto positivo.

En primer lugar, el mero hecho de enjuiciar una violación de los derechos humanos ya plantea el tema como una cuestión de derecho, no solamente de política.

Como tal, reafirma el principio de la licitud y del estado de derecho, en el marco altamente politizado del discurso sobre el terrorismo y la seguridad. Es importante señalar que esos casos indican, en diversos grados, la existencia de un control sobre las acciones del poder ejecutivo, que se refleja en advertencias tales como la ya citada "Hemos aclarado hace tiempo que el estado de guerra no es un cheque en blanco para el Presidente" o en la predisposición de los tribunales, en casos como *Belmarsh* o *Haneef,* a examinar con rigor las medidas consideradas necesarias para salvaguardar la seguridad nacional. Reconvenir al poder ejecutivo cuando éste ha omitido desempeñar su papel de principal protector de los derechos puede ser esencial para reafirmar el carácter democrático del sistema, que a menudo se pierde a causa de la conducta ilícita que se impugna.

Con frecuencia y en diferentes medidas, los fallos han sido de índole conservadora y se han caracterizado por la deferencia del poder judicial a los poderes políticos. Cabe preguntarse si la Corte Suprema podría y debería haber decidido si los detenidos gozaban del derecho básico al recurso de hábeas corpus, cuando la cuestión se le planteó por primera vez, en 2004. ¿Qué impacto tuvo la virtud de la moderación ejercida por el poder judicial, en la eficiencia de la administración de justicia y de la protección de las personas? Sin embargo, en la medida en que la jurisprudencia reflexione y delibere sobre la espinosa cuestión del papel de los tribunales en la determinación de estos casos y sobre la relación entre los poderes políticos y el poder judicial, puede eventualmente ayudarnos fortalecer y enriquecer nuestra comprensión de la separación de los poderes y de la función del poder judicial en un sistema democrático.

En segundo lugar, los litigios pueden también actuar como catalizadores de cambios en las leyes o prácticas. En ciertos casos, por ejemplo, la modificación de las leyes y políticas ocasionada por fallo *Belmarsh*, el efecto de causalidad es bastante evidente. En otros, es difícil determinar en qué medida —de haberla— el efecto irritante de los litigios contribuyó a reorientar la práctica, como en el caso del regreso de nacionales británicos desde Guantánamo tras los infructuosos litigios en los que se procuraba obligar al Estado a intervenir en su nombre[64]. A veces, en el curso de los litigios quedan expuestas políticas y prácticas particulares, lo cual induce a los Estados a aclarar sus propias políticas o la forma en que se articulan[65].

Los propios fallos pueden ampliar o aclarar la ley a través de la jurisprudencia o, como suele suceder en el contexto de la guerra contra el terrorismo, pueden sencillamente servir para reforzar principios establecidos que son objeto de crecientes cuestionamientos, como en el fallo *Saadi*[66]. En muchos de los casos

64 Caso *Abbasi*, nota 2 *supra*.

65 V., p.ej., el caso *Al-Skeini*, nota 26 *supra*, en el cual el Gobierno británico modificó su posición con respecto a la aplicabilidad del CEDH a personas detenidas por funcionarios británicos en Irak y presuntamente torturadas durante su detención.

66 Este mecanismo funciona en ambas direcciones, y puede también tener un efecto debilitante o causar confusión en el marco de protección de los derechos, como sucedió, según se sugiere, en el resultado del caso *Al-Skeini*, por ejemplo.

reseñados, el desafío ha consistido en mantener el terreno conquistado, más que en impulsar la protección de los derechos humanos como tal. Dicho de otro modo, lo importante ha sido reconquistar y mantener los avances obtenidos años atrás, que se creían seguros pero que se debilitaron durante el curso de la guerra contra el terrorismo.

A veces, los tribunales alertan a la democracia; la relación entre el poder judicial y los poderes políticos es tal, que una señal del primero puede activar un enfoque más dinámico por parte de los segundos. Los mensajes persuasivos del poder judicial también pueden transmitirse por vía transnacional. Ejemplo de ello es la insólitamente enérgica crítica al sistema de detención de la Bahía de Guantánamo expresada por el Tribunal de Apelación de Inglaterra en el caso *Abbasi*[67].

Los propios casos pueden desempeñar un papel importante en cuanto a lograr el acceso a la información y ventilar los hechos, si bien a veces chocan contra el muro del secreto de Estado. Es posible que el acceso a la información sea el objetivo de los litigios (como en el caso de los juicios en el Reino Unido mediante los cuales se procuraba acceder a los archivos militares[68], los litigios en el marco de la Ley de Libertad de Información en Estados Unidos, que han alcanzado resultados relativamente favorables[69], y los litigios en Canadá, que obligaron al Gobierno a presentar información o pruebas en relación con juicios que se desarrollaban en otro Estado[70]), o que sea una mera consecuencia secundaria del proceso. El descubrimiento de información es particularmente importante en ámbitos como el de la entrega extrajudicial de personas, caracterizado por el encubrimiento concertado. Como mínimo, en el litigio se ponen de manifiesto las posiciones de los gobiernos (como se ha observado, por ejemplo, en el cambio de postura del Gobierno británico durante el caso *al Skeini*), a medida que responden como partes y aclaran o modifican sus posiciones durante el curso de los juicios.

Los litigios como los mencionados también abren los sistemas jurídicos a las ideas procedentes de otros sistemas, a medida que hacen su aparición y ejercen su influencia las perspectivas internacionales y comparativas, especialmente a través de las intervenciones de tipo *amicus*. Las acciones judiciales relacionadas con el centro de detención de Guantánamo, en Estados Unidos, han constituido tal vez el

67 *R (Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2003] UKHRR 76, donde el Trubinal de Apelación criticó el sistema de detención en Guantánamo en términos inusualmente duros.

68 John Aston, "Lawyers in Basra death case win access to files", *Independent*, 4 de octubre de 2007.

69 V., p.ej., Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, *Associated Press v. United States Department of Defense*, 498 F. Supp. 2d 707 (SDNY, 2007), y Tribunal de Apelación de Estados Unidos, Circuito DC, *Center for National Security Studies v. Dep't of Justice*, 331 F.3d 918 (Circuito del Distrito de Columbia, 2003) (rechazo de petición de auto de avocación, 540 US 1104 (2004)).

70 Corte Suprema de Canadá, *(Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, 23 de mayo de 2008. El 23 de mayo de 2008, la Corte Suprema de Canadá dictaminó que el Gobierno había violado la Constitución de Canadá, así como sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, al transmitir a Estados Unidos información oficial obtenida por funcionarios canadienses en entrevistas con Omar Kadhr efectuadas en el centro de detención de Guantánamo. La Corte tomó la inusual medida de ordenar a los funcionarios canadienses que permitieran al Sr. Kadhr acceder a los registros de sus interrogatorios con los agentes canadienses, a fin de utilizarlos para preparar su defensa ante la Comisión Militar de Guantánamo.

conjunto de litigios sobre derechos humanos internacionales más importante de la historia, al menos a juzgar por el inédito nivel y la índole de las intervenciones ante la Corte Suprema[71].

En última instancia, el impacto de los litigios relacionados con los derechos humanos reside, por lo general, en su progresiva contribución al cambio social. Por ejemplo, se ha observado un cambio en la opinión pública (nacional e internacional) con respecto a Guantánamo, al cual los litigios contribuyeron sin duda alguna. Lo indiscutiblemente cierto es que la práctica litigiosa no debe entenderse como un acto aislado, sino como una pequeña pieza de un rompecabezas mucho más grande y complejo.

El último aspecto de esta cuestión, y tal vez el más importante, es que los casos reales sirven para contar la historia de las víctimas. A menudo, ilustran el significado que tienen los eufemismos como "entrega extrajudicial" o "técnicas de interrogación mejoradas" para los seres humanos comunes y corrientes. Los fallos convalidan esas historias y experiencias. Una de las características esenciales de la "guerra contra el terrorismo" ha sido el intento de poner a ciertas personas fuera del amparo de la ley. Como señaló un juez inglés, los litigios pueden ser un instrumento que permita transferir facultades no del poder ejecutivo al judicial, sino del poder ejecutivo a los particulares[72]. Si un juicio logra, al menos, restablecer a una persona dentro del marco jurídico y reafirmarla como titular de derechos y como ser humano, tal vez podamos darnos por satisfechos en cuanto a su impacto.

71 Las intervenciones de tipo *amicus* provinieron de lugares muy diversos, como la Cámara de los Lores de Gran Bretaña y abogados militares israelíes.

72 La jueza *Dame* Mary Arden ha declarado que "la decisión en el caso A no debe interpretarse erróneamente como una transferencia de facultades del poder ejecutivo al judicial. La posición es que, ahora, el poder judicial tiene ante sí la importante tarea de examinar las acciones del poder ejecutivo contra las normas básicas de protección de los derechos humanos. Por consiguiente, no se transfiere poder al poder judicial sino a los particulares". (2005) 121 LQR at pp. 623–4, en A. T. H. Smith, "Balancing liberty and security? A legal analysis of United Kingdom anti-terrorist legislation", *European Journal on Criminal Policy and Research*, 13 (2007), pp. 73–83, DOI 10.1007/s10610-007-9035-6.

Diciembre de 2008, N.º 872 de la versión original

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

Participación directa en las hostilidades

Diciembre de 2008, N.º 872 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

EDITORIAL

En situaciones de guerra, los civiles siempre han participado en las hostilidades. En el reciente conflicto en Gaza, se desató una feroz controversia acerca de si Israel utilizó la fuerza en forma indiscriminada, pues la mayoría de las víctimas habrían sido civiles que no estaban armados. Israel se defendió afirmando que la mayoría de las víctimas eran combatientes de Hamas o civiles que hacían frente a las fuerzas israelíes. Durante la guerra en Irak, las milicias y otros combatientes sin uniforme desafiaron a la mayor potencia militar del mundo. En Afganistán, es difícil distinguir un afgano pacífico de un combatiente talibán, lo que suele terminar provocando la muerte de civiles. En Sri Lanka, doscientas cincuenta mil personas —combatientes de los Tigres de Liberación de Eelam Tamil mezclados con la población civil— quedaron atrapadas en una zona de 250 kilómetros cuadrados en medio de intensos combates. En todo conflicto interno, hay insurrectos que de día trabajan en el campo y de noche se transforman en combatientes. Los civiles combatientes que vuelven a ser campesinos pacíficos y piden protección pasando por una suerte de "puerta giratoria", dificultan la capacidad de las fuerzas de oposición armadas de reaccionar eficientemente y pueden llevarlas a atacar, por error o en forma arbitraria, a la población civil.

De modo que lo que está en juego es la protección de la población civil. Es innegable que las guerras actuales causan más víctimas entre la población civil que entre los combatientes. Diversos factores han contribuido a opacar la distinción, clara en el pasado, entre combatientes y civiles: las operaciones militares, que antaño se desplegaban en campos de batalla bien delimitados y que hoy se extienden a lo largo de países enteros (incluso en contextos urbanos), el desarrollo de la tecnología y la industria armamentísticas, el aumento del número de fuerzas irregulares que participan en los conflictos armados, y una tendencia reciente a confiar a empresas privadas actividades bélicas que por lo general realizaban las fuerzas armadas.

Al adoptar estrategias de guerrilla, incluso al movilizar a su población civil para que libre una guerra de guerrillas, creando las llamadas fuerzas "de legítima defensa" que combaten sin uniforme ni insignias, y al reconocer la beligerancia contra fuerzas de oposición organizadas, los Estados mismos han contribuido a diluir el concepto de fuerzas armadas e introducir una categoría que podría llamarse "combatientes civiles". Sin embargo, los actos de violencia clandestinos cometidos por individuos siguen siendo objeto de una justicia ordinaria y, con frecuencia, sumaria, como toda forma de resistencia civil a la ocupación militar.

La violencia insurreccional perpetrada por civiles, la "guerra popular" de Clausewitz, ha contribuido a difuminar aún más la distinción. Por un lado, las partes no estatales se escabullen como peces en el agua de la población civil y se ocultan entre los habitantes y, por otro lado, la asimetría frecuente de las fuerzas incita a los miembros de la parte militar más débil a servirse del componente civil, haciéndose pasar por civiles de tal modo de atacar al adversario y/o procurarse escudos humanos para protegerse contra los ataques. Los partisanos, los miembros de la guerrilla, los miembros de la resistencia y los terroristas que apoyan a una parte en conflicto de ningún modo pueden calificarse como "civiles pacíficos".

***

Hace unos cuatrocientos años, Grocio escribió en *De Jure Belli Ac Pacis* que quienes "realmente son sujetos del enemigo", incluidos niños, mujeres, cautivos o rehenes, o sus bienes, pueden ser atacados en virtud del derecho de gentes. Pero también precisó que "por justicia, o al menos por caridad, no debería emprenderse ninguna acción que pudiera amenazar la vida de inocentes, a menos que sea por razones de suma importancia y que tiendan a preservar el bienestar de un gran número de personas", en particular mujeres y niños, miembros de órdenes religiosas, campesinos, mercaderes y prisioneros. Si bien toda la población del enemigo podía tomarse como objetivo, se hacía una distinción entre combatientes y no combatientes, entre fuerzas armadas y población civil "inocente" que por lo general no participa en las hostilidades.

El derecho internacional humanitario hoy se basa, en gran parte, en esa distinción fundamental entre combatientes y civiles, que la Corte Internacional de Justicia ha adoptado como uno de sus "principios cardinales" y que constituye para ella uno de los "principios del derecho internacional consuetudinario que no se puede transgredir". En un plano más general, se trata de distinguir entre quienes participan en las hostilidades y quienes no lo hacen.

***

En el sentido estrictamente jurídico del término, por combatientes se entiende los miembros de las fuerzas armadas regulares del Estado. Son los únicos que tienen derecho a participar en las hostilidades y no pueden ser castigados por hacerlo, siempre y cuando no cometan crímenes de guerra. Pero ese estatuto ha sido y sigue siendo puesto a prueba por los avances de las técnicas militares modernas. Las misiones de las fuerzas armadas ahora incluyen funciones diferentes del combate, y el derecho a gozar del estatuto de combatientes se extiende, en algunas circunstancias, a los miembros de las fuerzas armadas irregulares. Incluso los habitantes de un territorio no ocupado que espontáneamente se alzan en armas, al ver al enemigo acercarse, para impedir su avance pueden tener derecho a gozar de los privilegios reservados a los combatientes.

Por otra parte, los civiles han comenzado a cumplir un papel cada vez más decisivo en el resultado de la guerra. Se consideraba que las industrias civiles, los centros de transporte, incluso la población civil, del adversario apoyaban el esfuerzo bélico y, por lo tanto, constituían objetivos militares, ya que los Estados interpretaban el concepto de necesidad militar de forma más amplia, en detrimento de las exigencias de humanidad. Si bien la Asamblea de la Sociedad de las Naciones proclamó en 1938 que "el bombardeo deliberado de las poblaciones civiles es ilegal", las experiencias dolorosas de la Segunda Guerra Mundial demostraron cómo la vida toda del Estado enemigo podría ser tomada como objetivo. La intención era debilitar, al menos indirectamente, las fuerzas militares del enemigo, quebrando la moral del conjunto de la población enemiga.

El aumento del número de conflictos armados no internacionales en el transcurso de la segunda mitad del siglo pasado profundizó la necesidad de proteger a la población civil, obligada a tomar partido y sospechada de ayudar a una u otra de las partes en conflicto.

***

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado después de la Segunda Guerra Mundial, introdujo la noción contemporánea de "participación directa en las hostilidades". Según la naturaleza y el grado de la participación de una persona en las hostilidades, esa participación puede calificarse de "directa" o de "indirecta". Los dos Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra y relativos a los conflictos armados internacionales y no internacionales reforzaron la protección otorgada a la población civil, al reafirmar que las personas civiles están protegidas contra los ataques "salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación". Una "participación indirecta", como un simple apoyo político o una simpatía por una parte en guerra, no justifica un ataque, ya que no constituye una amenaza efectiva, ni tampoco inflige ningún daño al adversario. Inversamente, la prohibición de atacar no debería utilizarse para proteger un objetivo militar, y la sola presencia de civiles no quita necesariamente a un objetivo su estatuto de objetivo militar legítimo. A fin de preservar a la población civil, todas las partes en conflicto deben tomar medidas de precaución de manera de reducir lo máximo posible las pérdidas accidentales de vidas humanas.

En las situaciones de conflicto armado internacional, los individuos que no pertenecen a una parte en conflicto y que actúan de manera espontánea, esporádica y no organizada —contrariamente a los miembros de la resistencia organizada que toman las armas en una situación de ocupación— pierden la protección de la que gozan por su condición de civiles. En los conflictos armados entre Estados, los civiles son personas que no pertenecen a las fuerzas armadas respectivas; en cambio, en los conflictos armados no internacionales, no existe ninguna definición de personas civiles. Por el lado de las fuerzas gubernamentales, se podría llegar a una definición comparable a la que prevalece en los conflictos armados internacionales, pero los grupos armados de oposición no tienen un estatuto de pertenencia formal

y sus miembros evitan ser identificados como tales. Por consiguiente, la aplicación de esa norma supondría que un ataque contra los miembros de un grupo de oposición armado no sería lícito sino "mientras dure su participación en las hostilidades", mientras que un ataque contra los miembros de las fuerzas gubernamentales sería lícito en todo momento. Ese desequilibrio y esa violación del principio de igualdad de trato no pueden evitarse a menos que los miembros de los grupos de oposición armados —al igual que los miembros de las fuerzas armadas del Estado— estén excluidos de la categoría de civiles y pierdan la protección de la que gozan si ocupan una función de combate permanente.

***

La licitud de un ataque contra civiles depende de su propia conducta en las hostilidades. De modo que conviene determinar en qué consiste una "participación directa en las hostilidades" y definir su duración precisa. La *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, que se publica en este número de la *International Review of the Red Cross*, se propone esclarecer la noción de participación directa en las hostilidades en conflictos armados internacionales y no internacionales según el derecho internacional humanitario. En primer lugar, define claramente quién puede ser considerado "civil" a los fines del principio de distinción. En segundo lugar, define los elementos constitutivos de una conducta equiparable a una "participación directa en las hostilidades" para un civil y, en último lugar, establece las condiciones que determinan la pérdida de la protección contra los ataques directos a raíz de esa participación.

Otros artículos sobre temas vinculados ayudan a ilustrar el significado y las consecuencias de esa importante norma que determina, por una distinción en negativo, quién goza de inmunidad contra los ataques y debe ser protegido en toda circunstancia. Son personas protegidas las que caben en la definición del término "inocente", en su sentido etimológico, derivado del prefijo negativo general "in" y el vocablo latino *nocere* (causar daño).

Toni Pfanner
Redactor Jefe

Diciembre de 2008, N.º 872 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Entrevista a Sergio Jaramillo Caro*

Sergio Jaramillo Caro, actual Viceministro de Defensa de Colombia, estudió filosofía y filología en la Universidad de Toronto (Trinity College) y en la Universidad de Oxford (Corpus Christi College). Tiene una maestría en filosofía (M. Phil.) de la Universidad de Cambridge y fue candidato para el doctorado en griego en la Universidad de Heidelberg, Alemania. Fue asesor en el Ministerio de Asuntos Exteriores de Colombia, responsable del proyecto "Diplomacia por la paz" (2000-2001) y luego asesor político de la Embajada de Colombia en Francia (2001-2002). También fue asesor de asuntos políticos y estratégicos en el Ministerio de Defensa de Colombia (2002-2003) y redactó el proyecto de la política del gobierno sobre seguridad democrática. De 2004 a 2006, fue director de la Fundación Ideas para la Paz*, en Bogotá.*

***

La participación de los civiles en los conflictos armados modernos no deja de aumentar y cada vez más civiles se ven afectados de forma directa por los conflictos.

Efectivamente. Sabemos que, en muchos conflictos armados contemporáneos, los soldados participan cada vez menos en combates convencionales y, en cambio, se ven obligados a actuar "en medio de la población", para retomar la fórmula de Rupert Smith. Las operaciones conducidas en un contexto de esas características presentan muchas dificultades, que hasta ahora sin duda han sido subestimadas por los analistas. Es evidente que la población civil nunca puede ser el enemigo y que debemos hacer todo lo posible para protegerla. Entonces ¿dónde se sitúa la línea divisoria entre los "civiles" y los "combatientes"? La cuestión es extremadamente delicada, en especial cuando el enemigo usa a la población civil —y también abusa de ella— para alcanzar sus propios fines.

* La entrevista fue realizada el 11 de diciembre de 2008 por Toni Pfanner, Redactor jefe de la *International Review of the Red Cross*, Nils Melzer, asesor jurídico del l CICR y principal autor del documento titulado *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, y Kathleen Gibson, asistente de redacción.

¿Cuál es el efecto de esa evolución en Colombia?

En muchos aspectos, la experiencia colombiana prefiguró algunos de los problemas que hoy encontramos en la aplicación del derecho internacional humanitario. Permítame citar dos ejemplos para ilustrar lo que estoy diciendo. En primer lugar, es sabido que todas las situaciones de conflicto tienen una dinámica y que las personas modifican su comportamiento por razones estratégicas. Si bien, en un primer momento, todo puede parecernos bastante claro, después de un tiempo descubrimos que estamos frente a una situación diferente y ya no sabemos exactamente cuáles son las reglas. Tomemos el caso de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia). Hace seis u ocho años, no necesitábamos reflexionar demasiado para saber quiénes eran las FARC en realidad. Eran relativamente fáciles de identificar: sus hombres operaban en formaciones grandes, llevaban uniforme y cargaban escopetas. Lo curioso, lo paradójico es que cuanto más se mejora la seguridad, más difícil se vuelve establecer una distinción entre civiles y combatientes. ¿Por qué? Porque los combatientes pierden sus "marcas distintivas": ya no llevan uniforme, esconden sus armas y se desplazan en grupos pequeños. De hecho, las FARC prohibieron a sus frentes operar en formaciones del tamaño de una compañía.

Al mismo tiempo, tras perder una cantidad récord de combatientes por deserción (más de 3.000 el año pasado) y capturas, las FARC debieron involucrar aún más a sus milicias de apoyo en un papel de combate. Por lo tanto, se vuelve más difícil saber quién pertenece y quién no pertenece a la "estructura del combate", y se vuelve mucho más problemático pronunciarse sobre la cuestión de la "participación directa" de los civiles en las hostilidades.

El otro ejemplo es aun más claro. Hoy, muchos grupos armados desafían la lógica tradicional del derecho internacional humanitario. Como toda empresa criminal, los narcotraficantes han instaurado sus propias estructuras de protección. En Colombia, pues, existe toda una serie de lo que llamamos "bandas de criminales": en realidad, son grupos armados entrenados y financiados por los traficantes para proteger sus laboratorios, sus rutas de distribución, etc. Algunos de ellos se desplazan en grupo; están armados con escopetas y reclutan hombres que tienen una formación militar y parecen obedecer a una cadena de mando. En una situación como esa, un país como Colombia (o cualquier otro país) dispone *de facto* de una sola opción: emplear la fuerza militar contra esos grupos cuando sus capacidades superan las de la policía. ¿Está usted, por eso, en un conflicto armado con ellos? Seguramente, esos grupos desafían la soberanía del Estado tratando de controlar un territorio para proteger sus rutas de distribución. Sin embargo, no tienen absolutamente ninguna ideología y nada permite decir que, en términos del derecho internacional humanitario, sean una "parte" en algo (ya que sólo están en juego sus propios intereses criminales). En la actualidad, se observa el mismo fenómeno en el norte de México, donde la situación es aún más grave. Los carteles mexicanos disponen de grandes grupos de hombres, muy bien armados y entrenados (algunos de ellos incluso participaron en los antiguos conflictos en América Central), que conducen una guerra desleal para tomar el control de las principales rutas del contrabando hacia Estados Unidos. La policía mexicana no puede hacer nada al respecto, y el gobierno ha tenido que recurrir al ejército.

¿Diría que esas situaciones son "conflictos armados"?

