

DESARROLLO DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN SU AMPLIA DIMENSIÓN*

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juez Ad Hoc de la Corte IIDH

Sumario: I. Consideraciones Iniciales. II. Aproximaciones o Convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos. 1. Aproximación o Convergencia en el Plano Normativo. 2. Aproximación o Convergencia en el Plano Hermenéutico. 3. Aproximación o Convergencia en el Plano Operativo. III. "Respetar" y "Hacer Respetar": El Amplio Alcance de las Obligaciones Convencionales de Protección Internacional de la Persona Humana. 1. El Derecho Internacional Humanitario en su Amplia Dimensión. 2. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Amplia Dimensión. 3. La Protección Erga Omnes de Determinados Derechos y la Cuestión del Drittwirkung. IV. Consideraciones Finales: Las Aproximaciones o Convergencias entre los Regímenes de Protección en su Amplia Dimensión y el Propósito de Fortalecimiento de la Protección Internacional de la Persona Humana.

* Trabajo de investigación que sirvió de base a la exposición realizada por el Autor en el "Seminario Regional sobre las Medidas Nacionales de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario", copatrocinado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, realizado en San José de Costa Rica, del 18 al 21 de julio de 1991.

I. Consideraciones iniciales

No ha de pasar desapercibido un proceso, que viene ocurriendo en los últimos años, de gradual aproximación o convergencia, en distintos planos, entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos. Este fenómeno ha sido motivado, en gran parte, por las propias *necesidades* de protección. Tal aproximación o convergencia se ha manifestado en los planos normativo, hermenéutico y operativo. Su consecuencia más directa es la tendencia alentadora de fortalecer el grado de la protección debida a la persona humana. En la misma línea, la atención se vuelca hoy, a las implicaciones de naturaleza jurídica y de amplio alcance de determinadas obligaciones propias tanto del Derecho Internacional Humanitario como de la protección internacional de los Derechos Humanos. A la par del deber jurídico del Estado de *investigación y punición* de violaciones de Derechos Humanos, el deber de *prevención* (de la debida diligencia) encuentra igualmente respaldo en la jurisprudencia internacional reciente, revelando con mayor claridad la dimensión temporal de la protección de la persona humana. Además de eso, la atención se incrementa también sobre la protección *erga omnes* de determinados derechos y la cuestión del *DRITTWIRKUNG*, de su aplicabilidad en relación a terceros. Cabe identificar y desarrollar los medios por los cuales se consigue asegurar que el reconocimiento del amplio alcance de las obligaciones de protección y la aproximación o convergencia actual entre el Derecho Internacional Humanitario y la protección internacional de los Derechos Humanos se reviertan siempre y cada vez más en una extensión de salvaguarda de los derechos de las víctimas. De las soluciones que se alcanzan dependerán, en gran parte, los progresos en este importante dominio del derecho internacional en los próximos años. Es con el propósito de contribuir a estos avances en la protección internacional que dedicaremos el presente estudio a esta temática desafiante.

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

1. Aproximación o Convergencia en el Plano Normativo

Según la perspectiva histórica, el derecho internacional humanitario, (más particularmente, el llamado "derecho de La Haya" o el derecho de

los conflictos armados) abarca cuestiones tratadas hace bastante tiempo en el plano del derecho internacional, a la vez que el derecho internacional de los derechos humanos comprende los derechos que vinieran a ser consagrados en el plano internacional, pero que anteriormente habían sido reconocidos (muchos de ellos, particularmente los derechos civiles y políticos) en el plano del derecho interno. Aunque el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos tenían diferentes orígenes y distintas fuentes históricas y doctrinarias, consideraciones básicas de humanidad son subyacentes a uno y otro; aunque históricamente el primero se haya volcado originalmente a los conflictos armados entre Estados y el trato debido a personas enemigas en tiempo de conflicto, y el segundo a las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción en tiempo de paz, más recientemente el primero se ha volcado también a situaciones de violencia en conflictos internos, y el segundo a la protección de ciertos derechos básicos también en diversas situaciones de conflictos y violencia¹. Si, por un lado, el derecho internacional humanitario parece haber sido sistematizado y aceptado más ampliamente (en términos de números de ratificaciones de sus instrumentos) que el derecho internacional de los derechos humanos, por otro lado hay que tener en cuenta que este último -más recientemente en proceso de amplia expansión- se ha aplicado normalmente a relaciones cotidianas, a las vez que el primero ha regido usualmente situaciones de conflicto excepcionales².

La influencia del movimiento contemporáneo en pro de la protección internacional de los derechos humanos, desencadenado por la Declaración Universal de 1948, se hizo presente en los propios Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949 -establecieron derechos individuales de los que gozan las personas protegidas³, a la par de las obligaciones estatales- y, de manera relevante, en los dos Protocolos Adicionales (de 1977) a los Convenios de Ginebra al consagrar determinadas garantías fundamentales (cf. *infra*), adentrándose también en el ámbito -tradicional de los derechos humanos- de las relaciones entre el Estado y las personas sujetas a su jurisdicción. En

-
- 1 D. SCHINDLER, "El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos", *Revista Internacional de la Cruz Roja* (ene.-feb. 1979) pp. 5-7 y 15 (separata); TH. MERON, *op. cit. infra* n. (2), pp. 10-11, 14, 26-27 y 142; cf. también M. EL-KOUHÈNE, *op. cit. infra* n. (12), p. 1.
 - 2 TH. MERON, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Cambridge, Grotius Publ., 1987, pp. 4-5.
 - 3 D. SCHINDLER, *op. cit. supra* n. (1), pp. 8-9.

contrapartida, tratados de derechos humanos vienen a ocuparse de la protección de aquellos derechos también en tiempos de crisis y de situaciones excepcionales (e.g., Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27).

Se cristalizaron principios comunes al derecho internacional humanitario (más precisamente, el llamado Derecho de Ginebra) y al derecho internacional de los derechos humanos; en el análisis de Pictet, tales principios son: el principio de inviolabilidad de la persona (englobando el respeto a la vida, a la integridad física y mental, y a los atributos de la personalidad), el principio de la no discriminación (de cualquier tipo), y el principio de la seguridad de la persona (abarcando la prohibición de represalias y de penas colectivas y de tomas de rehenes, las garantías judiciales, la inalienabilidad de los derechos y la responsabilidad individual)⁴. Hay una identidad entre el principio básico de la garantía de los derechos humanos fundamentales en cualquier circunstancia y el principio fundamental del Derecho de Ginebra según el que serán tratadas humanamente y protegidas las personas fuera de combate y las que no tomen parte directa en las hostilidades⁵. Es significativo que, en el juzgamiento del 27 de junio de 1986 en el caso *Nicaragua vs Estados Unidos*, la Corte Internacional de Justicia haya considerado la obligación de "hacer respetar" el derecho humanitario (artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra) como un principio general (ineluctablemente ligado al contenido de las obligaciones de respetar), aclarando así que los principios generales básicos del derecho internacional humanitario contemporáneo pertenecen al *derecho internacional general*, lo que les da aplicabilidad en cualquier circunstancia, de manera tal que asegure mejor la protección de las víctimas⁶. En efecto, la aproximación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos viene, de la misma forma, a fortalecer el grado de protección debida a la persona humana⁷.

4 JEAN PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Ginebra/París, Inst. H.-Dunant/Pedone, 1983, pp. 78-83.

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

6 ROSEMARY ABI-SAAB, "Les 'principes généraux' du droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice" *Revue Internationale de la Croix-Rouge* (julio-agosto de 1987) n. 766, pp. 388-389.

7 Cf. TH. MERON, *op. cit. supra* n. (2), p. 28.

Esta aproximación ha encontrado expresión en resoluciones adoptadas en Conferencias Internacionales, tanto de derechos humanos como de derecho humanitario. Tal vez la más celebrada de estas resoluciones, vista hoy como habiendo abierto el camino para situar el derecho humanitario en una perspectiva más amplia de derechos humanos, ha sido la Resolución XXIII, titulada "Derechos Humanos en Conflictos Armados", adoptada el 12 de mayo de 1968 por la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán⁸. A esta resolución, que marcó el inicio de la preocupación de las Naciones Unidas por el desarrollo de la materia, le siguen otras varias resoluciones volcadas también al derecho humanitario (particularmente al llamado "Derecho de Ginebra")⁹. Luego la Asamblea General de la ONU, como veremos más adelante, examinaría los informes del Secretario General de la ONU sobre el tema "Respeto de los Derechos Humanos en los Conflictos Armados", encomendados por la Resolución 2444 (XXIII) de 1969 de la Asamblea, para implementar la Resolución XXIII de la Conferencia de Teherán de 1968 (cf. *infra*).

