

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

SARRINA COMOTTO

I. Introducción

El derecho no es un orden estático, invariable, ni permanente. La efectividad de todo ordenamiento jurídico depende de su adaptación a los sucesivos cambios que el devenir histórico produce en la economía, la moral, la política, la ciencia... En lo que atañe al derecho internacional público —aquel que rige las relaciones entre los distintos sujetos de la comunidad internacional—, éste ha evolucionado, fundamentalmente, a la par de tres conceptos: soberanía estatal, paz mundial, y dignidad y valor de la persona humana.

El antiguo *derecho de gentes* fue concebido en función de un conjunto de Estados absolutamente soberanos. Sin embargo, con el correr del tiempo, la realidad de las relaciones internacionales puso de relieve que un poder estatal inestricto resultaba incompatible con la voluntad creciente de las Naciones de someter sus relaciones mutuas a un régimen de derecho, a fin de asegurarse una convivencia justa y equilibrada¹.

El culto a la guerra que dominó el mundo antiguo también demostró ser incompatible con esa premisa de buena vecindad y con la supervivencia misma del género humano. Es por ello que la paz acabó por convertirse en uno de los valores más sagrados para la comunidad internacional, y la aspiración de mantener la paz y la seguridad internacionales en un propósito común a realizarse a través del cumplimiento por los Estados de dos nor-

¹ Texto el Preamble del Pacto de la Sociedad de las Naciones que: "Las altas partes contratantes... por la preservación de relaciones íntimas, justas y honorables entre las naciones, por el firme establecimiento de las normas del derecho mismo, así como la regla de conducta efectiva entre los gobiernos, y por el mantenimiento de la justicia...".

mas fundamentales: solucionar sus controversias internacionales por medios pacíficos, y no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado ².

Paralelamente, desde que la comunidad internacional ha reafirmado su fe en los derechos fundamentales del hombre, y en la dignidad y el valor de la persona humana ³, se han multiplicado cada vez más los esfuerzos por "humanizar" el derecho internacional y por hacerlo apto para proteger a los individuos de los graves atentados contra su integridad que pueden tener lugar en tiempos de conflicto armado, pero también en épocas de paz.

Es en el epicentro de estos esfuerzos que han surgido dos órdenes jurídicos diferentes pero complementarios: Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las relaciones, semejanzas y diferencias que estos ordenamientos presentan entre sí, y con el derecho internacional general, serán el objeto de análisis de este trabajo. El objetivo será demostrar la influencia de los conceptos antes mencionados —soberanía estatal, paz mundial y dignidad y valor de la persona humana— en la evolución del derecho internacional público y en el surgimiento del moderno derecho de los conflictos armados y del derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, se intentará demostrar la ya mencionada relación de complementariedad existente entre derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos, a través de un análisis comparativo de sus fundamentos materiales, sus fuentes formales y sus principios informantes.

II. DESARROLLO HISTÓRICO

Las relaciones internacionales son un fenómeno que data de los albores de la civilización. Sin embargo, es con el nacimiento de los Estados modernos que se hace patente la necesidad de someter la convivencia internacional a un régimen de derecho, congruente con las particularidades de la misma. El derecho internacional público respondió, en sus orígenes, a dos premisas esenciales: la de supremacía del poder público estatal, y el consiguiente límite señalado por el dominio reservado de los Estados ⁴.

² En los artículos de los arts. 11, 23 y 24 de la Carta de las Naciones Unidas.

³ *Ibid.*, Preámbulo.

⁴ *Cursus iur.*, Carlos, "Los conflictos armados y el derecho internacional humanitario", reproducción de la clase inaugural dictada por Carlos Cerda (el día de apertura de la Cátedra de Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Medicina y Letras de la Universidad del Salvador, Buenos Aires) en *Revista de Derecho* número 8, marzo 1989. "Los Estados modernos temían la supremacía del

Comúnmente denominada *ius ad bellum*, la potestad de recurrir a la fuerza "...integraba toda la noción de la soberanía estatal y representaba aun la más importante característica de aquella soberanía..."⁵. Siendo, pues, el recurso a las armas, una "facultad discrecional" de los Estados, su legalidad sólo estaba condicionada por la legitimidad del poder del soberano, sin importar las causas o propósitos que motivaran su ejercicio⁶. Esta concepción hizo sumamente compleja la adopción de compromisos internacionales destinados a acotar el *ius ad bellum*; las primeras obligaciones asumidas fueron de índole estrictamente formal y se relacionaron con la necesidad de emitir una declaración previa emanada de autoridad competente, u otras formalidades análogas.

Es recién a principios del siglo XX que "...comienza el movimiento tendiente a establecer la obligación de los Estados de buscar la solución de sus controversias por medios pacíficos"⁷. Los Estados parte en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 acordaron, en el art. 1º de ambos tratados, que "para evitar en lo posible el recurrir a la fuerza en las relaciones internacionales entre los Estados, las Potencias signatarias convienen en emplear todos sus esfuerzos para asegurar el arreglo pacífico de las diferencias internacionales"⁸. Años más tarde, las altas partes contratantes del Pacto de la Sociedad de las Naciones (1919) se manifestaron inspiradas "...por la aceptación de ciertas obligaciones internacionales de no recurrir a la guerra..."⁹, señalando el derecho de todo miembro de la Liga "de llamar la atención de la Asamblea o del Consejo sobre cualquier circunstancia, referente a las relaciones internacionales, que amenace perturbar la paz internacional o la buena inteligencia entre las naciones, de la que depende la paz" (art. 11, 2º párr). El fundamento de este derecho se hallaba en el primer párrafo del artículo, que declaraba expresamente que toda guerra o amenaza de guerra, lejos de afectar sólo el dominio reservado de cada Estado, sería "considerada como un asunto que concierne a toda la Liga". Sin embargo,

Saco Isipone y del Papado y ante el derecho internacional respondiendo a una necesidad, lo de la coexistencia entre Estados soberanos adscriben a la doctrina de la soberanía que como Bado y cuyo postulado básico consiste en el no reconocimiento de soberanía alguna por encima del propio Estado... El dominio reservado es el propósito fundamental del derecho internacional... Y dentro de ese dominio reservado existe el derecho a hacer la guerra"⁵.

⁵ Sarmiento, Cándido, Principios de derecho internacional y tratados del derecho internacional contemporáneo como sistema internacional de gobierno de la persona humana, Serie Educación y Derechos Humanos, CICR o Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1984, p. 11.

⁶ Cuzco, C. "Los conflictos...", cit. p. 16.

⁷ Rosal, L. A. - Bado, J. M., *Derecho internacional público* 2, TEA, 1985, p. 129.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Párrafo del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

el Pacto no impuso la solución pacífica de controversias, avance alcanzado por primera vez años más tarde, en el Pacto Briand-Kellogg de 1928.