Creo que deberíamos preocuparnos menos por saber si, desde un punto de vista político, esas situaciones pueden calificarse de conflictos armados y estudiar más en profundidad el comportamiento de los grupos armados para tratar de establecer si llenan o no determinadas condiciones. ¿Tienen cierto nivel de organización? En sus operaciones, ¿emplean una fuerza que sólo puede ser combatida *de facto* por la fuerza militar? Por otro lado, cuando nuestras fuerzas armadas participan en operaciones ofensivas, deberíamos asegurarnos de que la población goce de la protección del derecho internacional humanitario. En vez de sumergirnos en un debate político para establecer si tal o cual situación constituye o no un conflicto armado, me parece más fácil tratar el problema que nos preocupa estableciendo criterios objetivos para la aplicación del derecho internacional humanitario y asegurándonos de que la protección prevista se otorgue efectivamente. Por supuesto, también hay que tomar medidas de seguridad para evitar que algunos países puedan autorizarse a hacer un uso liberal de sus fuerzas armadas, cuando en realidad están confrontados a un problema que sólo concierne a la policía. Dicho esto, y al menos en el caso de Colombia, a veces ocurre que el único medio del que disponemos para reconquistar nuestra soberanía en cada porción de nuestro territorio consiste en iniciar una operación militar que cree las condiciones de seguridad necesarias para garantizar la primacía del derecho. El aparato judicial sólo puede funcionar cuando la seguridad es suficiente.

No obstante, jurídicamente, podría tratarse de un conflicto armado, puesto que el derecho internacional humanitario no toma en consideración las razones por las cuales se inician las hostilidades. El actor no estatal puede combatir en nombre del comunismo, el capitalismo, el liberalismo o cualquier otra ideología. En consecuencia, se trata efectivamente de un conflicto armado que podría conducirse contra narcotraficantes u otros criminales organizados, en la medida en que esos grupos reúnan los criterios objetivos definidos.

Tal vez estemos de acuerdo sobre una calificación jurídica que aliente la aplicación del derecho internacional humanitario. No obstante, debemos estar atentos a las consecuencias políticas y estratégicas que pueda conllevar esa calificación. Así pues, antes de declarar que se trata efectivamente de un conflicto armado, es importante poder decir: "éste es el tipo de fuerza que debo emplear porque se cumplen los criterios definidos".

Me parece que eso se debe a dos motivos. En primer lugar, en este tipo de situaciones, realmente nos ocupamos más de restablecer la primacía del derecho que de enfrentar a un enemigo. Queremos ganar la batalla de la gobernabilidad, queremos mostrar que somos la autoridad legítima. Y la oposición puede ser un grupo armado, animado por algún resto de ideología, así como también una pequeña banda de narcotraficantes dotada de un brazo militar, o una mezcla de ambos. Cada vez nos enfrentaremos más al segundo tipo de oposición. En este sentido, no es relevante saber si llamaremos a esto "un conflicto"; lo que importa saber es si, en la práctica, nuestras operaciones militares permiten la aplicación del derecho.

¿Se refiere a situaciones donde el ejército está esencialmente involucrado en acciones de mantenimiento del orden y no se encuentra claramente en una situación de combate?

No, considero que existe un *continuum*. El empleo de la fuerza militar pura se sitúa en un extremo, las actividades normales de mantenimiento del orden, en el otro. El ejército opera donde los organismos encargados de hacer cumplir la ley no son capaces de desarticular la amenaza militar que hacen pesar los oponentes y, entonces, algunas situaciones pueden asemejarse al combate. Pero no siempre es fácil establecer una distinción en la práctica. ¿Qué hacen las diversas tropas que hoy persiguen a Al Qaeda en Afganistán? ¿Participan en actividades de mantenimiento del orden contra terroristas o tienen una función de combate? ¿Existe realmente una diferencia entre ambas?

¿Hay otros criterios, además de los jurídicos, que tengan la misma importancia?

Sí. De hecho, por razones políticas evidentes, muchos países dudarían en hablar de un "conflicto armado" en una situación como la que usted describió. En efecto, ello podría crear incitaciones perversas, y ese es el segundo punto que quería aclarar. Si cualquiera que es capaz de enrolar a 300 jóvenes y ponerles una escopeta en las manos se convierte *de facto* en un actor político, en una "parte" en un conflicto, con todos los privilegios que eso confiere, entonces se corre el grave riesgo de crear incitaciones perversas. Algunas organizaciones del crimen organizado comenzarán a movilizar ejércitos para obtener un estatuto "político" y resolver sus problemas jurídicos a través de la negociación. Y esta no es una simple hipótesis. Es exactamente lo que ocurrió en Colombia en 2005, cuando el Gobierno negoció con los grupos paramilitares para obtener su desmovilización. Los narcotraficantes del cartel del Norte del Valle comenzaron a movilizar a sus ejércitos y a utilizar siglas hasta entonces desconocidas para "tener un pie adentro" de las negociaciones. Al fin de cuentas, se habrá potenciado el problema, en vez de reducir su amplitud.

Pero consideremos el problema desde el punto de vista de las obligaciones del CICR. Los delegados del CICR ¿comenzarán a visitar a narcotraficantes presos por la simple razón de que financian ejércitos mercenarios? Sería un poco extraño, ¿no cree?

¿Se observan cambios en la manera en que los actores no estatales se comportan con los civiles?

El caso de las FARC, que mencionamos antes, es un buen ejemplo. La estructura tradicional de esas fuerzas armadas consiste en un núcleo armado de combatientes, reunidos en lo que ellos llaman "frentes". A su alrededor, hay dos o tres círculos diferentes de milicias que, tradicionalmente, asumen funciones de logística y de información. Ocurrió lo siguiente: cuanto más se debilitó el centro (el núcleo armado), más hombres debieron reclutar las FARC dentro de sus propias estructuras extendidas. Así pues, los miembros de lo que esencialmente eran milicias de apoyo civiles se unieron a las fuerzas combatientes. Algunos fueron "enrolados"; otros recibieron funciones de carácter cada vez más militar, que consisten, por ejemplo, en instalar campos minados a medida que las tropas avanzan o en utilizar

tiradores aislados para hostigar al ejército. En consecuencia, como ya he mencionado, la línea divisoria se ha vuelto borrosa, y la situación, mucho menos clara. Es mucho más difícil responder a las preguntas que nos preocupan: ¿quién participa directamente en las hostilidades y quién constituye un blanco legítimo?

La participación de los civiles en las hostilidades puede situarse en diferentes niveles. Usted dijo que en los distintos círculos (internos y externos) de las FARC hay individuos. ¿Cuál es su contribución a la situación de conflicto? ¿Esos dos círculos externos se consideran miembros de las FARC aunque sus relaciones sean poco claras? ¿Cómo define la zona gris que separa a los combatientes que están totalmente involucrados en un conflicto armado de las personas que les brindan apoyo?

Permítame precisar algunos puntos. El primero, de orden general. En una situación difícil en términos de seguridad interior, como la de Colombia, es evidente que los grupos organizados en unidades de combate claramente diferenciadas plantean menos problemas. De todos modos, surgen algunas cuestiones, ya que cuando se encuentran frente a un enemigo que los ataca, esos grupos no siempre obedecen a lo que se podría llamar una lógica militar clásica. Hay grupos como el ELN (Ejército de Liberación Nacional) que dicen tener una ideología, que están organizados y que, claramente, tienen una línea de mando, pero que se esfuerzan por evitar cualquier enfrentamiento con el ejército. En este momento, esos grupos están mucho más preocupados por sus negocios (el narcotráfico), y su principal interés es conservar el control de algunas pequeñas zonas alejadas del país donde mantienen su presencia.

Una situación típica, en Colombia, consistiría en la llegada de una unidad del ejército al punto A, en una región del país escasamente poblada. Supongamos que esa unidad trata de avanzar por vía terrestre para llegar al punto C, en las montañas donde, según la información que posee el ejército, se ha establecido un campamento de las FARC. Este esquema corresponde a un ejemplo más o menos real. A fin de alcanzar el punto C, la unidad deberá pasar por el punto B, un valle donde hay algunos pequeños pueblos y caseríos dispersos. Allí, las FARC disponen de un gran número de milicias que operan como una red de inteligencia encargada de dar alerta. Las FARC harán que esas milicias lancen el primer ataque contra la unidad del ejército; los milicianos sembrarán minas a lo largo del camino que toman los militares, que también serán atacados por tiradores emboscados. De hecho, las FARC colocan a las milicias en una función de combate, lo que plantea graves problemas jurídicos.

¿Consideraría a esos milicianos como miembros de las FARC? ¿Podrían constituir objetos legítimos de ataques?

Sí, esos milicianos podrían considerarse como miembros de las FARC. Pero no es sólo una cuestión de pertenencia o de organización. Las milicias están organizadas y saben quiénes son. Imaginemos que resolviéramos la cuestión de la pertenencia y que pudiéramos establecer con certeza que esos milicianos son

miembros de las FARC. Pero buscar a esas personas y matarlas tal vez no sea lo más útil para nuestros intereses. Y aquí es donde nos encontramos ante dos complejas cuestiones: ¿cómo reglamentar el empleo de la fuerza y cómo emplear la fuerza contra el grupo que nos está atacando?

Quisiera retroceder un poco y plantear una pregunta más fundamental: ¿cuál es realmente nuestro objetivo aquí? Permítame ser repetitivo y decirle que, para nosotros, en Colombia, la apuesta central consiste en restablecer la primacía del derecho. El uso de la fuerza, entonces, debe adaptarse al objetivo buscado. En primer lugar, se trata de encontrar maneras de capturar a los miembros de los grupos armados s tomando en consideración la zona en la que se encuentran y las armas que poseen. Suelo utilizar el siguiente ejemplo: un grupo de miembros de las FARC se adentra en un parque nacional, donde conduce operaciones militares dirigidas contra usted; usted puede tenderles una emboscada y capturarlos. Jurídicamente, eso no parece plantear ningún problema si se respetan los principios del derecho internacional humanitario. Ahora bien, si esos mismos miembros de las FARC entraran en un pueblo para realizar una operación de inteligencia, tengo la sensación, la intuición, de que claramente sería inaceptable enviar una unidad del ejército al lugar con el solo objetivo de acabar con ellos. Si puede capturarlos, hágalo.

Al fin de cuentas, parecería que lo más conveniente es modular el principio de la necesidad militar, que es uno de los cimientos del derecho internacional humanitario, incluyendo también un elemento de derechos humanos.

En el fondo, ¿lo que dice es que el derecho humanitario —también llamado "derecho de los conflictos armados"— permitiría ir más lejos que una regla de derecho bien comprendida?

Sí, efectivamente.

Pero incluso los principios inherentes al derecho internacional humanitario —a saber, la necesidad militar y la proporcionalidad— exigen modificar el comportamiento durante las hostilidades.

Es cierto, pero como todos sabemos, la proporcionalidad significa algo completamente diferente en el derecho internacional humanitario y en el derecho de los derechos humanos. Y, en los conceptos fundamentales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, esas diferencias no son sutiles, sino esenciales. Todo depende de la *lógica* en la que uno se coloca. Llegamos a la cuestión de la relación entre el régimen del derecho internacional humanitario y el régimen de los derechos humanos. Es muy fácil cometer errores aquí y "tomar las cosas en el sentido equivocado". La posición oficial, que hicimos pública en la *Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* del Ministerio de Defensa, es la siguiente: consideramos el derecho internacional humanitario como una *lex specialis* de los derechos humanos en las situaciones en que, principalmente debido al nivel y a la organización de la violencia, hay que conducir operaciones militares ofensivas. Por otro lado, también hemos dicho que reconocíamos plena-

mente que las obligaciones en términos de derechos humanos seguían vigentes. Tal es la interpretación estándar de lo que significa el derecho internacional humanitario en cuanto *lex specialis*, aunque no todos los países coincidan en este aspecto.

Pero esta interpretación puede llevarse más lejos. Al aplicar el derecho internacional humanitario en los contextos que he mencionado, queremos, de hecho —si es práctico y realizable—, aplicar el principio fundamental de los derechos humanos y, por lo tanto, asegurarnos de capturar al adversario, en vez de matarlo o herirlo. En efecto, esa es una manera de alcanzar nuestro objetivo, que es reforzar la primacía del derecho. En el ejemplo que he mencionado donde las FARC entraban en un pueblo, usted podría decir que el principio de humanidad del derecho internacional humanitario también le impediría matar a esa gente. Es cierto, pero el punto central es que la lógica que guía mis esfuerzos es una lógica de los derechos humanos.

¿El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no van en esa misma dirección cuando evocan los derechos humanos en las situaciones de conflicto?

No del todo. La aplicación por el Tribunal Europeo de las normas de los derechos humanos en las situaciones de conflicto, cualesquiera sean las condiciones, me parece más que un ligero signo de testarudez. En medio de situaciones de combate, no se puede pretender tratar el problema como lo haríamos si la situación fuera normal y medir todo con la vara de las normas de los derechos humanos (haciendo preguntas que, por ejemplo, apuntarían a determinar dónde se lanzó la bomba, dónde se encontraban las tropas, etc.). De ese modo, terminamos deformando y, en el futuro, realmente *debilitando* el conjunto del régimen de los derechos humanos. Además de ser muy poco práctico, un enfoque como ese también es peligroso para la protección de los derechos humanos. Por eso, creo que hay que interpretar las cosas en el buen sentido, es decir, aplicar el derecho internacional humanitario allí donde la violencia alcanza ciertos niveles de intensidad y donde las fuerzas involucradas poseen una organización de tipo militar.

Análogamente, cuando las hostilidades alcanzan cierto nivel de intensidad, la situación se caracteriza necesariamente por un nivel correspondiente de ambigüedad. Por lo tanto, hay que utilizar el modelo correcto y, aquí también, el derecho internacional humanitario constituye la norma de referencia. Para nosotros, la cuestión realmente difícil consiste en determinar cómo actuar no en los contextos que claramente pertenecerían al ámbito del derecho internacional humanitario o de los derechos humanos, sino en la zona gris entre esos dos cuerpos jurídicos. Si nuestra política de seguridad recibió el nombre de "política de consolidación" es porque queremos reducir progresivamente el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario, mientras seguimos extendiendo y reforzando la primacía del derecho.

Durante ese proceso, sin embargo, nos veremos confrontados a situaciones como las que le he descrito, con tiradores emboscados o milicianos enviados en operaciones de inteligencia. Entonces nos encontramos frente a un verdadero desafío. Aquí también, la solución que hemos encontrado no consiste en tratar de resolver la difícil cuestión de la participación directa en las hostilidades en términos de perte-

nencia o de no pertenencia. Consideramos que conviene examinar la significación, en tales contextos, del principio de "necesidad militar" y modularlo con el principio de los derechos humanos que prescribe que primero nos esforcemos por capturar o desmovilizar al adversario y que utilicemos la fuerza letal sólo como último recurso. No es sólo teoría: es una instrucción permanente, que data de diciembre de 2007 y que proviene del comandante general de las Fuerzas Armadas de Colombia.

Algunas personas no participan necesariamente de manera voluntaria en las hostilidades y son forzadas a combatir, mientras que otras sólo aportan un apoyo moral al enemigo. Tomemos el caso del participante involuntario o de la mujer que prepara comida a su marido que parte a combatir a la noche. ¿Podemos decir que esas personas "participan directamente en las hostilidades"? ¿Qué ocurre con el apoyo moral?

Conviene analizar caso por caso. Y, aquí también, lo importante es saber qué estamos tratando de hacer. En nuestro caso, en nuestro país, queremos reforzar la primacía del derecho. Y tenemos una Procuraduría General extremadamente activa y rigurosa que ve la situación a través del prisma del régimen de los derechos humanos y del sistema ordinario de la justicia nacional. En Colombia, sería inconcebible considerar que una persona constituye un blanco legítimo por la sola razón de prepararle la comida a un combatiente. También sería difícil considerar como blanco a una persona con el pretexto de que proporciona un apoyo logístico. Esto es así puesto que, debido al éxito de la política de seguridad, el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario en Colombia se está volviendo cada vez más restringido. Y es bueno que así sea...

¿Cómo participa el poder judicial en el proceso de distinción?

El desafío consiste en mejorar de manera sustancial la coordinación con el aparato judicial y en lograr rodearse de procuradores que trabajen con usted. En Colombia, esto no es fácil, debido al tamaño del país y al alejamiento de las zonas de operación del ejército. Sin embargo, ese apoyo es esencial para nosotros y, al fin de cuentas, constituye la mejor manera de garantizar que no cometeremos errores. Imagínese la situación siguiente: el ejército colombiano está operando en una zona muy alejada; supongamos que el ejército recibió información de fuentes muy confiables según la cual cierto número de habitantes de determinada localidad pertenece a las milicias de las FARC. Podríamos darnos la cabeza contra la pared preguntándonos si esas personas deberían constituir o no un objetivo militar. También podríamos elegir una solución mucho mejor, que consistiría en coordinar nuestras acciones con nuestro poder judicial. Le transmitimos la información al poder judicial para que realice una investigación y *nosotros* arrestamos a las personas que hay que arrestar. De hecho, así es como procedemos y nos esforzamos en hacerlo cada vez más.

En una situación como la de Afganistán en la actualidad, donde el poder judicial apenas funciona, ¿qué se hace con las personas contra las que no se puede iniciar un procedimiento? ¿Cómo ve la participación del poder judicial en una situación como esa, dado que toda acción depende típicamente del poder ejecutivo?

Es cierto que la coordinación con el poder judicial en un caso como el de Afganistán constituye un desafío muy diferente. No obstante, queremos utilizar la presión de la situación de la seguridad, precisamente, para lograr que se instaure una forma u otra de poder judicial y que éste funcione. Sin eso, no hay ninguna salida, a menos que las tropas de Estados Unidos y la OTAN quieran permanecer en el país durante varias décadas más.

Es especialmente urgente disponer de un poder judicial que funcione, porque siempre hay una relación directa entre la eficacia del poder judicial y las violaciones de los derechos humanos. Cuando ven que el aparato judicial funciona, las tropas y la policía se ven menos tentadas de tomar en sus propias manos la administración de la justicia.

Pero , no siempre es fácil resolver los problemas prácticos de coordinación. Los ejércitos operan las 24 horas los siete 7 días de la semana. Por su parte, los procuradores en general son funcionarios que por naturaleza tienden a evitar correr cualquier riesgo y que quieren pasar el fin de semana en familia. Para resolver esos problemas, hemos creado lo que llamamos "estructuras de apoyo". Son unidades especiales de la Procuraduría General, alojadas en los cuarteles del ejército en las zonas que aún podríamos calificar de "rojas". El ejército asegura la protección de los procuradores y garantiza un perímetro de seguridad cuando la policía judicial se desplaza en el terreno para realizar una investigación. De ese modo, el procurador conserva una autonomía total. Siempre es el procurador quien conduce las investigaciones, nunca el ejército. Y, de hecho, ese dispositivo funciona muy bien.

Permítame darle un ejemplo concreto. En el noreste del país, en la frontera con Venezuela, se encuentra el departamento de Arauca, a través del cual pasa un oleoducto muy importante. En 2001, el ELN y las FARC lograron bombardear ese conducto en 170 oportunidades. De ese modo, frenaron la producción, lo que causó enormes pérdidas de ingresos, en especial para el departamento cuyo presupuesto depende en gran parte de las regalías del petróleo. Bueno, usted podría decir: esa zona es demasiado hostil para que un conducto pase por allí. ¿Qué se puede hacer? Un grupo de tropas podría patrullar de forma permanente el trayecto del conducto y disparar contra quien intente acercarse. Esa sería una solución posible. También se podrían crear unidades especiales del poder judicial basadas en el modelo de nuestras "estructuras de apoyo". Y eso es lo que nosotros hemos hecho. Llevamos a esas unidades al lugar en cuestión, a zonas donde normalmente no podrían operar porque sería demasiado peligroso. Con la protección del ejército, los procuradores realmente pueden empezar a trabajar, a comprender el modo de operar de los terroristas y a llevarlos ante la justicia. Cuando los procuradores comienzan a hacer arrestos y a iniciar procedimientos, se convierten en una amenaza mucho más poderosa que cualquier otra acción que el ejército podría realizar. Si la memoria no me falla, el resultado es que, después de un año de funcionamiento de esa unidad,

los ataques han disminuido y pasaron de 170 a unos 30. Por lo tanto, existen herramientas prácticas que pueden ayudar a resolver el problema.

Del lado del Gobierno, también es difícil establecer una distinción entre las fuerzas combatientes (o las personas que participan directamente en las hostilidades) y las personas que también forman parte del ejército, pero que no están en una función de combate. Cada vez se observa más una suerte de privatización de los conflictos armados por parte de los gobiernos. En la guerra en Irak, por ejemplo, la Alianza privatizó ciertas funciones de combate que ahora ya no son ejercidas por el ejército, sino por empresas militares privadas. Así, sin ser combatientes en el sentido jurídico, sus agentes también pueden participar directamente en las hostilidades. ¿Percibe una tendencia a reducir los efectivos del ejército y, al mismo tiempo, conferir más funciones de combate a los civiles?

En Colombia, ciertamente no. No subcontratamos nada que esté ligado a las operaciones de combate, y el ejército asume incluso las funciones de protección. Por lo tanto, en cuanto a lo gubernamental, la estructura se ha mantenido estable.

De acuerdo, pero a veces también hay grupos de paramilitares que participan directamente en las situaciones de conflicto.

Históricamente, en Colombia, en lo que respecta a los paramilitares (cuya desmovilización hoy ha terminado), la situación tuvo dos aspectos. Por un lado, existía lo que se podría llamar la acción antiinsurreccional, de autodefensa, conducida por milicias privadas que brindaban una protección contra los secuestros perpetrados por la guerrilla en las zonas rurales. Esa acción se transformó, rápidamente, en una suerte de chantaje de la protección y englobaba un narcotráfico de naturaleza puramente criminal. Como ocurre siempre, las actividades criminales tendían a prevalecer sobre el resto.

Se puede establecer un buen paralelismo entre la situación en Colombia en lo que respecta a los paramilitares y la situación en Irlanda del Norte, a la que el Reino Unido debió enfrentar (aunque la amplitud del problema era muy diferente). El ejército británico trataba de vencer al IRA (Ejército Republicano Irlandés), organización paramilitar contra la que también combatían las milicias lealistas . Esto causó bastantes problemas al ejército británico. En Colombia, también tuvimos ese tipo de estructura tripartita. Por supuesto, hagamos lo que hagamos, nos exponemos a acusaciones de connivencia entre el ejército y los paramilitares (ya que siempre habrá alguien que asegure que las dos fuerzas combaten "codo a codo"). Pero nosotros negociamos la desmovilización de las milicias, y realmente no fue fácil: los jefes se habían convertido en verdaderos señores de la guerra en sus respectivas zonas y tenían el récord más detestable de atrocidades cometidas. Creo que en los últimos seis años hemos acumulado las pruebas suficientes de paramilitares muertos en combate para mostrar que esas fuerzas fueron combatidas seriamente por el ejército.

¿El objetivo de todo gobierno acaso no es tener el monopolio del poder?

Sí, en efecto. Fundamentalmente, tratamos de lograr que se respete el derecho de todos nuestros ciudadanos a estar protegidos. La Política de Seguridad Democrática del Gobierno colombiano (de donde derivan las directivas del Ministerio de Defensa) se centra en la protección de la población, así como en el refuerzo de la primacía del derecho, considerado como el instrumento más eficaz para garantizar dicha protección. Los constitucionalistas dirán (y probablemente con razón) que si ni siquiera puede garantizar el derecho a la vida, no dispone de ninguna base sobre la cual fundar un sistema adecuado de protección de los derechos. En cualquier caso, lo esencial es que el Estado muestre a sus ciudadanos que puede "proveer", que los protegerá y que ellos mismos, a su vez, le deberán lealtad.

En situaciones donde el Estado casi no existe (como en Somalia, por ejemplo), las milicias terminan asumiendo las funciones del Estado. ¿Podemos decir que cuanto más débil es el Estado, más fuertes son las milicias?