Concomitantemente, resoluciones adoptadas por las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja también pasaron a referirse a los "derechos humanos". El camino aquí fue abierto por las resoluciones invocando el respeto de los derechos humanos adoptadas por la XXI Conferencia Internacional, realizada en Estambul, en 1969; a éstas seguirán, más recientemente, e.g., la Resolución XIV (sobre la Tortura) adoptada por la XXIII Conferencia en 1977, y la Resolución II (sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias) adoptada por la XXIV Conferencia en 1981¹⁰. En efecto, la aproximación, y también convergencia, entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos han sido manifestadas *en el plano normativo*, en relación con materias como prohibición de tortura y de trato o punición cruel, inhumano o degradante; detención y prisión arbitrarias; garantías de *due process*; prohibición de discriminación de cualquier tipo¹¹.

La adopción del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que contienen padrones *mínimos* de protección en caso de con-

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

9 E.g., *inter alia*, resoluciones 2444 (XXIII), de 1969, y 2597 (XXIV), de 1970, de la Asamblea General de la ONU; cf. ROSEMARY ABI-SAAB, *Droit humanitaire et conflits internes*, Ginebra/París, Inst. H.-Dunant/Pedone, 1986, pp. 95-96.

10 J. MOREILLON, *op. cit. supra* n. (5) pp. 10-11; TH. MERON, *op. cit. supra* n. (2), p. 143.

11 Cf., al respecto, el estudio de TH. MERON, *op. cit. supra* n. (2), pp. 13-14 y 17-22.

flicto armado no internacional, también contribuyó a la aproximación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos debido a su amplio ámbito que acarrea la aplicación de las normas humanitarias de la misma manera en las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción (como ocurre en el campo propio de los derechos humanos); ahora bien, es justamente en los conflictos armados no internacionales y en las situaciones de disturbios y tensiones internas, que ponen en relieve precisamente las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción, que la convergencia entre el derecho humanitario y los derechos humanos se hace aún más claramente manifiesta¹².

Determinados derechos, consagrados en los ámbitos de uno y de otro, reciben un trato particularmente detallado y preciso en las Convenciones de Derecho Humanitario -e.g., derechos a la vida y a la libertad-, como lo requieren los propios conflictos armados que ellas tienen por objeto reglamentar¹³. Otra etapa Importante en el proceso de aproximación o convergencia en el plano normativo entre el derecho humanitario y los derechos humanos es marcada por la consagración de determinadas *garantías fundamentales* en los dos Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de 1949. El artículo 75 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales enuncia en detalles, garantías fundamentales mínimas de las que gozan *todas las personas afectadas por tales conflictos*, protegiendo derechos individuales de estas personas que podrían oponerse a su propio Estado. Se da así, la clara aproximación entre el derecho humanitario y los derechos humanos, aunque sin confundirlos, en tanto permanecen intactas las condiciones de aplicación de uno y de otro; esto significa que uno y otro pueden aplicarse también simultánea o acumulativamente, asegurando la complementariedad de los dos sistemas jurídicos (cuando los mismos Estados sean Partes tanto en los Convenios de derecho humanitario como en los de derechos humanos),¹⁴ y ampliando así el alcance de la protección debida.

12 M. EL-KOUHÈNE, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, pp. 8, 63, 87 y 155.

13 D. SCHINDLER, *op. cit. supra* n. (1), pp. 10-11.

14 M. EL-KOUHÈNE, *op. cit. supra* n. (12), pp. 97-98; recuerda el autor que, en el caso de Chipre, aunque Turquía se había rehusado a aplicar *de jure* el derecho humanitario, se vio obligada a aplicar la Convención Europea de Derechos Humanos. -Sobre la complementariedad de los múltiples mecanismos de protección propios del derecho internacional de los derechos humanos, cf. el estudio de A.A. CANÇADO TRINDADE,

El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No Internacionales, a su vez, también enuncia en detalle, en el artículo 4, garantías fundamentales mínimas de las que gozan *todas las personas que no participan, o hayan dejado de participar en tales conflictos*, estén o no privadas de libertad. Tales garantías son implementadas por las consagradas en el artículo 5, como protección mínima a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con tales conflictos, estando ellas internadas o detenidas¹⁵. La aproximación o convergencia entre el derecho humanitario y los derechos humanos no se limita al plano normativo: se hace igualmente presente en los planos de la interpretación e implementación de los instrumentos de protección, como veremos a continuación.

2. Aproximación o Convergencia en el Plano Hermenéutico

El punto central de la convergencia entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos, reside en el reconocimiento del *carácter especial* de los tratados de protección de los derechos de la persona humana. La especificidad del *droit de protection* del ser humano, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, es incuestionable, y acarrea consecuencias importantes que se reflejan en la interpretación y aplicación de los tratados humanitarios (derecho internacional humanitario y protección internacional de los derechos humanos). En la implementación de tales instrumentos internacionales se detecta el papel preeminente ejercido por el elemento de la interpretación en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, que ha asegurado que aquellos tratados permanezcan como instrumentos vivos. En efecto, de la práctica de los diversos órganos de supervisión internacionales emana una convergencia de puntos de vista tanto a la interpretación propia de aquellos tratados, una *jurisprudence constante*, como a la naturaleza objetiva de las obligaciones que incorporan y a su carácter distinto o especial -en comparación con otros tratados multilaterales de tipo tradicional- como tratados celebrados para la protección de la persona humana y no para el establecimiento o la reglamentación de concesiones o ventajas interestatales recíprocas¹⁶.

"Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)", 212 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1987) pp. 1-435.

15 Cf. M. EL-KOUHÈNE, *op. cit. supra* n. (12), p. 65, para la relación entre el régimen del Protocolo II y el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

16 Para un estudio jurisprudencial reciente de la interpretación propia de los tratados de derechos humanos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Co-existence and Co-ordination...", *op. cit. supra* n. (14), capítulo III, pp. 91-103, y cf. pp. 402-403.

La interpretación y aplicación de los tratados de protección internacional de los derechos humanos dan testimonio del ocaso de la reciprocidad y de la preeminencia de las consideraciones de *ordre public* en el presente dominio. En efecto, la prohibición de la invocación de la reciprocidad como subterfugio para el no cumplimiento de las obligaciones convencionales humanitarias, es corroborada en términos inequívocos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que, al disponer sobre las condiciones en que una violación de un tratado puede acarrear su suspensión o extinción, exceptúa expresa y específicamente los "tratados de carácter humanitario" (artículo 60 (5)). Así, como resaltamos en un reciente estudio sobre la materia, "el propio derecho de los tratados de nuestros días, como lo atestigua el artículo 60 (5) de la Convención de Viena, descarta el principio de la reciprocidad en la implementación de los tratados de protección internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en razón precisamente del carácter humanitario de esos instrumentos. Abriendo una brecha en un dominio del derecho internacional -como el atinente a los tratados- tan fuertemente impregnado del voluntarismo estatal, lo dispuesto en el referido artículo 60 (5) de la Convención de Viena constituye una cláusula de salvaguarda en defensa del ser humano"¹⁷.

La superación de la reciprocidad también se manifiesta en lo referente a la cuestión de la extinción de las obligaciones convencionales, como lo ilustra la cláusula de denuncia de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Según esta cláusula (artículo común 63/62/142/158), mientras la potencia denunciante estuviere involucrada en un conflicto, la denuncia notificada "no surtirá efecto hasta que la paz haya sido alcanzada", y hasta que las operaciones relativas a la liberación y repatriación de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra "hayan terminado". Quedan así, en este medio tiempo, aseguradas en cualquier circunstancia, las obligaciones de las Partes, en pro de la salvaguarda de las personas protegidas¹⁸. Además, las disposiciones de los Convenios de Ginebra, tales como las del artículo común 3, atinentes a las obligaciones del Estado *vis-a-vis* sus propios habitantes, tampoco tienen su aplicabilidad condicionada por consideraciones de reciprocidad¹⁹.

17 A.A. CANÇADO TRINDADE, *A Proteção Internacional...*, *op cit. infra* n. (39), p. 12.

18 Cf. estudio de J. de Preux sobre la materia, *cit. in* TH. MERON, *op. cit. supra* n. (2), p. 11.

19 *Ibid.*, p. 12.

Cabe, finalmente, resaltar aquí que la interacción interpretativa de los tratados de derechos humanos han generado una ampliación del alcance de las obligaciones convencionales. Así, los avances logrados bajo un determinado tratado a veces han servido de orientación para la interpretación y aplicación de otros -más recientes- instrumentos de protección²⁰. Por ejemplo, hoy en día no existe discusión respecto a que en la jurisprudencia convergente de órganos de supervisión internacional, se impone una interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones o restricciones permisibles al ejercicio de los derechos garantizados y de las derogaciones permisibles²¹ (cf. *infra*).