Pero el derecho internacional público no sólo buscó limitar el derecho de los Estados de recurrir a la guerra, sino también la libertad de acción y elección de medios y métodos de guerra de las partes en conflicto, una vez iniciadas las hostilidades. El *ius in bello* derecho de la guerra o en la guerra, apareció primero en forma de prácticas que, por su repetición concordante y por la creciente convicción de los Estados de que al respetarlas obraban conforme a derecho, se convirtieron en costumbres internacionales sobre los usos y leyes que debían regir la conducta de las partes hostiles. No herir ni matar a traición; no causar males mayores que los necesarios para debilitar las fuerzas militares del enemigo; evitar, en lo posible, el empleo de medios de combate susceptibles de causar sufrimientos excesivos o daños innecesarios, fueron algunas de estas normas consuetudinarias que, aunque no siempre respetadas, se convirtieron en la expresión de lo que la comunidad internacional deseaba someter al dominio del derecho y de la razón.

Más tarde, el peso que habían adquirido estos preceptos hizo que naciera en los Estados el anhelo de darles expresión positiva, poniendo en marcha el proceso de codificación del *ius in bello*. Tal voluntad se materializa a partir de mediados del siglo XIX, cuando en la Conferencia de Ginebra de 1864 los dieciséis Estados participantes redactan y adoptan una "Convención para aliviar la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña". A la primera Conferencia de Ginebra le seguirían otras cuatro, demostrando así el interés creciente de los pueblos en humanizar la guerra y poner fin al individuo del fragor de las hostilidades:

- La segunda Conferencia de Ginebra de 1864, relativa al tratamiento de los muertos. Si bien el texto resultante de este encuentro nunca llegó a entrar en vigor, el mismo sentó las bases y sirvió de precedente a la Convención de 1906, sobre el mismo particular.
- La tercera Conferencia de Ginebra de 1868, que revisó la de 1864 e introdujo algunas innovaciones relevantes, por ejemplo, en cuanto al respeto debido a las ambulancias y hospitales móviles en campaña.
- La cuarta Conferencia de Ginebra de 1906, que, como ya se dijo, legisló sobre el tratamiento de los muertos.
- La Conferencia de Ginebra de 1929, en la que se aprobaron dos instrumentos: "Convención relativa al tratamiento de los prisioneros de

guerra", o Código del Prisionero de Guerra, y "Convención para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña."

El "Derecho de Ginebra" se erigió así como un ordenamiento jurídico específico que —aunque sin dejar de formar parte del derecho internacional público, y, dentro de éste, del aplicable en tiempos de guerra— tuvo como particular cometido la protección de las personas afectadas por un enfrentamiento armado, dotado este último con las características necesarias para ser calificado como una *guerra*. Sin embargo, esta concepción tradicional del derecho ginebrino —y del derecho de la guerra en general— debió ser modificada años más tarde, a raíz de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, primero, y de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, después. El comentario a estos instrumentos se efectuará más adelante ¹⁰.

Otra rama del derecho de la guerra tuvo su origen histórico en la ciudad de La Haya, donde en 1907 el "Reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre" —anexo a la Convención holandesa— dejó establecido el principio fundamental de que "los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo" (art. 22).

Inspirados en algunos instrumentos anteriores, como la Declaración de Bruselas y la Declaración de San Petersburgo de 1868, las partes declararon prohibido el empleo de aquellos medios de combate considerados particularmente crueles o susceptibles de provocar en las víctimas sufrimientos innecesarios o excesivos, tales como el veneno y las armas envenenadas (art. 23, inc. a); o las armas, proyectiles o materias capaces de causar daños superfluos (art. 23, inc. e). Pero la normativa de La Haya no sólo condenó ciertos medios sino también algunos *modos* de hacer la guerra, calificados como *perfidos* o *desleales*: el matar o herir a traición (art. 23, inc. b); matar o herir al enemigo indefenso o herido (art. 23, inc. c); destruir las propiedades enemigas o apoderarse de ellas, salvo que tales actos sean "imperiosamente exigidos por las necesidades de la guerra" (art. 23, inc. g), entre otros.

Derecho internacional general y derecho de la guerra han observado, pues, una idéntica evolución en cuanto a sus fuentes formales ¹¹: primero, materializándose en normas de origen consuetudinario; luego, alcanzando

¹⁰ Ver cap. III, pp. 428-434.

¹¹ Ver cap. IV, p. 431.

su expresión positiva a través de *tratados internacionales*, los que evidencian un progresivo proceso de *codificación*.

En el caso del *ius in bello*, este proceso ha sido impulsado en gran parte por el Comité Internacional de la Cruz Roja, organismo humanitario imparcial que desde su nacimiento en 1863 viene desarrollando la más intensa labor de promoción y protección de los derechos de las personas afectadas por conflictos armados en todo el mundo.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO VIGENTE EN LA ACTUALIDAD

1. La prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza (en los términos del art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas).

El derecho internacional de los conflictos armados

Pocos años después de celebrada la Cuarta Conferencia de Ginebra de 1906 sobre el derecho de la guerra, la Humanidad en su conjunto se veía sacudida por uno de los acontecimientos más terribles y dolorosos de toda su historia. Dicho acontecimiento fue, precisamente, un conflicto bélico internacional, universalmente conocido como la Primera Guerra Mundial o la Primera Gran Guerra.

El enfrentamiento, que comenzó formalmente el 28 de julio de 1914, cuando Austria declaró la guerra a Serbia, se extendió rápidamente, involucrando a la Unión Soviética, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Montenegro, Japón, Turquía, Italia, Bélgica, Estados Unidos... Cuando la guerra terminó, cuatro años más tarde, el saldo resultó espeluznante: alrededor de diez millones de personas habían muerto a causa del conflicto. Y a ellos había que sumarle los cientos de miles de desaparecidos y aquellos que, a pesar de haber logrado sobrevivir a las hostilidades, sufrieron heridas o mutilaciones que los incapacitaron parcial e incluso totalmente, por el resto de sus vidas.

Las potencias vencedoras —los *Aliados*— sintieron sobre sí la enorme responsabilidad de intentar prevenir la repetición de una tragedia semejante; y estimaron que el mejor modo para hacerlo era unar sus voluntades en un tratado donde las partes declaraban expresamente que "toda guerra o amenaza de guerra, afecte o no directamente a alguno de los miembros de la Liga, será considerada como un asunto que concierne a toda la Liga, debiendo la misma adoptar las medidas eficaces para salvaguardar la paz de las Naciones" (art. 11, Pacto de la Sociedad de las Naciones, parte integrante del Tratado de Paz de Versalles de 1919).

Pero el segundo enfrentamiento ocurrió, y el sistema instituido por el Pacto evidenció sus graves deficiencias jurídicas: la principal de ellas fue que la condena al recurso a la guerra se había quedado en una mera declaración o expresión de deseo. La norma del art. 11, lejos de proibir el uso de la fuerza armada o limitarlo concretamente, lo había mantenido en igual condición jurídica que antes de celebrado el convenio, esto es, la de medio lícito para solucionar las controversias surgidas en el seno de la comunidad internacional.

