

Instituto Internacional de Derecho Humanitario

Violencia global: consecuencias y respuestas



International Institute of Humanitarian Law
Institut International de Droit Humanitaire
Istituto Internazionale di Diritto Umanitario

equion 

Instituto Internacional de Derecho Humanitario

Violencia global: consecuencias y respuestas

Cuarenta años de excelencia en
el diálogo humanitario: cuadragésimo
aniversario del Instituto Internacional
de Derecho Humanitario

Trigésima tercera mesa redonda
sobre problemas actuales del Derecho
Internacional Humanitario
(San Remo, 9-11 de septiembre de 2010).

Editado por
Marco Odello, Gian Luca Beruto

El Dr. Marco Odello, miembro del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, es actualmente profesor titular de Derecho y director del máster (DL) en Derechos humanos internacionales y Derecho humanitario de la Universidad de Aberystwyth, en Gales. También es profesor en la escuela de la OTAN de Oberammergau, en el seminario internacional de doctorado europeo en la Universidad de Niza y en la maestría en Justicia criminal internacional de la Universidad de Turín y en UNICRI.

El Sr. Gian Luca Beruto es actualmente asistente del secretario general del Instituto Internacional de Derecho Humanitario. Se graduó en Ciencias políticas internacionales. En 2005 y 2006, participó en una misión de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC), como parte del programa de la ONU para el desarme.

© Instituto Internacional de Derecho Humanitario
© Equión Energía Limited para la primera edición en español, octubre de 2013.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro,
por cualquier proceso reprográfico fónico, especialmente por fotocopia,
microfilme, offset o mimeógrafo, que no sea autorizada por el editor:

Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993

EQUIÓN ENERGÍA LIMITED.
Carrera 9A N° 99-02 piso 9
Teléfono +57.1.6284000
Bogotá

EDICIÓN
Andrés Muñoz Tamayo

DISEÑO ORIGINAL
Franco Angeli

PAGINACIÓN Y PRODUCCIÓN
Amaral Diseño SAS. Bogotá

TRADUCCIÓN
Amaral Diseño SAS. / Viviana de Valdenebro

CORRECCIÓN
Amaral Diseño SAS. / Angélica Cantor

IMPRESIÓN
Panamericana Formas e Impresos S. A.
quien solo actúa como impresor.

Impreso en Colombia
Primera edición: octubre de 2013

ISBN: 978-958-57648-2-8

El Instituto Internacional de Derecho Humanitario agradece a la Sra. Shirley Morren,
bibliotecaria del Instituto, que estuvo involucrada en la ardua
tarea de la corrección de pruebas.

El contenido de los textos es responsabilidad exclusiva de los autores y no compromete
el criterio del editor o las instituciones. Los instrumentos internacionales, sentencias
y normas fueron transcritas conforme a la información encontrada en los sitios de
organizaciones internacionales y nacionales oficiales

Contenido

Prefacio

Fausto Pocar 13

*Cuarenta años de diálogo humanitario:
cuadragésimo aniversario del Instituto
Internacional de Derecho Humanitario*

Alocuciones y mensajes 17

Maurizio Moreno 19

Jacob Kellenberger 25

Príncipe Alberto II de Mónaco 31

Massimo Barra 33

Francesco Belsito 37

Claudio Bisogniero 39

Vincenzo Camporini 41

Stefano Dambruoso 47

Donato Di Ponziano 51

Antonio Gutierrez 53

Christophe Keckeis 55

Betty King 57

William Lacy Swing 59

<i>Jean-Pierre Mazery</i>	63
<i>Patricia O'Brien</i>	67
<i>Francesco Rocca</i>	73
<i>Claudio Scajola</i>	79
<i>Peter KA Turkson</i>	83
<i>Sonia Viale</i>	87
<i>Maurizio Zoccarato</i>	90

*Mesa redonda sobre la violencia global:
consecuencias y respuestas*

**I. Las formas contemporáneas de la violencia armada:
el Derecho Internacional Humanitario y los
derechos humanos en una encrucijada**

**La guerra asimétrica y los desafíos al Derecho
Internacional Humanitario**

<i>Wolff von Heintschel Heinegg</i>	99
-------------------------------------	----

Una aproximación al terrorismo

<i>Giuseppe Nesi</i>	III
----------------------	-----

Nuevas formas de violencia ante la CPI

<i>Christine Van den Wyngaert</i>	127
-----------------------------------	-----

**El Derecho Internacional Humanitario, las nuevas
formas de violencia armada y el uso de la fuerza**

<i>Robert James McLaughlin</i>	133
--------------------------------	-----

**Treinta años de la Convención CCW 1980.
¿A dónde nos dirigimos?**

<i>Ove Bring</i>	145
------------------	-----

**El control de armamentos y el Derecho
Internacional Humanitario**

<i>Carlo Trezza</i>	151
---------------------	-----

II. La privación de libertad en los conflictos armados y otras situaciones de violencia

Desafíos de detención actuales que enfrenta la OTAN <i>Sheila Archer</i>	159
Desafíos de detención actuales desde una perspectiva nacional <i>David M. Howell</i>	169
Fundamento jurídico de la detención y la determinación de la condición de los detenidos <i>Marco Sassoli</i>	175
El delito de tortura <i>Manfred Nowak</i>	185
Las transferencias de detenidos <i>Thomas Winkler</i>	193

III. Las garantías individuales de libertad

Motivos admisibles para internamiento/detención administrativa <i>Oscar Solera</i>	205
Revisión de la legalidad en la detención de internamiento/administrativa <i>Francoise Hampson</i>	213
Contactos con el mundo exterior <i>Stéphane Ojeda</i>	219
Tribunales militares contra civiles <i>Clive Baldwin</i>	225
Desafíos de la recopilación de pruebas <i>Abdul G. Koroma</i>	235

IV. Observaciones finales

<i>Baldwin De Vidts</i>	245
<i>Philip Spoerri</i>	251
Siglas	257

Agradecimientos

El Instituto Internacional de Derecho Humanitario agradece sinceramente a los gobiernos y organizaciones que han dado tanto en términos de su participación financiera o de su patrocinio con motivo de la mesa redonda.

CRUZ ROJA BRITÁNICA
CÁMARA DE COMERCIO DE IMPERIA
CASA DE SAN REMO
COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
MUNICIPIO DE SAN REMO
CONFCOMMERCIO DE IMPERIA
CONFINDUSTRIA DE IMPERIA
CONSEJO GENERAL DE LOS ALPES MARÍTIMOS
CRUZ ROJA ITALIANA
CRUZ ROJA DE MONEGASQUE
DEPARTAMENTO FEDERAL DE ASUNTOS EXTRANJEROS, SUIZA
INSTITUTO DEL DERECHO A LA PAZ Y EL DESARROLLO
INTERREG IIIA ALCOTRA
MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERNOS, ITALIA
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, SUECIA
ORGANIZACIÓN DEL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE
QATAR RED CRESCENT
REGIÓN LIGURIA
UNIVERSIDAD DE NIZA SOPHIA ANTIPOLIS

Prefacio

El Instituto Internacional de Derecho Humanitario celebró en 2010 cuarenta años de actividad dedicada a la promoción del diálogo humanitario, un objetivo logrado gracias al esfuerzo y la colaboración de personalidades de muy diferentes regiones del mundo, reconocidas por su competencia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario y de las materias a él vinculadas.

El aniversario se celebró con una ceremonia oficial que fue seguida por la mesa redonda anual sobre los problemas actuales del Derecho Internacional Humanitario que, en la oportunidad, se dedicó al tema: “La globalización de la violencia: consecuencias y respuestas”. La mesa redonda convocó a más de trescientos participantes, entre los que se contaron altos representantes de gobiernos y de organizaciones internacionales, prestigiosos expertos del mundo académico y oficiales de las fuerzas armadas de distintos países.

La decisión de concentrar los trabajos de la mesa redonda sobre un tema tan controvertido obedeció a la toma de conciencia acerca de las nuevas complejidades que surgen en el escenario internacional y a las nuevas formas de violencia organizada que se manifiestan, con modalidades e intensidades diversas, en todo el mundo: los conflictos armados, la explotación económica y social, el desplazamiento forzado de poblaciones, la destrucción ambiental, el crimen organizado, la limpieza étnica, el terrorismo internacional.

La mesa redonda y esta publicación que recoge las contribuciones de los expertos que intervinieron en los trabajos llevados a cabo, tienen el objetivo de promover una mayor comprensión de los nuevos modelos de violencia global, a través de un debate abierto e informal, en el nombre

de un espíritu de diálogo constructivo conocido en todo el mundo como el Espíritu de San Remo.