3. Aproximación o Convergencia en el Plano Operativo

Los mecanismos de implementación propios del derecho internacional de los derechos humanos se resumen en los métodos de peticiones o comunicaciones, de informes de diversos tipos, y de determinación de los hechos o investigaciones, con variantes; ya el derecho internacional humanitario (Convenios de Ginebra) cuenta, como mecanismos de control, con la actuación del Comité Internacional de la Cruz Roja, de las "potencias protectoras" y de las propias Partes Contratantes (artículos 8/11 comunes a los cuatro Convenios de 1949). No habiendo una coincidencia total entre el ámbito de aplicación material (situaciones abarcadas) y personal (personas protegidas) de uno y de otro, no sorprende que los mecanismos de supervisión sean distintos. Así, por ejemplo, mientras la protección internacional de los derechos humanos puede ser desencadenada tanto por la acción *ex officio* de los órganos de supervisión como por las peticiones o reclamos de las propias víctimas, los distintos mecanismos de implementación del derecho humanitario, volcados a la protección de seres humanos desarmados e indefensos en situaciones de conflicto, han aspirado, en función del contexto en que se aplican, a surtir efectos y resultados particularmente rápidos²². No obstante, la ausencia de paralelismo entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos es más aparente que real.

La aproximación o convergencia entre uno y otro en el plano normativo, se ha reflejado hasta cierto punto, también en el plano operativo. No

20 A.A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n. (14), pp. 101-103.

21 *Ibid.*, pp. 104-112.

22 D. SCHINDLER, *op. cit. supra* n. (1), pp. 13-15.

hay que perder de vista que los distintos mecanismos de implementación se inspiran en principios comunes que "los vinculan e interrelacionan", en consideraciones básicas de humanidad, formando un *sistema* internacional general, con sectores específicos de protección de la persona humana²³. Así, la aplicación reciente del derecho humanitario se ha volcado a problemas de derechos humanos, y la de la protección internacional de los derechos humanos se ha ocupado igualmente de problemas humanitarios. Las necesidades de protección los han aproximado.

Es sabido que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha desarrollado actividades de protección y asistencia en situaciones, por ejemplo, de disturbios y tensiones internas, no abarcadas por el derecho internacional humanitario convencional. Sus bases de acción han sido, además de la propia tradición o práctica incuestionable, las resoluciones de las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja (de la Resolución XIV, de la X Conferencia, en Ginebra en 1921, la Resolución VI, de la XXIV Conferencia en Manila en 1981), y los Estatutos de la Cruz Roja Internacional (artículos VI/VII) y los del propio CICR²⁴. Así, la protección humanitaria se ha extendido a detenidos y prisioneros políticos en el transcurso de disturbios y represión política internos, además de prisioneros en el transcurso de conflictos armados²⁵. Esta protección humanitaria se fundamenta igualmente en los derechos de la persona humana consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos a partir de la Declaración Universal de 1948²⁶.

Así, al ocuparse, en casos de disturbios y de tensiones internas, de cuestiones como la mejora de las condiciones de detención, de la asistencia material a los detenidos, de la lucha contra la tortura,²⁷ contra las desapariciones forzadas, contra la toma de rehenes y contra otros actos de

23 H. GROS ESPIELL, "Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados", *Etudes et essays sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. CH. SWINARSKI), Ginebra/La Haya, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 703-711.

24 CICR, *O Comité Internacional da Cruz Vermelha e os Distúrbios e Tensões Interiores*, Ginebra, 1986, pp. 1-21; CH. SWINARSKI, *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*, Brasília, CICR/IIDH, 1988, pp. 61-71.

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

26 R. ABI-SAAB, *op. cit. supra* n. (9), p. 86.

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

violencia contra personas indefensas, el CICR ha contribuido efectivamente a fomentar el respeto por los derechos humanos²⁸. Todo indica que en el futuro el CICR intensifique aún más su acción en favor de detenidos políticos; la tendencia del CICR es de hacer más frecuentes sus visitas a prisioneros en general, no limitadas a una determinada categoría de presos o detenidos²⁹. El CICR, además de figurar, de ese modo, como un actor también en el campo de los derechos humanos,³⁰ esta tendencia contribuirá a fortalecer la protección internacional de la persona humana.

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

1. El Derecho Internacional Humanitario en Su Amplia Dimensión

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

El binomio "respetar/hacer respetar" significa que las obligaciones de los Estados Partes abarcan incondicionalmente el deber de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de aquellos tratados por todos sus órganos y agentes, así como por todas las personas sujetas a su jurisdicción, y el deber de asegurar que sus disposiciones sean respetadas por todos, en particular por los demás Estados Partes. Tales deberes se sitúan claramente en el plano de las obligaciones *erga omnes*. Se trata de obligaciones incondicionales, exigibles por todo Estado independiente-

28 J. MOREILLON, "The Fundamental Principles...", *op. cit. supra* n. (5), pp. 11-14.

29 J. MOREILLON, "The Fundamental Principles...", *op. cit. supra* n. (25), pp. 22-23.

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

mente de su participación en un determinado conflicto, y cuyo cumplimiento integral interesa a la comunidad internacional como un todo; los propios Convenios de Ginebra de 1949 se cuidan de disociar tales obligaciones de consideraciones de reciprocidad, e.g., al prohibir la exclusión de responsabilidades relativas a "infracciones graves" (artículos 51/52/131/148) previstas en el artículo 50/51/130/147, y al determinar la inalienabilidad de los derechos protegidos (artículos 7/7/7/8)³¹.

En la misma línea de pensamiento los Convenios de Ginebra de 1949 estipulan que ningún acuerdo especial podrá perjudicar la situación de las personas protegidas (artículo 6/6/6/7). Así, se da preeminencia a los imperativos de *protección*. El artículo 89 del Protocolo Adicional I de 1977 -a ser leído en combinación con la obligación del artículo 1 de los Convenios de Ginebra- prevee la acción conjunta o individual de los Estados Partes en cooperación con las Naciones Unidas, y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en situaciones de "violaciones graves" del Protocolo o de los Convenios de Ginebra. Ya ha sido sugerido que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 48/49/128/145 común a los cuatro Convenios de 1949, los Estados Partes podrían, basándose en la obligación general de "hacer respetar" el derecho humanitario consagrada en el artículo 1, "reclamar que les sean transmitidas las leyes nacionales de aplicación de los Convenios"³².

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

31 L. CONDORELLI y L. BOISSON DE CHAZOURNES, "Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'", *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. CH. SWINARSKI) Ginebra/La Haya, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 24, 29 y 32-33; B. ZIMMERMANN, "Protocol I: Article 1 -General Principles and Scope of Application", *Commentary on the additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949* (Y. SANDOZ, CH. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (ed.)), Ginebra/La Haya, ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 35-38.

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

también contra los demás Estados Partes que no cumplen la obligación (de conducta o de comportamiento) de "hacer respetar" el derecho humanitario³³. Tal obligación posee además una dimensión *preventiva*, al requerir de los Estados las medidas necesarias que les permitan asegurar el respeto del derecho humanitario: estas medidas -adopción de leyes, instrucciones y "órdenes" pertinentes, en suma, conformidad del derecho interno en todos los niveles con el derecho humanitario- han de ser tomadas por los Estados a través de su acción legislativa y reglamentadora interna no solamente en tiempo de conflicto, sino también preventivamente en tiempo de paz (un aspecto del derecho internacional humanitario contemporáneo aún no examinado suficientemente)³⁴.

El propio sentido y el amplio alcance de las obligaciones de derecho internacional humanitario (*supra*) fueron invocados y afirmados en dos casos recientes dignos de ser mencionados y destacados, a saber, el *conflicto Irán/Irak* y el *contencioso Nicaragua/Estados Unidos*. En lo referente al primero, es significativo que en determinado momento del *conflicto Irán/Irak* -mayo de 1983 y febrero de 1984- el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tuvo a bien dirigir llamamientos a todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, urgiéndolos a intervenir de acuerdo al artículo 1 común a los Convenios a los efectos de extender protección a cerca de 50 mil prisioneros de guerra iraquíes en Irán; el CICR solicitó a los Estados Partes que lo apoyen en el desempeño de sus funciones y que lo auxilien a asegurar la aplicación del derecho internacional humanitario³⁵. Paralelamente el Consejo de Seguridad de la ONU condenó "todas las violaciones del derecho internacional humanitario" cometidas en este conflicto, tal como, *inter alia*, el empleo de armas químicas en violación del Protocolo de Ginebra de 1925³⁶. Si los referidos llamamientos de 1983-1984 del CICR en el *conflicto Irán/Irak* no surtieron los efectos deseados, esto se debió sobre todo al desconocimiento puro y simple del contenido y alcance de la obligación de "hacer respetar" los Convenios humanitarios, que impidió a los Estados actuar conforme a su obligación³⁷. No obstante, no deja de ser significativo que en el caso

33 *Ibid.*, pp. 271 y 275 y cf. 277-279.