En 1939 se desató la contienda. Polonia, la URSS, Finlandia, Dinamarca, Noruega, Holanda, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia, Grecia, Yugoslavia, Rumania, Bulgaria, Hungría, Japón, Italia y Estados Unidos, tomaron parte activa en el conflicto. Como era fácil prever, el mayor número de Estados involucrados en las hostilidades, y los adelantos tecnológico-armamentísticos que tuvieron la oportunidad de desarrollarse en el período de entreguerras, hicieron que las consecuencias de la segunda gran conflagración fueran aún más desastrosas que las de la primera. Para 1945, cuando la contienda llegó a su fin, veinte millones de combatientes habían perdido la vida; la misma suerte corrieron casi cuarenta millones de civiles. Además de ellos, millones de refugiados, heridos, mutilados, desplazados, enfermos y hambrientos padecieron sufrimientos atroces a raíz del cruento conflicto.

Era claro que, ante semejantes resultados, los miembros de la comunidad internacional no podían volver a cometer aquellos errores que habían llevado al fracaso a la Sociedad de las Naciones. Y, de hecho, no lo hicieron. El 26 de abril de 1945, luego de arduas pero infructíferas negociaciones, los representantes de 51 Estados firmaron la Carta de las Naciones Unidas. Los pueblos de las Naciones Unidas se hallaban, ante todo, *resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante la historia había infringido a la Humanidad sufrimientos indecibles*. Pero tal declaración no se agotaría esta vez en una mera expresión de deseo. Para hacer posible el cumplimiento de éste y los demás propósitos enunciados en la Carta, los Estados parte asumirían dos compromisos esenciales: arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos (art. 2.3), y abstenerse de recurrir, en sus relaciones internacionales, a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de la Organización (art. 2.4).

Esto significó muchas cosas. En primer lugar, los tiempos del *ius ad bellum* habían terminado. El derecho internacional público vigente durante siglos ya no era el mismo. La soberanía de los Estados, antes que absoluta, se enfrentaba ahora a un nuevo y sólido límite: la prohibición de recurrir al

uso, y aun a la amenaza, de la fuerza. Hasta las preocupaciones de la doctrina tuvieron que modificarse. A lo largo de la historia, muchos estudiosos del derecho de gentes habían tratado de determinar cuál era la naturaleza jurídica de la guerra. Algunos de ellos habían llegado a la conclusión de que se trataba de un fenómeno *de iure*; otros, de un acontecimiento que caía fuera de la órbita del derecho, o, incluso, de un hecho *suprajurídico*, ubicado por encima de la lógica de toda norma¹². La entrada en vigor de la Carta, en 1946, terminó definitivamente con el debate; a partir de ese momento, y en virtud del derecho positivo, toda guerra —con las excepciones contempladas por la propia Carta—¹³, pasó a ser un ilícito internacional, o, en otras palabras, un hecho antijurídico susceptible de comprometer la responsabilidad internacional del Estado que lo cometa.

Respecto de los Estados no integrantes del sistema de la ONU, la obligación impuesta por el art. 2.4 se ha hecho extensiva desde que, mediante su práctica común y concordante, manifestaron su aquiescencia al surgimiento de una costumbre internacional prohibitiva del uso y la amenaza de la fuerza¹⁴.

Más la proscripción contenida en los arts. 2.4, y 2.3 a contrario sensu, no fue la única modificación sustancial que el sistema inaugurado por la Carta de la ONU introdujo en el ordenamiento jurídico internacional vigente hasta entonces. Otro cambio radical surgiría de la terminología empleada por los Estados miembros de la Organización. Cuando el inc. 4 del art. 2 establecía el límite ya analizado, no sólo estaba restringiendo la facultad de los Estados soberanos de ejercitar el *ius ad bellum*, lo que la norma había vedado, en rigor, era toda amenaza o recurso a la fuerza, que resultara de cualquier modo incompatible con los propósitos enunciados en la Carta. La doctrina pronto reparó en la importantísima cuestión que planteaba el voca-

¹² B. A. Lippman, *On the Problem of war in international public law*, publicado en La Ley, Buenos Aires, 1946, p. 223-234. Título original *On the international public law approach*, trad. de Dolores García Sánchez.

¹³ Las excepciones a la prohibición contenida en el art. 2.4 que contempla la propia Carta de la ONU son: 1) las medidas que el Consejo de Seguridad no halla facultado a adoptar en caso de "amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión [...] para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales" (art. 39); y 2) "el derecho inherente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales..." (art. 51). Una interpretación más extensiva fue señalada por la Asamblea General, que, en su resolución 2105 (XX), reconoció la legitimidad "de la lucha de los pueblos que se hallan bajo el dominio colonial por ejercer su derecho a la libre determinación..."

¹⁴ P. H. H. Pietsch, *Anglo-American attitudes of the use of the force in the relations international. Legitimidad y restricciones establecidas por el derecho internacional humanitario*, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, tomo VIII, 1988-1989, p. 216.

bulano empleado por la norma, y se dedicó a su hermenéutica; la opinión fue casi unánime con respecto a que la expresión *fuerzas* no tenía el mismo significado corriente que guerra, y que ése no era, por otra parte, el sentido que las partes habían querido darle. La interpretación mayoritaria se inclinó por diferenciar los verbos *guerra* y *recurso a la fuerza* en cuanto a que, mientras el primero resultaba aplicable sólo a cierto tipo de conflictos bélicos (en los que se enfrentaban las fuerzas militares de dos Estados), el segundo parecía referirse a todo conflicto armado, sin importar si reunía o no las condiciones necesarias para constituir una guerra en sentido estricto.

Tal conclusión aparece reforzada por lo dispuesto por el art. 1.1 de la Carta, cuando señala como uno de los propósitos de las Naciones Unidas el de "mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces... para suprimir actos de agresión u otras quebrantamientos de la paz..."¹⁵ Por otra parte, el Consejo de Seguridad puede determinar, tomar medidas y hacer recomendaciones acerca de la existencia de "toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión" (conf. art. 39), y no únicamente ante los enfrentamientos bélicos que tengan las características de una guerra.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la comunidad internacional de Estados en su conjunto había manifestado su voluntad de *mantener la paz y la seguridad internacionales*, preservando a las generaciones futuras no sólo del *flagelo de la guerra* sino de toda situación susceptible de poner en peligro la paz y la buena convivencia entre las Naciones, cabe preguntarse si el *ius in bellum* no había quedado también obsoleto, y si en su lugar no había surgido otro ordenamiento, más ajustado a la nueva realidad jurídica nacida a partir de 1946. La respuesta es positiva. El *ius in bellum*, sino desaparecido y reemplazado, quedó al menos subsumido dentro de un nuevo derecho, el de los conflictos armados. La denominación no sólo resultó más apropiada por una cuestión de pertinencia jurídica. Lo fundamental del caso fue que la ampliación operada permitió que esta rama del derecho internacional extendiera su protección a cientos de miles de personas en todo el mundo que, sin ser víctimas de la guerra, sufrían y sufren aún hoy a causa de enfrentamientos armados de la más diversa índole. El moderno derecho internacional humanitario responde a esta imperiosa necesidad, tal es, la de brindar protección y asistencia a quienes corren serio peligro por causa de un conflicto armado, ya sea éste interno o internacional.

No obstante todo lo expuesto, hubo quienes cuestionaron el fundamento jurídico de este nuevo derecho. El argumento central de esta corriente

¹⁵ La *Carta de las Naciones Unidas*.