Tal objetivo adquiere todavía mayor importancia en esta precisa circunstancia, en la que el Instituto de San Remo se honra en presentar una traducción en lengua española de la publicación original (publicada en 2011 por FrancoAngeli en Milan, Italia) con motivo del “VIII encuentro de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario” sobre el tema: “Postconflicto, realidad y nuevos retos”, que tendrá lugar en Bogotá del 29 de octubre al 1 de noviembre de 2013.

—**Profesor Fausto Pocar**

Presidente, Instituto Internacional de Derecho Humanitario

*Cuarenta años de diálogo humanitario:
cuadragésimo aniversario del Instituto
Internacional de Derecho Humanitario*

Alocuciones y mensajes

Maurizio Moreno

Presidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo

Me limitaré a unas pocas palabras para extender primero una calurosa bienvenida y un sincero agradecimiento a las numerosas personalidades, a los miembros y amigos del Instituto Internacional de Derecho Humanitario que vienen de todo el mundo y han querido estar aquí en San Remo para celebrar su cuadragésimo aniversario.

Doy las gracias al presidente de la República, el honorable Giorgio Napolitano por haber otorgado su patrocinio a este evento.

Son especialmente sensibles a la presencia del príncipe de Mónaco y un nutrido grupo de altos representantes de las organizaciones internacionales y los gobiernos, comenzando por el italiano, que garantizan nuestras actividades gracias a su generoso apoyo.

La historia y los logros de cada organización son su historia tanto como las personas y los lugares. Me gustaría rendir homenaje en primer lugar —sin dar nombres para evitar cualquier riesgo de falta de memoria— a los que fueron, en 1970, los padres fundadores.

El Instituto nació de la reunión y el diseño de un pequeño núcleo de abogados procedentes de trece países —durante la Guerra Fría, en el delicado período antes de la celebración de la Conferencia diplomática de Ginebra— que tuvieron la feliz intuición de crear un centro de excelencia para la promoción, el desarrollo y el respeto del Derecho Internacional Humanitario, la rama específica del derecho internacional que tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana en situaciones de conflicto y emergencia, poniéndolo lejos de los sufrimientos innecesarios.

A este grupo de pioneros se añadieron primeros juristas, diplomáticos, militares y académicos de todo el mundo, abriendo un camino, trazando

con una visión de largo plazo esta línea. A lo largo de este camino, a través de esta idea, el Instituto, no siempre sin dificultades, se mueve entre la sabiduría y el éxito; ha crecido, ha sido capaz de consolidarse internacionalmente como un centro de formación y de investigación, en un foro para el debate constructivo.

Con la “evolución” de la situación internacional, el alcance de la Institución se está ampliando incluso teniendo en los últimos años, que extenderse desde la ley del conflicto armado, al derecho de los refugiados y los migrantes, a los derechos humanos. El Instituto se ha beneficiado y sigue sacando provecho de la colaboración de un cuerpo de profesores de diversos orígenes, civiles y militares, todos de la más alta profesionalidad. Doce mil son las personas que han asistido a cursos en San Remo. Algunos de ellos se han convertido en sus respectivos países en presidentes, ministros, jefes de defensa, o en luces en el sector de la enseñanza. Mañana nos reuniremos por primera vez, en el marco de esta reunión, los miembros de la recién creada Asociación internacional de exalumnos.

La historia de estos hombres, a quienes les debemos tanto, sobre cuyos pasos se ha seguido avanzando el Instituto, con altos y bajos, siempre fiel a su misión.

Pero al mismo tiempo la historia ha hecho una contribución decisiva a los lugares. La Escuela de Estado no sería, de hecho nunca habría sido lo que es (y lo digo con orgullo sanremeses) si la ciudad de San Remo —una ciudad tradicional donde se cruzan múltiples caminos internacionales— no hubiera abierto la puerta y ofrecido su apoyo y hospitalidad. Fue la primera sede de la casa altamente sugestiva que es Villa Nobel. A continuación, Villa Sirio, donde en 1870 había residido Federico III, el futuro emperador de Alemania. Hoy la prestigiosa Villa Ormond, ligada al nombre de un gran industrial y a un famoso arquitecto suizo (Suiza, recuerdo, siempre ha sido tenido siempre lazos especialmente estrechos con el Instituto), una prestigiosa y funcional casa que la ciudad de San Remo nos ha concedido en préstamo.

Hoy en día, en los cinco continentes, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario es conocido por lo que Alexandre Hay, presidente del Comité de la Cruz Roja Internacional, hace treinta años bautizó como “el espíritu de San Remo”: una aproximación a los problemas más profundos que afligen a la humanidad basada en el diálogo, en el rechazo de los prejuicios y de los preconceptos, la confrontación discreta

y directa, incluso entre adversarios. Un pragmático, integrador, impulsado por la inspiración ética y un espíritu de servicio a la comunidad internacional.

El Instituto siempre ha encontrado en la ciudad de San Remo un andamiaje indispensable. Por esta razón, pronto voy a dar la bienvenida y entregar al alcalde Maurizio Zoccarato el premio del 2010 por la difusión y promoción del Derecho Internacional Humanitario; un prestigioso premio que se otorga cada año por distinguidas personalidades e importantes organizaciones internacionales, empezando por el Comité de la Cruz Roja Internacional.



Su alteza, excelencias, señoras y señores:

Seré breve. Otros oradores —y tenemos frente a nosotros una rica lista de oradores muy distinguidos— abordarán el tema de nuestra agenda: “la violencia global” con mucha más capacidad que yo.

La violencia global es un flagelo universal que amenaza la vida de un número creciente de personas en todo el mundo.

Por cada persona que muere y sufre como consecuencia de un conflicto armado, muchos más son víctimas de una amplia gama de otros tipos de violencia colectiva, política y moral.

Desde el fin de la Guerra Fría, la mejora general de la situación de seguridad internacional ha llevado a una disminución sustancial en las muertes en el campo de batalla. La violencia continúa, sin embargo, a afectar dramáticamente la existencia de millones de personas en múltiples formas: conflictos armados, la opresión política, la explotación económica y social, el desplazamiento forzado de las poblaciones, la destrucción del medio ambiente, los abusos de los derechos humanos, el crimen organizado, la limpieza étnica y el terrorismo.

Ningún país, ninguna comunidad es inmune a un fenómeno que encuentra terreno fértil en la ausencia de democracia y de buen gobierno, en la negación de los derechos y libertades fundamentales.

El Instituto de San Remo es una organización independiente, sin fines de lucro, humanitaria. El objetivo de este encuentro es promover una toma de conciencia de los paradigmas de la violencia global y de la relación inseparable que existe entre sus diferentes expresiones a través del

debate informal y el debate abierto, en el espíritu constructivo que es reconocido internacionalmente como el “espíritu de San Remo”.

La naturaleza polifacética de la violencia global requiere de un renovado esfuerzo colectivo en la recogida de datos, en la definición de prioridades, en el desarrollo de la cooperación internacional y las respuestas acordadas a nivel internacional, en la promoción y seguimiento de la adhesión a los tratados internacionales, y otros instrumentos jurídicos que tienen relevancia directa para su prevención y represión.

Estoy seguro de que, como es tradición, la mesa redonda de San Remo, organizada conjuntamente con el CICR, a través de un examen preciso de los retos jurídicos y prácticos planteados por los conflictos armados contemporáneos y de otras situaciones de violencia, hará una contribución constructiva al debate sobre un tema de creciente preocupación para la comunidad internacional.



Sus señorías, señoras y señores,

Comencé mi alocución rindiendo homenaje a los padres fundadores del Instituto.

Pero creo que no se puede ignorar la acción apasionada, el compromiso y la dedicación de todos aquellos aficionados y todos aquellos que han seguido trabajando, conduciendo al Instituto de San Remo hacia lo que es ahora. Mis predecesores y sus ayudantes, los miembros actuales de la junta, el personal del Instituto.

Nuestro trabajo es ahora un trabajo en equipo. Me gustaría dar las gracias especialmente a mis vicepresidentes, Michel Veuthey, Baldwin y Vidts Pocar, que entregará muy pronto, a la ciudad de San Remo, el premio de Derecho Internacional Humanitario otorgado anualmente por el Instituto. Es a ellos y al inestimable apoyo de Stéphane Ojeda y Philip Spoerri del CICR que tenemos la preparación competente y cuidadosa de la mesa redonda que sigue esta tarde.

Mi gratitud se dirige también a los socios del Instituto. En una sociedad globalizada, es difícil hacerlo solo. El Instituto tiene mucho todavía que aprender y ha encontrado más recientemente en los acuerdos una serie de organizaciones internacionales y en las instituciones de investigación de renombre, una razón para hacer las cosas de mejor manera y hacer más.

No nos hemos salvado de la crisis económica internacional. El Instituto fue capaz, sin embargo, incluso en 2010, de cumplir con sus obligaciones por una parte y poner en práctica todas las actividades de los programas previstos. Nuestros cursos se enseñan ahora en varios idiomas: inglés, francés, inglés, español, árabe, chino, ruso e italiano. Una serie de seminarios y mesas redondas sobre temas de gran interés contribuyeron a aumentar significativamente la visibilidad y la credibilidad de la organización internacional.