Sí, absolutamente. Se podría decir que existe una relación directa entre ambos elementos. Al fin de cuentas, la protección es lo más importante. Por un lado, hay personas que reclaman por sí mismas el derecho a ser protegidas (arguyendo que el Estado no las protege). Por lo tanto, debemos mostrarle a la gente que la podemos proteger. Por el otro, está lo que se podría llamar el "tercer vector", que implica un elemento criminal, ciertas formas de crimen organizado, incluido el narcotráfico, y que necesita instaurar sus propios medios de protección para realizar con éxito sus actividades. Esas organizaciones criminales deben desarrollar sus propios mecanismos de protección a fin de poder impedir, sobre todo, que otros actores se apoderen de sus negocios ilegales. A menos que, en los países que están amenazados por ese tipo de estructuras del crimen organizado, el Estado tenga el monopolio del empleo de la fuerza y haga respetar la primacía del derecho, hay un serio riesgo de que aparezcan todo tipo de milicias reclamando por sus propios medios el derecho a la protección y/o protegiendo organizaciones criminales. En materia de seguridad, si permitimos que se cree un vacío, otros vendrán a llenarlo.

¿Qué utilidad podría tener, para las fuerzas operacionales, un documento de referencia sobre la distinción entre civiles y participantes? ¿Ve algún potencial interés en que las fuerzas armadas dispongan de elementos que puedan introducirse en las reglas de combate y los manuales?

Cuanto más difícil de calificar es la situación, más orientaciones necesita el ejército. En el Ministerio de Defensa de Colombia, después de los logros obtenidos en el plano de la seguridad en los últimos cinco o seis años, hemos procedido a reexaminar toda nuestra formación en derecho internacional humanitario y en derechos humanos (a fin de verificar que nuestra formación se adapte a la nueva situación en el terreno). Bajo la dirección del ministro Santos, elaboramos una nueva política a fin de adaptar nuestro empleo de la fuerza a esas situaciones particulares,

llamadas "grises". Próximamente, publicaremos un nuevo manual de derecho operacional (toda una novedad en Colombia) para ayudar a nuestros comandantes y nuestros asesores jurídicos en el terreno a abrirse camino en la jungla que constituye el sistema jurídico colombiano.

Un comandante o un soldado en el terreno deben recibir la mayor cantidad posible de orientaciones ya que, muy a menudo, las cosas no están demasiado claras para ellos. Todo esto es muy injusto, puesto que son ellos quienes deben conducir las acciones difíciles y, a veces, cometen errores. Son ellos los que pagan y no los comandantes, más alto en la jerarquía, ni los responsables políticos. Entonces, creo que es extremadamente importante desarrollar herramientas adecuadas. Pero ¿las herramientas que estamos preparando se adaptarán a las situaciones en el terreno? Esa es la gran dificultad. Yo mismo tengo algunas dudas, ya que lo que hoy vemos en el terreno en Colombia realmente parece llevar el régimen del derecho internacional humanitario a sus límites. Hay una discordancia entre los conceptos (el de "parte de un conflicto", etc.) y la realidad en el terreno: las organizaciones criminales que operan allí disponen de una fuerza militar a la que es imposible oponerse con la simple ayuda de las herramientas de la fuerza pública.

De todos modos, la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario,* ***del CICR, ha sido elaborada claramente para un contexto como ese y sólo debería aplicarse en las situaciones de conflicto armado. No puede tratar todas las cuestiones y no está destinada a abordar las cuestiones del mantenimiento del orden.***

Por supuesto, pero si no se renueva a fin de tomar en consideración los cambios objetivos que se han producido en el terreno, el derecho internacional humanitario corre el riesgo de perder su pertinencia, porque ya no podrá brindar orientaciones adecuadas. Creo que es muy importante involucrarse en este tipo de ejercicio a fin de que el derecho internacional humanitario siga siendo pertinente. Aparte de Colombia, diferentes países se ven obligados a usar la fuerza armada cuando se hallan ante determinados tipos de amenazas militares. Pero, una vez más, ese carácter militar no corresponde necesariamente a la descripción tradicional del derecho internacional humanitario en todas las situaciones. Y si la *Guía del CICR* está desconectada de la realidad, ¿para qué podría servir?

Creo que en el mundo de hoy es muy injusta la manera en que se utiliza a los militares. Se los pone en situaciones para las que no están preparados. Históricamente, un soldado sólo debía matar al enemigo que tenía delante. Pero hoy los militares se encuentran en situaciones mucho menos claras, y son ellos quienes deben cargar con todo el peso de las decisiones. Y si se cometen errores, es su cabeza la que va a rodar.

Sin duda, hay muchas cosas por hacer: mejorar la formación y adaptarla a situaciones cercanas a las de la vida real, introducir reglas de combate adecuadas, etc. E insistimos en el valor estratégico de toda acción que apunte a restringir y controlar de manera apropiada el uso de la fuerza, en especial en el caso de la fuerza letal. En efecto, hay que evitar ir en contra de los propios objetivos del

restablecimiento de la primacía del derecho. No obstante, los militares realmente deben ser muy maduros para que cada uno de ellos, del primero al último, asimile este enfoque, cuando día a día se enfrentan a situaciones extremadamente tensas y peligrosas. Fíjese lo que ocurre con las pérdidas civiles en Afganistán: a menos de que modifiquen su manera de actuar, Estados Unidos y la OTAN parecen dirigirse hacia una derrota estratégica. Y, sin embargo, no será fácil lograr que sus soldados modifiquen su comportamiento.

De cualquier forma, creo que los soldados deben recibir toda la ayuda que necesitan. Debemos asegurarnos de que las instrucciones y la formación que les damos se adapten realmente, y de manera suficiente, a la realidad del terreno, de que sean pertinentes en las situaciones que viven todos los días. Me parece que allí está la clave del éxito.

Diciembre de 2008, N.º 872 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicancias

Andreas Wenger y Simon J. A. Mason*

Andreas Wenger es profesor de Política de Seguridad Suiza e Internacional y director del Centro de Estudios sobre Seguridad en ETH, Zurich. El Dr. Simon J. A. Mason es investigador superior del Centro de Estudios sobre Seguridad en ETH, Zurich.

Resumen

Los civiles desempeñan un papel cada vez más importante y complejo en los conflictos armados, como víctimas y como autores de crímenes. Aunque esta tendencia general a la participación de los civiles es común a todos los tipos de conflictos actuales, adopta formas muy diversas según se trate de guerras en las que se utiliza una tecnología de punta o de combates con escasa tecnología, típicos de muchas guerras civiles. En este artículo, se analizan esas dos tendencias, se muestra cómo se funden en las guerras asimétricas y se explican sus principales implicancias para los esfuerzos de estabilización internacional y construcción de Estados. El panorama de conflictos actuales se presenta desde la perspectiva de la política de seguridad, y se colocan los debates sobre la participación de los civiles en las hostilidades en un contexto estratégico más amplio.

***

* Los autores desean agradecer a Joanne Richards su colaboración en la recopilación de los datos y el análisis de la extensa bibliografía relacionada con este tema multifacético. Un agradecimiento especial también para Maurice Voyanne por sus útiles comentarios, que influyeron en este artículo.

El principio del monopolio estatal del uso legítimo de la fuerza, ampliamente aceptado en Occidente, comienza a instalarse con el proceso de construcción de Estados que tuvo lugar en Europa a lo largo de varios siglos. El Estado ejercía el monopolio de la guerra, con el consiguiente "estado de guerra" oficial y específico, durante el cual se aplicaban determinadas normas bélicas y existía una clara diferencia entre civiles y soldados uniformados. En virtud de ese contrato social, los civiles estaban protegidos de la violencia armada mediante normas y prácticas que con posterioridad se formalizaron y dieron origen al derecho internacional humanitario. Como resultado, en parte, de lo anterior, durante la primera mitad del siglo XX, un gran número de las víctimas provocadas directamente por las hostilidades correspondía a soldados muertos en las hostilidades. Sin embargo, a principios del siglo XXI, ha disminuido la cantidad de muertos en combate por participar en acciones militares, pero la cantidad total de muertes en la guerra, incluidas tanto las muertes en combate como no, sigue siendo alta[1]. En la República Democrática del Congo, por ejemplo, la guerra provocó 2,5 millones de muertos entre 1998 y 2001, pero solamente 350.000 de esas personas murieron en una situación de combate real[2].

Otras regiones no han atravesado este proceso de la misma manera, ni necesariamente han celebrado pactos sociales como lo hizo Europa en el caso del orden westfaliano. En esos países, el monopolio estatal del uso de la fuerza no ha sido ni es necesariamente aceptado ni legitimizado por la mayor parte de la población. Por el contrario, se suele identificar al Estado con la opresión y la violencia hacia su propio pueblo y, por ende, la resistencia por parte de entidades no estatales se considera legítima y justa[3]. En consecuencia, la naturaleza cambiante de los conflictos a escala global es también un reflejo de la estabilidad relativa de Occidente y de la preponderancia de los conflictos internos en regiones donde el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado no existe o no goza de una amplia aceptación.

Sin lugar a dudas, la naturaleza de la guerra ha cambiado, y el papel que desempeñan los civiles es fundamental en ese cambio. Por consiguiente, los términos "civiles" y "soldados" ya no son adecuados, y se ha propuesto una plétora

1 Para una reseña sobre las cifras, v. *The Global Burden of Armed Violence*, Geneva Declaration Secretariat, Ginebra, 2008, disponible en www.genevadeclaration.org/pdfs/Global-Burden-of-Armed-Violence.pdf (consultado el 6 de marzo de 2009).

2 La expresión "muertes de combatientes" se refiere a soldados muertos en batalla. "Muertes en batalla" o "muertes en combate" se refiere a los combatientes y los civiles muertos durante las hostilidades. La expresión "muertes en la guerra" abarca tanto las muertes ocurridas en batalla como no, es decir, incluye también a las personas que resultaron muertas indirectamente por la hambruna, las enfermedades, etc. relacionadas con la guerra. V. Bethany Ann Lacina y Nils Petter Gleditsch, '*Monitoring trends in global combat: a new dataset of battle deaths*', European Journal of Population, vol. 21 (2/3) (2005), pp. 145–66, disponible en www.springerlink.com/content/l826g1412943w55w/ (consultado el 6 de marzo de 2009). V. también Edmund Cairns, *A Safer Future: Reducing the Human Cost of War*, Oxfam Publications, Oxford, 1997; Kalevi J. Holsti, *Peace and War: Armed Conflicts and International Order*, 1648–1989, Cambridge University Press, Cambridge, 1991; Herfried Münkler, *Die neuen Kriege, Rowohlt*, Reinbek, 2003.

3 Alastair Crooke, *From Rebel Movement to Political Party: The Case of the Islamic Resistance Movement*, Conflicts Forum Briefing Paper No. 3, 2007, p. 12, disponible en http://conflictsforum.org/briefings/Hamas-From-rebel-movement-to-political-party.pdf (consultado el 6 de marzo de 2009). V. Patrick Chabal y Jean-Pascal Daloz, *Africa Works: Disorder as Political Instrument*, African Issues series, James Currey, Oxford, 1999.

de términos nuevos y más diferenciados, como por ejemplo "terroristas a tiempo parcial", " refugiados guerreros" o "refuerzos civiles". El dueño de una casa de té en Sarajevo ilustra la ambigüedad de la intención y la conducta humanas y el carácter *ad hoc* de muchos grupos organizados que utilizan la violencia: "Ah, sí. Me sentaré y tomaré el té con "ellos" durante el día y aceptaré su dinero, pero durante la noche puedo salir y dispararles"[4].

Los esfuerzos por aclarar la noción de "participación directa en las hostilidades" (PDH) forman parte del proceso jurídico necesario para adaptarse a la naturaleza cambiante de los conflictos armados[5]. Sin embargo, su significado continúa siendo ambiguo y a la fecha no se alcanzado una definición integral. Comprender la noción de "participación directa de civiles en conflictos armados" desde el punto de vista de la política de seguridad puede contribuir a contextualizarla, y ése es el propósito de este artículo.

Desde un punto de vista estratégico, la creciente participación de civiles en la conducción de conflictos armados internacionales y no internacionales se vincula con al menos dos tendencias:

1. la disminución de las guerras entre Estados, la revolución en los asuntos militares y el creciente papel de los civiles en las guerra de alta tecnología; y
2. la importancia cada vez mayor de los conflictos armados internos, la ubicuidad de la acción de los civiles en esos conflictos y la falta de una distinción clara entre civiles y combatientes.

Tras explicar estas tendencias, analizaremos de qué manera se funden en los conflictos asimétricos de la actualidad. Luego examinaremos algunas de las implicancias que ello tiene para el debate en curso acerca de la "participación directa en las hostilidades". Parece útil centrarse en la "conducta" de los individuos y no en su pertenencia a un grupo organizado como criterio principal para establecer una distinción entre civiles y combatientes. Sin embargo, el mero hecho de acotar el concepto jurídico no resolverá el problema de la insuficiente diferenciación entre civiles y combatientes. Por consiguiente, se exponen también varias recomendaciones para reducir al mínimo la falta de distinción entre el dominio civil y el militar a un nivel más causal.

Una de esas recomendaciones apunta a que los gobiernos eviten la práctica de tercerizar tareas de seguridad clave a empresas de seguridad privadas, especialmente en un contexto de formación de Estados. Deben utilizar con sumo cuidado el arma de doble filo de la guerra de la información, dado que amenaza con desdibujar la distinción entre las responsabilidades políticas y militares. Los gobiernos deben hacer frente a conflictos regionales complejos y dinámicos en una forma más integral, en lugar de otorgar la máxima prioridad a la aparentemente más urgente

4 Mary B. Anderson, *Do No Harm: How Aid Can Support Peace or War*, Lynne Rienner Publishers, Boulder/Londres, 1999, p. 25.

5 *Informe sumario, Tercera Reunión de Expertos sobre la Noción de Participación Directa en las Hostilidades*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 31 de diciembre de 2005, disponible en www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilitiesihl–311205 (consultado el 6 marzo de 2009).

tarea de luchar contra el terrorismo. Las dimensiones blandas de la seguridad son cruciales, a diferencia de la excesiva dependencia de la superioridad tecnológica. Exigen una mejor comprensión de la dinámica de los conflictos locales y una mayor atención a la conciencia humana como zona de combate clave: ganar los corazones y las mentes es más importante que el impacto físico de la fuerza.

Primera tendencia: disminución de las guerras entre Estados y revolución en los asuntos militares

Los conflictos armados tradicionales entre Estados han perdido importancia a nivel global; hoy en día es baja la probabilidad de que se desate una guerra entre grandes potencias. Ello se debe, ante todo, a factores instrumentales y estructurales. El fin de la Guerra Fría cambió el sistema de seguridad global bipolar y centrado en los Estados por uno más complejo. Disminuyó la estabilidad alcanzada por medio de la dominación de las superpotencias. En cierto sentido, se "levantó la tapa de la olla hirviendo", lo que permitió la erupción del disenso interno, con su correspondiente pico en los conflictos internos de principios de la década de 1990[6] . Al mismo tiempo, cambió el cálculo de la relación costo-beneficio de la guerra entre Estados en consonancia con el desarrollo de la tecnología y la mayor interdependencia económica a escala global, es decir, la tesis de la paz liberal[7].

En segundo lugar, la disminución de las guerras entre Estados se debe a una serie de factores conceptuales: las democracias no se declaran la guerra entre sí, según indica la tesis de la paz democrática[8]. Porque además de la interdependencia económica, existe una interdependencia de la información en un mundo globalizado y, en las democracias, la percepción de la población en general respecto de los costos de la guerra es diferente de la que tiene la élite. Por lo tanto, si bien las guerras interestatales todavía son posibles, fundamentalmente adoptan la forma de conflictos territoriales entre enemigos regionales o de intervenciones por parte de las grandes potencias o de coaliciones de países que intentan modificar el *status quo* en Estados con gobiernos deficientes.

Además de estas dos grandes explicaciones de por qué las guerras entre Estados han disminuido, las tendencias a un nivel más operacional han desempeñado un papel fundamental, a saber la revolución en los asuntos militares (RAM) y la privatización de las tareas de seguridad. Ambas tendencias están íntimamente relacionadas con la creciente importancia que tienen los civiles en los conflictos armados.

6 *Human Security Report Project*, *Human Security Brief 2007*, Simon Fraser University, Vancouver, 2008, p. 33, disponible en www.humansecuritybrief.info/ (consultado el 6 de marzo de 2009).

7 Edward D. Mansfield y Brian M. Pollins, '*The study of interdependence and conflict: recent advances, open questions and directions for future research*', Journal of Conflict Resolution, vol. 6 (45) (2001), pp. 834–59; Mark W. Zacher, '*The territorial integrity norm: international boundaries and the use of force*', International Organization, vol. 55 (2) (2001), pp. 215–50.

8 V. por ej., Bruce Russet, *Grasping the Democratic Peace: Principles for a Post-Cold War World*, Princeton University Press, Princeton, 1993.

La guerra de alta tecnología ha difuminado el límite entre el ámbito civil y el ámbito militar

En la actualidad, Estados Unidos de América domina el campo de juego militar y, por sí solo, tiene la opción de proyectar su poderío militar casi instantáneamente hacia cualquier rincón del planeta. La actual dominación de Estados Unidos por lo que respecta a las fuerzas militares de alta tecnología se originó en la década de 1970, cuando Washington comenzó a interesarse en la tecnología como fuerza multiplicadora, en un esfuerzo por compensar la superioridad cuantitativa de las fuerzas soviéticas. A medida que el concepto de RAM fue ganando terreno, Estados Unidos fue abocándose a la integración de sistemas avanzados de inteligencia, vigilancia y reconocimiento junto con sistemas armamentísticos silenciosos y de gran precisión a fin de establecer su predominio en enfrentamientos futuros en el campo de batalla. Las implicancias de la RAM respecto de la participación de civiles en los conflictos armados se analizan solo tangencialmente en la creciente bibliografía sobre la revolución tecnológica militar. Por ello nos detendremos aquí en algunos aspectos[9].

Las importantes repercusiones que tuvo el desarrollo de una fuerza militar de alta tecnología para la relación entre las esferas militar y civil adoptaron al menos dos formas. En primer lugar, con la mayor complejidad técnica de las armas modernas, el personal civil se volvió cada vez más importante para el mantenimiento y la operación de esos sistemas. En el paradigma de una guerra centrada en las redes, los sensores individuales, las plataformas de armas y los sistemas de control utilizados en un ataque podían estar ubicados geográficamente a una gran distancia y distribuidos en los distintos continentes[10]. En consecuencia, el personal civil alejado del campo de batalla real comenzó a desempeñar funciones de apoyo cada vez más directas y críticas para las misiones en muchas operaciones militares de alta tecnología. El personal civil que administra los sistemas de comando, sistemas de comunicación y armamento de alta tecnología del ejército se ha convertido en un componente sumamente especializado de las fuerzas armadas modernas. Complementan las capacidades militares en áreas de operaciones militares activas y son, a su vez, una parte indispensable de la guerra moderna[11].

En segundo lugar, la revolución en los asuntos militares amplió el campo de batalla físico de modo tal de incluir el dominio virtual y, en última instancia, la mente humana. El objetivo de la guerra dejó de ser la destrucción física de la fuerza

9 V. por ej., John Arquilla y David F. Ronfeldt (eds.), *In Athena's Camp: Preparing for Conflict in the Information Age*, RAND, Santa Monica, 1996; Eliot Cohen, '*A revolution in military affairs*', Foreign Affairs, vol. 75 (2) (1996), pp. 37–54.

10 V. por ej., Arthur K. Cebrowski y John J. Garstka, '*Network-centric warfare: its origin and future*', US Naval Institute Proceedings, vol. 124 (1) (1998), disponible en http://all.net/books/iw/iwarstuff/www.usni.org/Proceedings/Articles98/PROcebrowski.htm (consultado el 6 de marzo de 2009).

11 Geoffrey S. Corn, '*Unarmed but how dangerous? Civilian augmentees, the law of armed conflict, and the search for a more effective test for defining permissible civilian battlefield functions*', Journal of National Security Law & Policy, vol. 2 (2) (2008), p. 275, disponible en www.mcgeorge.edu/Documents/publications/jnslp/02_cornJCS111008%20PR.pdf (consultado el 6 de marzo de 2009).

militar del adversario para pasar a ser el control virtual del espacio de la información. Los defensores de la RAM sostenían que la velocidad, el conocimiento y la precisión permitirían reducir las bajas y poner término a las guerras rápidamente. La superioridad informativa maximizaría la utilidad política de la fuerza, con lo cual se reduciría la fricción inherente a la guerra en una medida suficiente como para mantener el respaldo de la opinión pública a las operaciones militares. Tener el control sobre el adversario ya no significa necesariamente tener el control físico de los objetos, el territorio y el personal; el control virtual sobre la capacidad del enemigo para decidir y actuar independientemente podría ser, de lejos, la solución más económica y políticamente más aceptable[12].

En el contexto de su énfasis en los procesos y los contenidos de la información, los pensadores de la RAM comenzaron a hacer hincapié en la importancia de desarrollar capacidades en la guerra de la información (GI) para degradar los sistemas de comando, control, comunicaciones e inteligencia del adversario. Dado que los conceptos de la GI se han ampliado más allá del "paradigma facilitador", sus consecuencias sumamente problemáticas para la relación entre el espacio militar y el civil se han tornado más visibles. Si la GI apunta a la totalidad de la infraestructura política, económica y de información militar de un adversario a través de un continuo de operaciones entre la guerra y la paz, entonces las actividades de la GI no pueden borrar los límites entre ofensa y defensa ni entre guerra y paz[13].

De hecho, los creadores de la RAM han comenzado a darse cuenta, con el tiempo, de que los conceptos de la GI eran un arma de doble filo. Las sociedades modernas tienen una gran dependencia de infraestructuras de información y comunicación confiables, un problema que afecta también a los militares porque dependen mucho de la infraestructura civil. El riesgo de ataques de redes de computación contra infraestructuras civiles pone en evidencia que la tecnología puede terminar siendo una fuente de vulnerabilidad, en lugar de una gran multiplicadora de fuerzas. Las fronteras cada vez más borrosas entre responsabilidades civiles y militares es también una cuestión fundamental por lo que respecta a la la protección de las infraestructuras de información crítica de una sociedad contra los ataques cibernéticos[14].

El auge de las empresas militares y de seguridad privadas

El mantenimiento de una fuerza militar de alta tecnología es muy costoso. Por ello, los militares de Estados Unidos comenzaron a buscar formas de incrementar su flexibilidad táctica, operativa y estratégica una vez finalizada la Guerra Fría. Luego de la desaparición de la Unión Soviética y del Pacto de Varsovia, los militares de Estados Unidos se hallaron ante un entorno de riesgos muy fluido y sumamente difuso en el que las tareas y las funciones de los militares se ampliaron rápidamente.

12 V. por ej., Steven Metz y Douglas V. Johnson, *Asymmetry and US Military Strategy: Definition, Background, and Strategic Concepts*, Strategic Studies Institute, Carlisle, 2001.

13 Para una reseña excelente, v. Myriam Dunn Cavelty, *Cyber-Security and Threat Politics: US Efforts to Secure the Information Age*, Routledge, Londres, 2008, cap. 4, pp. 66–91; Edward Waltz, *Information Warfare: Principles and Operations*, Artech House, Boston, 1998.

14 V. Dunn Cavelty, nota 13 *supra*, cap. 5, pp. 91–121.

Una forma de incrementar la flexibilidad es confiar en la flexibilidad del mercado. Por lo tanto, los militares estadounidenses comenzaron a tercerizar cada vez más las funciones de apoyo a contratistas privados, lo que también comenzaron a hacer las fuerzas armadas de muchos otros países[15].

Sin embargo, si bien la tercerización puede aumentar la flexibilidad, tiende a coincidir con una pérdida de control, dado que a las empresas privadas los guía el ansia de dinero más que de bienes públicos como la paz, el orden y la seguridad. Si bien los Estados pueden sentirse tentados de recurrir a contratistas privados como parte de una política exterior por poder, el hecho de subcontratar empresas militares privadas (EMP) y empresas de seguridad privadas (ESP) para que desempeñen funciones críticas para las misiones en realidad puede debilitar la unidad de sus estructuras de mando, redundar en una pérdida de control sobre el nivel de violencia bajo su autoridad y/o socavar su control de la legitimidad[16].