—aunque minoritaria— se basó en que la proscripción del recurso a la fuerza contenida en el art. 2.4 de la Carta de la ONU hacía jurídicamente inoperante la existencia de un orden destinado a reglar lo que el propio derecho internacional general había prohibido. Una aseveración semejante no resiste el análisis, sobre todo, porque desconoce una realidad innegable: que a pesar de que el recurso a la fuerza ha dejado de ser un medio lícito para la conducción de las relaciones internacionales, en los hechos las luchas armadas continúan produciéndose. Y ello no desvirtúa en lo absoluto el importantísimo avance que significó la prohibición introducida por el art. 2.4. Dicha norma es valiosa por sí misma y por todo lo que implica; especialmente en cuanto confirma la voluntad de los Estados miembros de *convivir en paz como buenos vecinos* (Preámbulo de la Carta), de *perseverar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra* (*idem*) y de *entablar entre todos los pueblos del mundo relaciones de amistad, basadas en el principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos* (art. 1.2). No obstante, sería ingenuo pensar que, por distintas razones —económicas, políticas, territoriales, religiosas—, no existan quienes estén dispuestos a contravenir el derecho positivo. Más aún cuando se trata de Estados soberanos, reacios en ocasiones a acatar un derecho internacional que recorta su poder. Resulta, pues, que “si bien es cierto que la guerra [sic] como institución puede ser abolida, el sometimiento del hecho bélico a normas del derecho de gentes es una necesidad constante”¹⁶.

2. El derecho internacional de los derechos humanos

Como ya se vio al describir a grandes rasgos su desenvolvimiento histórico, el derecho internacional público respondió, en sus comienzos, a la necesidad de un orden jurídico específico, destinado a regir las relaciones que los Estados (soberanos) entablaban entre sí. Por ende, los únicos sujetos del derecho internacional fueron, en principio, los Estados, y este ordenamiento se encargó —por definición— de regular las relaciones entre los mismos.

Tal exclusividad duró en verdad un muy largo tiempo; es recién a fines del siglo XIX que otros actores empiezan a adquirir, lentamente, derechos y obligaciones internacionales¹⁷. Primero, fueron los organismos internacio-

¹⁶ Bernal Méndez, César, “El derecho humanitario y su aplicación a los conflictos armados”, en *Universitas*, no. 72, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Inocenciana, Bogotá, junio 1987, p. 134.

¹⁷ Maccario, Galfrino - Vignati, Raul - Grottozzi Pozzi, Henarica, *Derecho internacional público*, t. 1, Zavalla, Buenos Aires, 1999, p. 15.

nales, que comenzaron a ser dotados de capacidad para cumplir con los fines y propósitos para los cuales habían sido instituidos; más tarde, los individuos, personas físicas habitantes de los distintos Estados, a los que paulatinamente se les reconocieron derechos de naturaleza internacional, y con independencia de los que gozaran en razón del derecho interno.

Pero el reconocimiento definitivo de la subjetividad internacional del individuo tuvo su hito con la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas¹⁶, ya que la Organización se propuso, como uno de sus objetivos fundamentales, el de realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (art. 1.3).

El ideal mediato tenido en miras fue, en esencia, el mismo que inspiró la proscripción del recurso a la fuerza: tratar de impedir, por todos los medios posibles, que se repitiesen vejaciones a la dignidad humana tan terribles como las que se habían sucedido durante las dos grandes guerras mundiales¹⁷. Pero con una particularidad: mientras que el principio del art. 2.4 había limitado la soberanía de cada Estado en la relación con sus pares, el propósito del art. 1.3 no parecía realizable si el poder soberano no era reconocido en su faz interna, esto es, en la relación del gobernante con sus gobernados. Esto implicaba un desafío realmente ambicioso, sobre todo teniendo en cuenta que muy pocos se hallarían dispuestos a hacer concesiones en un plano tan delicado. Incumbiría a los órganos creados por la Carta una ardua labor de negociación y persuasión, única forma para alcanzar el consenso en temas tan ligados con la idea de *dominio reservado* de los Estados.

La Asamblea General sería uno de los órganos con competencia en el ámbito de los derechos humanos, de modo general, por el art. 10, que le otorgó el poder para "discutir cualesquier asuntos y cuestiones dentro de los límites de esta Carta", y de una manera más específica, en virtud del art. 13, que la facultó para promover estudios y hacer recomendaciones con el fin de: "b) Fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los

¹⁶ Conferencia Postal, *Boletín* D. T., "Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos", III, 163-165.

¹⁷ Dice el considerando segundo del Preamble a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que: "El desmoronamiento y el desmoronamiento de los derechos humanos han originado actos de barbarie ulteriores para la conciencia de la humanidad..."; aludiendo claramente a las gravísimas violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar durante la Primera y la Segunda Guerra Mundial.

derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". Por otra parte, ella parecía ser el foro adecuado para emprender la tarea de codificación y reconocimiento, teniendo en cuenta su naturaleza plenaria (que surge del art. 9 de la Carta), y su sistema igualitario para la toma de decisiones (según el art. 18.1).

Como era fácil prever, en primer término no resultó posible elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados miembros, pero sí una declaración conteniendo aquellos derechos que los pueblos civilizados concordaban en calificar como iguales e inalienables para todas las miembros de la familia humana²⁰. Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) A.G., del 10/12/1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se definió a sí misma como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse. El catálogo no incluyó, en realidad, sólo derechos, sino también principios y deberes, como los principios de libertad e igualdad (Preamble; arts. 1° y 7°), no discriminación (arts. 2°, 16 y 23, inc. 2), legalidad (art. 29.2), debido proceso (arts. 8° a 11), razonabilidad (arts. 29.2 y 30), el deber de todos los seres humanos de "comportarse fraternalmente entre sí" (art. 1° *in fine*) y los deberes que toda persona tiene "respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad" (art. 29.1).

Los derechos enumerados fueron: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal (art. 3°); al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 6°); a igual protección de la ley (art. 7°); al acceso a la justicia (art. 8°); a la protección contra el arresto, la detención o el destierro arbitrarios (art. 9°); derecho de audiencia (art. 10); derecho de defensa (art. 11); a la intimidad y a la inviolabilidad de la persona, la familia, el domicilio y la correspondencia (art. 12); a la libre circulación y residencia (art. 13); al asilo (art. 14); a la nacionalidad (art. 15); a casarse y fundar una familia (art. 16); a la propiedad, individual y colectiva (art. 17); a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18), de opinión y expresión, (art. 19), de reunión y de asociación pacíficas (art. 20); etc.

Con el correr del tiempo, el respeto de algunos de estos derechos fue practicado y aceptado como una verdadera obligación jurídica por gran parte de la comunidad internacional, lo que los elevó a la categoría de costumbres internacionales. No obstante numerosas libertades de las proclamadas, —como las de opinión y expresión, de libre circulación y residencia, las

²⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preamble, considerando 1° *in fine*.

derechos políticos del art. 21, y los laborales y sindicales del art. 23—, provocaron la renuencia de ciertos Estados, hubo progresivo consenso en aceptar la inviolabilidad de los derechos más esenciales: la vida, la igualdad, la libertad, la integridad y la seguridad personales, el reconocimiento de la personalidad jurídica... Consecuentemente, prácticas tales como el asesinato sistemático, la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la trata de personas, la esclavitud y otros equivalentes, llevadas a cabo con la aquiescencia de las autoridades públicas o ante la inactividad culpable de aquéllas, pasaron a considerarse violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, en forma de crímenes internacionales imputables a sus perpetradores, y al Estado que los cometiera o permitiera su comisión.