Algunos acontecimientos posteriores son importantes en el calendario para el próximo mes. Permítanme mencionar, en particular, la conferencia, que se celebrará en Roma en el sitio de la Farnesina, sobre la protección de los derechos civiles en las nuevas situaciones de conflicto, en colaboración con el Istituto Ajfari Internazionali (IAI); la conferencia de Turín, que se organiza en colaboración con el Istituto per gli Studi di Politica Internazionale (ISPI) sobre el terrorismo y la democracia; el seminario sobre los escudos humanos en el programa de San Remo, que se organiza con el apoyo del ministerio italiano de Asuntos Exteriores; la conferencia sobre el régimen de migración en América Latina que el Instituto organizará en colaboración con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Instituto Italo-Latino Americano (IILA) y el gobierno italiano.

En los próximos años, el Instituto se compromete a proseguir su misión mediante la identificación de las prioridades dentro de una estrategia global que le permite cumplir con sus obligaciones de una manera coherente y eficaz, y con una visión de largo plazo.

Jacob Kellenberger

Presidente, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra

Quiero expresar mis mejores deseos para el Instituto Internacional de Derecho Humanitario por su cuadragésimo aniversario, y mi sincero agradecimiento a todos sus miembros por su importante labor en la promoción del Derecho Internacional Humanitario. La actividad del Instituto, sin duda, contribuye a esta promoción y por lo tanto a un mejor respeto de la dignidad humana en tiempos de violencia. El CICR ha estado cooperando con el Instituto por cuatro décadas, mediante la concesión de apoyo financiero, intelectual y personal a los cursos regulares del Instituto y otras actividades de formación. En particular, el CICR es el tradicional coorganizador de la mesa redonda anual de San Remo y da la bienvenida a la oportunidad de pasar los próximos días con ustedes para esta trigésima tercera mesa redonda, que se centrará en el tema de las consecuencias y las respuestas de la violencia global.

La violencia global es un gran problema. Tenemos formas individuales y organizadas de violencia, violencia armada y desarmada. Me centraré, como se puede esperar que haga, en la violencia armada organizada y una de sus formas son los conflictos armados. En general, se admite que las consecuencias humanitarias de otras formas de violencia armada organizada que no sean los conflictos armados han aumentado considerablemente en los últimos años. Las consecuencias humanitarias de los conflictos armados siguen siendo, sin embargo, enormes. Basta con pensar en las diferentes formas en que la población civil se ve afectada por ellas, se ve obligada a abandonar su hogar, por ejemplo. El número de desplazados internos como consecuencia de los conflictos armados, de hecho, ha aumentado.

La comunidad internacional no ha dejado de desarrollar respuestas para prevenir o investigar las consecuencias de las situaciones de violencia

armada, especialmente a través de la ley internacional. Por ejemplo, mediante la adopción y la firma de la Convención sobre municiones de fragmentación (o de racimo), que entró en vigor el mes pasado, los Estados han dado un gran paso hacia el fin de la muerte, el daño y el sufrimiento causado por estas armas. También es un ejemplo de la capacidad del derecho internacional a adaptarse a las realidades sobre el campo.

Al mirar el mundo de hoy, mis preguntas son: ¿las disposiciones actuales del derecho internacional abordan adecuadamente los desafíos humanitarios contemporáneos? ¿Deberíamos aspirar a más aclaraciones y desarrollos de la ley? Permítanme exponer algunos elementos de respuestas, centrándome primero en los conflictos armados contemporáneos, antes de pasar a otras situaciones de violencia armada.

El año pasado, celebramos el sexagésimo aniversario de los Convenios de Ginebra de 1949, que representan el núcleo del Derecho Internacional Humanitario y que aún reflejan la creencia firme, celebrada en todo el mundo, que incluso en tiempos de conflicto armado, hay límites a lo que los humanos pueden infligir a los demás. Sin embargo, los Convenios de Ginebra de 1949 solo incluyen una disposición —en especial el Artículo común 3— frente a los conflictos armados no internacionales, que representan la gran mayoría de los conflictos armados contemporáneos. A pesar de que el Artículo común 3 fue posteriormente reforzado por otros tratados, en particular, el segundo Protocolo Adicional de 1977, la extensión de la protección conferida por el Derecho Internacional Humanitario sobre las personas afectadas por los conflictos armados no internacionales sigue siendo mucho menos desarrollada de lo que se puede encontrar para los conflictos armados internacionales.

En cierta medida, el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario llena el vacío en términos de la protección jurídica que se debe a la relativa escasez de normas convencionales que gobiernan este tipo de conflictos. El mes pasado, como un seguimiento al estudio del CICR de 2005, el CICR lanzó su nueva base de datos de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, que cuenta con 50% más contenido que el estudio original de 2005. Como la formación de Derecho Humanitario Internacional es un proceso continuo, las actualizaciones periódicas, incluidas las relativas a la práctica nacional, serán proporcionadas. A pesar de que ciertas reglas son desafiadas por algunos Estados que argumentan que no reflejan su práctica, el estudio del CICR sobre Derecho Interna-

cional Humanitario consuetudinario internacional se ha utilizado como referencia legal en relación con los diversos conflictos armados internacionales y no internacionales. El CICR utiliza el estudio en su diálogo con las partes en conflicto a fin de recordarles las reglas que las deben cumplir. Una cuestión que no tenemos tiempo para enfrentar es la referencia a algunas de estas reglas en los procedimientos judiciales, y la medida en que dichos eventos sean litigables. Me limitaré a mencionar que el estudio ha sido utilizado por los tribunales de las Naciones Unidas, internacionales y mixtos, y los tribunales penales, los tribunales nacionales y las organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, sobre la base de la práctica recopilada por el estudio, el Tribunal Especial para Sierra Leona llegó a la conclusión de que el reclutamiento de niños soldados es un crimen de guerra en los conflictos armados sin carácter internacional, mejorando así la protección a los niños en contra de ser reclutados y utilizados como niños soldados.

Además, el CICR ha participado en los últimos tres años en un estudio de investigación interna exhaustiva, que tiene como objetivo identificar las preocupaciones humanitarias que surgen en los conflictos armados no internacionales de hoy en día, con el fin de identificar las posibles deficiencias o debilidades en el Tratado actual y habitual protección de la ley. En general, el estudio concluye que, en relación con muchas de las cuestiones examinadas, el Derecho Internacional Humanitario sigue siendo un marco adecuado para regular el comportamiento de las partes en los conflictos armados. Si el Derecho Internacional Humanitario se respeta debidamente por las partes interesadas, innegablemente no existirían los problemas humanitarios más actuales.

Sin embargo, el estudio también mostró que el Derecho Internacional Humanitario, en su estado actual, no siempre ofrece soluciones plenamente satisfactorias a todas las necesidades humanitarias específicas observadas en el campo, por ejemplo, a las necesidades de las personas privadas de libertad en los conflictos armados no internacionales. La falta de reglas precisas sobre diversos aspectos del tratamiento y condiciones de detención puede tener consecuencias humanitarias inmediatas y graves para la salud y la dignidad de las personas detenidas. Otro problema está relacionado con los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario. La causa principal del sufrimiento en los conflictos armados es un cumplimiento insuficiente de las normas aplicables. Considerando

que el énfasis se ha puesto en los últimos años en el desarrollo de los procedimientos penales para perseguir y castigar a los culpables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, aún se necesitan medios adecuados para detener y corregir violaciones cuando se producen.

Con el fin de ofrecer soluciones concretas y efectivas en la práctica a los desafíos humanitarios de los conflictos armados contemporáneos, el CICR entablará un diálogo con los Estados y otras partes interesadas sobre las conclusiones de su estudio y posible seguimiento.

Como se mencionó anteriormente, las formas contemporáneas de la violencia no se limitan a los conflictos armados, pero también incluye otras situaciones de violencia armada, que puede ser crónica, recurrente, prevista o imprevista. Involucran a uno o más actores armados que participan en la violencia, ya que pueden ser los restos de una parte en un antiguo conflicto armado, los grupos de la organización de manifestaciones violentas, o pandillas en un entorno urbano. Si bien el fenómeno de la violencia armada no es nuevo, tenemos que admitir que la intensidad y el impacto sobre la población civil han tomado nuevas proporciones. La lucha contra la violencia urbana en algunas ciudades importantes, especialmente en América Latina es un ejemplo relevante, y el CICR ya está llevando a cabo actividades humanitarias en numerosas situaciones de violencia armada, aparte de los conflictos armados.