El surgimiento de las EMP y las ESP durante la década de 1990 es, en consecuencia, otro factor que hace más y más difícil diferenciar el ámbito civil del militar. Las empresas de seguridad tienen una situación jurídica poco clara en el derecho internacional y en el derecho interno: ¿se las debe considerar como empresas comerciales o como entidades cuasi estatales que actúan en representación de gobiernos elegidos?[17] Además, éste no es únicamente un problema para los gobiernos, ya que en los complejos entornos de los conflictos actuales, hay otros participantes, entre ellos los organismos internacionales, las ONG y la industria privada, que hacen un uso cada vez mayor de los servicios de los contratistas.

En la actualidad, las EPM y las EPS ofrecen una amplia gama de servicios. La mayor parte de las empresas privadas desempeñan funciones que no están relacionadas con la conducción de operaciones de combate, pero a algunas se les encarga participar en las actividades de combate más importantes. Sus funciones pueden ir desde servicios de apoyo (por ejemplo, logística) y consultoría (por ejemplo, competencias específicas en tecnología y entrenamiento) al suministro de per-

15 Respecto del aumento en la contratación de empresas privadas, V. por ej., Peter W. Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, Ithaca, 2003; Fred Schreier y Marina Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, Occasional Paper No. 6, Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Ginebra, 2005; Elke Krahmann, *'Security governance and the private military industry in Europe and North America'*, Conflict, Security & Development, vol. 5 (2) (2005), pp. 247–68; Caroline Holmqvist, *Private Security Companies: The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper No. 9, Stockholm International Peace Research Institute, Estocolmo, 2005.

16 Nuestro reconocimiento a Emmanuel Clivaz, quien introdujo el concepto de 'equilibrio entre flexibilidad y control' en una nota de investigación reciente como herramienta para analizar el impacto que tienen los contratistas privados en el campo de batalla: Emmanuel Clivaz, *'Private contractors on the battlefield'*, ISN Case Studies, International Relations and Security Network (ISN), Zurich, septiembre de 2008, disponible en www.isn.ethz.ch/isn/Digital-Library/Publications/Detail/?id=93879&lng=en (consultado el 6 de marzo de 2009).

17 Juan Carlos Zárate, *'The emergence of a new dog of war: private international security companies, international law, and the new world disorder'*, Stanford Journal of International Law, vol. 34 (1998), pp. 75–162; Matt Gaul, *'Regulating the new privateers: private military service contracting and the modern marquee and reprisal clause'*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 31 (1998), pp. 1489–522; Christopher Kinsey, *'Challenging international law: a dilemma of private security companies'*, Conflict, Security and Development, vol. 5 (3) (2005), pp. 269–93.

sonal y conocimientos específicos de combate para misiones defensivas y ofensivas. Cuanto más vinculadas están sus funciones al monopolio estatal del uso de la fuerza, más problemática es la participación de empresas privadas por lo que respecta a la legitimidad. Asimismo, las empresas suelen ofrecer una mezcla de servicios, lo que hace más difícil establecer una distinción entre las tareas y su reglamentación. En el terreno, las funciones suelen ser muy fluidas y se desarrollan en un entorno muy cambiante. Los gobiernos deben preguntarse qué funciones pueden tercerizar y cuáles les son inherentes[18].

En resumen, desde el término de la Guerra Fría, las guerras interestatales han disminuido a causa de factores estructurales e ideológicos, según reflejan las tesis de la paz liberal y democrática. A un nivel más operacional, la reducción de las guerras entre Estados ha ido de la mano de la revolución en las cuestiones militares y la privatización de las tareas de seguridad. Ambas tendencias han llevado a que se difuminen los límites entre civiles y combatientes.

Segunda tendencia: guerras intraestatales, la influencia dominante de la acción de los civiles

La mayoría de los conflictos armados desde el fin de la Guerra Fría no han sido internacionales. Los conflictos armados internos comenzaron a multiplicarse en la década de 1960 y alcanzaron su pico a principios de los años 1990 con aproximadamente cincuenta conflictos armados en todo el mundo, para luego disminuir nuevamente, estabilizándose en treinta y dos conflictos armados durante los últimos tres años. Ese proceso recibió un gran impulso tras la desaparición del colonialismo y el fin de la Guerra Fría. Los términos "conflictos intraestatales", "conflictos internos internacionalizados", "conflictos armados que no involucran al Estado" y "violencia unilateral" resumen varias categorías de violencia política organizada[19]. La mayoría de esos conflictos están relacionados con desacuerdos acerca de la distribución de la riqueza y el poder, economías declinantes, alta dependencia de los recursos naturales, gobiernos deficientes, violaciones de los derechos humanos y condiciones de seguridad insuficientes para la población. Por lo general, las divisiones entre los grupos giran en torno a cuestiones étnicas, religiosas o de otra naturaleza que pueden crear identidad y unir a un grupo.

En Sudán (1983-2002), murieron dos millones de personas en la guerra entre el norte y el sur del país, y sólo unas 55.500 de ellas murieron directamente en combate (este cálculo es, de todos modos, objeto de debate). En Angola (1975-2002), se calcula que hubo un millón y medio de muertos, de los cuales cerca de 160.500 murieron en combate[20]. En Ruanda, los cálculos indican que murieron 800.000 personas a causa de la "violencia unilateral" en el genocidio de 1994 en

18 Singer, nota 15 *supra*.

19 Para definiciones y datos diversos, v. la página de inicio del Uppsala Conflict Data Program, disponible en www.pcr.uu.se/research/UCDP/index.htm (consultado el 6 de marzo de 2009). Para una introducción v. Stathis N. Kalyvas, *'The ontology of "political violence": action and identity in civil wars'*, Perspectives on Politics, vol. 1 (3) (2003), pp. 475–94.

20 Lacina y Gleditsch, nota 2 *supra*.

un período de cien días[21]. Estos casos ilustran que las muertes en combate que resultan directamente de las hostilidades (es decir, muertes tanto de combatientes como de civiles) representan solamente el 10% del total de los muertos en combate en muchos conflictos contemporáneos. La mayoría de las muertes que se producen durante una guerra son provocadas indirectamente por el hambre y el contagio de enfermedades características de las zonas de combate. Los civiles —mujeres, niños y ancianos— y las personas no uniformadas constituyen la abrumadora mayoría de víctimas en esos conflictos.

Los conflictos armados en sociedades políticamente frágiles y económicamente débiles seguirán siendo un punto focal para la seguridad internacional en las próximas décadas. Si bien los conflictos internos comenzaron a disminuir durante la década de 1990 y en el nuevo siglo la culminación de guerras ha superado en número a los estallidos de conflictos, los conflictos armados siguen concentrados geográficamente en determinadas regiones. Esas zonas se superponen en gran medida con áreas con gobiernos deficientes y/o cuya integración al comercio regional es deficiente. Esto indica que los orígenes de las guerras civiles están relacionados tanto con líderes corruptos e instituciones políticas débiles, según sostienen los especialistas en ciencias políticas, como con la construcción de economías de guerra con sistemas alternativos de lucro y poder, según muchos economistas[22].

Sin embargo, el análisis de las condiciones macro-causales de la rebelión (es decir, pobreza, dependencia de los recursos naturales) no nos dice mucho acerca de sus motivaciones grupales o individuales. Por ello, la bibliografía sobre guerras civiles viró hacia el análisis de las correlaciones de la codicia y los diferendos a nivel micro[23]. La explicación que suele dar la ciencia política del estallido de guerras civiles ha enfatizado durante mucho tiempo el papel de los reclamos colectivos, vinculados a factores como la diversidad étnica y religiosa, la represión política, la inequidad y la exclusión política, como motivaciones que llevan a los civiles a rebelarse.

Hace poco tiempo que, en los análisis de economía política, se ha comenzado a cuestionar la preponderancia de esas explicaciones de la guerra civil basadas en las reivindicaciones. Al transferir el foco de la motivación a la oportunidad, esos estudios enfatizan que, en los Estados débiles, los pequeños grupos con posibilidades de cometer saqueos y de acceder a los recursos naturales y financieros han sido lo suficientemente influyentes como para provocar un proceso de movilización política que podría conducir a un conflicto armado[24]. Sin embargo, las guerras civiles

21 BBC World News, *'Rwanda: how the genocide happened'*, disponible en http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/1288230.stm (consultado el 6 de marzo de 2009); Gérard Prunier, *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*, Columbia University Press, Nueva York, 1997.

22 V. por ej., Kristian Skrede Gleditsch, *All International Politics is Local: The Diffusion of Conflict, Integration, and Democratization*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2002.

23 V. por ej., Macartan Humphreys y Jeremy M. Weinstein, *'Who fights? The determinants of participation in civil war'*, American Journal of Political Science, vol. 52 (2) (2008), pp. 436–55.

24 V. por ej., Paul Collier y Anke Hoeffler, *'Greed and grievance in civil wars'*, Oxford Economic Papers, vol. 56 (4) (2004), pp. 563–95; James D. Fearon y David D. Laitin, *'Ethnicity, insurgency, and civil war'*, American Political Science Review, vol. 97 (1) (2003), pp. 75–90.

no se producen simplemente por la "viabilidad de la depredación"[25]; deben tenerse en cuenta los distintos tipos de causas de los conflictos, incluidas condiciones estructurales, causas dinámicas (históricas), acontecimientos catalizadores y decisiones de los contendientes. Los motivos y las oportunidades interactúan y señalan la insuficiencia de la dicotomía "codicia/reivindicación"[26].

Una relación compleja y sumamente dinámica entre civiles y combatientes

Gran parte de la bibliografía académica reciente describe la relación durante las guerras civiles entre civiles y combatientes (sean estos el gobierno o tropas rebeldes) como sumamente compleja y dinámica. Los civiles son víctimas, pero también son victimarios. Las élites armadas (gobierno o rebeldes) manipulan a los civiles para servir a sus intereses respectivos, pero la respuesta de la población también influye en los patrones de violencia. Dada la ambigüedad de la relación, continúa siendo difícil distinguir entre los delitos comunes y la participación directa en las hostilidades, así como trazar una línea entre civiles y combatientes, en la mayoría de estos conflictos.

Los factores clave de la participación de civiles en conflictos armados internos son el foco en el reclutamiento de rebeldes y los motivos de la participación de civiles en la guerra civil y la guerra de guerrillas. Para explicar la conversión de civiles a combatientes, los enfoques basados en la noción de grupo enfatizan el papel de los reclamos colectivos, los incentivos selectivos y las sanciones sociales[27]. Otros enfoques, sin embargo, desvían el foco analítico de los grupos y lo colocan en los individuos; el lugar de la acción pasa de arriba hacia abajo a de abajo hacia arriba[28]. Ya no se percibe a los civiles como meros objetos de violencia. Aun cuando pareciera tener motivos políticos, la violencia puede ser un pretexto para venganzas privadas y para el crimen organizado. La convergencia de lo público y lo privado en esta perspectiva hace de la evaluación de la intención individual un asunto irremediablemente complejo y complica en gran medida la evaluación de la conducta civil en muchas situaciones relacionadas con conflictos armados.

El enfoque que se centra en la acción de los civiles *de abajo hacia arriba* también reviste importancia para la naturaleza de las relaciones entre los civiles y los señores de la guerra. Un gran número de estudios académicos se concentra en los factores que determinan el comportamiento del grupo rebelde hacia la pobla-

25 Paul Collier, *Economic Causes of Civil Conflict and Their Implications for Policy*, Department of Economics, Oxford University, 2006, disponible en http://users.ox.ac.uk/~econpco/research/pdfs/Economic-CausesofCivilConflict-ImplicationsforPolicy.pdf (consultado el 6 de marzo de 2009).

26 Para una crítica sucinta del abordaje de Collier y Hoeffler v. Laurie Nathan, *The Frightful Inadequacy of Most of the Statistics: A Critique of Collier and Hoeffler on Causes of Civil War*, Crisis States Discussion Paper, LSE, 2005, disponible en www.research4development.info/PDF/Outputs/CrisisStates/dp11.pdf (consultado el 6 de marzo de 2009).

27 Paul Richards, *Fighting for the Rain Forest: War, Youth and Resources in Sierra Leone*, Heinemann, Oxford, 1996; Jean-Paul Azam, '*On thugs and heroes: why warlords victimize their own civilians*', Economics of Governance, vol. 7 (1) (2006), pp. 53–73; Roger D. Petersen, *Resistance and Rebellion: Lessons from Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

28 V. por ej., Stathis N. Kalyvas, *The Logic of Violence in Civil War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

ción civil y trata de explicar por qué algunos grupos rebeldes abusan deliberadamente de ellos, mientras que otros grupos rebeldes promueven relaciones recíprocas y mutuamente beneficiosas con los no combatientes. Son tres las explicaciones teóricas que dominan el debate actual. Un primer conjunto de enfoques explica la variación en el comportamiento de los grupos rebeldes como resultante de *estructuras de oportunidades* políticas y económicas *para la rebelión*; según esta visión los insurgentes en entornos ricos en recursos tienen más probabilidades de adoptar un comportamiento violento hacia los civiles que aquellos que actúan en entornos donde los recursos escasean[29]. Sin embargo, esas conclusiones deben considerarse con precaución: en general se basan en datos de nivel macro, pero se extraen respecto de teorías de nivel micro.

Un segundo grupo de enfoques explica la variación en el comportamiento de los grupos rebeldes como un resultado de relaciones externas entre grupos en el contexto de los procesos de construcción de los Estados. Los diferentes grupos rebeldes tienen alianzas distintas y cambiantes con las diversas personas que detentan el poder dentro del gobierno. Según esta visión, el comportamiento violento es más probable si el nivel de competencia entre los grupos enfrentados en áreas de un territorio en disputa es alto. El aislamiento de un movimiento rebelde del resto de la sociedad también puede llevar a una situación en la que el grupo rebelde se pierde en su propia "lógica". El resto de la sociedad sigue adelante, y el programa político originario del grupo rebelde queda fuera de lugar o ha desaparecido, por lo que se convierten en un programa exclusivamente militar y económico. Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) son un ejemplo de esa tendencia[30]. Un tercer grupo de enfoques se centra en la *dinámica intragrupal* relacionada con la organización y la estructura del grupo para explicar cuándo y por qué los rebeldes infligen violencia a los civiles. Según esta visión, es el legado social y económico inicial de esos grupos el que define los patrones de interacción entre los rebeldes y la sociedad[31].

La victimización de los civiles puede deberse a que las autoridades competentes y/o una o más facciones insurgentes coloquen deliberadamente a los civiles como blanco. Sin embargo, la variación en el comportamiento rebelde hacia los civiles puede verse influenciada también por el comportamiento de la población civil misma. Muchos estudios subestiman los efectos de las acciones de los civiles, pero los señores de la guerra y los insurgentes suelen depender en gran medida de una población civil anfitriona (cf. la cita de Mao: "El pueblo es a la guerrilla como el agua al pez"). Las facciones de señores de la guerra con frecuencia carecen de

29 V. por ej., Collier y Hoeffler, nota 24 *supra*. Agradecemos a Johannes Hamacher su ayuda en el análisis de la bibliografía sobre la relación entre los civiles y los señores de la guerra.

30 V. por ej., Charles Tilly, *Coercion, Capital and European States: AD 990–1992*, Blackwell, Cambridge, 1990; Virginia M. Bouvier, *'Colombia's crossroads: the FARC and the future of the hostages'*, USI Peace Briefing, junio de 2008; '*War and drugs in Colombia*', Latin American Report 11, International Crisis Group (ICG), 27 de enero de 2005, disponible en www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=3238&l=1 (consultado el 6 de marzo de 2009).

31 V. por ej., Jeremy M. Weinstein, *Inside Rebellion: The Politics of Insurgent Violence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

capacidades bien desarrolladas para combatir en la guerra[32]. Esto da cierta ventaja a los civiles respecto de sus relaciones con la milicia, al menos en la medida en que la población civil sea el objeto de la lucha política del grupo rebelde. Podría decirse que el apoyo de inteligencia y de logística crítico para la misión que los civiles brindan a los insurgentes se acerca a lo que algunos podrían considerar la participación directa en las hostilidades.

Las relaciones entre "civiles" y grupos armados pueden ir incluso más allá y caracterizarse por cierto grado de reciprocidad. En una situación donde las instituciones del Estado son débiles, donde el poder judicial no funciona y la división de poderes no existe, los grupos sociales (formados sobre la base de elementos como la etnia, la religión o el origen) pueden organizarse alrededor de un patriarca, de un "gran hombre". La cuestión no es si se trata de un estadista o de un líder rebelde, sino si puede dar seguridad y beneficios materiales a quienes representa. Violencia, exhortaciones y corrupción son parte de este "sistema". Si bien son ilegales, esos métodos pueden ser legítimos a los ojos de su gente, en tanto sean necesarios para su supervivencia. Cuando la responsabilización democrática está ausente, los "civiles" pueden utilizar el lazo de sangre o incluso la amenaza de la brujería tradicional para mantener a su "gran hombre" bajo control. Así, la forma de rendir cuentas y el grado de reciprocidad de estos lazos neopatrimoniales determinan el grado de violencia que el "gran hombre" utiliza para con quienes lo erigieron como líder[33].

Una ambigüedad similar rodea al etiquetamiento de refugiados guerreros como civiles o combatientes. Recientes trabajos de investigación ahondan en las condiciones de la militarización de los refugiados, el papel de los civiles en la propagación del conflicto a través de las fronteras y la función de los flujos de refugiados como medio para traficar armas pequeñas y ligeras. Estos mecanismos son importantes porque la mayoría de los conflictos armados internos en Estados débiles se llevan adelante con ese tipo de armas de fuego y con armas tradicionales (machetes, hachas, azadas, guadañas). La participación de refugiados en las hostilidades puede ser directa, indirecta o compulsiva, lo cual una vez más destaca la dificultad de trazar una línea entre civiles y combatientes[34].

Sin embargo, cabe destacar que, si se la analiza en forma más exhaustiva, la aparentemente espontánea hostilidad entre civiles tiene un fuerte apoyo subyacente por parte del Estado. Un ejemplo es el carácter organizado del genocidio en Ruanda: un análisis reciente demuestra el papel central que desempeñó el Estado ruandés en el entrenamiento de militantes y en la distribución de armas tradicionales y de fuego. La acción de la élite jugó un papel decisivo en la organización de una fuerza autodefensiva civil étnicamente unida[35]. Ese caso muestra que la bibliografía

32 V. por ej., Marie-Joëlle Zahar, *'Protégés, clients, cannon fodder: civilians in the calculus of militias'*, International Peacekeeping, vol. 7 (4) (2000), pp. 107–28; John MacKinlay, *'Defining warlords'*, International Peacekeeping, vol. 7 (1) (2000), pp. 48–62.

33 Chabal y Daloz, nota 3 *supra*.

34 V. por ej., Idean Salehyan y Kristian Skrede Gleditsch, *'Refugees and the spread of civil war'*, International Organization, vol. 60 (2) (2006), pp. 335–66; Sarah Lischer, *Dangerous Sanctuaries: Refugee Camps, Civil War, and the Dilemmas of Humanitarian Aid*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 2005.

35 V. por ej., Philip Verwimp, *'Machetes and firearms: the organization of massacres in Rwanda'*, Journal of Peace Research, vol. 43 (5) (2006), pp. 5–22.

ha ido más allá de las nociones que presentan a los civiles como receptores pasivos de la propaganda de la élite hacia una visión con más matices respecto de la movilización de civiles. La manipulación de la élite y la construcción sostenida de temores entre grupos emergen como factores clave que explican la participación directa de los civiles en operaciones de limpieza étnica.

En consecuencia, deben crearse incentivos para que los militantes a tiempo parcial dejen de participar de los brazos armados de sus facciones y se unan al proceso político. Si uno cree que la gente puede cambiar, lo que constituye un supuesto clave de la mediación y la negociación, no resulta de gran ayuda pensar a partir de una visión maniquea del mundo en la que compiten los "buenos" y los "malos". En cambio, será necesario crear el contexto geopolítico y los procesos de paz apropiados que promuevan un cambio de actitud y de comportamiento. La experiencia demuestra que la mayoría de los rebeldes y los gobiernos comienzan las negociaciones de paz por razones tácticas y para guardar las apariencias, pero en el transcurso del proceso se dan cuenta de que tienen más para ganar de las negociaciones que del enfrentamiento[36].

En suma, los civiles no solo están desempeñando un papel cada vez mayor en la guerra de alta tecnología, como hemos descrito en relación con la primera tendencia, sino que también tienen un papel cada vez más importante y complejo en conflictos de baja tecnología que se ven en diversos tipos de violencia política organizada dentro de los Estados. En situaciones en las que las instituciones estatales son débiles o inexistentes, los límites entre los dominios público y privado son difusos; no existe un Estado "claro", ni tampoco una sociedad civil "clara" y en consecuencia tampoco hay una distinción clara entre los participantes civiles y no civiles. Tanto los gobiernos como los participantes armados que no pertenecen al Estado utilizan a los civiles y los ponen en su mira, y a su vez se ven afectados por la forma en que los civiles reaccionan a esta situación. Las explicaciones estructurales macrocausales de los conflictos armados internos se concentran en las economías en decadencia, la marginalización de grupos de poder político y la etno-politización de las divisiones grupales. Las explicaciones microcausales se centran en las causas dinámicas e históricas, en acontecimientos catalizadores, en decisiones de los protagonistas y en las motivaciones heterogéneas de ambición y reivindiciación por lo que respecta al reclutamiento de rebeldes y a la participación de civiles en la violencia política. La violencia de los grupos rebeldes para con los civiles está relacionada con las estructuras de oportunidades, las relaciones externas del grupo y los aspectos organizativos dentro del grupo.

36 Annika Aberg, Sabina Laederach, David Lanz, Jonathan Litscher, Simon J. A. Mason y Damiano Sguaitamatti, '*Unpacking the mystery of mediation in African peace processes*', informe, Mediation Support Project, Center for Security Studies (CSS) and swisspeace, Zurich/Berna, octubre de 2008, disponible en www.css.ethz.ch/Mediation_in_Africa_full.pdf (consultado el 6 de marzo de 2009); Simon Mason, '*Learning from the Swiss mediation and facilitation experiences in Sudan*', informe de trabajo, Mediation Support Project, Center for Security Studies (CSS) and swisspeace, Zurich/Berna, mayo de 2007, disponible en www.swisspeace.ch/typo3/fileadmin/user_upload/pdf/Mason-Learning_from_Swiss_mediation_experiences_in_Sudan_May_2007.pdf (consultado el 6 de marzo de 2009). V. también Chester A. Crocker, Fen O. Hampson y Pamela Aall, *Taming Intractable Conflicts: Mediation in the Hardest Cases*, USIP Press Books, Washington, 2004.

Fusión de tendencias: la complejidad de los conflictos asimétricos

El creciente potencial de grupos no pertenecientes a un Estado para ejercer el poder y sembrar la destrucción que ha surgido en el curso de la globalización ha acentuado la participación de civiles en los conflictos armados tanto en las guerras occidentales de alta tecnología como en los conflictos locales internos. En la era actual, caracterizada por una mayor interconexión, las dos tendencias definidas precedentemente se están fusionando, mientras la globalización establece lazos cada vez estrechos entre la vida local y las estructuras mundiales. Si bien es probable que los factores locales permanezcan como la fuente fundamental de conflicto incluso en esta era global, los factores locales y globales interactúan al momento de determinar si y cómo ese conflicto terminará en un hecho de violencia armada. Asimismo, las consecuencias globales de los conflictos locales serán mayores. Al mismo tiempo, es probable que las reacciones globales a los conflictos locales aumenten a medida que los protagonistas internacionales procuren promover la estabilidad y participar en esfuerzos para la construcción de Estados[37].