La calificación de ciertas prácticas violatorias de los derechos humanos básicos como delitos internacionales, es hoy derecho positivo convencional para los numerosos Estados parte de tratados, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que califica como crímenes internacionales, entre otros, al genocidio y a los crímenes de lesa humanidad —entendido por tales, los actos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, como el asesinato, exterminio, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, desaparición forzada de personas, *apartheid*, etc.—.

En suma, la principal consecuencia jurídica de reconocer subjetividad internacional a los individuos fue abstraer del mero arbitrio del poder soberano la responsabilidad por la tutela de los derechos básicos de quienes se encuentran en su territorio: "si bien al Estado sigue correspondiendo, en primer lugar, reconocer y garantizar el ejercicio de los derechos humanos a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, el cumplimiento de este deber está sujeto al control de la comunidad internacional"²¹. Se llega así al moderno concepto de *Estado soberano*, tal es, "una comunidad que se gobierna plenamente a sí misma, o comunidad independiente, pero sin que el gobierno propio excluya su subordinación respecto de las reglas de la moral, y del derecho internacional positivo"²².

²¹ Gerardo Posit, H. D. T., "Principios...", cit., p. 893.

²² Carl Vojanovic, Alfred, *Derecho internacional público*, trad. del alemán por Ana María Trujel y Sara, Biblioteca Jurídica Arcaica, Madrid, 1978, p. 10.

IV. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS COMPARATIVO

I. Fundamentos materiales. Complementariedad de sus normas

La comunidad internacional ha demostrado y reafirmado su "fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana"²¹. Derechos que existen y dignidad que debe ser respetada con independencia de que el legislador los haga o no parte del derecho interno, puesto que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana"²². No obstante, ello no impide en modo alguno considerar esencial que tales derechos sean protegidos por un régimen jurídico, "a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"²³. Todo persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que sus derechos y libertades puedan hacerse plenamente efectivos²⁴, y, correlativamente, todos los gobiernos del mundo tienen el deber de adoptar medidas, conjuntas o separadamente²⁵, para la realización de este propósito común.

Es esa convicción moral y jurídica la que ha llevado a los Estados miembros de la ONU a adoptar y proclamar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde la Asamblea General consideró, ante todo, "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (Prelámbulo, consid. 1^o). Como todos los seres humanos nacen libres e iguales en derechos, tienen ellos el deber de comportarse fraternamente los unos con los otros (art. 1^o), ya sea en tiempos de paz como épocas de guerra, sin que el estado de excepción eventualmente derivado de un conflicto armado o de cualquier otra circunstancia extraordinaria pueda autorizar la suspensión ni la violación de aquellos derechos considerados esenciales y permanentemente vigentes (derecho a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre, a no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir con una obligación contractual, al debido proceso, al reconocimiento

²¹ Carta de la Organización de las Naciones Unidas, Prelámbulo.

²² Convención Americana sobre Derechos Humanos, Prelámbulo, considerando 2^o in fine.

²³ Declaración Universal de Derechos Humanos, Prelámbulo, considerando 1^o.

²⁴ Conf. art. 28, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²⁵ Art. 56, Carta de la ONU.

de la personalidad jurídica, a la libertad de conciencia, pensamiento y religión)²⁸. La violación sistemática de dichos derechos es considerada un crimen internacional en todo tiempo y lugar, y bajo cualquier circunstancia, porque el bien jurídico protegido es la persona humana, como núcleo indispensable para la existencia de la Humanidad.

Ya el Estatuto del Tribunal de Nuremberg otorgó a ese órgano competencia para juzgar sobre los que denominó *crímenes de lesa humanidad* (asesinato, extermínio, deportación u otros actos inhumanos, cometidos contra la población civil...), fueran éstos perpetrados antes o durante la guerra²⁹. Pocos años después, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1948, dispuso que "Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar" (art. 1).

Cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el derecho de todos los hombres al reconocimiento de su personalidad jurídica, dice que este reconocimiento debe serles otorgado "en todas partes" (conf. art. 6°), de lo que cabe inferir la voluntad de los Estados miembros de que así sea en todo tiempo y lugar; igual disposición contiene el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su art. 16. Asimismo, la Declaración Universal aspira a ser un ideal en que los individuos y las instituciones se inspiren constantemente y no sólo en épocas de paz.

El art. 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se aplica en caso de conflicto armado "que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes"; no obstante, "al bien su primer párrafo contiene puro derecho humanitario, o derecho humanitario stricto sensu, en sus incs. a), b), c) y d) recoge también derechos humanos básicos, válidos tanto en tiempos de paz como en tiempos

²⁸ Dijo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 1993, emitido el 18/11/1993, que "... cuando se analiza la legalidad de las medidas de suspensión adoptada por un Estado Parte en la Convención Americana, en virtud de la existencia de un conflicto armado al cual se aplica como la Convención Americana como los tratados de derecho humanitario, la Comisión se debería resolver la cuestión solamente por referencia al texto del art. 21 de la Convención Americana. Mas bien debe determinar si los derechos afectados por tales medidas están garantizados de manera similar en los tratados aplicables de derecho humanitario. Si encuentra que los derechos en cuestión se pueden ser suspendidos bajo estos instrumentos de derecho humanitario, deberá concluir que tales medidas de suspensión son violatorias de las obligaciones de los Estados Partes, tanto bajo la Convención Americana como bajo los respectivos tratados de derecho humanitario".

²⁹ Arts. 6°, Estatuto del Tribunal de Nuremberg y 5°, Estatuto del Tribunal de Tokio.

de guerra"³⁰. Tales son: el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, a la dignidad personal y al debido proceso legal.

Además de su reconocimiento por vía convencional, la complementariedad entre derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos, ha sido subrayada en las conclusiones de numerosas conferencias internacionales, así, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán, resolución XXIII, sobre "Derechos Humanos en Conflictos Armados" (adoptada el 12/6/1969); "Respeto a los Derechos Humanos en los Conflictos Armados", resolución 3444 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1969); XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja (resolución II sobre "Desaparición Forzada de Personas", y XIV, sobre la "Tortura")³¹, entre otros. En el ámbito americano, en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina (1949); Situación de los Derechos Humanos en Nicaragua (1978); Situación de los Derechos Humanos en Uruguay (1978)³². En su informe 55/1997, emitido el 18/11/1997, la Comisión sostuvo que "...al igual que otros instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos, la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad del ser humano...", y que "...la estrecha interrelación entre los derechos humanos y el derecho humanitario también sustenta la competencia que posee la Comisión bajo el art. 29.b) para aplicar, cuando resulte relevante, el derecho humanitario...".