Tenemos que tener claro que en el marco legal que regula este tipo de situaciones; aunque sean extremadamente violentas, no se rigen por el Derecho Internacional Humanitario, sino por la ley de derechos humanos y el derecho interno, siempre que no alcancen el umbral de conflicto armado. A pesar de que puede haber dificultades para hacer una distinción clara entre el conflicto armado no internacional y otras formas de violencia armada organizada, es crucial que hagamos todo lo que podemos para delimitar los dos tipos de situaciones ya que dicha difuminación de las líneas puede ser potencialmente peligrosa. Por ejemplo, ciertas situaciones pueden ser descritas de manera inexacta o antes de tiempo como un conflicto armado, para desencadenar la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario y las normas más permisivas respecto al uso de la fuerza o detención, en comparación con los estándares establecidos por la legislación sobre derechos humanos. Esta delimitación se ha vuelto más difícil debido a la complejidad creciente de la violencia

armada y por razones políticas. Además, como todos sabemos, la falta de una definición universalmente aceptada de conflicto armado no internacional nunca ha sido de gran ayuda.

En lo que concierne a los actores no estatales involucrados en la violencia armada organizada que no alcanzan el umbral conflictos armados, ellos operan en un vacío legal. Aunque el Derecho Internacional Humanitario no es aplicable y la gran mayoría de los expertos consideran que el derecho internacional de derechos humanos no es vinculante para ellos, sus acciones siguen rigiéndose por la legislación nacional.

Como es bien sabido la ley actual de derechos humanos permite a los Estados establecer excepciones a determinadas obligaciones en situaciones de emergencia. Varios avances en el derecho internacional —o en la interpretación de los mismos— han abordado esta cuestión. Entre ellos se encontraba la observación general del comité de la ONU de derechos humanos de los estados de excepción que amplió la lista de los derechos que se consideran no derogables en situaciones de emergencia. Dicho esto, me pregunto hasta qué punto estos avances realmente garantizan una protección jurídica optimizada sobre el terreno en situaciones marcadas por una excepción de los Artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Yo mismo me pregunto en qué medida los procedimientos vinculados a lo dispuesto, en realidad, están siendo examinados a la luz de su justificación. Por otra parte, a pesar de estos avances en la legislación nacional interna, puede ocurrir que un problema sufra claramente de falta de claridad legal. En tal situación, la comunidad internacional no debe vacilar en proponer respuestas. Por ejemplo, en 2005, el CICR presentó normas de referencia basadas en el Derecho Internacional Humanitario y de derechos humanos, así como en la política, que rige el internamiento o detención administrativa y que refleja lo que el CICR cree que tendrá que regir a los Estados en tiempos de conflicto armado y otras situaciones de violencia.

Dicho esto, la falta de respeto del derecho internacional existente sigue siendo el principal desafío, más que la ausencia de reglas. Para que la impunidad no prevalezca, debemos continuar los esfuerzos para mejorar la justicia, incluida la manera en que las investigaciones y pruebas se realizan. No es suficiente con estar satisfecho con el anuncio de que la investigación se llevará a cabo y que los que se sospecha han cometido un delito se vayan antes del juicio.

El aumento de la atención en la naturaleza de las formas contemporáneas de conflicto armado y otras situaciones de violencia armada organizada, garantizando el cumplimiento con el derecho internacional y, aclarando y desarrollando el derecho internacional, cuando sea necesario, es crucial cuando se trata de desafíos legales y humanitarios que se presentan hoy en día. Además, por la manera en que la violencia y sus consecuencias humanitarias se están desarrollando, no hay duda para mí que las llamadas “otras situaciones de violencia armada organizada” merecen una mirada más cercana, también desde una perspectiva legal. No podemos dejar de ocuparnos de estas, no con tantas mujeres, hombres y niños desplazados, no con tantas personas privadas de libertad para proteger y ayudar, no con tantos heridos y enfermos que cuidar.

Príncipe Alberto II de Mónaco

Presidente de la Cruz Roja de Mónaco

Es con gran placer que estoy aquí, hoy, en San Remo, en mi calidad de presidente de la Cruz Roja de Mónaco y por invitación del Instituto Internacional de Derecho Humanitario que me ha confiado el título de miembro honorífico.

Quiero darle las gracias por la invitación y por su cálida bienvenida.

Los vínculos que unen la Cruz Roja al Instituto, gracias al mucho tiempo que tienen, son fuertes.

A través de estas organizaciones, Mónaco y San Remo, separados por una frontera, a pocos kilómetros de la costa de Liguria, interactúan y cooperan desde hace años, no solo en las áreas que los circundan, sino en torno a temas de importancia del Derecho Internacional Humanitario.

Hoy el tema que será el centro de las preocupaciones de cada uno de ustedes va a ser el de la violencia global.

Entre los participantes a la mesa redonda de 2010 que festeja el cuadragésimo aniversario del Instituto, se encuentra el movimiento de la Cruz Roja —con sus distinguidos representantes que saludo muy cordialmente— lo que muestra la importancia que aporta a esta rama del derecho que establece su acción en el mundo.

El Derecho Internacional Humanitario, los Estados y las sociedades de la Cruz Roja Internacional tienen la obligación de promover, mejorarse siempre para adaptarse a las situaciones cambiantes y responder mejor a las necesidades de protección que se le asigna en un mundo donde la guerra y los conflictos civiles son una realidad cotidiana para millones de seres humanos.

Atrás han quedado los días en que los límites eran una clara distinción entre la guerra y la paz.

Hoy en día la violencia internacional solo cubre más situaciones de conflictos entre Estados. Las nuevas formas de conflicto o de violencia armada crecen, las tensiones internas y los disturbios no observados previamente toman forma e imponen las respuestas apropiadas.

Estas respuestas deben registrarse tanto en los programas de prevención, cuando es posible, como también en los programas de equidad que buscan proteger a las personas que enfrentan —como víctimas indefensas— en situaciones de violencia multiforme. Este tipo de violencia puede de hecho tener una gran variedad de aspectos que van desde la violencia armada, el terrorismo, las limitaciones particulares y específicas como el reclutamiento de niños soldados, y también más allá de la gama de delitos por la delincuencia organizada, el tráfico de armas, drogas y trata de personas.

En este sentido, el sistema de la ley de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario se complementan procurando proteger a las personas y preservar la dignidad humana en la cara de diferentes circunstancias. Sin embargo, estos esquemas de protección a menudo no alcanzan a cubrir todas las situaciones desencadenadas por la violencia, sobre todo cuando su tamaño se mantiene internamente.

El aumento de la violencia global justifica que se tomen medidas globales con la intención de todos los jugadores de situaciones violentas.

Este es precisamente el tema de sus trabajos, que deben dar lugar a identificar formas de promover, en todo momento y sin excepción, los derechos humanos fundamentales y de un intangible propio que es garantizar la protección efectiva de la persona y salvar vidas.

Es un deber del que ya habló Grotius, en sus términos hace ya más de tres siglos: “La violencia que domina, sobre todo en la guerra, a algo que lleva de bestia feroz; usted tiene que poner más atención para atemperarla, así sea solo por el temor de que la humanidad, imitando animales muy feroces, que olvide al hombre”.

Massimo Barra

Presidente de la Comisión permanente de la Cruz Roja
y el Movimiento Red Crescent, Ginebra

Me gustaría felicitar al Instituto por haber dedicado esta tradicional mesa redonda de septiembre con el tema de la violencia global. La violencia es parte tanto de la naturaleza humana como del destino humano. Un mundo sin violencia solo existe en el reino de Utopía, donde todas las personas son sabias: por desgracia esto no es nuestro mundo.

Permítanme tomar ventaja de un público tan distinguido para centrarme en un aspecto particular de la violencia, que —siempre que estén debidamente atendidos en el plano humanitario de la comunidad internacional— podría resultar en beneficios inmediatos para la calidad de vida de millones de personas.

En todo el mundo, es evidente que la violencia urbana está estrechamente vinculada a las cuestiones de drogas, ya sea el consumo (que afecta en todo el mundo a más de doscientos millones de personas) o el tráfico ilícito relacionado.

En la comunidad internacional hay un acuerdo general sobre el enfoque prohibicionista a estas cuestiones: por el momento, parece que no hay alternativas a esta estrategia, que figura en los distintos tratados específicos,

El mejor argumento en contra de la tesis antiprohibicionista está representado por el hecho de que las drogas lícitas, como el alcohol y el tabaco, matan más que las ilícitas. La prohibición de hecho limita el consumo y todo el mundo está de acuerdo en que las drogas no son buenas para los individuos y la humanidad.

Sin embargo, en muchas partes del mundo los políticos y los legisladores han establecido estrategias violentas y represivas, declarando la guerra a las drogas. Esta actitud pronto dio lugar a una guerra contra los usuarios de drogas, lo que provocó un circuito perverso de violencia cada vez

mayor. Los consumidores de drogas son vistos ya sea como delincuentes o, en el mejor de los casos, como pecadores que van a adquirirlas a cualquier precio, incluso pasando por alto sus propios derechos fundamentales.