Las serias amenazas para la seguridad y la estabilidad internacionales surgirán principalmente de la convergencia de dos factores: Estados débiles en zonas de conflictos regionales y la propagación de riesgos globales. La proliferación de armas de destrucción masiva (ADM) y de sistemas de armas de largo alcance, el crimen organizado y el terrorismo global, el calentamiento global y la propagación de enfermedades en todo el mundo desempeñan un papel multifacético e interactivo en la dinámica de los conflictos armados en regiones desestabilizadas. Sin embargo, a medida que las guerras civiles sobrepasan las fronteras, sus consecuencias indirectas internacionales en el ámbito no militar comienzan a ejercer presión sobre los instrumentos de seguridad interior en lugares remotos del mundo.

Las redes terroristas como Al Qaeda se benefician de la existencia de Estados débiles y regiones anárquicas. Al explotar la vulnerabilidad de los mercados globales y las infraestructuras modernas, libran su batalla en áreas remotas desde el punto de vista geográfico y en los polvorientos recovecos de nuestras mentes[38]. Una pérdida similar en cuanto a la función protectora de la geografía también se observa en el reino del crimen organizado y del tráfico ilegal de bienes y personas[39]. En muchos países, las políticas activas de migración e integración están ganando importancia estratégica en términos de seguridad nacional, mientras el ingreso de

37 V. por ej., Christoph Coker, *Globalization and Insecurity in the Twenty-First Century: NATO and the Management of Risk*, Adelphi Paper 345, International Institute of Security Studies, Londres, 2002; Richard L. Kugler y Ellen L. Frost, *The Global Century: Globalization and National Security*, National Defense University Press, Fort Lesley J. McNair, Washington, 2001, disponible en www.ndu.edu/inss/books/Books_2001/Global%20Century%20-%20June%202001/globcencont.html (consultado el 6 de marzo de 2009); Victor D. Cha, *'Globalization and the study of international security'*, Journal of Peace Research, vol. 37 (3) (2000), pp. 391–403.

38 V. por ej., Fawaz A. Gerges, *The Far Enemy: Why Jihad Went Global*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; Robert Keohane, *'The globalization of informal violence, theories of world politics, and the "liberalism of fear'"*, Dialogue–IO, vol. 1 (2002), pp. 29–43.

39 V. por ej., Cornelius Friesendorf, *'Squeezing the balloon? United States air interdiction and the restructuring of the South American drug industry in the 1990s'*, Crime, Law and Social Change, vol. 44 (1) (2005), pp. 35–78.

personas calificadas y la movilidad sin restricciones a través de las fronteras continúa siendo una exigencia clave de las empresas globalizadas.

Los conflictos políticos violentos en el siglo XXI probablemente se caracterizarán por estructuras asimétricas y se caracterizarán por una creciente participación de los civiles. Desde el fin de la Guerra Fría se percibe una tendencia peligrosa, la participación de civiles en conflictos armados, consecuencia de un círculo vicioso de interacción entre las tendencias descritas en este artículo. En el campo militar, la brecha entre la capacidad de Estados Unidos para la guerra de alta tecnología y la de las demás fuerzas militares nacionales se amplió considerablemente. La Guerra del Golfo de 1991, en particular, pareció demostrar la invencibilidad de Estados Unidos en la guerra convencional, lo que contribuyó al sentimiento generalizado de humillación en muchas sociedades árabes. La lección fue clara: solo en una guerra asimétrica podría Estados Unidos verse superado por su adversario. En ese contexto, el terrorismo como táctica militar fue legitimado como un arma de los débiles en su lucha contra adversarios demasiados poderosos[40].

En cambio, los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 destacaron la vulnerabilidad de la infraestructura civil de las sociedades occidentales ante tales ataques. El claro vínculo entre el centro de gravedad paramilitar de Al Qaeda en Afganistán y el régimen talibán en Kabul le permitió a Washington dar forma a una coalición robusta desde el punto de vista político para la primera fase de su "guerra contra el terrorismo". Al combinar sus capacidades de alta tecnología con el apoyo a los adversarios locales de los talibán, la coalición liderada por Estados Unidos invadió Afganistán, derrocó el régimen talibán y logró dispersar a gran parte de los líderes de Al Qaeda[41].

Sin embargo, Washington, preocupado por el escenario catastrófico que produjo el terrorismo de las ADM e impulsado por el ingenuo proyecto neoconservador de una rápida transformación democrática del mundo árabe, fue un paso más allá y aplicó en Irak una política de cambio de régimen inducido por las fuerzas militares. El hecho de que Estados Unidos optara por presentar la invasión a Irak como una segunda fase de la "guerra contra el terrorismo" no tuvo credibilidad a los ojos de la mayoría de sus socios de la OTAN, dado que el vínculo entre el régimen de Sadam Husein y la red terrorista global de Al Qaeda era espurio y la amenaza que se desprendía de sus supuestos programas de ADM era menos que inminente. A nivel regional, la invasión a Irak le hizo el juego a aquellas fuerzas e ideologías que se esforzaban por incitar las tensiones entre los árabes de modo que se transformaran en un "choque de civilizaciones"[42].

Los acontecimientos recientes en Palestina, Líbano, Irak, Irán, Afganistán y Pakistán revelan cómo las fronteras geográficas parecen desintegrarse en medio

40 V. por ej., Ivan Arreguin-Toft, *How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; Martin van Creveld, *The Transformation of War*, Free Press, Nueva York, 1991.

41 V. por ej., Doron Zimmermann y Andreas Wenger (eds.), *How States Fight Terrorism: Policy Dynamics in the West*, Lynne Rienner, Boulder, 2007.

42 V. por ej., Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, Nueva York, 1996.

de un conflicto asimétrico. En esos conflictos, la conciencia humana misma se convierte, cada vez más, en una zona de batalla. El terrorismo global es una estrategia de comunicación: se piensa que la violencia se utiliza para infundir temor más allá de su objetivo inmediato; el efecto psicológico de la amenaza o utilización de la violencia es ganar el apoyo de partidarios y coaccionar al adversario. Los terroristas utilizan hospitales, mezquitas, comunicados grabados en vídeo e Internet como instrumentos efectivos de una estrategia de comunicaciones orquestada[43]. En respuesta a ello, los organismos gubernamentales han acelerado el desarrollo de sus conceptos y capacidades en materia de guerra de la información[44]. Sin embargo, muchos de estos conceptos y capacidades también hacen menos clara la distinción entre guerra y paz, entre ofensa y defensa, y entre responsabilidades militares y responsabilidades políticas.

Una asimetría similar, aunque a diferente escala, es la que se puede dar entre la capacidad militar de los Estados autoritarios y sus grupos internos de oposición "débiles". Aquí también la lección aprendida frecuentemente por los grupos armados no estatales ha sido que los Estados autoritarios solo pueden ser sobrepasados en su capacidad estratégica por una guerra asimétrica. Los grupos insurgentes como los Tigres de Liberación de Eelam Tamil en Sri Lanka, las FARC en Colombia, el Movimiento de Liberación de Sudán y el Movimiento Justicia e Igualdad en Sudán tienen pocas esperanzas de lograr una victoria militar clásica contra el gobierno central, pero sí pueden controlar partes del territorio, y al gobierno central le resulta muy difícil vencerlos. El resultado es que grandes áreas de estos países se tornan inestables y se produce una crisis humanitaria, que con frecuencia se extiende a los países vecinos.

Cuando se funden la guerra asimétrica global y local, la línea divisoria entre "civiles" y "combatientes" se torna sumamente delgada. En primer término, en algunos casos el vínculo entre el conflicto local y el global es de naturaleza física directa. Por ejemplo, países sumidos en conflictos armados internos pueden "hospedar" a protagonistas provenientes de una red terrorista internacional. Osama bin Laden vivió en Sudán y a mediados de los años 1990 tuvo vínculos estrechos con el Frente Nacional Islámico de ese país (que dominó al gobierno sudanés). Luego de la presión ejercida por Estados Unidos, el Gobierno sudanés optó por brindar apoyo a la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (CIA) con información sobre los terroristas, aun cuando continuaban con su propia opresión interna de los grupos de oposición, por ejemplo en Darfur. Los vínculos entre Al Qaeda y los talibán en Afganistán es otro ejemplo de un contendiente local que brinda protección a una red global, aunque en este caso el gobierno local —la facción talibán gobernante— eligió no cooperar con Estados Unidos y en consecuencia fue desalojado por la intervención externa.

En otros casos, el vínculo entre el conflicto local y global es indirecto e ideológico, más que de naturaleza física directa. Los movimientos de oposición locales

43 V. por ej., Bruce Hoffmann, *Inside Terrorism*, Columbia University Press, Nueva York, 1998, pp. 197–228.

44 V. por ej., Myriam Dunn Cavelty, *'Information operations: Trends and controversies'*, CSS Analyses in Security Policy, vol. 34 (3) (2008), Center for Security Studies, ETH Zurich, disponible en www.crn.ethz.ch/publications/crn_team/detail.cfm?id=57145 (consultado el 6 de marzo de 2009).

pueden ser cooptados por la ideología transnacional del "alqaedismo", internacionalizar sus ambiciones políticas y adoptar algunas de las tácticas de guerra asimétrica de Al Qaeda. En respuesta, es bastante probable que los actores internacionales adapten sus políticas para con estos grupos, lo que a su vez puede redundar en que se los clasifique en nuevas categorías. La consecuencia que la superposición entre las formas globales y locales de la guerra asimétrica tiene para el concepto de participación directa en las hostilidades es que probablemente varíe la forma de abordar a los "combatientes" y a los "civiles" en función de consideraciones políticas.

En suma, es difícil distinguir los orígenes de los conflictos locales, regionales y globales. Es muy complicado seguir el rastro de los vínculos físicos entre los diferentes participantes, pero es mucho más difícil identificar los vínculos más intangibles que se establecen mediante la guerra de la información y las influencias ideológicas. Las instituciones y coaliciones occidentales se encuentran profundamente involucradas en conflictos armados internos internacionalizados y complejos. El tratamiento que dan a la indistinción de los límites entre el dominio civil y el militar en estos conflictos será un factor crítico para el éxito a largo plazo de sus esfuerzos de estabilización y de construcción del Estado.

Implicancias en materia de políticas

La dificultad de distinguir entre combatientes y civiles en conflictos asimétricos complejos plantea problemas políticos y jurídicos, pero también prácticos. Estos problemas limitan la aplicabilidad del "enfoque de pertenencia" mediante el cual las personas son blanco de ataques legítimos si mantienen su pertenencia a un grupo armado organizado. Más allá de cuán tentadora sea la implacable lógica de este enfoque desde el punto de vista de la política, no se condice con la realidad de los conflictos armados que, más frecuentemente de lo que suponemos, conllevan la participación de facciones despiadadas en ambos bandos, así se trate del gobierno o de las fuerzas rebeldes. La interacción dinámica actual que tiene lugar entre civiles y combatientes refleja el carácter *ad hoc* de la mayoría de los grupos armados, especialmente en situaciones de guerra civil. La pertenencia individual es con frecuencia efímera, y las coaliciones en constante cambio dan forma a la interacción entre los diferentes grupos.

Una forma de tratar de romper este estancamiento y superar el peligro del sesgo político al momento de decidir quién es un "civil" o un "combatiente" es concentrarse en la conducta individual en lugar de etiquetar en forma colectiva. A primera vista, este enfoque parece ser más o menos neutral a nivel político, dado que el criterio para evaluar quién debe considerarse como objetivo o recibir protección es la conducta de la persona individual y no el nombre del grupo al cual ese individuo pertenece. Pero aun cuando tenga sentido utilizar la conducta (y no el nombre del grupo) como criterio, surgen nuevos desafíos. Uno es la pregunta de cómo medir la conducta y determinar el espacio entre una conducta hostil y aquella que no lo es. La misma persona puede matar durante la noche y llevar una vida normal durante el día. Entonces ¿cuán amplio es el margen entre la conducta hostil y la conducta civil? ¿Durante cuánto tiempo una persona debe deponer su arma para ser considerada no combatiente?

La zona gris entre ser hostil y no hostil, y la forma en que se la mide y define, tienen grandes implicancias y continuarán siendo una cuestión sumamente política. Los Estados cuyas fuerzas participan en conflictos armados internos procurarán favorecer una vasta zona gris dentro de la cual se considerará que la gente todavía participa activamente en conductas hostiles, de forma tal que la pregunta de cuándo esas personas pueden ser tomadas como objetivo será más fácil de responder. Las organizaciones humanitarias, por otro lado, bregarán por una delimitación marcada y estrecha entre la fase de conducta hostil y la fase de conducta no hostil, a fin de proteger a los civiles inocentes[45].

El hecho de que esa zona gris sea una realidad que difícilmente cambie en el corto plazo no significa que los Estados y las instituciones internacionales deban considerarlo como el resultado desigual del comportamiento de grupos anárquicos y, en consecuencia, como una condición de los conflictos armados modernos que simplemente deben aceptar. La aclaración del significado jurídico del concepto "participación directa en las hostilidades" es necesaria para el proceso de adaptación a la naturaleza cambiante de los conflictos armados. Sin embargo, reviste igual importancia que los Estados y las instituciones internacionales reconozcan que la legitimidad a largo plazo de sus políticas para abordar los conflictos asimétricos dependerá de la forma en que enfrenen este desafío.

Las observaciones que se consignan a continuación merecen especial consideración por lo que a la política respecta.

Los gobiernos deberían resistir la tentación de subordinar sus políticas y estrategias para hacer frente a los conflictos regionales a la tarea en apariencia más urgente de combatir el terrorismo global. Una política que considere el terrorismo como una fuerza política con ambiciones territoriales y vínculos con Estados autoritarios no solo le concede una condición política indebida a un adversario no especificado y sumamente fluido, sino que también tiende a antagonizar a los elementos moderados de la región y a ampliar la base de reclutamiento de las fuerzas locales más extremistas. Mientras algunos grupos como Al Qaeda y sus capacidades paramilitares reclaman especial atención, el terrorismo como tal debería definirse por la naturaleza de los actos —que representan una violación deliberada de las normas de la guerra— más que por la identidad de quien los perpetre[46].

Una batalla exitosa contra los grupos terroristas internacionales se basa en la renovada atención a los orígenes locales de los conflictos regionales en Medio Oriente y en ofrecer mejores niveles de vida para la población árabe. El desafío clave radica en la construcción de instituciones políticas y estructuras estatales que las poblaciones locales perciban como legítimas y en la creación de oportunidades económicas destinadas a estabilizar los países y las regiones que han quedado fuera de control. Esta es la proeza que requiere el esfuerzo combinado de los actores públicos, civiles

45 Agradecemos a Maurice Voyame su valioso aporte, sobre el cual se basa este párrafo. V. también Maurice Voyame, *'The notion of "direct participation in hostilities" and its implications on the use of private contractors under international humanitarian law'*, en Thomas Jäger y Gerhard Kümmel (eds.), *Private Military and Security Companies: Changes, Problems, Pitfalls and Prospects*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2007, pp. 361–76.

46 Hoffmann, nota 43 *supra*, pp. 1–42.

y privados. Se debe aceptar la realidad de emergencias complejas, dado que siempre existe una posibilidad de que grupos con redes transnacionales vean las ventajas que les pueden ofrecer los conflictos armados locales. Sin embargo, la utilización de la fuerza debe estar fuertemente controlada e íntimamente vinculada con los objetivos políticos, dado que los blancos de las operaciones de contrainsurgencia con frecuencia son tanto individuos como grupos militares organizados.

Sin embargo, no basta con neutralizar a los individuos mediante acciones policiales y militares. Recibir aportes de la inteligencia local y ganarse el apoyo de la población local son objetivos vitales de las operaciones de contrainsurgencia. En un entorno de esas características, los daños colaterales resultantes de la guerra de alta tecnología tienden a ser desproporcionados. Las principales capacidades son, en cambio, las de inteligencia y seguridad orientadas a las operaciones policiales y militares. Existe además una gran brecha en las capacidades básicas de los civiles necesarias para reformar el sector de la seguridad y construir sistemas educativos, de salud y de justicia, y resta mucho por hacer en la integración de esfuerzos tendientes a reducir la violencia y promover el desarrollo económico y la reforma gubernamental[47].

En la misma línea, los gobiernos deberían reconsiderar el equilibrio entre personal uniformado y empresas privadas, en particular en la fase que va de las hostilidades reales a la construcción de una nación. En la fase de lucha, las empresas privadas pueden servir como un multiplicador, lo que permite al comandante utilizar las capacidades a su disposición con mayor flexibilidad. En un entorno de construcción de una nación, sin embargo, la tercerización a empresas privadas de funciones de inteligencia o de seguridad críticas para la misión puede afectar negativamente el control directo de un comandante sobre el nivel de violencia, socavando así la legitimidad de toda la operación[48].

En 2007, la cantidad de empresas privadas en Irak superó la cantidad de soldados. La participación altamente visible de esos contratistas en los abusos de Abu Ghraib, en misiones no preparadas (como por ejemplo la de los agentes de Blackwater víctimas de una emboscada en Faluya) y en diversos tiroteos que provocaron la muerte de civiles posiblemente han dañado en forma considerable la credibilidad de Estados Unidos. Washington, al igual que otros gobiernos, debe preguntarse en qué punto, dentro del proceso de tercerización de las funciones militares y de seguridad a contratistas privados, la pérdida de control sobre el uso de la fuerza pesa más que el beneficio en términos de una mayor flexibilidad.

Los gobiernos deben aclarar la naturaleza y el alcance de las operaciones de información modernas destinadas a influir en la información del adversario o en las actitudes de la población civil en los teatros de conflictos armados. En conflictos asimétricos la conciencia humana se convierte cada vez más en una zona de

47 V. por ej., David C. Gompert, John Gordon, IV, Adam Grissom, David R. Frelinger, Seth G. Jones, Martin C. Libicki, Edward O'Connell, Brooke K. Stearns y Robert E. Hunter, *War by Other Means: Building Complete and Balanced Capabilities for Counterinsurgency*, RAND, Santa Monica, 2008, disponible en www.rand.org/pubs/monographs/MG595.2/ (consultado el 6 de marzo de 2009).

48 V. por ej., Clivaz, nota 16 *supra*; Dina Rasor y Robert Baumann, *Betraying Our Troops: The Destructive Results of Privatizing War*, Palgrave, Nueva York, 2007.

batalla dentro de la amplia red de los medios de comunicación globalizados. Es un gran desafío distinguir entre operaciones de información en situación de combate y actividades generales de información pública, ya que la transición de actividades de diplomacia pública (que incluyen la propaganda extranjera, el marketing político y la diplomacia cultural) a operaciones psicológicas militares, entre ellas la propaganda subversiva y las políticas de desinformación, es fluida. Los Estados democráticos deberían, con carácter urgente, aclarar qué tipo de operaciones son medios legítimos de guerra bajo el imperio de la ley, y bajo la autoridad de quién.

Diciembre de 2008, N.º 872 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Encadenados a los cañones o con un blanco en la camiseta: los escudos humanos en el derecho internacional humanitario

Stéphanie Bouchié de Belle*
Stéphanie Bouchié de Belle es funcionaria diplomática del CICR.

Resumen

Este artículo examina los problemas jurídicos asociados a los escudos humanos. La autora comienza examinando la naturaleza absoluta de la prohibición de utilizar escudos humanos y luego estudia las precauciones que debe tomar la parte atacada. Aunque la parte atacada incumpla la prohibición de utilizar escudos humanos, esa infracción no constituye un acto de perfidia y no exime al atacante de sus obligaciones. Como los escudos humanos son civiles, no se trata de objetivos militares legítimos, aunque actúen por propia voluntad, puesto que no participan directamente en las hostilidades. Entre las diversas obligaciones de precaución que incumben al atacante, el principio de proporcionalidad se aplica de manera clásica, incluso en el caso de los escudos humanos voluntarios.

***

* Stéphanie Bouchié de Belle tiene una maestría en derecho internacional humanitario y ha sido galardonada con el Premio Henry Dunant 2008 por su trabajo sobre los escudos humanos. La autora desea agradecer a Marco Sassòli sus valiosos consejos. Las opiniones expresadas en este artículo corresponden a la autora y no necesariamente reflejan las del CICR.

Introducción

El fenómeno de los "escudos humanos" no es nuevo, pero se ha vuelto más familiar para la opinión pública en los últimos años, a raíz de la cobertura que los medios de comunicación le han dado. Además, en los conflictos actuales, los escudos humanos parecen haber adoptado nuevas formas, tal como lo demuestran numerosos ejemplos.

De los escudos humanos forzados...

Durante la operación "Libertad para Irak", en 2003, los escudos humanos se utilizaron como técnica de contraataque. "Las fuerzas iraquíes, especialmente los paramilitares de Fedayeen no sólo se cubrieron (ocultaron) en lugares donde había civiles, sino que también obligaron a algunos civiles a cubrir físicamente sus acciones. En algunos casos, se ocultaron detrás de mujeres y niños."[1] Durante la Guerra del Golfo de 1991, Irak anunció públicamente su intención de usar prisioneros de guerra como escudos humanos para resguardarse de ataques contra sitios estratégicos. También colocó a extranjeros que habían sido tomados como rehenes cerca de diques, refinerías de petróleo y fábricas de acero[2].

Sin embargo, Irak de ningún modo es el único lugar donde se ha utilizado ese recurso. Otros ejemplos son los conflictos afgano[3], checheno[4] y palestino-israelí[5], el conflicto en ex Yugoslavia[6] y el conflicto en Líbano en el verano (boreal) de 2006[7]. Pero el fenómeno de los escudos humanos es complejo, ya que las personas que actúan como escudos humanos en muchos casos lo hacen *voluntariamente*.

1 Michael N. Schmitt, 'The conduct of hostilities during Operation Iraqi Freedom: an international humanitarian law assessment', *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6 (2003), p. 99.

2 Paolo Fusco, 'Legal status of human shields', Corso in diritto umanitario internazionale Comitato Internazionale della Croce Rossa e dalla Croce Rossa Polacca Varsavia, Pubblicazioni Centro Studi per la Pace, 2003, disponible en http://studiperlapace.it/, p. 6 (consultado en octubre de 2007).

3 Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruselas, 2002, p. 267. En 1997, en relación con el conflicto en Afganistán, la Asamblea General de la ONU instó a las partes afganas a que dejaran de recurrir a escudos humanos.

4 Fusco, nota 2 *supra*, p. 10. Ha habido muchas denuncias de que en el conflicto en Chechenia las fuerzas rusas y los combatientes chechenos por la independencia usaron escudos humanos.

5 Roland Otto, 'Neighbours as human shields? The Israel Defense Forces' "Early Warning Procedure" and international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, vol. 86, N.º 856 (2004), p. 771. A partir de 2002, el "procedimiento de alerta temprana" permitió a las Fuerzas de Defensa de Israel obtener asistencia de los vecinos palestinos para evacuar casas ocupadas por personas buscadas y convencer a esas personas de que se entregaran.

6 Michael Skerker, 'Just war criteria and the new face of war: human shields, manufactured martyrs, and little boys with stones', *Journal of Military Ethics*, vol. 3 (2004), p. 29. En 1995, durante el sitio de Sarajevo, las fuerzas serbias encadenaron a observadores de la ONU a objetivos militares para disuadir a las fuerzas internacionales de realizar ataques aéreos.

7 El uso es escudos humanos por el Hezbolá en ese conflicto parece haber sido moneda corriente. Una consecuencia fue la muerte de cuatro observadores de la ONU, cuando su puesto de observación en Yemen del Sur fue bombardeado por las fuerzas israelíes.

... a los escudos humanos voluntarios

Muchos recordarán a los civiles serbios tomando posición en los puentes de Belgrado para impedir los bombardeos durante la campaña de la OTAN para proteger Kosovo en 1999[8], o a los civiles palestinos rodeando los cuarteles de Yasser Arafat en Ramalá en 2003 para anticiparse a un ataque de las fuerzas israelíes. O los activistas por la paz que fueron a Irak en 2003 antes del comienzo de la operación "Libertad para Irak" y que fueron alentados por el Gobierno iraquí a tomar posición en o cerca de los objetivos militares[9], como las refinerías de petróleo o las estaciones de energía eléctrica[10]. Sin embargo, como esos voluntarios extranjeros habían ido hasta allí principalmente para proteger a los bienes civiles, rápidamente se fueron del país[11].