Puede verse, entonces, que "si bien el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, tienen diferentes orígenes y diferentes fuentes históricas y doctrinarias, consideraciones básicas de humanidad son subyacentes a uno y a otro"³³. Ambos ordenamientos persiguen una idéntica finalidad: la protección de la dignidad y de los dere-

³⁰ SANCHEZ, César, "Interrelaciones entre el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y la protección internacional a los refugiados", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIV, no. 39, publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, mayo-junio 1982, p. 283.

³¹ SANCHEZ, César, "Las correlaciones entre el derecho internacional humanitario y el de los derechos humanos en el continente americano: El papel de los organismos regionales", en *Boletín Interamericano de Derecho Comparado*, nueva serie, año 17, no. 31, septiembre-diciembre 1984, pp. 901-912.

³² Véase also THOMPSON, Antonio A., "Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos", en *Estudios especializados de derecho Americano I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1988, p. 91.

³³ *Ibidem*.

chos fundamentales de las personas humanas, uno, en todo tiempo y lugar; el otro, en épocas de conflicto armado.

2. Fuentes formales

Las fuentes formales del derecho internacional son los métodos de creación de una norma jurídica y de verificación de su existencia.³⁴

Como ya se ha señalado al describir su desenvolvimiento histórico, la primera fuente creadora del derecho internacional fue la *costumbre*. El derecho humanitario surgió y evolucionó, en un principio, a través de aquellas prácticas comunes y repetidas que los Estados asumían durante el transcurso de las guerras, con la convicción de que actuar de ese modo era su obligación jurídica. Algunas de estas prácticas son de origen relativamente reciente; no es sino a partir de la Edad Moderna que los enfermos y heridos comienzan a ser considerados como dignos de asistencia y que los beligerantes se comportan con frecuencia de un modo humanitario respecto de tales personas. Sin embargo, otras categorías de individuos —como los prisioneros de guerra y los combatientes vencidos o rendidos—, empiezan a recibir un trato especial desde los albores de la Edad Media, cuando los preceptos del Cristianismo tienden a humanitar la guerra. Ya en esta época, “los países del norte de Europa acostumbraron respetar a los comerciantes enemigos en su persona y en sus bienes, bajo reciprocidad, o se les daba un plazo para liquidar sus asuntos y retirarse del territorio hostil”³⁵. Aun en la Antigüedad algunos pueblos —entre ellos, los egipcios, los hindúes y los griegos— tuvieron ciertas deferencias respecto de sus enemigos, y en relación a los métodos y medios de hacer la guerra.

En el Medievo estas prácticas comienzan a plasmarse, paulatinamente, en *tratos*. Se trataba, en su inmensa mayoría, de convenciones bilaterales que los Estados parte celebraban con el objeto de responder a una situación de conflicto armado actual o inminente. Pero los continuos adelantos en las técnicas armamentistas y, sobre todo, la creciente convicción de que la guerra era un fenómeno que necesitaba ser humanizado, hicieron que tales acuerdos bilaterales fueran paulatinamente reemplazados por convenciones plurilaterales, destinadas a regir un número de enfrentamientos bélicos en principio indeterminados. Es así como surgen los Convenios de Ginebra de 1864-1929, que constituyen los primeros pasos hacia la codificación del derecho internacional humanitario.

³⁴ Ruzsa, L. A. - *Op. cit.*, José M., cit. 1. I, p. 12.

³⁵ Carl. Ruz. Morsari, *Historia del derecho internacional público*, Juan Castagna, Buenos Aires, 1943, p. 337.

Este proceso de ordenamiento y sistematización tuvo su segundo gran hito a mediados del siglo XX, cuando otra serie de Convenios se adoptó en Ginebra. El fin tenido en mira fue ampliar y mejorar la normativa humanitaria existente, además de adecuarla a la nueva realidad jurídica e histórica resultante de la posguerra. Los Estados participantes en la Conferencia de 1949 se comprometieron a cumplir con cuatro tratados, que definen, en gran parte, el contenido del moderno derecho internacional de los conflictos armados: el I Convenio de Ginebra, destinado a proteger a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el II Convenio, que brinda amparo a los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el III Convenio, que protege a los prisioneros de guerra; y el IV Convenio, que tutela a la población civil.

Los cuatro Convenios se aplican en caso de enfrentamiento armado de carácter internacional. No obstante, el art. 3.^o común a los mismos señala los estándares mínimos de humanidad que tendrá la obligación de aplicar cada una de las partes en un conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes (conf. párr. 1.^o). En tal caso, "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 serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad" (apart. 1). Actos como el homicidio, la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal y la violación de las normas del debido proceso, perpetrados en perjuicio de las personas arriba mencionadas, quedan prohibidos y son ilícitos cualquiera sea el tiempo y el lugar en que se cometan (*idem*). Los heridos y enfermos serán recogidos y asistidos (apart. 2). Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, gozará del derecho de iniciativa para ofrecer sus servicios a las partes en conflicto; además del derecho que universalmente se le reconoce para acceder libremente a las víctimas y brindarles asistencia.

La normativa de los cuatro Convenios se halla actualmente vigente y es, por lo tanto, derecho positivo convencional para los Estados parte en los mismos. No obstante, el "Derecho de Ginebra" sufrió otro importante avance en 1977, cuando se aprobaron dos Protocolos adicionales a los Convenios de 1949. Movidos por la voluntad de reafirmar y elevar los estándares de humanidad definidos en instrumentos anteriores, los Estados participantes adaptaron el Protocolo I, a fin de reforzar el contenido de las víctimas de conflictos armados internacionales e incluir dentro de los mismos a las luchas de liberación nacional. El Protocolo II, por su parte, se dedicó a ampliar la protección de las personas afectadas por conflictos

armados internos, complementando así el art. 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra.

El proceso de codificación del "Derecho de La Haya" también está en marcha. Desde que los Estados parte en la Convención de 1907 declararon que "los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo", numerosos tratados han hecho cada vez más amplias las restricciones en tal sentido: el Protocolo de Ginebra de 1925, que prohibió el empleo de gases y líquidos asfixiantes, envenenados o deletéreos; la Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas y sobre su destrucción; la Convención de Ginebra de 1977 sobre la prohibición de utilización de técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles; la Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre ciertas armas convencionales; la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, producción, almacenamiento y uso de armas químicas y su destrucción; la Convención de 1997 sobre la prohibición de las minas antipersonal y su destrucción, etc.

La comunidad internacional ha reparado, asimismo, en la necesaria interdependencia existente entre la protección de las víctimas de los conflictos armados y la restricción a la libertad de escoger los medios y métodos de hacer la guerra. Es por ello que el Protocolo I Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ha reafirmado, en su art. 35, párr. 1º, el principio general de La Haya, al disponer que "en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos y medios de hacer la guerra no es ilimitado".