Las cárceles de todo el mundo están llenas de consumidores de drogas y muchos centros de rehabilitación se parecen más a campos de concentración que a lugares en los que la sociedad se hace cargo de sus hijos más débiles, enfermos.

Las Naciones Unidas finalmente comenzaron a preocuparse por los terribles “daños colaterales” de las estrategias prohibicionistas, en el informe mundial sobre las drogas publicado en 2009 por la oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito. El informe señala que “el sistema de fiscalización internacional de drogas ha producido varias consecuencias no deseadas, las más formidables de las cuales es la creación de un negocio lucrativo en el mercado negro de las drogas y la violencia, y la corrupción que genera”.

Lo que ha ocurrido en los últimos cuarenta años —en los que, según un reciente artículo en el *New York Times*, la guerra contra las drogas ha quemado un billón de dólares sólo en Estados Unidos— muestra que esta guerra se ha perdido y que es esencial utilizar estrategias menos dañinas—.

Con el enfoque de prohibición duro y violento, por una parte, y la tesis antiprohibicionista ilusoria por el otro, hay una tercera manera que podemos definir como “política humanitaria hacia los consumidores de drogas”. La política humanitaria considera ayudar a los usuarios de drogas como una prioridad para los gobiernos y la sociedad, mediante la adopción de estrategias pragmáticas y realistas, sin ideas preconcebidas acerca de la ingesta y la terapia.

Todos debemos ser conscientes de que un mundo sin drogas es una idea irreal e ilusoria, que los consumidores de drogas están enfermos y no deben ser tratados como criminales, que necesitamos un enfoque pragmático, basado en la evidencia en las medidas de salud pública que se deben adoptar.

El movimiento de la Cruz Roja Internacional con frecuencia se ha ocupado de temas relacionados con las drogas y la violencia desde 1922, cuando una resolución sobre el consumo de opio fue aprobado por la conferencia de Asia en Bangkok.

Más recientemente, los contextos de otros movimientos, como la Conferencia Internacional, la Asamblea General, el Consejo de Administración

y la Comisión de Salud de la Federación han expresado su preocupación por estos temas, al igual que ciento veinte sociedades nacionales que promovieron el Consenso de Roma pidiendo un enfoque humanitario en este campo.

En este acto solemne, por lo tanto, pido que apoyen, como defensores de los derechos humanos, este nuevo enfoque. Si es necesario, una nueva regulación internacional debe promoverse con el fin de hacer las drogas lícitas y difundir las terapias que puedan mejorar la calidad de vida de los consumidores de drogas, la reducción de daños a las personas y la sociedad. Esto podría tener un impacto sustancial e inmediato en el esfuerzo por reducir la violencia en nuestras ciudades.

Francesco Belsito

Secretario de Estado de la presidencia del Consejo de Ministros, Roma

Es para mí una gran satisfacción y orgullo llevar el saludo del gobierno italiano a los numerosos participantes influyentes en esta importante reunión internacional organizada —con motivo de su cuadragésimo aniversario— por el Instituto de San Remo.

El Instituto Internacional de Derecho Humanitario, que Italia se complace en acomodar y apoyar, realiza a nivel internacional, desde su creación, un papel insustituible no solo como centro de docencia e investigación, sino también como un foro de reflexión y debate sobre las principales cuestiones relacionadas con la aplicación de la ley en situaciones de conflicto, la protección de los refugiados, la protección de los migrantes y la defensa de los valores fundamentales de la dignidad humana en su sentido más amplio.

El tema elegido para este encuentro —organizado con la colaboración del Comité Internacional de la Cruz Roja en Ginebra— está tratando sobre escenarios internacionales de la mayor actualidad y relevancia. Y no carece de significado decir que se han reunido aquí para profundizar en dichos temas los gobiernos y las organizaciones internacionales de ámbito universal y regional, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Unión Europea (UE), el Comité Internacional la Cruz Roja (CICR), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la OTAN, así como eminentes estudiosos y expertos de todo el mundo que colaboran e interactúan de diversas maneras con el Instituto de San Remo.

Con el fin de la Guerra Fría se había acariciado el sueño de una nueva era, se había revelado la esperanza de que se podía establecer un nuevo orden internacional caracterizado por la superación del conflicto ideológico, de la disminución del conflicto armado y un desarrollo armonioso del comercio libre. En gran medida se trataba de una ilusión y un espejismo.

En la realidad internacional de hoy seguimos viendo un inquietante resurgimiento del nacionalismo; la mezcla de culturas no ha apaciguado la rivalidad tradicional entre las naciones: nuevos actores —el terrorismo, la piratería, el extremismo religioso— alimentan la oposición y confrontación incluso en las regiones cercanas a nosotros. Guerras fratricidas, aunque localizadas, y nuevas formas perversas de violencia, amenazan nuestra seguridad, roban recursos valiosos al crecimiento económico y amenazan la supervivencia misma de los grupos más vulnerables de la población del planeta.

En una sociedad globalizada, la violencia también tiene una dimensión global ahora. No solo existe la violencia del conflicto y las armas. Hoy el mundo se pone a prueba con otras formas de opresión e injusticia no menos preocupantes —la destrucción del medio ambiente natural, la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de seres humanos— que merecen ser tratados con una visión general.

El caso de Sakineh, la iraní condenada a la lapidación por un tribunal especial en los últimos días, ha reactivado considerablemente la atención de la opinión pública internacional al problema de la violación de los derechos fundamentales de la persona humana y los castigos horribles de nuestra ofensiva civilización.

Se necesitan nuevas y ambiciosas estrategias para prevenir los conflictos, pero al mismo tiempo para defender los principios democráticos y morales sobre los que yacen la civilización y la dignidad del hombre, para proteger el medio ambiente, garantizar la seguridad energética, la gestión los flujos de inmigración, proteger la solidaridad social.

Los temores de una globalización que borra las identidades individuales y pone en peligro el puesto de trabajo debe ser disipada, se debe prevenir todas las formas de abuso y violencia inaceptables, proporcionando nuevos espacios para el impulso ideal de la sociedad civil, incitando a los jóvenes a participar más activamente en la construcción de una sociedad basada en la justicia, la libertad, el respeto a la ley.

Las oportunidades para la discusión de este tipo son importantes para comprender mejor las múltiples facetas del fenómeno de la violencia global, para identificar formas innovadoras que permitan hacer frente al problema de raíz antes de que sea demasiado tarde. Felicitaciones al Instituto de San Remo por esta feliz iniciativa.

Claudio Bisogniero

Secretario general adjunto de la OTAN, Bruselas

Con los años, la OTAN y el Instituto Internacional de Derecho Humanitario han desarrollado una relación de trabajo excelente y profunda, y me tomo el placer de felicitar al Instituto y su presidente por sus sobresalientes logros.

El cuadragésimo cumpleaños es un momento ambivalente y un tanto agridulce. Se ha logrado mucho de lo que se había propuesto lograr y hay preocupación por que en las próximas cuatro décadas vean menos eventos destacados que los primeros cuarenta años.

Pues bien, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario no enfrenta dichas preocupaciones. A la edad de cuarenta, el Instituto no solo cuenta con buena salud, sino también con una gran demanda. La necesidad del Derecho Internacional Humanitario (DIH) —la necesidad de reglas para resolver la situación de conflicto armado y limitar sus efectos— no ha disminuido porque nuestro mundo, por desgracia, sigue siendo un mundo de conflictos.

Nada podría ilustrar mejor esto que el hecho de que, en dos días, vamos a celebrar el noveno aniversario de los ataques del 9/11. Para evitar este tipo de ataques que se producen cada vez más, miles de soldados y personal de todos los veintiocho países miembros de la OTAN y más de una docena de naciones de todo el mundo están poniendo sus vidas en peligro en Afganistán, en la misión ISAF de mandato de las Naciones Unidas. Luchan contra un enemigo que no tiene absolutamente ningún respeto por el Derecho Humanitario, o incluso la vida humana. Un enemigo que usa la fuerza y la violencia indiscriminada, y que apunta incluso deliberadamente a la población civil, las escuelas, los mercados, los trabajadores humanitarios y los vehículos de la Cruz Roja.

La situación en Afganistán es solo un ejemplo, pero pone claramente de relieve la magnitud del desafío de promover el Derecho Internacional Humanitario. Después de todo, el Derecho Humanitario está tratando de regular la conducta de la guerra, la situación más extrema que puede surgir entre los seres humanos. El Derecho Humanitario trata de introducir racionalidad en situaciones que están llenas de irracionalidad y que busca proteger la dignidad humana en la más inhumana de las circunstancias.