El concepto de escudo humano puede abarcar una amplia variedad de situaciones. La técnica se utiliza con cierta frecuencia en conflictos armados asimétricos, donde existe una diferencia importante en cuanto a las armas disponibles para cada una de las partes. ¿Puede justificarse esa práctica, prohibida por el derecho internacional humanitario, por el desequilibrio flagrante entre los beligerantes? ¿Qué estatuto tienen las personas que se utilizan como escudos humanos y de qué protección gozan mientras se libran las hostilidades y después de ser capturadas? Quienes usan escudos humanos y quienes deciden actuar como tales lo hacen para impedir un ataque contra un objetivo militar. ¿Ese razonamiento es válido jurídicamente? Cuando un objetivo militar está protegido por un escudo humano, ¿el atacante está obligado a abstenerse del ataque? Intentaré responder a estas preguntas analizando sucesivamente las diversas cuestiones desde los puntos de vista de la parte atacada, el escudo humano y el atacante.

La prohibición de usar escudos humanos

El término "escudo humano", tal como se lo emplea en el derecho internacional humanitario, significa que un civil se coloca delante de un objetivo militar, de modo tal que su estatuto de civil disuadirá al enemigo de atacar el objetivo[12]. El empleo de escudos humanos está absolutamente prohibido. El derecho también establece que la parte atacada tiene la obligación de tomar precauciones contra los efectos de los ataques.

8 Jean-François Quéguiner, "Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades", *International Review of the Red Cross*, N.º 864, 2006, disponible en español en www.cicr.org/spa/revista.

9 Fusco, nota 2 *supra*, p. 7.

10 Josiane Haas, 'Voluntary human shields: status and protection under international humanitarian law', in Roberta Arnold and Pierre-Antoine Hildbrand (eds.), *International Humanitarian Law And The 21st Century's Conflicts: Changes and Challenges*, Editions interuniversitaires suisses – Edis, Lausana/Berna/Lugano, 2005, p. 191.

11 Schmitt, nota 1 *supra*, p. 100.

12 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I), del 8 de junio de 1977 (en adelante, Protocolo I), art. 51(7).

Una prohibición absoluta

Alcance de la prohibición

El problema de los escudos humanos en un conflicto armado internacional se aborda en numerosas disposiciones de los Convenios de Ginebra[13]. La prohibición de utilizar civiles con tal fin fue retomada y ampliada en 1977 por el artículo 51(7) del Protocolo I:

> "La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares."

Mientras que, en 1949, la prohibición se limitó al ámbito de aplicación del III y el IV Convenios de Ginebra y, por lo tanto, se refirió sólo a los prisioneros de guerra y a las "personas protegidas", el artículo 51(7) del Protocolo I se refiere y, por ende, protege a la población civil en su conjunto. El alcance de la prohibición de los escudos humanos se extiende entonces no sólo *ratione personae*, sino también *ratione materiae*. La "presencia" de civiles utilizada como escudo humano implica dos tipos de situaciones: situaciones donde los civiles son colocados en el interior o las inmediaciones de objetivos militares y situaciones donde los objetivos militares son colocados en medio de los civiles. El artículo 51(7) también abarca los casos en que los "movimientos"[14] de la población civil se utilizan para encubrir las operaciones militares[15].

13 En el caso de los prisioneros de guerra, el art. 23(1) del III Convenio de Ginebra aborda expresamente la cuestión de los escudos humanos. Dispone que la presencia de un prisionero de guerra no puede utilizarse para "proteger ciertos puntos o lugares contra los efectos de operaciones militares". El art. 28 del IV Convenio de Ginebra repite la misma formulación que el art. 23(1) del III Convenio en relación con las "personas protegidas". Tal como se explica en los Comentarios, el término "operaciones militares" tiene la ventaja de abarcar una amplia gama de situaciones, desde los bombardeos aéreos hasta la lucha cuerpo a cuerpo, sea por ejércitos regulares o por grupos como los movimientos de resistencia, que están colocados en la misma categoría que las fuerzas armadas regulares en el art. 4 del III Convenio de Ginebra. La expresión "ciertos puntos o lugares" señala que la prohibición se aplica a sitios pequeños y a superficies amplias. Sin embargo, pese a que el alcance de la prohibición *ratione loci* abarca el propio territorio de los beligerantes, así como el territorio ocupado, su aplicación *ratione personae* se limita a las "personas protegidas" según el art. 4 del Convenio.

14 Esos movimientos pueden ser espontáneos o provocados por una parte en el conflicto o por la potencia ocupante.

15 El Protocolo I también prohíbe el uso de las unidades sanitarias (art. 12.4) y las aeronaves sanitarias (art. 28.1) para proteger de los ataques a los objetivos militares. La expresión "en ninguna circunstancia", empleada en el art. 12(1), indica que la prohibición es *absoluta*. El carácter absoluto de esa prohibición no se limita al uso de pacientes o del personal de las unidades sanitarias, sino que se aplica a la prohibición general de usar escudos humanos, así sean civiles o prisioneros de guerra, que no acepta excepción alguna. Los expertos jurídicos parecen estar de acuerdo en que se trata de una obligación de resultados absoluta. V. Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 22.

Por último, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, el uso de escudos humanos durante un conflicto armado internacional se incluye dentro de los crímenes de guerra (art. 8(2)(b)(xxiii)).

Para demostrar la existencia de una práctica uniforme y constante y de una *opinio juris* de la comunidad internacional, una fuente posible es la jurisprudencia de los tribunales que enjuiciaron crímenes de guerra después de la Segunda Guerra Mundial[16]. Una fuente más reciente es el caso *Fiscal c. Radovan Karadzic y Ratko Mladic* que procesó el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY)[17]. También podemos hacer referencia a los manuales militares de algunos Estados, que describen la práctica, así como al derecho interno de algunos países, y a numerosas declaraciones oficiales de los Estados y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), donde se la condena, y que son de cierto valor en ausencia de práctica contraria[18].

No existen normas convencionales que prohíban expresamente el uso de escudos humanos en conflictos armados no internacionales. El artículo 5(2)(c) del Protocolo adicional II simplemente dispone, al igual que el artículo 19 del III Convenio de Ginebra en el caso de los conflictos armados internacionales, la evacuación de las personas privadas de libertad de las zonas de combate, de tal modo que no queden expuestas a los peligros. Además de esa disposición, la prohibición de usar escudos humanos puede estar incluida en el ámbito del artículo 13(1) del Protocolo II, que establece que la población civil y las personas civiles "gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares". Sin embargo, es el derecho consuetudinario el que ofrece la mejor base para afirmar que el uso de escudos humanos también está prohibido en los conflictos armados no internacionales. La prohibición deriva de las obligaciones fundamentales de distinguir entre combatientes y civiles y de tomar las precauciones correspondientes. Además, el uso de escudos humanos suele colocarse en el mismo nivel que la toma de rehenes, que está prohibida por el derecho consuetudinario y también por el artículo 4(2)(c) del Protocolo II[19]. Según el Estatuto de Roma, el uso de escudos humanos en un conflicto armado internacional puede ser enjuiciado como crimen de guerra. Sin embargo, ello no es posible cuando el acto se comete en un conflicto armado no internacional.

16 Tribunal Militar de Nuremberg, *The United States of America v. Wilhelm Von Leeb (The German High Command Trial)*, 28 de octubre de 1948; Tribunal Militar Británico, *Student Case*, fallo del 10 de mayo de 1946.

17 El 11 de julio de 1996, tras revisar las condenas, la Sala de Apelaciones confirmó todos los cargos del Fiscal, varios de ellos relativos al uso de escudos humanos: el uso de civiles retenidos en campamentos bosnio-serbios como "escudos humanos" y la toma de miembros de la fuerza de paz de la ONU como rehenes, algunos de los cuales luego fueron utilizados como escudos humanos, "amarrados físicamente o de otra manera... en posibles objetivos de los ataques aéreos de la OTAN". Este último cargo se clasifica como crimen de guerra.

18 Louise Doswald-Beck y Jean-Marie Henckaerts, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, Buenos Aires, 2007, (en adelante, "Estudio de derecho consuetudinario"), pp. 384 y ss.

19 La prohibición de usar escudos humanos en conflictos armados no internacionales también es afirmada por el estudio antes mencionado (ibíd., p. 384.) y en Anthony P.V. Rogers y Paul Malherbe (eds.), *Derecho al objetivo: Modelo de manual acerca del derecho de los conflictos armados para las fuerzas armadas*, CICR, Ginebra, 2001, p. 182., apartado 2119.

No existe ninguna disposición en el derecho internacional de los derechos humanos que prohíba expresamente el uso de escudos humanos fuera de las situaciones de conflicto armado. Sin embargo, parece lógico que esa prohibición caiga dentro del ámbito de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[20]. El sufrimiento físico y mental infligido, y particularmente el hecho de que en esa situación la persona está esperando una muerte segura e inminente[21], también pueden servir como fundamento para tal afirmación. Además, si bien los acusados estaban siendo enjuiciados por crímenes de guerra, el TPIY también expresó, en varias oportunidades, la opinión de que el uso de escudos humanos constituía "un trato inhumano" y "un trato cruel".

Cuestiones recurrentes

Como hemos visto, si bien está claramente establecida, la prohibición del uso de escudos humanos suele ser infringida. La cuestión acerca de cómo deben clasificarse esas infracciones se ha planteado en numerosas ocasiones. Además, si bien la prohibición es clara, algunos problemas jurídicos asociados a ella, en particular los relativos al fenómeno de los escudos humanos voluntarios, parecen serlo menos.

El uso de escudos humanos parece ser una práctica muy "pérfida", pero ¿se considera un acto de perfidia en términos jurídicos? Algunos expertos sostienen que, en conflictos armados asimétricos, la parte más débil naturalmente se ve obligada a ocultarse en áreas con alta densidad de población de modo tal que para el adversario sea difícil o imposible identificar los objetivos militares[22]. Sin embargo, "si la población civil es utilizada deliberadamente como una suerte de escudo para proteger a las unidades de defensa, de ningún modo se plantea una cuestión de un tipo de engaño permitido: en ese caso, claramente se trata de un acto de perfidia prohibido"[23]. Se podría interpretar que los comentarios del artículo 28 del IV Con-

20 Esta es la posición adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Demiray v. Turkey*, con el telón de fondo de enfrentamientos entre las fuerzas gubernamentales turcas y el Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Demiray v. Turkey*, fallo de 21 de noviembre de 2000, Solicitud Nº 27308/95. Eric David también ha adoptado la opinión de que el trato inhumano incluye el uso de escudos humanos, que también puede verse como trato humillante o degradante. David, nota 3 *supra*, pp. 680, 683. Por último, en un fallo sobre el tema del "procedimiento de alerta temprana", el Alto Tribunal de Justicia de Israel sostuvo, en una situación reconocida como conflicto armado internacional, que "Pictet acertadamente observó que el uso de personas como "escudos humanos" es un "acto bárbaro y cruel". Alto Tribunal de Justicia de Israel, *Adalah – The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel v. GOC Central Command, IDF,* fallo del 6 de octubre de 2005, p. 11, párr. 21, disponible en http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/990/037/a32/02037990.a32.pdf (consultado en octubre de 2007). En ese mismo fallo, un juez del Tribunal también expresó la opinión de que el uso de una persona como escudo humano violaba "su dignidad como ser humano". Ibíd., p. 17.

21 V. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering v. United Kingdom*, fallo del 7 de julio de 1989, Solicitud N° 14038/88, en el que la expectativa de una muerte segura fue descrita como característica del fenómeno de la "lista de espera de la muerte", que el Tribunal considera un trato inhumano.

22 Frédéric de Mulinen, 'Distinction between military and civilian objects', en Christian Tomuschat (ed.), *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2002, p. 113.

23 Ibíd.

venio de Ginebra afirman lo mismo, en la medida en que contienen un largo pasaje donde se distingue el uso de personas protegidas como escudos humanos de las estratagemas de guerra[24]. Sin embargo, tradicionalmente, las estratagemas de guerra siempre son lo opuesto de los actos de perfidia.

En opinión de la autora, a pesar de la prohibición absoluta del uso de escudos humanos, aplicar el término "acto de perfidia" a esos actos no es jurídicamente acertado, dada la definición del término "perfidia" en el derecho internacional humanitario. Esa definición consta de tres elementos. Dos de ellos son subjetivos: un llamamiento a la buena fe del adversario y la intención de traicionar esa buena fe. El tercer elemento es objetivo y consiste en que el engaño debe vincularse a la existencia de una protección ofrecida por el derecho internacional humanitario[25]. El uso de escudos humanos en verdad se basa en la protección conferida a los civiles o a los prisioneros de guerra por el derecho internacional humanitario, pero el enemigo no es engañado. El estatuto de persona protegida de las personas utilizadas como escudos no es fingido, es genuino. Además, para que un acto quepa en la definición de perfidia y esté prohibido por el artículo 37 del Protocolo I, debe haber sido cometido con la intención de matar, herir o capturar al enemigo[26]. Algunos autores van aun más lejos y afirman que "si se los utiliza sólo para combates contra objetivos militares sin, por ejemplo, afectar a los combatientes enemigos, están permitidos"[27]. En el caso de los escudos humanos, el objetivo no es matar, herir o capturar el enemigo, sino *defender* los objetivos militares contra los ataques. Por lo tanto, parecería que el uso de escudos humanos no cabe en la definición de acto de perfidia y menos aún en el de acto de perfidia tal como lo definen el artículo 37 del Protocolo adicional I y la norma consuetudinaria codificada a partir de éste.

El problema de los escudos humanos *voluntarios* no fue abordado explícitamente por los redactores de los Convenios y sus Protocolos adicionales. ¿Ello significa que los escudos humanos voluntarios no están cubiertos por la prohibición de los escudos humanos? Parece improbable. La parte que se beneficia de su presencia no necesariamente tiene que haber ido a buscarlos y colocarlos por la fuerza delante de un objetivo militar. Tampoco es necesario que las personas utilizadas como

24 Jean S. Pictet, *Commentary on the Fourth Geneva Convention, Article 28*, CICR, Ginebra, 1958, p. 208.

25 Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *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)*, CICR, Plaza y Janés Editores, Bogotá, 2001, apartado 1500, p. 69. En términos generales, los actos considerados como estratagemas de guerra se contraponen a actos equivalentes a perfidia, como en el art. 37 del Protocolo I. El art. 37(1) define e ilustra el concepto de actos pérfidos, que están estrictamente prohibidos, mientras que el art. 37(2) aborda las estratagemas de la guerra, que no están prohibidas. El lector podría concluir que, según el Comentario, el uso de personas protegidas como escudos humanos no es una estratagema de guerra y, por lo tanto, es un acto de perfidia.

26 Ibíd., p. 605, apartado 1491. Michael Bothe, Karl Josef Parsch y Waldem A. Solf, *New Rules for victims of armed conflicts*, Martinus Nijhofff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1982, pp. 203-204; Stefan Oeter, 'Methods and means of combat', en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, p. 201. Esa prohibición forma parte del derecho consuetudinario en conflictos armados internacionales como no internacionales, independientemente de las dudas que puedan surgir en cuanto al carácter consuetudinario del factor "captura". Doswald-Beck y Henckaerts, nota 18 *supra*, pp. 247-253.

27 Oeter, nota 26 *supra*, pp. 201-202.

escudos humanos no sepan que se las está utilizando de ese modo[28]. Por el contrario, parece que esa prohibición "se aplica cuando los civiles son tomados como rehenes y cuando se han ofrecido voluntariamente a escudar objetivos militares"[29]. El elemento esencial en la prohibición del uso de escudos humanos es más bien la intención de usar la presencia de seres humanos como escudos para proteger un objetivo militar. Esto queda corroborado por los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional[30]. El elemento material es desplazar o aprovechar la ubicación de las personas protegidas; el elemento mental es la intención de proteger un objetivo militar de los ataques o escudar, facilitar o impedir operaciones militares. No hay ningún indicio acerca del requisito de que la persona usada como escudo desconozca que lo está haciendo o sea obligada a hacerlo. Sin embargo, el criterio de intención siempre es delicado. ¿Cómo se puede estar seguro de que la tolerancia o la inacción en relación con las personas que se han colocado voluntariamente en sitios estratégicos deberían interpretarse como una intención de aprovechar su presencia para resguardar un objetivo militar de los ataques? Sin embargo, se puede llegar inductivamente a la conclusión de que ha existido esa intención sobre la base de las circunstancias de los hechos[31].

Si las autoridades permiten que eso suceda sin tomar ninguna medida, ello se podría considerar como un signo de la intención de utilizar escudos humanos, dado que, además de la obligación negativa absoluta de hacerlo, las autoridades tienen obligaciones positivas, aunque relativas, de tomar varias medidas de precaución, incluida la de mantener a los civiles alejados de los objetivos militares.

28 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 25.

29 Haas, nota 10 *supra*, p. 207.

30 Elementos de los Crímenes, adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en la CPI, 9 de septiembre de 2002.

31 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 26: "Por ejemplo, el hecho de que los civiles se reúnan en un puente con valor militar para protestar contra la destrucción de otros puentes similares por el enemigo probablemente no implicará una intención por parte del beligerante. Sin embargo, si en el mismo puente, los manifestantes instalan un campamento por un largo período de tiempo y las autoridades no toman ninguna medida para alejarlos del lugar, esa inacción dará lugar a una clara suposición de que las autoridades se proponen utilizar la presencia de los civiles para proteger el puente de un ataque enemigo. Surgirá una suposición aún más clara de esa intención si los voluntarios civiles son instruidos por las fuerzas armadas acerca de qué sitios militares deben ser "protegidos"."

La obligación relativa contenida en el artículo 58[32]

El artículo 58 del Protocolo adicional I, titulado "Precauciones contra los efectos de los ataques", establece obligaciones que incumben a la parte atacada que, si bien no son absolutas, están directamente vinculadas a la cuestión de los escudos humanos y consolidan la prohibición de su uso:

> "Hasta donde sea factible, las Partes en conflicto:
>
> a. se esforzarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 49 del IV Convenio, por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control;
> b. evitarán situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas;
> c. tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control."[33]

32 Debemos observar que existe un debate en torno a si el art. 58 representa o no el derecho consuetudinario, sobre todo en los conflictos armados no internacionales. Según el estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, las obligaciones contenidas en esa disposición forman parte del derecho consuetudinario, al menos en un conflicto armado internacional. Cf. Doswald-Beck y Henckaerts, nota 18 *supra*, pp. 68, 71, 74; v. también Jean-Marie Henckaerts, 'The conduct of hostilities: target selection, proportionality and precautionary measures under international humanitarian law', en Cruz Roja Noruega, *Protecting Civilians in 21st-Century Warfare*, 2001, p. 20. Sin embargo, el Estudio considera que existen muchas razones para sostener que esas normas forman parte del derecho internacional general aplicable a los conflictos armados no internacionales. Doswald-Beck y Henckaerts, nota 18 *supra*, p. 81 y ss. Sin esas medidas de precaución, la protección general conferida a la población civil por el art. 13(1) del Protocolo II contra los peligros derivados de las operaciones militares sería letra muerta. Sin embargo, no todo el mundo comparte esta opinión. Para J. Gardam, si bien el art. 51(7), que es complementario del art. 58, es una norma consuetudinaria, el art. 58 es un "desarrollo nuevo". Judith G. Gardam, *Non-Combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1993, p. 156. Según M. Sassòli y L. Cameron, sólo Estados Unidos e Irak han sostenido en alguna oportunidad que la obligación de no colocar objetivos militares en áreas con alta densidad de población no es consuetudinaria, y que sólo la prohibición de usar escudos humanos es verdaderamente consuetudinaria. Marco Sassóli y Lindsey Cameron, 'The protection of civilian objects – current state of the law and issues *de lege ferenda*', en Natalino Ronzitti y Gabriella Venturini (eds.), *Current Issues in the International Humanitarian Law of Air Warfare*, Eleven, Utrecht, 2006, pp. 72, 73

33 Para más detalles sobre las obligaciones tanto positivas como negativas (abstención), en el art. 58, v. Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, apartado 2244, p. 967; ibíd., apartados 2246, 2247, p. 969; ibíd., apartados 2250, 2251, 2254, 2256, 2257, p. 969 y ss. V. también Bothe, Partsch y Solf, nota 26 *supra*, p. 372, apartado 2.4.2; ibíd., p. 373, apartado 2.5; ibíd., p. 374, apartado 2.8; Doswald-Beck y Henckaerts, nota 18 *supra*, Norma 22, p. 77 y ss; Quéguiner, nota 8 *supra*; Jean-François Quéguiner, "Le principe de distinction dans la conduite des hostilités, un principe traditionnel confronté à des défis actuels", tesis doctoral, Universidad de Ginebra, 2006, p. 403; Frédéric de Mulinen, *Manual sobre el derecho de la guerra para las fuerzas armadas*, CICR, Ginebra, 1989, p. 108, apartado 439; ibíd., p. 109, apartados 443-444; ibíd., p. 109, apartado 445; de Mulinen, nota 22 *supra*, p. 111; Oeter, nota 26 *supra*, p. 167; Rogers y Malherbe, nota 19 *supra*, p. 78, apartado 1201.5.b, 1205.5.c.; Hans-Peter Gasser, 'Protection of the civilian population', *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, pp. 223-224.

Esas obligaciones son vinculantes para toda parte que tenga control sobre la población civil de que se trate, sean miembros de su propia población o extranjeros, refugiados u otras personas. Todo territorio bajo la autoridad *de facto* de la parte debe tener el beneficio de esas medidas de precaución. Esto se aplica a los territorios ocupados, así como a los territorios nacionales[34]. Algunos Estados percibieron que imponerles la obligación de tomar medidas que deberían aplicar en su propio territorio era una interferencia en su soberanía[35]. Para responder a esas preocupaciones, se añadió la expresión "hasta donde sea factible" para calificar esas obligaciones. A diferencia de la prohibición del uso de los escudos humanos, esas obligaciones no son absolutas. Sin embargo, no son meras recomendaciones piadosas, tal como afirman algunos comentaristas[36], sino verdaderas obligaciones jurídicas que vinculan a los Estados. Alejar a los civiles de los objetivos militares, evitar colocar objetivos militares dentro o cerca de áreas densamente pobladas y tomar las medidas de precaución necesarias para proteger a los civiles forman el objetivo general al que debe tenderse dentro de lo posible, tomando en cuenta las circunstancias, la factibilidad y la ventaja militar prevista[37]. Por lo que respecta a la obligación de tomar las medidas de precaución necesarias para proteger a los civiles, es posible utilizar soldados con tal fin[38]. Sin embargo, como pueden ser atacados legítimamente, su mera presencia es un factor de riesgo para los civiles que se supone deben proteger. De modo que el atacante debe observar la obligación de tomar precauciones, sobre todo las vinculadas al principio de proporcionalidad, a fin de dar a los escudos humanos la protección a la que tienen derecho. Esa protección deriva, ante todo, del estatuto jurídico que tienen los escudos humanos.

Estatuto y protección de los escudos humanos

La protección a la que una persona usada como escudo humano tiene derecho dependerá, en gran medida, del estatuto jurídico de esa persona. Tanto el estatuto como la protección han dado lugar a controversias, sobre todo por las diversas interpretaciones de algunos conceptos fundamentales del derecho que rige la conducción de las hostilidades en los conflictos armados internacionales. Esos conceptos también plantean problemas cuando se trata de trasponerlos a las situaciones de conflictos armados internos.

El estatuto jurídico de los escudos humanos: ¿son personas civiles o no?

No se trata simplemente de asignarle una etiqueta a una persona a los fines de la adecuación jurídica. Definir el estatuto jurídico de los escudos humanos, es

34 Sandoz, Swinarski y Zimmermann (eds.), nota 25 *supra*, apartado 2255, p. 970. Las potencias ocupantes no pueden "descuidar la suerte que pueda correr la población del territorio ocupado y tener sólo en cuenta las necesidades y la salvaguardia de sus tropas".