La costumbre y los tratados internacionales son también fuentes creadoras del derecho internacional de los derechos humanos. Muchas de las disposiciones sobre derechos humanos que hoy se encuentran reconocidas en convenciones escritas, aparecieron primero en forma de prácticas estatales concordantes con las que la repetición y el *usus* confirieron el *status* de normas jurídicas internacionales. Con respecto a los tratados, los más importantes a nivel universal han sido adoptados bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas, así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Asimismo, cabe mencionar la importante labor de codificación llevado a cabo con el impulso de los organismos regionales. Tal es el caso de la Organización de los Estados Americanos, cuyos miembros suscribieron, en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica; o del Consejo de Europa, que adoptó, en 1950, la Convención Europea de Derechos Humanos.

Tanto las principales normas sobre el derecho internacional de los derechos humanos como las fundamentales disposiciones sobre derecho internacional humanitario, "han logrado un carácter consuetudinario que les confiere un título independiente y separado de vigencia, aunque luego se encuentren estas normas subsiguiente y repetitivamente codificadas en distintos convenios y demás instrumentos jurídicos"³⁶. Ello es jurídicamente posible ya que el hecho de que un tratado no cree obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento (conf. art. 34, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), no impide "que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal" (art. 38). El deber de no causar, durante un enfrentamiento armado, males mayores a aquellos indispensables para conseguir el objetivo militar perseguido con cada maniobra, así como el deber de los gobiernos de respetar los derechos humanos básicos de las personas que se encuentren bajo su territorio e impedir violaciones flagrantes y sistemáticas a los mismos, son ejemplos de normas internacionales que se hallan reconocidas en tratados, pero que han llegado a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de la costumbre internacional³⁷.

Respecto de "los principios generales de derecho, en el sentido del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, surten también sus efectos en el derecho de la guerra [sic] aplicándose en ello sin ninguna distinción con las otras ramas del derecho internacional"³⁸.

3. Principios informantes

Los principios del derecho internacional —a diferencia de los que surgen del derecho interno de los Estados— no pueden crear normas jurídicas, sino tan sólo utilizarse como "medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho" (conf. art. 38, f d) del Estatuto de la CIJ). Ello es así por cuanto estos principios no son sino abstracciones derivadas de normas preexistentes de derecho internacional. Su importancia radica en que permi-

³⁶ Sussman, Ch., *Principios*, ..., cit., p. 17.

³⁷ Dijo la Corte Internacional de Justicia en su IC del 8/11/1986, en relación a si resultaba o no legítima la amenaza o el uso de armas nucleares por parte de un Estado miembro a solicitud de la Asamblea General, que las normas contenidas en los Convenios de La Haya y de Ginebra, no sólo rigen para los Estados parte en dichos instrumentos, sino que "se imponen además a todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que los contienen, porque ellos constituyen principios intransigibles del derecho internacional consuetudinario".

³⁸ Sussman, Ch., *Principios*, cit., p. 17.

ten inferir los preceptos o nociones informantes de dicho orden jurídico y de sus diferentes ramas.

Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos comparten algunos principios. Jean Pictet ha señalado como preceptos comunes a estos dos ordenamientos el de *inviolabilidad de la persona* —respeto a la vida, a la integridad física y mental, a los atributos de la personalidad—, el de *no discriminación*, y el de *seguridad de la persona* — prohibición de represalias y penas colectivas, inviolabilidad de los derechos y de las garantías judiciales básicas, prohibición de la toma de rehenes, etc. — ³⁶.

Dice el art. 8º, Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su inc. 1 que "1). El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Concordantemente, el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe, respecto de las personas a las cuales extiende su protección "a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas...". El principio de *inviolabilidad de la persona* surge asimismo de la proscripción de la tortura, y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo cual, además de estar contenida en numerosos instrumentos sobre derechos humanos ³⁷, es parte integrante de la regulación jurídica internacional de los conflictos armados. El Primer Convenio de Ginebra de 1949, al otorgar protección a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, consagra el derecho de estas personas a no ser torturadas, asesinadas u objeto de experimentos (arts. 12-13); lo propio hace el Tercer Convenio respecto de los prisioneros de guerra, quienes no deben ser torturados ni sometidos a coerción de ninguna especie con el fin de somazarles información (art. 17) ³⁸. El art. 3 común a los cuatro Convenios, por su parte, declara prohibidas "... las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios" (apart. 1, a)).

El principio de *no discriminación* dimana, por un lado, de la Carta de las Naciones Unidas, cuyo art. 1.3 señala como uno de los propósitos de la Organización el de "realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades funda-

³⁶ CORDERO TROMBADI, A. A., "Derecho internacional...", cit., p. 93.

³⁷ Art. 7º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2º, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Convención Americana sobre Derechos Humanos; etc.

³⁸ VILLALBA, MARCELO, Jorge, W., "El nuevo derecho internacional humanitario", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, tomo 59, Caracas-México, octubre-diciembre 1982, pp. 92-93.

mentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”⁴². Este precepto impregna en realidad toda la normativa internacional sobre derechos humanos, ya que es de la esencia de dicho ordenamiento reconocer en los seres humanos una dignidad y una igualdad intrínsecas que ningún prejuicio ni ninguna diferencia extrínseca puede menoscabar. Como el derecho internacional humanitario también busca proteger los derechos esenciales e iguales de las personas, en particular, de aquellas que se hallan afectadas o amenazadas por un conflicto armado, tampoco este ordenamiento autoriza aquellos tratos desiguales que tengan el carácter de discriminatorios. Así, dice el art. 3º común que “las personas que no participan directamente en las hostilidades (...) serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo” (apart. 1).

Finalmente, la *seguridad de la persona* emana de una serie de garantías consideradas indispensables para asegurar debidamente los derechos básicos de todo individuo, tales como las que exigen un proceso judicial o administrativo sustanciado en legal forma y sin irregularidades que puedan poner en peligro la integridad del sujeto sometido al mismo. Estas prescripciones implican, igualmente, que las penas que se administran como consecuencia de todo proceso también deban serlo de conformidad con ciertas normas de derecho internacional, como las que prohíben las penas colectivas, la pena de muerte por delitos políticos o conexos con los políticos, la prisión por deudas, los castigos en forma de sufrimientos corporales, el trabajo forzado, etc. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene numerosas disposiciones de las que puede abstraerse este principio de seguridad de la persona, en especial, en su art. 9º, que enuncia expresamente que: “Todo individuo tiene derecho a la seguridad y a la libertad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.” (inc. 1). En el ámbito del derecho internacional humanitario pueden citarse —entre otros— los arts. 82 y ss. del Tercer Convenio de Ginebra de 1949, que limitan la potestad de aplicar sanciones disciplinarias a los prisioneros de guerra y establecen las pautas mínimas de legalidad que deberán observarse en la conducción de los procesos llevados contra dichas personas. El art. 102 del mismo instrumento, por su parte “restringe la facultad de ejecutar una sentencia de muerte.

⁴² Concretamente, ver también arts. 13, to. 55, c). 76, c).

la que sólo se podrá aplicar si las disposiciones de la Convención han sido fielmente observadas y si la sentencia ha sido dictada por la misma jurisdicción y según el mismo procedimiento que se aplicaría en el caso de las fuerzas armadas de la parte que detenta el poder"⁴³. Prescripciones análogas contiene el art. 3º común en su apart. I, inc. d).