34 L. CONDORELLI y L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit. supra* n. (31), pp. 25-26.

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

36 Resolución 548 del 31.10.1983, y declaración de su presidente del 30.03.1984; *cit. in* L. CONDORELLI y L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit. supra* n. (31), p. 28.

37 N. LEVRAT, *op. cit. supra* n. (32), p. 292.

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

Según las palabras de la Corte de La Haya, "los Estados Unidos tienen la obligación, en términos del artículo 1 de los cuatro Convenios de Ginebra, de 'respetar' y también de 'hacer respetar' estos Convenios 'en todas las circunstancias', pues tal obligación no deriva solo de los propios Convenios, sino también de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los convenios simplemente dan expresión concreta. De modo particular los Estados Unidos tienen la obligación de no alentar a personas o grupos de personas involucradas en el conflicto en Nicaragua a actuar en violación de las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949"³⁸. La obligación de "respetar" y "hacer respetar" el derecho humanitario obtuvo finalmente, en el caso *Nicaragua versus Estados Unidos*, reconocimiento judicial, factor importante para que su contenido y alcance sean precisados en un futuro próximo.

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

2. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en Su Amplia Dimensión

Como tuvimos la ocasión de observar en un reciente libro sobre la materia, en los tratados e instrumentos de protección internacional de los derechos de la persona humana, "la reciprocidad es suplantada por la noción de garantía colectiva y por las consideraciones de *ordre public*. Esos tratados incorporan obligaciones de carácter objetivo, que trascienden los meros compromisos recíprocos entre las partes. En suma, se vuelcan a la salvaguarda de los derechos del ser humano y no de los derechos de los Estados, en la que ejerce función clave el elemento del "interés público" común o general (o *ordre public*) superior. Toda la evolución jurisprudencial en lo referente a la interpretación propia de los tratados de protección internacional de los derechos humanos se encuentra orientada en ese sentido. Aquí reside uno de los trazos marcantes que reflejan la especificidad de los tratados de protección internacional de los derechos humanos"³⁹.

Tales ponderaciones plasmadas en la constatación de la superación de la reciprocidad por los imperativos de *ordre public*, se aplican tanto a los tratados de protección internacional de los derechos humanos propiamente dichos como a los tratados de derecho internacional humanitario. En efecto, en la misma línea, la fórmula "respetar/hacer respetar" utilizada como vimos, en el derecho internacional humanitario (*supra*) marca igualmente presencia en el campo de la protección internacional de los derechos humanos. Así, en el plano global, en virtud del artículo 2 (1) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 los Estados Partes asumen la obligación de *respetar y asegurar* ("to respect and to ensure") los derechos protegidos. En un "comentario general" (bajo el artículo 40 (4) del Pacto) al respecto el Comité de Derechos Humanos (establecido por el Pacto) clarificó la naturaleza de la obligación general bajo el artículo 2 del Pacto: el Comité ponderó que la implementación de esa obligación no dependía solamente de disposiciones constitucionales o legislativas, que "frecuentemente no son suficientes *per se*", sino que además era de la competencia de los Estados Partes "asegurar" ("to ensure") el goce de los derechos protegidos a todos los individuos bajo su jurisdicción. Según el Comité, "este aspecto requiere actividades específicas de los Estados Partes a efectos de capacitar a los

39 A.A. CANÇADO TRINDADE, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, San Pablo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 10-11, y cf. p. 12.

individuos para que gocen de sus derechos", lo cual se aplica a todos los derechos consagrados en el Pacto⁴⁰. De esta manera, el Comité esclareció el amplio alcance del deber de los Estados Partes de *respetar y asegurar* ("to respect and to ensure") los derechos protegidos por el Pacto⁴¹.

Según el artículo del Pacto, de este modo, los Estados Partes se comprometen primeramente a "respetar" los derechos consagrados, no violándolos; y, en segundo lugar, a "asegurar" tales derechos, lo que requiere de ellos todos los recaudos necesarios para posibilitar a los individuos en ejercicio o goce de los derechos garantizados. Estos recaudos, en la reflexión de Buergenthal, pueden incluir la eliminación de obstáculos gubernamentales y "posiblemente también privados" al goce de aquellos derechos, pueden requerir la adopción de leyes y otras medidas (administrativas) "contra la interferencia privada", por ejemplo, en el goce de aquellos derechos⁴².

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

No ha de pasar desapercibido que los tratados de derechos humanos volcados, en especial, a la prevención de discriminación o a la protección de personas o grupos de personas particularmente vulnerables, consagran un elenco de derechos no raramente considerados como pertenecientes a diferentes "categorías". De este modo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, en un único dispositivo, el artículo 5, por ejemplo, dispone sobre la protección de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y

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

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

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

culturales. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 extiende protección a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (artículo 7-16). Y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 consagra derechos civiles (pero no políticos *stricto sensu*), económicos, sociales y culturales (artículos 3-40).

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

En el plano regional, cabe destacar el sentido del que se revisten y que ha sido dado en la práctica a las obligaciones constantes de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁴³. Conforme al artículo 1 de la Convención Europea, las Partes Contratantes *asegurarán* ("shall secure/reconnaissent") a cualquier persona bajo su jurisdicción los derechos en ella consagrados. El enunciado del artículo 1 establece no sólo la obligación de los Estados Partes de asegurar que su derecho interno sea compatible con la Convención Europea, sino también la obligación de remediar cualquier violación de las disposiciones de la Convención⁴⁴.

El alcance de las obligaciones convencionales a la luz del artículo 1, fue objeto de atención tanto de la Comisión como de las Cortes Europeas de Derechos Humanos en el caso *Irlanda versus Reino Unido*. En un pasaje de su voluminoso informe del 25 de enero de 1976 sobre el caso *Irlanda versus Reino Unido* la Comisión Europea comentó que lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención dejó claro que aquel tratado, por su ratificación, creó derechos de los individuos bajo el propio dere-

43 A su vez, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, dispone (artículo 1) que los Estados Partes reconocen los derechos en ella enunciados y se comprometen a adoptar medidas legislativas u otras para implementarlos.

44 J.E.S. FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969, p. 3.

cho internacional y el deber de los Estados de asegurar los derechos humanos al incorporar la Convención en su derecho interno⁴⁵. Profundizando en esta cuestión, uno de los miembros de la Comisión, Sperduti, destacó en una explicación de voto, el amplio alcance de la obligación general del artículo 1 de la Convención: a su entender, los Estados Partes tienen, no sólo el deber de abstenerse de cualquier acto que involucre una violación de los derechos consagrados en la Convención, sino también, el deber de asegurar el goce de tales derechos en sus ordenamientos jurídicos internos a efectos de "prohibir cualquier acto, de parte de órganos y agentes del Estado o de individuos u organizaciones privadas", que infrinjan tales derechos;⁴⁶ además, en virtud de la obligación del artículo 1 de la Convención (en combinación con otras disposiciones) los Estados Partes asumirán un deber -en relación a todos los demás conjuntamente -de "garantizar el respeto de la Convención a través de sus ordenamientos jurídicos internos"⁴⁷.

La Corte Europea advirtió, en su juicio del 18 de enero de 1978, en el mismo caso *Irlanda versus Reino Unido*, que al sustituir los términos "comprometerse a asegurar" ("undertake to secure" / "s'engagent à reconnaître") por "asegurarán" ("shall secure/reconnaissent") en el texto del artículo 1, los redactores de la Convención pretendieron dejar claro que los derechos en ésta consagrados serían *asegurados directamente* a cualquier persona bajo la jurisdicción de los Estados Partes⁴⁸. En otra ocasión, en su decisión de 1975 en el caso *Chipre versus Turquía*, la Comisión Europea insistió en el amplio alcance de la obligación consagrada en el artículo 1 de la Convención Europea⁴⁹. Es de esperar, como pertinentemente reclama Drzemczewski,⁵⁰ que en un futuro próximo se

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

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

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

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

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

50 A.Z. DRZEMCZEWSKI, *op. cit. supra* n. (48), p. 55. 6.

de mayor precisión al contenido y al alcance de la obligación de "asegurar" los derechos consagrados en la Convención Europea, particularmente a partir de los esclarecimientos desarrollados por la Comisión y por la Corte en el caso *Irlanda versus Reino Unido*.

Aún el plano regional, en virtud del artículo 1 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes se obligan a *respetar* y a *garantizar* ("undertake to respect (...) and to ensure") los derechos en ella consagrados. En dos de los tres recientes casos hondureños en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que ocurrieron violaciones de la Convención Americana (casos *Velásquez Rodríguez*, 1988, y *Godínez Cruz*, 1989), la naturaleza y el alcance de la obligación prevista en el artículo 1 (1) de la Convención fueron objeto de importantes esclarecimientos desarrollados por la Corte, aunque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no hubiese expuesto expresamente la cuestión de la violación del artículo 1 (1) de la Convención en los casos referidos.