35 Cf. Bothe, Partsch y Solf, nota 26 *supra*, p. 372, apartado 2.3.

36 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 129

37 Bothe, Partsch y Solf, nota 26 *supra*, p. 372, apartado 2.4.2.

38 Gasser, nota 33 *supra*, p. 224.

decir determinar si esas personas son combatientes o civiles, tiene algunas consecuencias. La primera de ellas se relaciona con la conducción de las hostilidades. En aplicación del principio fundamental de distinción, sólo los objetivos militares pueden ser atacados[39]. Los civiles[40] no pueden ser atacados en ninguna circunstancia, siempre y cuando no participen directamente en las hostilidades[41]. Si el escudo humano es un civil, goza de la protección asociada al estatuto de civil y no puede ser objeto de los ataques. Sin embargo, si el escudo humano es considerado un combatiente, se convierte en un objeto legítimo de los ataques. Lo mismo se aplica a los civiles que participan directamente en las hostilidades, mientras dure esa participación[42]. Una segunda consecuencia deriva de las opciones de detención. En el caso de un combatiente que cae en poder del enemigo, el enemigo puede detenerlo mientras dure el conflicto sin necesidad de otra razón más que su estatuto de combatiente. Sin embargo, si un escudo humano es un civil, se necesitan razones para detenerlo[43]. También deberían aplicarse varias garantías[44]. Durante su detención, un combatiente gozará del ampliamente regulado estatuto de prisionero de guerra (v. III Convenio de Ginebra de 1949). Por último, en ninguna circunstancia puede enjuiciarse a un combatiente por el simple hecho de haber participado en las hostilidades, es decir por actos lícitos de guerra que haya realizado. En cambio, un civil que haya participado directamente en las hostilidades puede ser enjuiciado no sólo si ha cometido crímenes de guerra, sino también por el mero hecho de haber tomado las armas.

En el derecho internacional humanitario, toda persona es civil o combatiente. Por supuesto que difícilmente se pueda considerar que es un combatiente la persona que es mantenida y colocada delante de un objetivo militar contra su voluntad. Sin embargo, esa cuestión se plantea en relación con los escudos humanos voluntarios. Hay quienes opinan que una persona que se coloca deliberadamente delante de un objetivo militar a fin de protegerlo de los ataques es un combatiente. Sin embargo, los escudos humanos no caben en la definición de combatiente tal como figura en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra o en el artículo 43 del Protocolo I. No pertenecen a las fuerzas armadas de una parte en un conflicto y, aunque sean persuadidas por una parte en el conflicto de actuar como escudos humanos en

39 Protocolo adicional I, arts. 48 y 52(2).

40 Protocolo adicional I, art. 51(2) y Protocolo adicional II, art. 13(2).

41 Protocolo adicional I, art. 51(3) y Protocolo adicional II, art. 13(3).

42 Ibíd.

43 En territorios ocupados, las personas protegidas sólo podrán ser internadas "por razones imperiosas de seguridad", IV Convenio de Ginebra, art. 78. En territorios no ocupados, "el internamiento o la residencia forzosa de las personas protegidas no podrá ordenarse más que si la seguridad de la Potencia en cuyo poder estén lo hace absolutamente necesario", IV Convenio de Ginebra, art. 42.

44 Procedimiento legítimo y organismo competente, incluso organizado por la Potencia ocupante, derecho a apelar, celeridad del proceso y revisión periódica de la decisión de internamiento, cada seis meses dentro de lo posible, art. 78. "Toda persona protegida que haya sido internada o puesta en residencia forzosa tendrá derecho a que un tribunal o un consejo administrativo competente, instituido con esta finalidad por la Potencia detenedora, considere de nuevo, en el más breve plazo, la decisión tomada a su respecto." IV Convenio de Ginebra, art. 43. "El tribunal o el consejo administrativo examinará periódicamente, y por lo menos dos veces al año, el caso de dicha persona, a fin de modificar en su favor la decisión inicial, si las circunstancias lo permiten". Ibíd.

su beneficio, es difícil imaginar que pertenezcan a una organización con un mando responsable de esa parte, sobre todo cuando son voluntarios, como en Irak. Un signo distintivo es una posibilidad, pero su finalidad no será distinguirlos de la población civil sino, por el contrario, señalar que son miembros de la población civil. Después de todo, lo que un escudo humano hace es jugar con la preocupación del enemigo de no correr el riesgo de matar o herir a civiles, a fin de evitar un ataque militar. Se puede considerar que un escudo pertenece a un grupo organizado, por ejemplo una organización no gubernamental pacifista, si no está armado o no porta armas abiertamente.

En general, el estatuto de civil determina la protección a la que tiene derecho una persona. Sin embargo, el caso de los escudos humanos voluntarios plantea cuestiones especiales. La protección conferida a un civil varía en función de si participa directamente en las hostilidades o no. También se puede analizar en qué medida el hecho de actuar como escudo humano voluntario puede considerarse un crimen.

¿De qué protección gozan los escudos humanos?

Todos los civiles deberían gozar de protección contra los efectos de las hostilidades y no ser objeto de los ataques[45]. De modo que lo mismo es válido para los escudos humanos. Sin embargo, esa protección de que gozan los civiles va a la par con la prohibición de participar directamente en las hostilidades[46]. Si los civiles participan directamente en las hostilidades, su protección cesa mientras dure esa participación, y pueden ser objeto de un ataque lícito. En el caso de los escudos humanos *voluntarios*, se plantea la cuestión en los términos siguientes: si puede considerarse que el voluntario está participando en las hostilidades, pierde su protección como civil mientras dure esa situación. Si es capturado, podría ser enjuiciado simplemente por haber participado en las hostilidades, como hemos visto antes. Si deseamos comprender los riesgos reales que corre un escudo humano voluntario, debemos determinar si sus actos pueden verse como una participación directa en las hostilidades. Al mismo tiempo, es interesante examinar el fenómeno de los escudos humanos voluntarios teniendo en cuenta que el uso de escudos humanos está calificado como crimen de guerra.

La dificultad de considerar que actuar como escudo humano voluntario equivale a participar directamente en las hostilidades

Los expertos están divididos en torno a la cuestión de si actuar como escudo voluntario equivale o no a participar directamente en las hostilidades[47]. Son varios los juristas que consideran que actuar como escudo humano voluntario —es decir, tratar deliberadamente de evitar un ataque contra un objetivo militar— es un

45 Protocolo adicional I, art. 51.

46 Protocolo adicional I, art. 51(3).

47 Informe sumario, Segunda Reunión de Expertos, Participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, coorganizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Instituto TMC Asser, La Haya, 25-26 de octubre de 2004, p. 6.

acto equiparable a participar directamente en las hostilidades[48]. De ello se desprende que los escudos humanos voluntarios pierden su protección como civiles porque participan directamente en las hostilidades[49]. Según ese análisis, los escudos humanos actúan exactamente de la misma manera que los sistemas de defensa contra ataques aéreos, sólo que con mayor eficacia[50]. El Alto Tribunal de Justicia de Israel adoptó una posición similar en un reciente fallo sobre las ejecuciones selectivas de "terroristas", en la que examinó la cuestión de qué derecho se aplica a los civiles que actúan como escudos humanos. El Tribunal halló que "si lo hacen por propia voluntad, sin el apoyo de una organización terrorista, deberían ser considerados como personas que participan directamente en las hostilidades"[51]. Pero hay otros expertos que no comparten esa opinión y sostienen que sería incorrecto afirmar que las personas que voluntariamente se colocan delante de un objetivo legítimo participan directamente en las hostilidades[52].

Los actos hostiles no necesariamente conllevan el empleo de armas ni la participación directa en las hostilidades necesariamente conlleva un "ataque"[53]. Los ataques incluyen actos ofensivos y defensivos[54]. Por lo tanto, sería posible considerar que los escudos humanos voluntarios que se colocan, sin armas, delante de objetivos militares para evitar un ataque, en otras palabras, para defenderlo, participan directamente en las hostilidades.

Sin embargo, los "actos hostiles" y "la participación directa en las hostilidades" pueden definirse como "actos que, por su naturaleza o por su propósito, están destinados a causar daños concretos al personal o al material de las fuerzas armadas adversas"[55]. Si adoptamos esa definición de participación directa en las hostilidades, las acciones de los escudos humanos voluntarios no caben del todo en ella. Los escudos humanos voluntarios no atacan a las fuerzas enemigas; tan sólo protegen, mediante una actitud pasiva, al personal o al material de sus propias fuerzas armadas. Se podría hacer una extrapolación y decir que atacan a las fuerzas adversas de forma indirecta, dado que al proteger a su propio personal y material militar, los preservan y les permiten atacar al enemigo. Sin embargo, esa interpretación no cuadra con el empleo del término "concreto" y menos aún con el Comentario, que describe la participación directa en las hostilidades como actos "que representan una amenaza directa para la parte adversa"[56]. Incluso si pudiera decirse

48 Dinstein, nota 36 *supra*, p. 130.

49 Schmitt, nota 1 *supra*, p. 100.

50 Michael N. Schmitt, "Targeting and humanitarian law: current issues", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol, 34 (2004), p. 95.

51 Alto Tribunal de Justicia de Israel, *The Public Committee v. The Government of Israel*, fallo del 14 de diciembre de 2006, párr. 36, disponible en http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf (consultado en octubre de 2007).

52 Laurent Colassis, citado por Ludovic Monnerat, *Le problème des boucliers humains volontaires dans les opérations contemporaines*, CheckPoint, sitio informativo del ejército suizo, 15 de marzo de 2003, disponible en www.checkpoint-online.ch/CheckPoint/Monde/Mon0047-ProblemeBoucliersHumains.html (consultado en noviembre de 2008).

53 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, p. 863, apartado 1943.

54 Protocolo adicional I, art. 49.

55 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, p. 864, apartados 1942 y 1944.

56 Bothe, Partsch y Solf, nota 26 *supra*, p. 301, párr. 2.4.1.

que los escudos humanos representan una amenaza para la parte adversa porque protegen a los objetivos militares que también representan una amenaza, aquella amenaza no es inmediata. Pese a que, sin duda, podría contribuir a la "capacidad bélica" de un Estado, la participación de los escudos humanos no es sino indirecta. De modo que no puede considerarse que los escudos humanos voluntarios participen directamente en las hostilidades.

De todos modos, el grado de concreción o de inmediatez que debe tener una amenaza para ser considerada como participación directa en las hostilidades es difícil de definir. El Alto Tribunal de Justicia de Israel[57] ha adoptado la opinión de que el carácter "directo" de la participación no debería limitarse sólo a la persona que comete el acto físico del ataque. Quienes la han enviado también "participan directamente". Dicho esto, "la participación directa en las hostilidades implica un nexo directo de causa a efecto entre la actividad ejercida y los golpes asestados al enemigo, en el momento y en el sitio en que esa actividad se ejerce"[58]. Sin embargo, la principal dificultad consiste en determinar la intensidad requerida para crear esa relación causal. Parecería importante no adoptar una posición demasiado amplia: interpretarla en forma demasiado laxa significa equiparar muy fácilmente la acción de los escudos humanos voluntarios a una participación directa en las hostilidades, lo que significaría, como han señalado algunos expertos, que podrían ser atacados "durante su preparación, en particular cuando se estén desplazando hacia el objetivo militar que se proponen proteger con su presencia"[59]. Sin embargo, no existe la necesidad militar de atacarlos cuando no están protegiendo un objetivo militar. Tampoco hay necesidad de atacar a la propia persona que actúa como escudo humano, además del objetivo militar que está tratando de proteger[60]. Si se fuerza demasiado la relación causal, prácticamente todo podría verse como una participación directa en las hostilidades, incluida la actitud de la población civil en general, porque socavando la moral de la población, se puede debilitar su apoyo al Estado y, por ende, al Estado mismo. En ese caso, desaparecería el principio fundamental de distinción y se daría carta blanca a la guerra total. Por último, como señalan varios expertos, la relación causal no debería interpretarse demasiado ampliamente porque el derecho debe poder ser aplicable en el terreno[61].

En todo caso, se puede afirmar sin lugar a dudas que los actos de los escudos humanos voluntarios no encajan fácilmente en lo que consideramos una participación directa en las hostilidades. Además, sostener lo contrario parece totalmente contraproducente. Lo especial de los escudos humanos es que su estatuto de civiles, que los vuelve "inatacables", se utiliza para proteger un objetivo militar. Pero

57 *The Public Committee v. The Government of Israel*, nota 51 *supra*, párr. 37. V. también William J. Fenrick, 'The targeted killings judgment and the scope of direct participation in hostilities', *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, Nº 2 (2007), p. 336.

58 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, p. 718, apartado 1679.

59 Informe sumario, Segunda Reunión de Expertos, nota 47 *supra*, p. 6.

60 Schmitt, nota 50 *supra*, p. 96.

61 Informe sumario, Tercera Reunión de Expertos sobre la Noción de Participación Directa en las Hostilidades, coorganizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Instituto TMC Asser, Ginebra, 23-25 de octubre de 2005, p. 30, disponible en www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities hostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf (consultado en septiembre de 2007).

si participaran directamente en las hostilidades, podrían ser objeto de los ataques. De modo que su presencia delante de un objetivo militar sería completamente inútil. En ese caso, nadie iría voluntariamente a colocarse delante de un potencial objetivo... A su vez, puede verse que, desde el punto de vista de la participación directa en las hostilidades, hay diferentes tipos de escudos humanos voluntarios. Parece haber poco en común entre un escudo humano que se coloca en el techo de una plataforma de lanzamiento de misiles y, tomando un ejemplo citado por un experto, "una somalí que cruza la calle con los brazos abiertos y oculta detrás de ella a uno o dos combatientes, que disparan sus armas desde atrás de su largo vestido blanco"[62]. En el caso *Tadic,* el TPIY adoptó un enfoque caso por caso:

> "Es innecesario definir exactamente la línea que divide a los que participan directamente en las hostilidades y a los que no participan. Alcanza con examinar los hechos relevantes de cada víctima y evaluar si, en las circunstancias de cada caso, esa persona participó directamente en las hostilidades en el momento de que se trate."[63]

De modo que no podemos afirmar en términos generales y absolutos que la acción de un escudo humano voluntario se equipara o no a una participación directa en las hostilidades. Ello sólo puede evaluarse a través de un análisis *in concreto* de la manera en que el escudo humano trata de proteger al objetivo militar.

Cuando se trata de determinar si un escudo humano voluntario, al defender un objetivo militar, participa o no de las hostilidades, el criterio de escudo real, *físico* que constituye contra un potencial ataque parece ser una solución interesante y posible. Por ejemplo, para llegar a atacar un objetivo militar delante del cual se ha colocado una multitud de personas, una división de infantería tendría que enfrentarse a esa multitud. En cambio, un pequeño número de escudos humanos colocados cerca de un objetivo militar para protegerlo de un ataque aéreo no constituye un obstáculo real para la parte atacante en el sentido *material* del término. En ese caso, la presencia de escudos humanos es sólo un obstáculo *jurídico* para el atacante, que duda en atacar sólo por el temor de las repercusiones políticas y mediáticas que podrá tener el hecho de violar el derecho internacional humanitario. De modo que sería demasiado audaz declarar que un obstáculo de esa naturaleza sería una participación directa en las hostilidades.

Los riesgos inherentes que corren los escudos humanos voluntarios

Dado que, en la mayoría de los casos, no puede equipararse la acción de los escudos humanos voluntarios a una participación directa en las hostilidades, aquellos conservan la plena protección que les confiere el estatuto de civiles. No obstante, queda claro que su posición delante de un objetivo militar hace que su situación sea más peligrosa que la de un civil que no está cerca de un objetivo militar potencial. Su condición puede compararse a la de los trabajadores de las fábricas de

62 Informe sumario, Segunda Reunión de Expertos, nota 47 *supra*, p. 7.

63 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, fallo del 7 de mayo de 1997, Caso Nº IT-94-I-T, párr. 616.

municiones[64]. Como civiles que sólo participan indirectamente en las hostilidades, esos trabajadores siguen gozando de protección[65].

La idea del riesgo "ordinario" al que esos civiles se exponen se halla en los escritos de Frédéric de Mulinen: "Las personas civiles que estén en el interior del objetivo militar o en sus inmediaciones comparten el peligro al que éste está expuesto"[66].

En el caso específico de los escudos humanos voluntarios, Josiane Haas parece compartir esa opinión:

> "Si bien los escudos humanos voluntarios no pierden su derecho a recibir protección como civiles, pueden perder *de facto* esa protección al permanecer cerca de los objetivos militares. Al igual que los periodistas incorporados en las unidades militares, los escudos humanos voluntarios pierden la protección conferida a los civiles que no participan directamente en las hostilidades a causa de su proximidad a un objetivo lícito, siempre y cuando, obviamente, el ataque no sea indiscriminado. De modo que actúan a su *riesgo* y ventura."[67]

Luego continúa diciendo que el atacante está obligado por los principios de distinción y proporcionalidad. En resumen, los escudos humanos no pierden su protección como civiles. Simplemente se encuentran cerca de un objetivo militar y, por ello, "correrán el riesgo de convertirse en víctimas de un ataque legítimo contra el objetivo que están resguardando"[68].

64 Human Rights Watch, 'International humanitarian law issues in a potential war in Iraq', 20 de febrero de 2003, disponible en http://hrw.org/backgrounder/arms/iraq0202003.htm#1 (consultado en septiembre de 2007).

65 A primera vista, Dinstein no parece ser de esa opinión: "Estos civiles no gozan de inmunidad mientras se encuentran trabajando". Dinstein, nota 36 *supra*, pp. 124-125. Sin embargo, hay motivos para suponer que Dinstein no se refiere a la pérdida de inmunidad jurídica, sino a una pérdida *de facto*. Continúa diciendo: "si las plantas industriales son lo suficientemente importantes (las fábricas de municiones serían el paradigma), las víctimas civiles —incluso en gran número— por lo general entrarían en el rubro de daños incidentales aceptables". Ibíd. De modo que si los trabajadores no están protegidos, según Dinstein, ello se debe a que se ha realizado el cálculo de la proporcionalidad y no ha resultado en su favor, es decir que los jefes militares han adoptado la opinión de que la ventaja militar es tal que los daños incidentales son aceptables (retomaré la cuestión de la proporcionalidad), y no porque se encuentran en el interior de un objetivo militar. "Al salir de la fábrica, los trabajadores civiles dejan de correr el *riesgo* de ser atacados" (el subrayado es nuestro) o, más precisamente, de exponerse al riesgo de un ataque contra el objetivo militar que se está decidiendo (después de una evaluación de la proporcionalidad) y de sufrir sus consecuencias. Ibíd. Espero que esta interpretación de la opinión de Dinstein sea la correcta, pues continúa diciendo que "si los trabajadores vivieran en la "zona de ataque", tampoco estarían protegidos en sus hogares". Ibíd. Además, extiende esta opinión a otros civiles, como los que acompañan a las fuerzas armadas y los que se acercan a los objetivos militares, como las principales rutas de transporte: "Cuando en tiempo de guerra, los civiles viajan por una carretera importante, toman un tren, van a un aeropuerto, etc., corren un *riesgo* en caso de ataque aéreo" (el subrayado es nuestro). Ibíd. Sin duda, parecería que Dinstein se está refiriendo a los riesgos *de facto* y no a la pérdida de la protección jurídica, pues una vez más se refiere al principio de proporcionalidad: "Dada la significativa ventaja militar que por lo general se puede obtener de la destrucción de un puente ubicado estratégicamente, un número relativamente alto de civiles suele considerarse un daño incidental razonable" (debería recordarse que el cálculo de la proporcionalidad es una prueba que debe aplicarse *in concreto*, en función de "las circunstancias del caso"). Ibíd.

66 De Mulinen, nota 33 *supra*, p. 14, párr. 56.

67 Haas, nota 10 *supra*, p. 210 (el subrayado es nuestro).

68 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 27.

¿Son los escudos humanos criminales de guerra?

Como hemos visto, usar escudos humanos es uno de los actos clasificados como crímenes de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, específicamente en el artículo 8(2)(b)(xxiii). De modo que podemos preguntarnos si una persona que se coloca delante de un objetivo militar también está cometiendo un crimen de guerra, ya que esa persona pierde su estatuto de civil.

Según los Elementos de los Crímenes, adoptados en 2002, los elementos del crimen de guerra de usar personas protegidas como escudos son:

1. Que el autor haya trasladado a una o más personas civiles o a otras personas protegidas en virtud del derecho internacional de los conflictos armados o haya aprovechado su presencia de alguna otra manera.
2. Que el autor haya tenido la intención de proteger un objetivo militar de un ataque o proteger, favorecer o entrabar operaciones militares.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Las últimas tres condiciones puede ser perfectamente reunidas por un escudo humano voluntario. Sin embargo, el primer elemento plantea un problema. Queda bastante claro que los redactores estaban haciendo referencia a las personas que se han desplazado o que han aprovechado la presencia de personas protegidas para resguardar un objetivo militar y, en el caso de los escudos humanos voluntarios, no los escudos mismos. Los elementos de este crimen sugieren que la prohibición se refiere a usar a *otros* civiles o a exponerlos a un peligro. Debería recordarse que los principios del derecho penal no deben interpretarse en forma restrictiva, y que no está permitido razonar por analogía. Además, si un civil que participa directamente en las hostilidades no es *ipso facto* un criminal de guerra, uno puede preguntarse *a fortiori* por qué los escudos humanos de los que, como hemos visto, apenas puede considerarse que participan directamente en las hostilidades, deberían ser considerados como tales[69].

Los escudos humanos en los conflictos armados no internacionales

En los conflictos armados no internacionales, como en los internacionales, los civiles no pueden ser objeto de los ataques, a menos que participen directamente en las hostilidades[70]. Mientras dure esa participación, pueden ser atacados legítimamente. El significado de la participación directa en las hostilidades es el mismo así se trate de un conflicto internacional o no internacional. De modo que podemos considerar que las conclusiones a las que hemos llegado en torno al estatuto y la

69 También podría plantearse la cuestión de la complicidad de los escudos humanos voluntarios en los crímenes de guerra cometidos por los beligerantes que se aprovechan de su presencia.

70 Protocolo adicional II, art. 13(3).

protección de los escudos humanos, sean voluntarios o no, pueden trasladarse al marco de los conflictos armados internos. Los civiles utilizados por una parte en conflicto para resguardar su material o su personal militar siguen siendo civiles, y no debe considerarse que los que voluntariamente actúan de ese modo están participando directamente en las hostilidades. El atacante tiene la obligación de no atacar a los escudos humanos.

Obligaciones del atacante respecto de los escudos humanos

La parte atacada tiene la obligación absoluta de no usar escudos humanos. Pero si la parte atacada viola esa prohibición, puede plantearse la cuestión acerca de cómo reaccionaría el atacante que sabe de esa obligación. En otras palabras, ¿puede atacar el objetivo militar a pesar de la presencia de escudos humanos que están protegiéndolo? En caso afirmativo, ¿cómo?

La posibilidad de atacar un objetivo militar protegido por escudos humanos o recurrir a la clásica prueba de la proporcionalidad

Una cuestión que puede plantearse, para empezar, es si el hecho de que la parte adversa haya violado las obligaciones que tiene en virtud del derecho internacional humanitario al usar escudos humanos exime a la otra parte de algunas de sus obligaciones. Ello no sería imposible habida cuenta de que unánimemente se acepta la inaplicación del principio de *tu quoque* (principio de reciprocidad) en el derecho internacional humanitario[71]. El artículo 51(8) del Protocolo I afirma que "ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el Artículo 57". La obligación que incumbe a un Estado beligerante de preservar a la población civil y tomar las medidas prescritas a tal efecto no depende de que el adversario observe la prohibición de usar escudos humanos. Sin embargo, si bien la parte atacante tiene la obligación permanente de preservar a los civiles, incluidos los escudos humanos, ello no significa que en todos los casos debe abstenerse de atacar al objetivo militar protegido por los escudos humanos. Así como la presencia de objetivos militares en una zona ocupada por la población civil no despoja a esas personas de su estatuto de civiles[72], "un objetivo militar sigue siendo tal aunque en el mismo haya personas civiles"[73] o en sus inmediaciones. Los objetivos militares protegidos por escudos humanos no dejan de ser objetivos legítimos de ataque por la sola presencia de esos escudos.

71 Ello se refleja en el art. 60(5) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, que prohíbe la suspensión de un tratado por conducta ilícita de una parte en el caso de las "disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados".