Esta es una tarea de enormes proporciones, una tarea que la Alianza apoya plenamente. Tenemos que asegurar que los principios acordados en la mesa de conferencias no sean dejados de lado, en la brutal realidad del conflicto.

De hecho, han habido progresos. Lentamente, pero con seguridad, nosotros vemos una mayor aceptación de los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario. Como la naturaleza de los conflictos armados sigue cambiando, estos principios se están integrando poco a poco como elemento fundamental de la doctrina de combate.

Para que estas tendencias positivas continúen, el Derecho Internacional Humanitario necesita campeones que sean fuertes y persistentes —pero también necesita una sede institucional sólida—. El Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo ha proporcionado un hogar así. Su mandato, su programa de trabajo y sus instalaciones se han convertido en un lugar único para la investigación y la reflexión. Durante un período de cuarenta años, este Instituto se ha convertido en uno de los pilares más fuertes del Derecho Humanitario, y —a diferencia de algunos de nosotros en esta habitación— no muestra signos de envejecimiento.

El erudito británico, Edmund Burke, dijo una vez que, y lo cito: “Todo lo que es necesario para el triunfo del mal, es que los hombres buenos no hagan nada”. El cambio positivo inculcado por el Derecho internacional humanitario es un alentador signo de que no estamos dispuestos a cruzarnos de brazos y permitir que triunfe el mal a través de nuestra inacción. Además, debe servir como un estímulo para que instituciones como el Instituto Internacional de Derecho Humanitario continúen su valiosa labor.

Una vez más, felicitaciones por un trabajo bien hecho y la mejor de las suertes en sus futuros proyectos.

Vincenzo Camporini

Jefe del Estado mayor de defensa, Roma

Me siento honrado de participar en un foro tan reconocido, en primer lugar, dirijo un saludo cordial al embajador Moreno, las autoridades que han intervenido, a todos los distinguidos invitados y gracias por darme la oportunidad de participar en este tema de gran interés y, al mismo tiempo, de gran actualidad para las fuerzas armadas.

La contribución que tengo la intención de ofrecer al interesante debate que va a seguir, se centra en la “globalización de la violencia”, en particular con respecto a la relación entre los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y de los delicados perfiles relacionados en particular, con la privación de libertad en situaciones de conflicto armado, se podría resumir en la respuesta que debe darse a una pregunta aparentemente obvia: “¿Qué contribución pueden hacer que las fuerzas armadas para enfrentar y resolver problemas tan complejos y complicados?”.

Voy a tratar de llegar a la meta que me propuse inicialmente de analizar el concepto de “seguridad global”, que surge de un examen de la situación internacional actual. Este concepto, que sin duda ha evolucionado de la connotación clásica de la defensa de las fronteras y la protección de la “integridad física” de la población. En primer lugar, esto ha ocurrido en términos del tipo de amenazas que se enfrentan, aparentemente dispares, pero estrechamente vinculadas como por ejemplo el terrorismo, el crimen organizado, la piratería informática y marítima, la inestabilidad económica, el cambio climático (desertificación y movimientos de la población), las pandemias, los conflictos religiosos. En segundo lugar, a causa de los fenómenos de expansión espacial que han ido más allá de las fronteras de los estados individuales, lo que requiere una coordinación de

los esfuerzos de aplicación de la ley a nivel internacional y se caracteriza por un enfoque multifactorial.

En tercer lugar, porque lo que se debe defender ya no es más (de hecho, nunca ha sido, pero solo en el día de hoy somos conscientes), un hecho físico —la tierra, las carreteras, la infraestructura— sino es sobre todo, una forma de ser de nuestra sociedad, sobre la base de principios como la de la democracia, el Estado de derecho, la solidaridad. En dos palabras: nuestra cultura.

En otras palabras, hoy en día, la seguridad ya no puede ser interpretada en función exclusivamente centrada en el Estado y en términos de defensa militar y los límites territoriales (Homeland Security), sino en términos de la influencia de la situación política, económica, social y cultural —lo que nos permite echar un vistazo a los nuevos retos de una manera mucho más comprometida—.

Dicho esto, ahora es posible ilustrar brevemente cómo los cambios han tenido un impacto en las operaciones militares antes mencionadas. En primer lugar es la naturaleza de las mismas misiones lo que ha cambiado significativamente en los últimos años. La principal característica está dada por la dinámica de las situaciones que se enfrentan que requiere un proceso de adaptación continua de fuerza, doctrina y capacidades, de acuerdo con los respectivos países de la OTAN, la UE y con las Naciones Unidas con lo que Italia ha desarrollado actividades de cooperación. Todo esto con el propósito de asegurar una capacidad de respuesta oportuna y eficaz.

La fórmula clásica que proporciona esencialmente etapas secuenciales que van desde un primer periodo de alta intensidad, donde el componente militar es predominante, hasta una fase de baja intensidad o la construcción de la nación, ya no refleja la realidad de los escenarios de hoy. El conflicto, la estabilización y la reconstrucción ahora están interconectados y deben ser atendidos, pero de manera innovadora y coordinada. El enfoque debe ser “incluyente”, teniendo en cuenta también el contexto social, cultural y económico del país, desde la etapa de la “planificación” de la intervención. La intervención, entonces, ya no tiene una connotación de serie, sino más bien debe ser diseñada y administrada en paralelo.

Otro nuevo elemento viene dado por la evolución de la concepción del “factor humano”, que ha recuperado terreno frente a los “factores tecnológicos”. La tolerancia, la empatía y el respeto deben ser los cimientos

de la relación con las personas involucradas en la intervención. Y es esencial hoy en día, que se enfrenten a un uso mínimo de la fuerza, para lograr resultados positivos en la lucha y, al mismo tiempo, se pueda apoyar el progreso social de los pueblos.

El desarrollo de un nuevo enfoque para las operaciones “fuera del área” ya no considera a los militares como un simple “combatiente”, sino también como “constructor nacional”, proyectado para lograr una mejor integración del componente militar a un proceso más amplio que ha de contribuir a la pluralidad de los sujetos institucionales o no.

En esta perspectiva, el requisito es que de un esfuerzo sincronizado, basado en el concepto de “interagencia”, que implica el instrumento militar junto con otros componentes de la estructura social.

Estoy firmemente convencido, de hecho, que esta será la nueva frontera de las operaciones de la militancia en el extranjero: en el futuro, se demostrará que el ganador prevé la intervención de un “grupo de trabajo compuesto”, que incluye a expertos militares, diplomáticos, técnicos, capacitación, personal de trabajo en el campo de la “aplicación de la ley”, médicos y otros profesionales, todos trabajando hacia la consecución de un único objetivo, cada uno consciente de las contribuciones indispensables de los demás y de la necesidad imperiosa de una estrecha coordinación de sus acciones.

En mi opinión, este último desafío abarca una variedad de aspectos nuevos y diversificados, algunos de los cuales no son de la responsabilidad militar directa, pero siguen siendo cruciales para el éxito de las misiones. Un enfoque multinivel y una mejor integración entre los diferentes conocimientos deben ser los medios para alcanzar el éxito cuando nos encontramos ante una amenaza tan multifacética.

Incluso en lo que respecta a los aspectos puramente jurídicos, nos encontramos con noticias de especial importancia. En este sentido, el Parlamento italiano prepara un proyecto de ley para la concesión de esos poderes en el gobierno, con la creación del “código penal de las misiones militares en el extranjero”.

Esta decisión constituye el primer paso importante para la revisión de la legislación penal militar actual y responde a la necesidad de un marco orgánico para la participación de los soldados italianos en misiones internacionales, eliminando la necesidad de una legislación específica en periodos no decretos de autorización. Se simplificará, por

lo tanto, la regulación del sector, reuniendo en un único texto todas las disposiciones.

Además, como tiene especial relevancia para el tema de esta conferencia, el diseño de la ley tiene como finalidad principal la plena tutela de los llamados individuos débiles que participan en operaciones militares (los enfermos, los heridos, civiles, presos y personas que aún permanecen retenidas a cualquier título), la cohesión interna de las fuerzas armadas y la protección necesaria del personal en el marco del respeto indispensable de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Es un paso importante que se propone adaptarse a la realidad actual a un marco normativo que, a futuro, será fuertemente influenciado por el paso del tiempo. Esto permitirá que la legislación nacional responda plenamente al Derecho Internacional Humanitario y la regulación de una función orgánica, entre las más importantes militares del mundo moderno, poniendo al país en condiciones de llevar a cabo un papel importante en la estabilización y el mantenimiento de la paz.

Con respecto a la cuestión de la política de detención, se destaca la posición de la Corte Internacional de Justicia en la afirmación de la necesidad de respeto por parte de las fuerzas militares de los derechos humanos en los territorios bajo su control. Se debe garantizar un tratamiento a los presos que, en observancia del derecho internacional, preserve la dignidad de la persona y evite que puedan ser objeto de un trato inhumano y degradante.