Tanto en la sentencia del 29 de julio de 1988 en el caso *Velásquez Rodríguez*, como en la sentencia del 20 de enero de 1989 en el caso *Godínez Cruz*, la Corte Interamericana consideró el artículo 1 (1) de la Convención, esencial para determinar la imputabilidad de violación de los derechos humanos (por acción u omisión) al Estado reclamado⁵¹. La Corte advirtió significativamente que, debido al amplio alcance de la obligación consagrada en el artículo 1 (1) de la Convención de *respetar* y *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, los Estados Partes están obligados a "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados *deben prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en ese caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"⁵².

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ct. I.D.H.), *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29.07.1988, Serie C, n. 4, p. 67, párrafo 164; Ct. I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20.01.1989, Serie C, n. 5, p. 71, párrafo 173.

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

Esta obligación, de tan amplio alcance, abarca todo y cualquier acto u omisión del poder público violatorio de los derechos consagrados; ella se vuelca a la propia *conducta* del Estado de modo tal que asegure con eficacia el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos consagrados⁵³. Además, agregó la Corte, aún en la violación de los derechos humanos perpetrada por un simple particular, o por un autor no identificado, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por el acto en sí, "sino por la falta de la *debida diligencia* para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"⁵⁴. Lo decisivo es determinar si la violación ocurrió "con el apoyo o la tolerancia" del poder público, o si éste dejó que la violación ocurriese "impunemente" o no tomó medidas de prevención⁵⁵.

La Corte fue perentoria al resaltar el deber jurídico del Estado de *prevenir, investigar y sancionar* las violaciones de derechos humanos en el ámbito de su jurisdicción, así como asegurar a las víctimas una "adecuada reparación"⁵⁶. La Corte explicó que el *deber de prevención* "abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y aseguren que las eventuales violaciones de los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito", sancionable como tal; el deber de prevenir aparece, pues, como un deber de medio o comportamiento, lo mismo ocurre con el deber de investigar, que ha de ser cumplido "con seriedad y no como una simple formalidad"⁵⁷. Este último debe ser asumido por el Estado "como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de la presentación privada de los elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad"⁵⁸.

Ya sea que la violación de los derechos humanos reconocidos haya sido cometida por agentes o funcionarios del Estado, por instituciones públicas, o bien por simples particulares o personas o grupos no identi-

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

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

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

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

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

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

ficados o clandestinos, "si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación permanezca impune y no se restablezca a la víctima la plenitud de sus derechos lo antes posible, puede afirmarse que el Estado dejó de cumplir con su deber de asegurar el libre y pleno ejercicio de sus derechos a las personas bajo su jurisdicción"⁵⁹.

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

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

Las consideraciones anteriormente referidas, nos conducen a un punto de capital importancia para los futuros desarrollos de los mecanismos de protección internacional de la persona humana: la cuestión de su protección *erga omnes*. Los distintos instrumentos de protección internacional incorporan obligaciones de contenido y alcance variables: algunas normas son susceptibles de aplicabilidad directa, otras aparecen más como programáticas. Hay pues, que prestar atención a la naturaleza jurídica de las obligaciones. A ese respecto, surge precisamente la cuestión de la protección *erga omnes* de determinados derechos garantizados, que expone el punto de la aplicabilidad a terceros -simples particulares o grupos de particulares- de disposiciones convencionales (denominado "*Drittwirkung*" en la bibliografía jurídica alemana).

En efecto, el hecho de que, en nuestros días, los instrumentos de protección internacional se vuelcan esencialmente a la prevención y pu-

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

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

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

En el ámbito del derecho internacional humanitario, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aplicable en conflictos armados de carácter no internacional, ha de ser interpretado como dirigiéndose tanto a los gobiernos como a las oposiciones, si por su aplicación, realmente se pretende humanizar los conflictos internos (no internacionales)⁶⁰. El referido artículo 3 -que talvez inadecuadamente, se refiere a las "partes en conflicto"-, no ha de ser visto como una herejía jurídica, por lo cual los tratados internacionales contemporáneos atribuyen derechos y obligaciones directamente no sólo a los Estados, sino también y cada vez más frecuentemente, a los individuos y grupos. Es de esperar que este desarrollo contribuya a reducir o disipar los temores de los gobiernos al reconocimiento de grupos disidentes (como el propio artículo 3 *in fine* trata de destacar). En todo caso, es del todo deseable que el artículo 3 sea interpretado y entendido como imponiendo obliga-

60 TH. MERON, *op. cit. supra* n. (2), p. 151.

ciones directas a todas las fuerzas en conflicto, tanto las gubernamentales como las de oposición⁶¹.

Otros ejemplos pueden ser citados. Las garantías fundamentales de la persona humana consagradas, e.g., en el artículo 75 del Protocolo Adicional I y en el artículo 4 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario conllevan, para su implementación, obligaciones *erga omnes*. El artículo 5 (2) del Protocolo Adicional II, e.g., sobre los derechos de personas detenidas o privadas de libertad (en razón de conflictos armados), se dirige a los "responsables por la internación o detención" (de las personas a que se refiere el artículo 5 (1)): esta expresión se refiere a los responsables *de facto* por campamentos, prisiones, o cualesquiera otros lugares de detención, independientemente de cualquier autoridad legal reconocida⁶². A su vez, la Convención para la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio de 1948 dispone, en su artículo VI sobre el juicio de personas acusadas de genocidio y de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III; la Convención, además, determina expresamente, en el artículo IV, que las personas que hubieren cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán penadas así "sean gobernantes, funcionarios o particulares".

Otras disposiciones pertinentes igualmente se suceden en los tratados de protección internacional de los derechos humanos propiamente dichos: teniendo en cuenta la variedad considerable de los derechos garantizados en tales tratados, hay en ellos dispositivos que parecen indicar que por lo menos algunos de los derechos consagrados son susceptibles de aplicabilidad en relación a "terceros", a particulares (*Drittwirkung*). Así, en el artículo 2 (1) (d) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, prohíbe la discriminación racial "por cualquier persona, grupo u organización". Y se ha argumentado que el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (derecho a la privacidad) cubriría la protección del individuo contra ingerencia por parte de autoridades públicas así como de organizaciones privadas o de individuos⁶³.

La Convención Europea de Derechos Humanos, a su vez, dispone en el artículo 17 que nada en la Convención puede ser interpretado como

61 *Ibid.*, pp. 39-40 y 151.

62 S. JUNOD, "Protocol II - Article 5", *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949* (Y. SANDOZ, CH. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (ed)), Ginebra/La Haya, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 1389.

63 Y. DINSTEIN, "The Right to Life, Physical Integrity and Liberty", *The International Bill of Rights* (ed. L. HENKIN), N.Y., Columbia University Press, 1981, p. 119; JAN DE MEYER, *op. cit. infra* n. (68), p. 263.

implicando, "para cualquier Estado, grupo o persona", cualquier derecho de involucrarse en cualquier actividad o desempeñar cualquier acto que tenga por objetivo destruir los derechos garantizados. Los artículos 8-11 indican que hay que tener en cuenta la protección de los derechos de otros; y puede inferirse del artículo 2, según el cual "el derecho de toda persona a la vida es protegido por la ley" el deber de diligencia debida del Estado de prevención y de punición de su violación⁶⁴. Puede agregarse, con seguridad, que los valores supremos subyacentes a los derechos humanos fundamentales son tales que merecen y requieren protección *erga omnes*, contra cualquier ingerencia, por órganos públicos o privados o por cualquier individuo⁶⁵.

Aunque la cuestión *Drittwirkung* no haya sido considerada en el momento de la redacción o elaboración de la Convención Europea de Derechos Humanos, hoy en día se encuentra en evolución en la jurisprudencia bajo la Convención Europea⁶⁶. En efecto, si nos detenemos en la cuestión, constataremos que la materia regida por la Convención Europea, se respeta al *Drittwirkung*, en el sentido que algunos de los derechos reconocidos merecen o requieren protección contra autoridades públicas así como contra particulares, y los Estados tienen el deber de asegurar a todos -incluso en las relaciones interindividuales- la observancia de los derechos garantizados contra violaciones aún por otros individuos o grupos⁶⁷. Así, e.g., en relación al derecho a la privacidad (artículo 8 de la Convención, sobre el respeto a la vida privada), es necesario proteger ese derecho también en las relaciones *entre* individuos (personas, grupos, instituciones privadas y públicas, además de los Estados). En efecto, en la práctica han ocurrido situaciones en que el Estado puede ser involucrado en las relaciones *entre* individuos (e.g., tenencia de un niño, grabación clandestina de una conversación por un

64 E.A. ALKEMA, *op. cit. infra* n. (65), pp. 35-37.

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

66 Cf. A.Z. DRZEMCZEWSKI, *op. cit. supra* n. (48), capítulo 8, pp. 199-228; y cf. J. RIVERO, "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées", *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. III, París, Pedone, 1971, pp. 311 y ss.