72 Protocolo adicional I, art. 50(3).

73 De Mulinen, nota 33 *supra*, p. 14.

De ello se desprende que, cuando un mando se pregunta si puede atacar o no determinado objetivo militar, debe razonar como lo haría en el caso de cualquier otro objetivo militar legítimo; debe evaluar si un ataque contra éste conllevaría el riesgo de causar daños incidentales a los civiles que, en ese caso, son los escudos humanos que resguardan el objetivo. El ataque sólo será posible si el daño potencial contra los civiles no es "excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista"[74]. Esto significa que las pérdidas civiles previstas deben sopesarse con la magnitud de la ventaja militar concreta prevista si el objetivo militar es neutralizado[75]. El atacante también está obligado a tomar las medidas de precaución requeridas en el artículo 57 del Protocolo adicional I[76]. Es decir que la presencia de escudos humanos no evitará sistemáticamente los ataques, aun cuando lanzar un ataque a pesar de su presencia pueda tener un impacto mediático y político considerable. Los potenciales escudos humanos voluntarios deberían estar particularmente al corriente de tal posibilidad.

El caso de los escudos humanos involuntarios

Si la ventaja militar directa y concreta prevista resulta ser suficientemente significativa en relación con el daño potencial que puede causarse a los escudos humanos, el ataque puede lanzarse. La evaluación debe hacerse *in concreto* y siempre debe tomar en cuenta la ventaja militar, que puede cambiar con el tiempo (un puente de fundamental importancia un día puede tener poco interés estratégico al día siguiente, en función de dónde estén las líneas de frente), así como la magnitud de los

74 Protocolo adicional I, art. 51(5)(b).

75 Protocolo adicional I, art. 52(2).

76 Sin embargo, según E. David, la primacía del principio de protección de los civiles debería desalentar al atacante de lanzar el ataque. David, nota 3 *supra*, p. 268. La autora considera que esa posición es peligrosa por varios motivos. David parece creer que los escudos humanos tienen un estatuto privilegiado en relación con otros civiles. Ello podría dar la impresión de que el estatuto de civil no es uniforme sino que conlleva varios grados de protección y que, por ende, hay una jerarquía entre los civiles. En el derecho internacional humanitario, las personas son civiles o no civiles, y todos los civiles gozan de la misma protección en virtud de ese estatuto. Además, una prohibición sistemática de lanzar un ataque contra un objetivo militar protegido por escudos humanos equivaldría a recompensar una violación del derecho internacional humanitario, ya que la parte que violara la prohibición de usar escudos humanos gozaría de inmunidad contra los ataques que ha logrado hacer contra el objetivo militar protegido. De modo que violar el derecho internacional humanitario usando escudos humanos se convertiría en una verdadera "fuerza multiplicadora". Michael Newton, "Human shields: can abuse of the law of war be a force multiplier?", Discussion, en Andru E. Wall (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, US Naval War College, International Law Studies, vol. 78, 2002, p. 298. Por ello, sería tentador ignorar el derecho y socavar el propio principio de distinción, que es uno de los pilares del derecho internacional humanitario. Por último, ese razonamiento también pone en entredicho el principio de proporcionalidad. Si aceptamos la premisa de que un objetivo militar protegido por escudos humanos no puede ser atacado, el principio de humanidad prevalece automáticamente sobre la necesidad militar. En términos absolutos, no sería algo malo, pues redundaría en favor de las víctimas. Sin embargo, sería totalmente incompatible con las realidades de la guerra, que el principio de proporcionalidad, como solución de compromiso pragmática, toma en consideración. David también parece ser consciente de la naturaleza controversial de su posición, pues señala que "probablemente se sostendrá que el derecho a atacar objetivos militares cercanos a concentraciones de civiles debería trasladarse y aplicarse a este hipótesis", lo que subordinaría la posibilidad del ataque al respeto de los principios de proporcionalidad y de precaución en el ataque. David, nota 3 *supra*, p. 268.

daños incidentales que podrá causar a los civiles. La magnitud de los daños dependerá, entre otras cosas, del número de civiles que probablemente será afectado. De modo que una ventaja militar debe considerarse suficientemente importante como para justificar un ataque contra un objetivo militar protegido por cinco personas que son usadas como escudos humanos. Sin embargo, si el objeto está protegido por quinientos escudos humanos, el resultado de la deliberación puede cambiar. En la práctica, no hay dudas de que, en algunos casos, la parte atacada puede proteger el objetivo militar colocando escudos humanos suficientes en su interior o en sus inmediaciones. Algunos autores se oponen, con razón, a esa conclusión, pues la consideran escandalosa, y recomiendan que los mandos que aplican el principio de proporcionalidad al preparar o decidir un ataque no tomen en cuenta a los escudos humanos[77]. Por ejemplo, el mando militar podría aplicar la prueba de la proporcionalidad de tal manera de respetar *a priori* los artículos 57(2)(a)(iii) y 51(8) del Protocolo adicional I, pero los escudos humanos simplemente no deberían ser tomados en consideración al efectuar la ecuación sobre el daño que se provocará a los civiles. Sin embargo, no creo que esa interpretación sea acertada. Los civiles, así sean escudos humanos o no, no pueden *quedar fuera* de la ecuación. El hecho de que los civiles estén cerca de un objetivo militar porque el atacante no ha cumplido sus obligaciones no es un factor por considerar. Sería contrario al espíritu y a la letra del artículo 51(8) si los civiles "pagaran" por los actos ilícitos de una parte beligerante[78].

77 Schmitt, nota 50 *supra*, p. 91.

78 Según Dinstein, "el principio de proporcionalidad sigue siendo el que prevalece". Dinstein, nota 36 *supra*, p. 131. Pero continúa diciendo: "Sin embargo, ... la prueba real del daño excesivo causado a los civiles debe moderarse. Es decir, la evaluación de si las víctimas civiles son excesivas en relación con la ventaja militar prevista debe tomar en cuenta el hecho de que... el número de víctimas civiles puede ser más alto que lo usual". Ibíd. Si suponemos que los escudos humanos deben tomarse en consideración en una evaluación de la proporcionalidad, es difícil entender por qué el hecho de que se prevea un mayor número de víctimas civiles debería utilizarse para debilitar la importancia de las pérdidas civiles en la ecuación. Por analogía, el hecho de que haya más civiles que viven cerca de un objetivo militar, es decir que potencialmente habrá un daño mayor contra civiles, no reduce el valor dado al componente "pérdidas civiles" de la ecuación en relación con el componente "ventaja militar"; por el contrario, le da mayor valor. ¿Por qué sería de otro modo en el caso de los escudos humanos, que son civiles? Aplicar ese razonamiento sería "castigar" a los civiles que actúan como escudos humanos por la violación del derecho cometida por la parte atacada. Al respecto, también es posible disentir de J.-F Quéguiner, quien considera que los actos ilícitos cometidos por la parte atacada deberían tomarse en consideración al evaluar la proporcionalidad: "... varios autores han sostenido que el atacante puede tomar en consideración la conducta fraudulenta del enemigo cuando evalúa los daños incidentales en relación con la ventaja militar. Esta opinión... en verdad puede ser acertada...". Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 24. Ese razonamiento conduce al mismo resultado que el de Dinstein: los escudos humanos deben tomarse en consideración en la evaluación de la proporcionalidad, pero menos que cualquier otro civil. Personalmente, tendería a compartir esta opinión expresada por Schmitt: "no hay una moderación *de iure* del principio de proporcionalidad". Schmitt, nota 50 *supra*, pp. 92-93. Simplemente, el hecho de ser usado como escudo humano aumenta *de facto*, como hemos visto antes, las posibilidades de que un civil forme parte de un daño incidental porque está en el interior o en las inmediaciones de un objetivo militar.

El caso de los escudos humanos voluntarios

Según Michael N. Schmitt, como debe considerarse que la acción de los escudos humanos voluntarios equivale a una participación directa en las hostilidades, pierden su protección como civiles y pueden ser objeto de los ataques. Por consiguiente, "los escudos humanos voluntarios... quedan excluidos en el cálculo de los daños incidentales cuando se evalúa la proporcionalidad del ataque"[79]. Sin embargo, el mismo autor señala que no existe una necesidad militar de atacar los escudos humanos *per se*. La necesidad se refiere sólo al objetivo militar que están protegiendo. De modo que "el único impacto práctico de su voluntad de servir como escudos humanos es que no deben ser incluidos en los cálculos de la proporcionalidad"[80]. Como hemos visto, no comparto la opinión de que la acción de un escudo humano equivale a una participación directa en las hostilidades. No obstante, la observación de Schmitt plantea una interesante cuestión, en particular si el carácter voluntario de su presencia puede influir en el análisis de la proporcionalidad. Intuitivamente, a una puede parecerle que un escudo humano que se encuentra delante de un objetivo militar por su propia decisión no debería considerarse de la misma manera que alguien que es encadenado a un objetivo militar contra su voluntad. Sin embargo, si tomamos en cuenta el carácter voluntario de la acción del escudo humano, significaría asignar un valor menor a los escudos humanos voluntarios. En términos matemáticos, en una ecuación donde se equilibra la necesidad militar con el daño causado a los civiles, se aplicaría un coeficiente menor al peso del componente civil de la ecuación. Un enfoque basado en la voluntad del escudo humano peligrosamente podría erosionar la protección de los civiles. Si un escudo humano tuviera menos valor en la ecuación debido a que ha decidido resguardar un objetivo militar, un civil que permanece cerca de un objetivo militar a pesar de las advertencias también tendría menor valor en la ecuación. Lo mismo podría aplicarse a un civil que vive cerca de lo que a todas luces es un objetivo militar, como un cuartel militar, pero que ha decidido no abandonar su vivienda. Habría un riesgo real de que el atacante abuse de ese enfoque, ya que podría verse tentado a clasificar a todos los civiles que se encuentran cerca de un objetivo militar al que se propone atacar como escudos humanos voluntarios, si por ello pudiera hacer un cálculo de la proporcionalidad sobre una base más flexible.

Además, podría considerarse que tomar en consideración la voluntad de un civil sería contrario al principio de inalienabilidad de los derechos consagrado en el IV Convenio de Ginebra, por ejemplo, donde se establece que las personas protegidas "no podrán, en ninguna circunstancia, renunciar parcial o totalmente a los derechos que se les otorga" en ese Convenio. ¿Ello no incluiría el principio que subyace a esos derechos, es decir el hecho de que los civiles no pueden ser atacados a menos que participen directamente en las hostilidades? Para concluir, mencione-

79 Schmitt, nota 1 supra, p. 100.

80 Schmitt, nota 50 *supra*, p. 96. El autor menciona una excepción sólo en el caso de los niños que actúan como escudos humanos, pues su falta de capacidad jurídica contradice el carácter voluntario de su participación.

mos otro elemento práctico que autoriza a considerar a todos los escudos humanos del mismo modo, sean voluntarios o no. Para el jefe militar ante la realidad del terreno, no siempre es fácil distinguir los civiles colocados delante de un objetivo militar contra su voluntad de los que se encuentran en ese mismo lugar por propia decisión. Salvo en casos donde el carácter voluntario de la acción de los escudos humanos ha recibido cobertura mediática, o al menos ha sido señalado al atacante, para éste es casi imposible distinguir entre un escudo humano voluntario y uno involuntario. Es muy difícil determinar si el escudo humano realmente se encuentra delante del objetivo militar por propia decisión. Una persona que parece estar actuando por su propia voluntad puede estar actuando bajo presión[81]. En resumen, si bien la distinción basada en la voluntad podría tener cierta relevancia en un caso penal, no tiene cabida en la conducción de las hostilidades, ya que no puede aplicarse en el terreno.

Otras precauciones que deben tomarse cuando se ataca un objetivo militar protegido por escudos humanos[82]

Las medidas de precaución que deben tomarse antes del ataque están establecidas en el artículo 57 del Protocolo adicional I.

La obligación de velar constantemente por preservar a la población civil mientras se conducen las operaciones militares[83]

El artículo 57(1) tiene un ámbito de aplicación más amplio que las secciones subsiguientes, que se refieren específicamente a los "ataques"; el apartado 1 se aplica a las "operaciones militares" de manera más general. El término abarca "los desplazamientos, maniobras y acciones de toda índole, efectuadas por las fuerzas armadas con miras a los combates[84]". Además de las precauciones específicas establecidas en los apartados subsiguientes del artículo 57, las partes deben tener el cuidado constante de preservar a los escudos humanos.

81 En relación con los "procedimientos de alerta temprana", por los que las Fuerzas de Defensa de Israel envían a civiles palestinos a casa de vecinos para advertir a sus ocupantes sospechosos de terrorismo que deben abandonar el lugar, el presidente del Alto Tribunal de Justicia de Israel, Aharon Barak, observó atinadamente que "es muy difícil verificar la voluntad". B'Tselem, "Human shields", disponible en www.btselem.org/english/Human_Shields/Timeline_of_Events.asp (consultado en octubre de 2007).

82 Al hacer la lista de las condiciones que el atacante debe respetar para atacar un objetivo militar protegido por escudos humanos, Eric David se refiere al principio de proporcionalidad y a otras precauciones que debe adoptar para evitar causar daños a los escudos humanos, pero el autor también afirma que el atacante debe "haber agotado todos los medios lícitos posibles para persuadir al atacado de retirar los escudos humanos". David, nota 3 *supra*, p. 268. Sin embargo, aun cuando esa medida es deseable, no se cuenta entre las obligaciones que tiene el atacante en el derecho internacional humanitario. Quéguiner, nota 8 *supra*.

83 Protocolo adicional I, art. 57(1).

84 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, apartado 2191, p. 949.

La obligación de verificar que los objetivos por atacar sean objetivos militares[85]

En el caso de los escudos humanos, hemos visto que una ventaja militar suficientemente significativa en relación con el peligro al que están expuestos los escudos humanos podría hacer que el ataque contra ese objetivo militar sea legítimo, a pesar de su presencia. Por lo tanto, es fundamental asegurarse del carácter militar del objetivo, pues los ataques contra civiles y bienes de carácter civil están categóricamente prohibidos. La información que debe reunirse en el transcurso de esa verificación se refiere no sólo a la naturaleza del objetivo mismo, sino también del entorno. Como hemos visto, incluso en presencia de un objetivo militar, un ataque puede estar prohibido, por ejemplo si se usa un alto número de civiles como escudos humanos, los que correrían peligro a causa del ataque, en relación con la magnitud de la ventaja militar que se obtendrá con ese ataque. Una dificultad particular deriva de los "objetivos emergentes"[86]. A diferencia de las operaciones planificadas, una situación de "objetivo emergente" exige una determinación instantánea acerca del carácter militar del objetivo y de la conducta que habrá de adoptarse si está protegido por escudos humanos. El jefe debería "hacer todo lo factible" para verificar la naturaleza del objetivo, ya que nadie puede ser obligado a hacer lo imposible.

La obligación de elegir medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil[87]

Por ejemplo, para cumplir con esa obligación, sujeta también a la "factibilidad", si los escudos humanos no están delante del objetivo militar todo el tiempo, el ataque debería lanzarse cuando no estén presentes. Análogamente, cuando el objetivo militar está protegido por escudos humanos, el atacante debería usar armas que puedan destruir el objetivo sin causar daños a los escudos humanos o causarles el menor daño posible. Esto significa que el atacante debería tratar de evitar usar "misiles y armas controladas a distancia... (a menos que se emplee la nueva generación de "municiones de precisión teledirigidas"), dado que las capacidades de precisión de las armas teledirigidas por lo general son extremadamente malas"[88]. Si bien esto no significa que las partes tengan que adquirir armas de precisión guiadas, aunque dispongan de los medios para hacerlo, algunas situaciones exigen que las empleen donde sea posible y factible hacerlo[89].

85 Protocolo adicional I, art. 57(2)(a)(i).

86 Quéguiner, nota 8 *supra*, p.7.

87 Protocolo adicional I, art. 57(2)(a)(ii) y (iii): quienes planificar o deciden un ataque deben "tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil" y "abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista".

88 Oeter, nota 26 *supra*, p. 166.

89 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 10; Michael N. Schmitt, 'Precision attack and international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, vol. 87, N.º 859 (2005), p. 462.

La obligación de suspender o anular un ataque si se advierte que el objetivo no es militar o goza de protección especial o si el ataque sería desproporcionado[90]

A diferencia del artículo 57(2)(a), esta obligación incumbe no sólo a quienes planifican o deciden un ataque, sino también a quienes lo realizan. Puede ser difícil para alguien que realiza un ataque evaluar su proporcionalidad, cuando la parte que le toca realizar puede parecer desproporcionada mientras que el ataque en su conjunto se atiene al principio de proporcionalidad. Sin embargo, en lo relativo a la obligación establecida en el artículo 57(2)(b), el papel de quienes llevan adelante un ataque es esencial, pues puede haberse cometido un error o contarse con información de último momento que puede cambiar lo decidido originalmente. Por ejemplo, si un piloto ha recibido la orden de bombardear un objetivo pero se da cuenta, a último momento, de que está protegido por un escudo humano, debería suspender el ataque y remitirse a su jefe.

La obligación de dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan[91]

¿Puede considerarse que se ha cumplido con este requisito cuando el atacante difunde una lista de diversos elementos de infraestructura que considera objetivos militares?[92] Si bien podría responderse afirmativamente a esta pregunta, hay casos en que se deberá hacer esfuerzos para dar una advertencia más específica. Cuando el objetivo militar está protegido por escudos humanos, una advertencia antes del ataque contra el objetivo permitirá a la parte que utiliza los escudos humanos, suponiendo que éstos pudieran evitar un ataque, saber que la estratagema no ha funcionado y darles una oportunidad de sacar a los escudos humanos del objetivo. Los escudos humanos voluntarios también podrían darse cuenta de que su presencia no impedirá un ataque contra el objetivo militar que están resguardando y tener el tiempo de abandonar el lugar. La advertencia con "la debida antelación" debe darse lo suficientemente antes como para permitir la evacuación de los civiles, incluidos los escudos humanos. Sin embargo, se debe tener cuidado de no dar la advertencia con demasiada antelación, ya que los civiles podrían pensar que el peligro ha pasado, y los escudos humanos, o quienes los han colocado como tales, pueden pensar que su presencia ha impedido el ataque, cuando en realidad el ataque se producirá, pero un poco más tarde. Por último, se debería recordar que cumplir con la obligación de advertir no exime al atacante de su obligación de tomar otras medidas de precaución. Por lo tanto, no puede considerar que toda una zona es un objetivo militar simplemente porque ha recomendado que se la evacuara. Aun cuando considerara que los civiles que permanecen en el lugar son escudos humanos voluntarios, como hemos visto antes, éstos gozan de la misma protección que cualquier otro civil.

90 Protocolo adicional I, art. 57(2)(b).
91 Protocolo adicional I, art. 57(2)(c).
92 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 17.

La obligación, cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, de optar por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil[93]

Esta norma, a la que se ha hecho referencia como la que obliga a elegir "el mal menor"[94], deja mucho en manos de las consideraciones subjetivas, sobre todo cuando los dos objetivos son objetivos militares legítimos[95]. Una elección de ese tipo por lo general sólo es posible cuando los objetivos militares son líneas de comunicación. Por ejemplo, si los escudos humanos están colocados en un puente y la línea de comunicación puede interrumpirse atacando otro puente que no esté rodeado de civiles, la obligación establecida en el artículo 57(3) exige que el atacante adopte esa opción.

Conclusión

Parecería que no hay motivos para hacer una distinción entre los escudos humanos voluntarios y los involuntarios, pues tal distinción no tendría consecuencias jurídicas. Además, contrariamente a los que algunos han sostenido[96], no parecería haber una necesidad real de dotarse de una nueva legislación sobre el estatuto de los escudos humanos, dado que todos los casos están contemplados en el derecho internacional humanitario tal como lo conocemos. Las situaciones que plantean algunas cuestiones complejas no son específicas al caso de los escudos humanos, sino que están vinculadas a uno de los mayores retos que hoy afronta el derecho internacional humanitario, en particular la correcta interpretación de los conceptos de "proporcionalidad" y "participación directa en las hostilidades".

93 Protocolo adicional I, art. 57(3).
94 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, apartado 2226. p. 959.
95 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 14.
96 Fusco, nota 2 *supra*, p.31.

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

La *International Review of the Red Cross* se publica en inglés cuatro veces al año, en marzo, junio, septiembre y diciembre.

La *Selección de artículos de la Revista en español*, de publicación anual, recoge artículos seleccionados de la versión en inglés.

En la página Web del CICR, www.cicr.org, se publican todos los artículos en su versión original (principalmente en inglés), así como la traducción en español de los artículos seleccionados.

Presentación de manuscritos

La Redacción de la *International Review of the Red Cross* (*IRRC*) invita a los lectores a hacerle llegar artículos sobre temas relacionados con la acción, la política o el derecho humanitarios. En general, cada número de la *IRRC* se dedica a un tema en particular, que selecciona el Consejo Editorial. Esos temas se presentan en el documento "Temas de los próximos números de la *International Review of the Red Cross*", disponible en www.cicr.org/spa/revista. Se dará prioridad a los artículos que se relacionen con esos temas.

El texto puede redactarse en español, francés o inglés. Los originales en español serán traducidos al inglés para su publicación en la *International Review of the Red Cross*.

Los artículos no deben haber sido publicados previamente, ni presentados a otra publicación. Son revisados por un grupo de expertos, y la decisión definitiva sobre su publicación corresponde al Redactor jefe. La *IRRC* se reserva el derecho de modificar los textos. La decisión de aceptar, rechazar o revisar un artículo se comunicará al autor dentro de las cuatro semanas siguientes a la recepción del texto. En ningún caso se devolverán los manuscritos a los autores.

Los manuscritos pueden enviarse a csc.bue@icrc.org o a la delegación del CICR más cercana.

Formato del manuscrito

Los artículos pueden tener una extensión de entre 5.000 y 10.000 palabras. Se puede publicar contribuciones más cortas en la sección "Notas y comentarios".

Podrá encontrar más indicaciones sobre la presentación de artículos en www.cicr.org/spa/revista

© CICR

Para reimprimir un texto publicado en la *International Review of the Red Cross*, se debe solicitar autorización al Redactor jefe. La solicitud debe remitirse al Equipo de Redacción.

Suscripciones

La *International Review of the Red Cross* se distribuye entre instituciones y organizaciones seleccionadas. Toda distribución adicional estará sujeta a la disponibilidad.

Las solicitudes de suscripción deben enviarse a:
Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)
Production, Marketing and Distribution
19, Avenue de la Paix
CH-1202-Ginebra-Suiza
Fax (++ 41 22) 730 27 68
Correo electrónico: shop.gva@icrc.org
www.icrc.org/eng/shop

Equipo de Redacción

Redactor jefe: Toni Pfanner
Asistente de redacción: Carolin Wuerzner
Asistente de edición: Claire Franc Abbas

Edición en español

Traducción: Julia Bucci, Adriana Caminiti, Paula Krajnc, Margarita Polo.
Revisión: Renée Cabrera-Chi, José Chocomeli, Luz Ángela Franco Arbeláez.
Lecturas de prueba: Paula Krajnc, Margarita Polo.
Producción: Gabriela Melamedoff
Diagramación: Estudio DeNuñez

Impreso en noviembre de 2009
por Platt Grupo Impresor, Buenos Aires, Argentina

Comité Internacional de la Cruz Roja
19, Avenue de la Paix
CH-1202 Ginebra, Suiza
Teléfono: (++41 22) 734 60 01
Fax: (++41 22) 733 20 57
Correo electrónico: review.gva@icrc.org

Foto de tapa
© Museo Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

Selección de artículos 2008

Extraídos de los siguientes números de la *International Review of the Red Cross*

El conflicto en Irak II
N.º 869 – Marzo de 2008

Sanciones
N.º 870 – Junio de 2008

Derechos humanos
N.º 871 – Septiembre de 2008

Participación directa en las hostilidades
N.º 872 – Diciembre de 2008

CICR
ISSN: 0250-569X
www.cicr.org/spa/revista

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

0975/003T 11.2009 1.000