En la definición de los principios relativos al trato de los detenidos en la zona de operaciones a la luz del derecho internacional y el derecho interno, el Estado mayor de la defensa italiano ha desarrollado un concepto integrador común, que ha sentado las bases para el fortalecimiento de una cultura jurídica y humanitaria al mismo tiempo, capaz de atender a las necesidades fundamentales de seguridad con los derechos humanos fundamentales.

En particular, se definió de antemano las diferentes categorías de personas susceptibles a la detención y se procedió a identificar las directrices para el desarrollo de un modelo de organización nacional. Un modelo que contaba ya con una presencia establecida en las tradiciones de nuestro país y que garantiza el tratamiento respetuoso basado en el principio constitucional de la inviolabilidad de la libertad personal, limitado solo en la ejecución de las instituciones y fundaciones legales específicas para

la conciencia de la ilegalidad de cualquier forma de violencia física sobre las personas sujetas a restricciones.

A partir, pues, del hecho incontrovertible de que las operaciones militares son uno de los signos más tangibles de los contrastes a las amenazas actuales, estoy convencido que el énfasis en el “factor humano”, el uso del “enfoque global” en abordar los problemas de la seguridad colectiva y el marco orgánico del marco jurídico de referencia, es una contribución esencial a las respuestas que la comunidad internacional debe dar a los desafíos planteados por la “globalización de la violencia”.

Gracias por su atención y aprovecho para expresar un deseo especial para esta prestigiosa institución, que este año cumple su cuadragésimo aniversario de fundación, con la esperanza de que va a continuar y, si es posible, reforzar el trabajo insustituible realizado en apoyo y difusión de la cultura de los derechos humanos en el mundo.

Stefano Dambruoso

Magistrado, jefe de la oficina de coordinación de asuntos internacionales, Ministerio de Justicia, Roma

Me gustaría expresar mi profunda gratitud y agradecimiento al presidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, embajador Maurizio Moreno, por esta invitación y felicitarlo por la exitosa organización de un evento de tan alto nivel sobre la lucha contra la violencia global.

Mi más sincero agradecimiento también a las numerosas partes del Estado que, junto con Italia, han apoyado este encuentro destinado a impulsar la lucha contra la violencia global.

Todos somos muy conscientes de que hoy en día el mundo de la pos-Guerra Fría ha demostrado ser uno menos agradable de lo esperado. Si tuviéramos que preguntarnos si estamos más seguros hoy de lo que estábamos hace veinte años, creo que muy pocos de nosotros podríamos responder que sí. Somos testigos hoy en día de muchas zonas de inestabilidad así como del aumento de las amenazas transnacionales y no convencionales, con centros de poder tecnológico, económico, financiero y criminal que se han extendido ampliamente en los últimos quince años. Nos enfrentamos a una difusión del poder. Nuevos actores regionales, subregionales y no gubernamentales han surgido y reclaman un papel en la historia.

Hoy en día, tenemos el reto de afrontar criminales creativos utilizando medios poderosos y difíciles de alcanzar. Nuestra respuesta, por lo tanto, debe ser muy creativa. Además, nos enfrentamos a un reto global que requiere un análisis, compromiso y respuesta global. Su complejidad no tiene precedentes ya que combina un número creciente de factores estratégicos, económicos, sociales e incluso climáticos. En consecuencia, tenemos que mantenernos al día con nuestras políticas. Dados los rápidos cambios en la escena geopolítica, donde la dimensión local se

convierte en una dimensión cada vez más global y viceversa, la cooperación internacional tiene, inevitablemente, que cubrir todas las áreas de la vida social. Nuestra visión es la de promover el multilateralismo eficaz, concebido no como una alternativa sino como un medio adicional para promover la cooperación tanto bilateral como regional.

En las últimas décadas, Italia siempre ha apoyado los diversos organismos de la ONU que participan en la promoción de enfoques internacionales comunes para prevenir y combatir todas las fuentes de violencia. Las convenciones de la ONU contra la delincuencia organizada (UNCTOC) y contra la corrupción, así como los demás instrumentos relacionados con la lucha contra el terrorismo, son elementos fundamentales que no pueden ser ignorados.

El UNCTOC se abrió para firmas en diciembre de 2000 en Palermo. Se basa en el trabajo y las ideas del juez Falcone, horriblemente asesinado por la mafia en 1992, junto con su esposa y sus guardaespaldas, en el desempeño de sus funciones. La lucha contra las actividades financieras de las asociaciones delictivas internacionales en cualquier parte del mundo, a través de la cooperación judicial y policial, a pesar de los diferentes tipos de tráfico que están involucrados, es uno de los objetivos básicos de esta convención.

La idea básica es simple: la detención suele ser menos eficaz que una acción a gran escala para aprovechar y recuperar los activos ilícitos de la mafia. Giovanni Falcone había adquirido un profundo conocimiento de la psicología y la mafia había entendido, antes que los demás, que los mafiosos pueden tolerar la detención, considerándola como una especie de “riesgo comercial”, pero será realmente derrotado solo cuando la justicia se lleva los beneficios económicos ilegales de su actividad criminal, dañando su economía personal y la de su círculo familiar.

En los últimos dos años, Italia ha decidido adoptar, y por lo tanto seguir, este enfoque de la lucha contra la delincuencia organizada a través de:

- Extender el poder para apoderarse de los bienes ilegales de miembros de la mafia, como herederos y miembros de la familia.
- La emisión de disposiciones sobre el decomiso del valor, con el fin de minimizar la posibilidad de ocultar activos de la Mafia.
- Establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en casos de lavado de dinero.

Gracias a estas nuevas disposiciones, que atrajo el interés de nuestros socios internacionales, Italia estableció un fondo para el sector de la justicia que recoge el dinero y los bienes recuperados de la mafia. El fondo está demostrando ser un éxito en la práctica, ya que nos permite utilizar directamente los recursos incautados a la mafia para fortalecer la lucha contra el crimen organizado. En este caso, las cifras explican mejor que las palabras la eficacia de esta estrategia.

El terrorismo es otra amenaza a la paz y la seguridad mundiales, por lo que constituye un problema que afecta a toda la humanidad. La seguridad personal es un derecho humano inalienable y fundamental. También es la primera garantía para la supervivencia y el buen desarrollo de una sociedad democrática, donde la libertad y el Estado de derecho aseguran la vida útil y exitosa en conjunto de una comunidad.

Si la seguridad personal y la libertad son limitadas y son atacadas por la violencia y el terrorismo, son los cimientos de la democracia los que están en juego. Esta es la razón por la que Italia, con su experiencia dolorosa pero exitosa en la lucha contra el terrorismo local, se encuentra al lado de todos los países afectados por la maldición del terrorismo y ha actuado de forma compatible en el ámbito internacional para fortalecer el frente común contra el terrorismo.

En este sentido, hay una enseñanza moral y funcional fundamental que no debe pasarse por alto. Nuestra respuesta a las amenazas terroristas contra el Estado de derecho debe ser la promoción y la aplicación de la regla de la propia ley, incluyendo el respeto de todo el conjunto de garantías que deben aplicarse universalmente, en todo juicio y procedimiento, para asegurar el pleno respeto de los derechos humanos fundamentales.

Italia también ha jugado un papel muy proactivo en la creación de una libertad común, la justicia y el área de seguridad en el ámbito de la Unión Europea mediante el apoyo a Europol y Eurojust, la red de los procuradores judiciales europeos; al unir las manos con los socios afines en la protección de infraestructuras críticas, y a nivel regional e internacional, como lo demuestran las negociaciones actuales de la UE sobre los intercambios de datos con EE.UU., Canadá y Australia (llamada Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales [SWIFT, por sus siglas en inglés] y Registro de Nombres de Pasajeros [PNR, por sus siglas en inglés]).

Tenemos que actualizar constantemente nuestras políticas y mejorar los intercambios en todos los niveles con la comunidad antiterrorista.

Por estas razones, en línea con las políticas de la ONU y de la UE sobre el tráfico ilícito de materiales nucleares, químicos, biológicos y radiológicos (NRBQ), y el terrorismo NRBQ, el gobierno italiano está apoyando la Comisión Europea en la creación de Centros de Excelencia (COE) para la mitigación del riesgo NRBQ.

Los principales objetivos de la iniciativa son los siguientes:

- Promover y apoyar el desarrollo de la política nacional de NRBQ en los países participantes.
- Optimizar la distribución y el uso de la experiencia acumulada internacional y nacional en el ámbito de la reducción del riesgo QBRN.
- Desarrollar un proceso de cooperación entre los miembros de la red para identificar los problemas y las posibles soluciones a partir de información disponible en la red.