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

particular con ayuda de la policía)⁶⁸. Ciertos derechos humanos tienen validez *erga omnes*, en el sentido de que son reconocidos en relación al Estado, pero también y necesariamente "en relación con otras personas, grupos o instituciones que podrían impedir su ejercicio"⁶⁹.

De esta manera, una violación de derechos humanos realizada por individuos o grupos privados puede ser sancionada indirectamente como cuando un Estado deja de cumplir su "deber de dar la debida protección", de tomar las medidas necesarias para prevenir o penar la violación⁷⁰. El artículo 8 de la Convención Europea ilustra pertinentemente el "efecto absoluto" de aquel derecho a la privacidad, la necesidad de su protección *erga omnes*, contra ingerencias o violaciones frecuentes, no sólo por autoridades públicas, sino también por particulares o por órganos de comunicación masivos (*mass media*)⁷¹. En recientes decisiones relativas a casos en contextos distintos, la Comisión Europea de Derechos Humanos ponderó que no podía hacer abstracción de determinadas relaciones interindividuales, teniendo en mente la protección de los derechos de otros⁷². Y la Corte Europea de Derechos Humanos, en el juicio del 21 de junio de 1988, en un caso relativo a Austria, sostuvo que el derecho a la libertad de reunión pacífica (artículo 11 de la Convención) no puede reducirse a "un mero deber" por parte del Estado de no interferir: "una concepción puramente negativa no sería compatible con el objeto y propósito del artículo 11. Como el artículo 8, el artículo 11 a veces requiere *medidas positivas* a ser tomadas, aún en la esfera de las relaciones entre individuos, si es necesario"⁷³. En ese sentido se ha orientado la jurisprudencia bajo la Convención Europea: la responsabilidad del Estado puede ser invocada aún en caso de carencia legislativa (lagunas de la ley), dado que la obligación del Estado abarca las medidas positivas que debe tomar para prevenir y penar todo y cualquier acto violatorio de un artículo de la Convención, incluso los actos privados en el plano de las

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

69 *Ibid.*, p. 271, y cf. p. 272.

70 *Ibid.*, p. 273.

71 *Ibid.*, pp. 274-275.

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

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

relaciones interindividuales, para asegurar la protección eficaz de los derechos consagrados⁷⁴.

En esa misma línea de pensamiento, se ha argumentado persuasivamente que el derecho a un medio ambiente sano, por ejemplo, ha de tener un "efecto directo" en relación también a particulares terceros, de manera tal que asegure su protección eficaz⁷⁵. *Drittwirkung* equivale a la situación en que todos son beneficiarios de aquel derecho y todos tienen deberes *vis-à-vis* lo demás ciudadanos y grupos sociales y *vis-à-vis* toda la comunidad⁷⁶. Como ejemplo del derecho a un medio ambiente sano, también se puede invocar, en el mismo sentido, el derecho al desarrollo como un derecho humano, con su dimensión intertemporal y su pluralidad de sujetos -activos (los individuos y grupos, y los pueblos) y pasivos (los Estados sobre todo actuando individual y colectivamente)-, como lo consignado en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 41-128) el 4 de diciembre de 1986⁷⁷.

74 G. COHEN-JONATHAN, *op. cit. supra* n. (48), pp. 78-81 y 284-285.

75 P. KROMAREK, "Le droit à un environnement équilibré et sain, considéré comme un droit de l'homme: sa mise-en-oeuvre nationale, européenne et internationale", in *I Conférence européenne sur l'environnement et les droits de l'homme*, Estrasburgo, Institut for European Environmental Policy, 1979, p. 38 (mimeografiado, circulación restringida). Para un estudio reciente, cf. A.A. CANÇADO TRINDADE, "The Contribution of International Human Rights Law to Environmental Protection, with Special Reference to Global Environmental Change", *Global Environmental Change: New Dimensions in International Law and Institutions* (ed. E. BROWN-WEISS), United Nations University, 1992 (en imprenta).

76 A. CH. KISS, "Le droit à la qualité de l'environnement: un droit de l'homme?", in *Le droit à la qualité de l'environnement: un droit en devenir, un droit à définir* (ed. N. DUPLÉ), Vieux-Montreal/Québec, Ed. Québec/Amérique, 1988, p. 80, y cf. p. 83. - "En ce qui concerne le droit à l'environnement, tout le monde est 'créancier' et 'débiteur' en même temps: Etat, collectivités, individus". A. CH. KISS, "La mise en oeuvre du droit à l'environnement: problématique et moyens", in *II Conférence Européenne sur "Environnement et droits de l'homme"*, Salzburgo, Institut pour une Politique Européenne de l'Environnement, 1980, p. 8, y cf. pp. 6-9 (mimeografiado, circulación restringida).

77 Cf. A.A. CANÇADO TRINDADE, "Legal Dimensions of the Right to Development as a Human Right: Some Conceptual Aspects", 13 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* -San José, 1991), y fuentes allí citadas.

IV. Consideraciones Finales: Las Aproximaciones o Convergencias entre los Regímenes de Protección en Su Amplia Dimensión y el Propósito de Fortalecimiento de la Protección Internacional de la Persona Humana

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

En este importante dominio del derecho internacional, constituye una tarea de las más urgentes en nuestros días, identificar los *medios* por los cuales se asegure que la aproximación o convergencia verificable en los últimos años entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en los planos normativo, hermenéutico y operativo, se revierta de manera efectiva y cada vez más en una extensión y fortalecimiento del grado de protección de los derechos consagrados. Algunas ideas y sugerencias han sido desarrolladas con este propósito. Por ejemplo, dadas las conocidas insuficiencias de la institución de las potencias protectoras en la aplicación de los Convenios de Ginebra se ha sugerido que el CICR se interponga como "sustituto automático" de la potencia protectora para presionar a los beligerantes a respetar los derechos humanos en conflictos armados;⁷⁸ como ya ha sido indicado, el CICR aparece en nuestros días como un actor también en el campo de los derechos humanos, en la medida en que contribuye a la observancia de éstos en determinadas situaciones consideradas como propias de la protección de los derechos humanos (e.g., la detención política)⁷⁹.

78 D.P. FORSYTHE, *op. cit. supra* n. (30), p. 288.

79 Cf. *Ibid.*, pp. 265 y 269-273.

Hace algunos años se viene considerando la idea de elaborar un instrumento internacional (e.g., un protocolo) volcado a la protección de las víctimas en situaciones de conflictos (disturbios y tensiones) internos⁸⁰. La idea de una declaración sobre la materia, que desde fines de 1983 se encuentra en la agenda del CICR, ha sido recientemente retomada y desarrollada por Meron, que sugiere la consagración, en un instrumento declaratorio de un catálogo más amplio -que el que contienen los tratados de derechos humanos vigentes- de derechos inderogables aplicables en tales conflictos (disturbios y tensiones) internos (aún de baja intensidad)⁸¹. Tal declaración se inspiraría, sobretodo, en las disposiciones relevantes tanto del derecho internacional humanitario (e.g., artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, artículos 4-6 del Protocolo Adicional II de 1977) como del derecho internacional de los derechos humanos (e.g., dispositivos de los tratados de derechos humanos sobre derechos inderogables)⁸².

La reglamentación de tales conflictos internos -que son los más frecuentes, crueles y sangrientos, que ocasionan numerosas víctimas- constituye una tarea de las más urgentes, debido a que los Estados, ante ellos, alegan que ellos requieren derogaciones de los tratados de los derechos humanos (por constituir situaciones de emergencia nacional), al mismo tiempo también alegan que ellos no alcanzan los parámetros -nivel o intensidad de violencia- requeridos para la aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra o del Protocolo Adicional II; de ese modo, permanecen aplicables solamente las disposiciones, no siempre suficientes, de los tratados de derechos humanos relativas a los derechos inderogables, que requieren una formulación más adecuada y amplia. Es cierto que esta materia no puede ser dejada, como hasta el presente, solamente a criterio de los Estados interesados; existe una necesidad manifiesta de establecer algún tipo de mecanismo internacional para la *caracterización* de conflictos. Como el CICR encara su función básica no como la de caracterizar conflictos (función jurídica) sino como la de proteger a las víctimas (función humanitaria) tal caracterización podría ser atribuida, según la sugerencia de Meron, a un grupo de juristas, que podría emitir pareceres (*advisory opinions*) con este propósito⁸³.

80 Cf. R. ABI-SAAB, *op. cit. supra* n. (9), pp. 98-99.

81 Conteniendo incluso la prohibición de prácticas como la de las "desapariciones"; cf. TH: MERON, *op. cit. supra* n. 2, pp. 131-132, 141 y 159-160.