Respecto de los principios considerados como propios y exclusivos al derecho internacional humanitario, resulta cardinal el de *humanidad*. Dicho precepto enuncia un deber permanente de fraternidad y solidaridad humanas ante el péjimo que padece por causa de un conflicto armado o que se halla en particular riesgo frente al mismo (ya sea por enfermedad, herida, detención o prisión, embarazo, discapacidad, rendición, o cualquier otro motivo). Con orígenes en la doctrina cristiana del Medioevo, la regla de humanidad debe su primera fuente jurídico-convencional a la Conferencia de Ginebra de 1864, que se propuso aliviar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña. Desde allí, este enunciado se ha convertido en una verdadera *maxima* del derecho internacional humanitario.

En el siglo XVIII se abre camino el principio de que la población civil no debe ser directamente afectada fuera del estado anormal que la guerra comporta: los antiguos hindúes fueron los primeros en reconocer tal distinción entre combatientes y no combatientes: éstos últimos debían ser respetados⁴⁴. Los Protocolos Adicionales de 1977 han reafirmado este deber de diferenciación entre objetivos militares y no militares, incluyendo una prohibición de dirigir las operaciones no sólo contra las personas, sino también contra los bienes de carácter civil⁴⁵. El precepto de *necesidad última*, por su parte, fue contemplado por primera vez en la Declaración de San Petersburgo de 1868, donde: "... el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo (...) a este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres". Estrechamente ligado al criterio de necesidad militar, se halla el de *proporcionalidad*, conforme el cual en el planeamiento de toda maniobra debe contemplarse una apropiada relación de equilibrio entre el fin bélico perseguido y los daños colaterales que el ataque pueda acarrear. Por último, la *prohibición de males superfluos y/o sufrimientos excesivos o innecesarios*, enuncia que no es lícito el empleo

⁴³ Conf. Vallarín Martín, J. W., "El nuevo derecho...", cit. p. 93.

⁴⁴ Corabi, Rog. Martín, I., *Derecho internacional...*, cit., p. 335-338.

⁴⁵ Conf. arts. 48, Protocolo I, y 13, Protocolo II, adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

de armas o métodos de combate que agravarían inútilmente el sufrimiento de los hombres afectados por las hostilidades, o que harían su muerte inevitable *.

V. CONCLUSIONES

La soberanía tiende a menguar su campo de gravitación a medida que nuevas normas jurídicas extienden la regulación del derecho internacional a aspectos antes confiados al "dominio reservado" de los Estados. Este proceso no significa la supresión del poder estatal, pero sí su sujeción a ciertas reglas de derecho que los propios Estados convienen en calificar como imprescindibles o conducentes a la buena convivencia entre las Naciones. Así, el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales ha llevado a que el uso de la fuerza armada pasara de ser un instrumento de soberanía individual a una herramienta que sólo debe ser usada en servicio del interés común.

Los conflictos armados se tornan objeto de regulación internacional desde que el derecho homónimo —derecho internacional de los conflictos armados— dejó establecidos dos principios fundamentales: que las personas afectadas por un enfrentamiento armado gozan de ciertos derechos iguales e inalienables —a su vida, a su integridad y seguridad personales, al debido proceso, a un medio ambiente saludable y apto para su supervivencia, al patrimonio histórico y cultural, etc.—, y que, a fin de preservar tales derechos, las partes en un conflicto de esta naturaleza no gozan de una libertad ilimitada en cuanto a la elección de los medios y métodos de combate.

La persona humana, sujeto del actual derecho internacional, goza de progresiva atención y protección en el plano internacional. La complementariedad existente entre los dos ordenamientos encargados de tutelar los derechos de los individuos —derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos— sugiere la posibilidad de sistemas de aplicación también complementarios. El fundamento se halla en un núcleo irreductible de derechos básicos que necesitan ser adecuadamente preservados tanto en tiempos de paz como en épocas de conflicto armado. La complementariedad surge de numerosas disposiciones convencionales y de la práctica común y concordante de los Estados en tal sentido, al tiempo que es verificada por principios informantes comunes, como los de inviolabilidad de la persona, no discriminación y seguridad de la persona.

La paz es un ideal común por el que todos los pueblos deben esforzarse, ya que la paz es el estado óptimo y necesario para el bienestar del indi-

* Conferencia sobre la Declaración de San Petersburgo de 1864.

viduo y su adecuado desarrollo personal y social. Sin embargo, las fricciones y conflictos que frecuentemente surgen en el seno de la comunidad internacional, o en el interior mismo de los Estados, hacen imprescindible que el derecho internacional se ocupe de establecer cuáles son las normas aplicables en caso de conflicto armado. El derecho internacional humanitario pretende sustraer la suerte de los más débiles a la voluntad de los más fuertes, a fin de que la mera capacidad armamentista o táctica no determine, para muchos, una inexorable diferencia entre la vida y la muerte.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

BONILLA MORAÑA, César. "El derecho humanitario y su aplicación a los conflictos armados", en *Universitas*, no. 72, revista de la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, junio 1987.

CANCAJO TRINIDAD, Antonio A. "Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos", en *Estudios Especificados de Derechos Humanos I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996.

CERDA (h), Carlos. "Los conflictos armados y el derecho internacional humanitario", reproducción de la clase inaugural dictada por Carlos Cerda (h) en el acto de apertura de la Cátedra de Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Historia y Letras de la Universidad del Salvador, *Revista Argentina de Derecho Millar*, no. 8, marzo 1989.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Delegación Regional para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, material informativo institucional.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Hortensia D. T., *Moderno derecho internacional y de la seguridad colectiva*, Zavalla, Buenos Aires, 1995.

— "Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos", ED, 163-893.

PIÑASTÁ COSTA, L. A. - RUDA, J. M., *Derecho internacional público*, ts. 1 y 2, TEA, Buenos Aires, 1985.

PEROTTI, Anahí, "Dimensiones actuales del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Legitimidad y restricciones establecidas por el derecho internacional humanitario", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, no. VII, Córdoba, 1996-1997.

ROUSSEAU, Ch., *Derecho internacional público profundizado*, La Ley, Buenos Aires, 1966 (título orig. *Droit international public approfondi*, trad. del francés por la Dra. Delia García Daincaux).

SEROUSSA, César, "Las correlaciones entre el derecho internacional humanitario y el de los derechos humanos en el continente americano. El papel de los organismos regionales.", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVII, nro. 51, publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, septiembre-diciembre 1984.

— "Vinculaciones entre el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y la protección internacional de los refugiados", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIX, nro. 59, mayo-agosto 1987.

SWANSON, Christophe, *Introducción al derecho humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica - Ginebra, 1984.

— *Principales nociones e instrumentos del derecho internacional humanitario como sistema interactivo de protección de la persona humana*, Serie Educación y Derechos Humanos, CICR e IIDH, San José, Costa Rica, 1990.

VERMÉAS, Alfred, *Derecho internacional público*, trad. del original en alemán por Antonio Truyol y Serra, Biblioteca Jurídica Aguilas, Madrid, 1978.

VELAZQUEZ MASCOSO, Jorge W., "El nuevo derecho internacional humanitario", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, nro. 90, Ciudad-México, octubre-diciembre 1982.