82 Cf. *Ibid.*, p. 153, y cf. pp. 103-104 y 139-140.

83 Cf. *Ibid.*, pp. 50, 86 y 162-163, y cf. pp. 132-136, 42, 47, 74.

Subyacente a esta idea está el reconocimiento de que esta grave laguna, relativa a los conflictos (disturbios y tensiones) internos, en los cuales los derechos básicos de la persona humana son ampliamente violados, se debe hasta cierto punto al hecho de que el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos no se han interligado más íntimamente⁸⁴. Una concepción o enfoque de derechos humanos más amplio, que no insista más en la distinción tradicional y exagerada entre los dos regímenes de protección de la persona humana, podrá contribuir para hacer que los parámetros de aplicabilidad sean más accesibles a los conflictos (disturbios y tensiones) internos, de las disposiciones relevantes (incluso del instrumento declaratorio propuesto) del propio derecho internacional humanitario⁸⁵. En suma, esta laguna podrá ser llenada en la medida en que se busque en este propósito una aproximación o convergencia aún mayor entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos.

En la misma línea de preocupación, también se ha argumentado que, así como las disposiciones relevantes del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II obligan a *ambas* partes en conflicto (i.e., gobierno y fuerzas rebeldes) a respetar el mismo núcleo de derechos inderogables, fuertes razones militan lógicamente en favor de obligar a todos, de la misma forma, en caso de guerra civil prolongada, a respetar el núcleo de derechos inderogables consagrados en los tratados de derechos humanos en que sea Parte o Estado en cuestión⁸⁶. Tales situaciones realzan el amplio alcance de las obligaciones convencionales en el presente dominio, y la importancia de la protección *erga omnes* de determinados derechos básicos de la persona humana; aquí, una vez más, las garantías mínimas de esos derechos, consagradas en el derecho internacional humanitario y en la protección internacional de los derechos humanos han de ser tomadas *en conjunto*.

Otra idea desarrollada en los últimos años dice, respecto a la convergencia de los propios mecanismos de implementación: dadas las

84 *Ibid.*, pp. 135-136.

85 Cf. *Ibid.*, pp. 142-144, y cf. pp. 133, 146-147 y 150. A favor de una declaración que contiene garantías fundamentales aplicables a *todo* conflicto armado (sin otra calificación jurídica) y reglas mínimas aplicables en situaciones de disturbios y tensiones internas, cf. también M. EL-KOUHENE, *op. cit. supra* n. (12), pp. 243-244.

86 ROBERT K. GOLDMAN, "Algunas Reflexiones sobre Derecho Internacional Humanitario y Conflictos Armados Internos", Seminario de Bogotá (Comisión Andina de Juristas), octubre de 1990, pp. 36-37, y cf. pp. 2-4 (mimeografiado).

"carencias institucionales" del derecho internacional humanitario, en comparación con la protección internacional de los derechos humanos, en la que coexisten múltiples procedimientos y órganos permanentes de supervisión internacional, hay que considerar la posibilidad de permitir que estos órganos complementen cada vez más, las posibilidades de acción, propias del derecho internacional humanitario⁸⁷. Los trabajos desarrollados a este respecto, en el seno de las Naciones Unidas, por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (a partir de 1980), y por los *Rapporteurs* Especiales sobre ejecuciones Sumarias o Arbitrarias (desde 1982) y sobre la Tortura (desde 1985), establecidos por la Comisión de Derechos Humanos,⁸⁸ además del funcionamiento regular del Comité contra la Tortura establecido por la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (de 1984), dan testimonio de la complementariedad ya existente entre la protección internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario también en el plano operativo -y en relación con los conflictos (disturbios y tensiones) internos-, y que se podrá intensificar aún más en el futuro.

Hace algún tiempo ya las Naciones Unidas, han volcado su atención a la protección de los derechos humanos en conjunción con el derecho internacional humanitario; la Resolución 2444 (XXIII) de 1969 de la Asamblea General, por ejemplo, abordó el derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos internos, reconociendo expresamente "el principio consuetudinario de la inmunidad civil y su principio complementario que requiere que las partes combatientes distingan siempre a los civiles de otros combatientes"⁸⁹. El propio CICR desde hace mucho ha considerado tales principios como normas básicas aplicables en "todos los conflictos armados", incluso a todas las partes de los conflictos internos⁹⁰.

Entre 1969 y 1977, el Secretario General de las Naciones Unidas elaboró nueve informes sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados; el primero y el segundo informes se destacan, como

87 M. EL-KOUHÈNE, *op. cit. supra* n. (12), pp. 163-165, 219 y 229-242.

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

89 R.K. GOLDMAN, *op. cit. supra* n. (86), p. 12.

90 *Ibid.*, p. 12.

particularmente sustanciales por las sugerencias que contienen (*infra*), mientras que los informes tercero al noveno se vuelcan a los trabajos preparatorios de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable a los Conflictos Armados, al relato resumido de la referida Conferencia y la adopción de los dos Protocolos Adicionales de 1977⁹¹. El primer informe del Secretario General (1969) sugirió que organismos internacionales (intergubernamentales) ejercieran la función de supervisión o monitoreo de la observancia por los Estados de las reglas humanitarias, y sugirió además, la elaboración de un nuevo instrumento relativo, en particular, a los conflictos internos⁹². El segundo informe (1970) sugirió que fuera considerada una situación como recayendo en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra si el gobierno en cuestión hiciera una proclamación oficial de emergencia, en los términos, e.g., del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o de la Convención Europea de Derechos Humanos; sugirió además que se autorizase a un organismo internacional, o al propio CICR, a determinar la aplicabilidad del artículo 3 común a los Convenios de 1949, a una situación de conflicto armado; como se sabe, tales propuestas de estos dos informes no fueron incorporadas a los dos Protocolos Adicionales de 1977⁹³.

No obstante, aquellas sugerencias son hasta hoy recordadas, y parecen servir de fuentes de inspiración a nuevas ideas con el mismo propósito. Así, según la reciente sugerencia de Cerna, por ejemplo, las cláusulas de derogación de tratados regionales de derechos humanos pueden abrir espacio a órganos regionales como las Comisiones Europea y Americana de Derechos Humanos "para incorporar la supervisión de normas humanitarias en el régimen de derechos humanos durante un período de conflicto armado"⁹⁴. Se asegura así, una verificación objetiva de este último, por las referidas Comisiones que, como órganos de derechos humanos aplicarían las disposiciones relevantes del derecho internacional humanitario a la situación de conflicto en cuestión⁹⁵. La

91 C.M. CERNA, *op. cit. infra* n. (94), pp. 41 y 44; R. ABI-SAAB, *op. cit. supra* n. (9), pp. 97-104.

92 *Ibid.*, pp. 41-42 (la. cit.) y 97 (IIa. cit.), respectivamente.

93 C.M. CERNA, *op. cit. infra* n. (94) pp. 43-44.

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

95 *Ibid.*, pp. 56-57.

complementariedad entre la aplicación del derecho internacional humanitario y de la protección internacional de los derechos humanos se desprende de los términos del preámbulo del Protocolo Adicional II de 1977. Aún, en la línea de la presente sugerencia, al aplicar las disposiciones relevantes del derecho internacional humanitario a Estados que hayan invocado un estado de emergencia conforme a las cláusulas de derogación de las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos, las Comisiones Europea e Interamericana también podrían, cuando los Estados en cuestión lo soliciten, actuar como "sustitutas" de las potencias protectoras en lo que se refiere a los "deberes políticos y administrativos" de aquella institución en cooperación con el CICR, que continuaría siendo "primariamente responsable" del desempeño de las "funciones humanitarias" según los Convenios de Ginebra de 1949⁹⁶. En efecto, las referidas Comisiones regionales serían aptas para ésto, como órganos independientes que son, en tanto que ya han desarrollado actividades semejantes a las confiadas a las potencias protectoras, ya habiendo involucrado en misiones *in situ* de determinación de los hechos, y realizado entrevistas privadas con prisioneros y otros detenidos; tienen así, condiciones para integrar las normas de derechos humanos y del derecho humanitario en un todo coherente, a efectos de asegurar la protección integral de la persona humana en tiempos de paz y de conflictos⁹⁷.

El fortalecimiento de la protección internacional de la persona humana mediante la aproximación o convergencia entre la protección de los derechos humanos y el derecho humanitario, puede ser apreciada desde un ángulo distinto: el de la intangibilidad y prevalencia de las garantías judiciales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus Pareceres Consultivos ns. 8 y 9 ha dado una valiosa contribución a este propósito. En el octavo Parecer (*El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías*, 1987), la Corte consideró que los recursos de *amparo* y *habeas corpus*, "garantías judiciales indispensables", no podrían ser suspendidos de acuerdo al artículo 27 (2) de la Convención y se imponía considerar los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autorizasen explícita o implícitamente tal suspensión como "incompatibles" con las obligaciones internacionales a ellos impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁸. En el noveno

96 *Ibid.*, p. 58, y cf. p. 59.

97 *Ibid.*, pp. 58 y 60.

98 Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, *El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías*, del 30/01/1987, pp. 3-25, párrafos 1-144.

Parecer (*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, 1987), la Corte precisó además que los recursos de derecho interno deben ser necesariamente "idóneos y eficaces" y el *due process of law* (consagrado en el artículo 8 de la Convención) se aplica a "todas las garantías judiciales" referidas en la Convención, aún bajo el régimen de suspensión regido por el artículo 27 de la misma; se impone asegurar que las medidas tomadas por un gobierno en situación de emergencia, cuenten con garantías judiciales y estén sujetas a un control de legalidad, a efectos de preservar el Estado de Derecho⁹⁹.

Aquí, una vez más, la aproximación o convergencia entre el derecho humanitario y los derechos humanos sólo puede contribuir al fortalecimiento de la protección internacional de la persona humana. Como ya bien se ha observado al respecto que, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, además de no estar sujeto a derogación en cualquier circunstancia, los tratados de derechos humanos, a su vez, requieren que las medidas de derogación permisibles "no sean incompatibles" con las demás obligaciones impuestas por el derecho internacional al Estado en cuestión (Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4 (1); Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27 (1); Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15 (1)). De esta manera, se puede argumentar que un Estado que sea Parte en esos tratados de derechos humanos y en los Convenios de Ginebra se encuentra impedido, en virtud del carácter inderogable del artículo 3 común a estos últimos y de la referencia hecha por los primeros a las demás obligaciones convencionales, de suspender las garantías judiciales contenidas en aquellos tratados de derechos humanos¹⁰⁰.

Precisamente por que es en las situaciones de emergencia donde ocurren graves violaciones de los derechos humanos, es menester evitar abusos y distorsiones de los estados de excepción,¹⁰¹ mediante la ob-

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

100 R.K. GOLDMAN, "International Legal Standards Concerning the Independence of Judges and Lawyers", *Proceedings of the American Society of International Law* (1982) p. 312.

101 Estos serían, en la tipología de un QUESTIAUX, los estados de excepción no notificados, de hecho, permanentes, complejos e institucionalizados; N. QUESTIAUX, "Cuestión de los Derechos Humanos en el Caso de las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión: Estudio de las Consecuencias que para los Derechos Humanos Tienen los Recientes Acontecimientos Relacionados con Situaciones Llamadas de Estado de Sitio o de Excepción". ONU doc. E/CN.

servancia de garantías de forma, (principios de la proclamación y de la notificación) y de sustancia (existencia de amenaza excepcional, y observancia de los principios de la proporcionalidad, de la no discriminación, de la intangibilidad de derechos fundamentales y de la compatibilidad con obligaciones impuestas por el derecho internacional, para evitar arbitrariedades)¹⁰². Cabe a los órganos de supervisión internacional dirigir una mayor atención no sólo a los extremos de violaciones de derechos inderogables en estas situaciones, en relación con las cuales las normas internacionales son claras, sino también a otras cuestiones importantes que requieren mayor precisión, como la de la compatibilidad de las medidas de excepción adoptadas con determinados principios (e.g., los de la estricta necesidad y de la proporcionalidad) y con otras obligaciones del derecho internacional general¹⁰³.

También requiere mayor atención y precisión por parte de los órganos de supervisión internacional la cuestión de la interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones o restricciones permisibles al ejercicio de los derechos garantizados y de las derogaciones permisibles. La especificación de estas limitaciones o restricciones requieren atención especial a la observancia de los requisitos de que deben ser prescritas por ley y atender a fines legítimos y necesidades sociales urgentes en una sociedad democrática (a ser probadas por el Estado), además de deber ser necesariamente compatibles con los términos, objeto y propósito de los tratados de protección de los derechos de la persona humana en cuestión¹⁰⁴.

Mediante la búsqueda constante de una aproximación cada vez más estrecha entre los regímenes coexistentes de protección, se ha de buscar soluciones eficaces para los problemas con que, hoy en día, se confronta

4/SUB.2/1982/15, del 27/07/1982, pp. 24-31, párrafos 96-145; y cf. D. ZOVIATTO, *op. cit. infra* n. (102), pp. 46-51.

102 D. ZOVIATTO, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Caracas/San José, Ed. Jur. Venezolana/IIDH, 1990, pp. 88-101; y cf. S. ROY CHOWDHURY, *Rule of Law in a State of Emergency*, Londres, Pinter Publs., 1989, pp. 89-90 ss.

103 D. ZOVIATTO, *op. cit. supra* n. (102), p. 169. Cf. también: "Report of the Committee: Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Exception", *International Law Association - Report of the LXI Conference* (París, 1984), pp. 56-96.

104 A. KISS, "Commentary by the Rapporteur on the Limitation Provisions (in the International Covenant on Civil and Political Rights)", *7 Human Rights Quarterly* (1985) pp. 15-22; A.A. CANÇADO TRINIDADE, *A. Proteção Internacional...*, *op. cit. supra* n. (39), pp. 55-56. Y cf. "The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights" reproducido in ONU doc. E/CN. 4/1985/4, anexo del 28/09/1984, pp. 1-12.

la protección internacional de la persona humana. Uno de estos problemas contemporáneos, que aguarda solución, es el de los llamados "desplazados internos" (migraciones forzadas), a ser enfrentado mediante investigación, no sólo de las vías disponibles en el derecho internacional de los refugiados sino también, del potencial de acción de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos propiamente dichos, y aún del CICR (en la medida en que tales *desplazados* internos aparecen como víctimas de los conflictos).

Además, hay que dedicar atención a la coordinación adecuada entre los múltiples mecanismos de protección, a niveles global y regional. La cuestión se expone sobre todo en relación al sistema de *peticiones* (recaudos para evitar conflictos jurisdiccionales y duplicaciones de procedimientos) pero también en relación con los sistemas de *informes* (directrices uniformes y padronización) e *investigaciones* (consultas e intercambio regular de informaciones), teniendo siempre presente el fin último de los procedimientos coexistentes -la protección eficaz de los derechos consagrados¹⁰⁵. En lo que se refiere, en particular al sistema de *peticiones*, hay que seguir aplicando presunciones en favor de las víctimas, y continuar buscando una flexibilización cada vez mayor del requisito del previo agotamiento de los recursos del derecho interno en el presente contexto, considerando tales recursos como elemento integrante del propio sistema de protección de los derechos humanos y desplazar el énfasis del proceso de agotamiento al elemento de la *reparación* propiamente dicha¹⁰⁶. Estamos ante un *derecho de protección* dotado de una especificidad propia y fundamentado en premisas fundamentalmente distintas de las que orientan la aplicación (más rígida) de aquel requisito en otros contextos (como, e.g., el de la protección diplomática discrecional). Este *derecho de protección* se inspira en valores comunes superiores o *ordre public* con respecto a la protección de la persona humana. Las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional (a las que se refiere la formulación de aquel requisito en los tratados de derechos humanos), además de seguir una evolución propia en los distintos contextos en que aplican, necesariamente sufren, cuando son insertados en tratados de derechos humanos, un cierto grado de ajuste o adaptación dictado por el carácter especial del objeto y propósito de esos tra-

105 Para un estudio amplio y detallado de la cuestión, cf. A.A. CANÇADO TRINDADE, "Co-existence and Co-ordination...", *op. cit. supra* n. (14), pp. 1-435.

106 A.A. CANÇADO TRINDADE, *The Applications of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443.

tados y por la especificidad ampliamente reconocida de la protección internacional de los derechos humanos.

Finalmente, otro problema a ser enfrentado, atinente a los tratados de derechos humanos, es el de la caracterización de determinadas reservas y su compatibilidad con el objeto y propósito de los tratados referidos. Estos son dotados de órganos de supervisión internacional en el ejercicio de la garantía colectiva de los derechos protegidos. Fuertes razones militan a favor de facultar a tales órganos para que se manifiesten sobre la validez o no de reservas que ansían restringir su competencia para el ejercicio de protección. Recientes desarrollos a ese respecto, revelan que gradualmente se pasa a reconocer que el Estado no puede permanecer como árbitro único y final del cumplimiento de sus propias obligaciones internacionales en todas las materias vinculadas a tales reservas¹⁰⁷.

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

107 Cf. A.A. CANÇADO TRINDADE, *A Proteção Internacional...*, op. cit. supra n. (39), pp. 21-25; A.A. CANÇADO TRINDADE, "Co-existence and Co-ordination...", op. cit. supra n. (14), pp. 169-189.