Permítanme concluir con un punto principal. La fuerza interior de nuestra sociedad radica en su apertura y en su genuino respeto por la libertad que tenemos la intención de defender siempre. Al combatir la delincuencia y otras amenazas globales, debemos estar consolados por una certeza interior: los principios y valores sobre los que se construyen nuestras sociedades democráticas, representan una brújula moral esencial y nos brindan señales claras sobre el futuro plan de trabajo.

En lugar de limitar nuestra acción, mejoran en gran medida la eficacia y la credibilidad a largo plazo de nuestra lucha contra los problemas más acuciantes de la actualidad, entre los que se incluyen todas las fuentes de violencia.

Este año se cumple el cuadragésimo aniversario de la creación de este Instituto. Aprovecho esta oportunidad para expresar mi más sincero agradecimiento, en nombre del gobierno italiano, por el trabajo realizado por este instituto internacional que fue y sigue siendo un instrumento esencial de la política del Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia y de toda la comunidad internacional a través de las organizaciones que participan activamente en la prevención de cualquier fuente de violencia.

Creo firmemente que la mejor manera de celebrar este aniversario es unir nuestros esfuerzos para hacer frente a los desafíos de la delincuencia transnacional, a través de estrategias globales eficaces para que la justicia pueda prevalecer sobre el crimen en un mundo más libre, más seguro y más equitativo.

Donato Di Ponciano

Presidente, casa municipal de San Remo

Una cálida bienvenida a todos, su alteza real el príncipe Alberto II de Mónaco, el Dr. Jacob Kellenberger, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), todos los políticos, militares y religiosos en esta habitación.

Los cuarenta años es un aniversario especial. Un aniversario que sentimos de una manera particular, porque también nosotros, entendidos como la casa de San Remo, hemos alcanzado y superado ciento cinco años de actividades. Nos sentimos muy cercanos al Instituto Internacional de Derecho Humanitario, con el que siempre colaboramos, que hemos visto nacer aquí y, como acertadamente ha señalado el alcalde Zoccarato, es el orgullo de esta ciudad.

A solo unos minutos antes de la conferencia compartí con el general Borghini una reflexión: el Instituto bien puede ser considerado una expresión fundamental en el contexto internacional que estamos viviendo. Hoy están aquí representantes de los cinco continentes, lo que hace que la propia conferencia esté atravesando un momento muy importante de cambio, en esta ciudad que siempre ha impulsado iniciativas internacionales y que es portadora de una internacionalización de la que todos estamos orgullosos.

La casa de San Remo, con su historia y tradición, siempre ha tratado de aportar otras cosas como la divulgación cultural e institucional, lo que para nosotros es un elemento fundamental para el intercambio de valores y experiencias que se desarrollan en la comunidad.

Un agradecimiento especial al embajador, amigo, Maurizio Moreno, presidente del Instituto. El trabajo que está haciendo es importante, digno de apoyo y elogio especial. Queremos asegurar al Instituto Internacional

de Derecho Humanitario que la casa de San Remo siempre estará cerca y seguirá apoyando, en la medida de lo posible, las numerosas actividades llevadas a cabo.

Termino con una reflexión que viene de un pensamiento de Jean-Jacques Rousseau, ginebrino erudito, pensador, filósofo, precursor del Derecho Humanitario que se ha preocupado tanto de las relaciones humanas. Jean-Jacques Rousseau dijo que la guerra no es una relación entre un hombre y otro hombre, sino más bien una relación entre los Estados, donde los individuos, hombres, son negados solo por casualidad, porque los enemigos son soldados que hacen su deber. El objetivo principal es siempre el de ayudar a aquellos que tienen negocios rentables, especialmente a los necesitados de la paz, de la solidaridad y que han respetado los derechos fundamentales.

Antonio Gutiérrez

Alto comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, Ginebra

ACNUR ha colaborado con el Instituto Internacional de Derecho Humanitario a promover y desarrollar el derecho internacional de los refugiados durante muchos años, y es nuestra firme intención de continuar colaborando en estos temas en el futuro, ya que los retos y las interrelaciones entre la ley humanitaria internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados llegan a ser más y más evidentes. Lamento no haber podido asistir a la significativa ceremonia que marca el aniversario cuadragésimo del Instituto, pero espero que a través de este mensaje pueda transmitir el apoyo constante tanto del ACNUR para el Instituto y mis felicitaciones personales a todos sus miembros por alcanzar este importante hito.

Es importante recordar que en el mismo año en que el Instituto Internacional de Derecho Humanitario celebra cuarenta años de existencia, el ACNUR por su parte, conmemora su sextogésimo aniversario, y que en el próximo año dos de los instrumentos internacionales de los que el ACNUR es guarda, la convención sobre refugiados de 1951 y la convención de 1961 para reducir los casos de carencia de Estado, alcanzarán sesenta y cincuenta años de existencia, respectivamente.

De la misma manera que el Instituto y sus socios están marcando este cuadragésimo aniversario mediante la exploración de los desafíos contemporáneos de la ley humanitaria internacional, debido a la violencia global y sus consecuencias, el ACNUR conmemorará sus hitos al embarcarse en una serie de discusiones con las partes interesadas, muchos de los cuales también se asocian con el Instituto, en los vacíos de protección y los desafíos que enfrentan cada vez más refugiados, los apátridas y los afectados por el desplazamiento forzado.

Cada vez me preocupa más que, no importa si el desplazamiento es causado por la violencia y los conflictos o situaciones de persecución en el país de origen —los motivos “tradicionales” por qué el ACNUR estaría involucrado en la respuesta a la difícil situación de los desplazados— o si se debe a otras razones complejas y emergentes, como los desastres, el cambio climático o el inicio lento y natural de privación severa, las necesidades de aquellos que están desplazados o privados de la posibilidad de ejercitar sus derechos son sorprendentemente similares y exigen una respuesta más sólida y previsible de la comunidad internacional.

En estas circunstancias, es mi intención aprovechar la ocasión de los próximos aniversarios para explorar esto con más detalle, a través de una serie de eventos y consultas con las principales partes interesadas, incluidos los refugiados, los apátridas y los desplazados mismos, los gobiernos pertinentes, otras organizaciones internacionales, organizaciones y expertos no gubernamentales, para comprender más ampliamente los nuevos y emergentes desafíos de desplazamiento, para sensibilizar al público y fomentar la solidaridad con los desplazados y apátridas, y en última instancia para reforzar el régimen de protección existente y promover una nueva protección dinámica.

Tengo grandes esperanzas de que el Instituto y muchos de mis compañeros se unirán a ACNUR el año que viene en la exploración de estos desafíos contemporáneos complejos y tratar, de manera creativa y proactiva, de encontrar acuerdos comunes sobre las normas y las respuestas que deben ser adoptadas por la comunidad internacional a ese respecto.

Con motivo de la celebración de cuarenta años de progreso en el desarrollo del derecho internacional realizada por el Instituto desde su creación y sobre la base de que avance, insto a todos a mirar hacia adelante a la mejora del régimen de protección internacional ya existente, y a responder con mayor eficacia a las necesidades de los desplazados y los apátridas.

Una vez más, felicitaciones por esta significativa ocasión y todos mis mejores deseos para el éxito continuo del Instituto en el futuro.

Christophe Keckeis

Presidente del centro de Ginebra para el control democrático de las fuerzas armadas, exjefe de las Fuerzas Armadas de Suiza, Berna

Es un honor y un privilegio dirigirme a esta distinguida audiencia y transmitir las felicitaciones del jefe de las Fuerzas Armadas de Suiza.

El Instituto Internacional de Derecho Humanitario (IDIH) celebra su cuadragésimo aniversario. Esta es una excelente oportunidad para hacer una pausa por un momento y mirar hacia atrás a lo que el Instituto ha logrado. Cuarenta años de dedicación al Derecho internacional humanitario (DIH) con el corazón y la mente, y una gran cantidad de esfuerzo individual y trabajo voluntario.

El resultado es impresionante. El Instituto ofrece una única y neutral plataforma de clase mundial para la difusión, la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, con el entrenamiento y la educación como su actividad principal. El Instituto no tiene ninguna agenda oculta: participantes de todo el mundo vienen a San Remo, independientemente de su ideología, religión y alianzas. El Instituto es aceptado internacionalmente como un excelente centro de formación.

Para este logro Felicito al IDIH y su gestión.

Como ustedes saben, Suiza está fuertemente ligada a y vinculada con el Instituto.

El DIH (Derecho Internacional Humanitario) está profundamente arraigado en la propia concepción de Suiza. Por lo tanto, no es de extrañar que Suiza se haya comprometido con el Instituto desde el principio. El Prof. Jovica Patronogic no era solo un miembro fundador sino también presidente del IDIH durante veintidós años.

Durante treinta y tres años, el Instituto ha dedicado su mesa redonda a los problemas actuales del Derecho Internacional Humanitario. El tema de este año es muy relevante.

Las fuerzas armadas son a menudo acusadas de ser parte del problema de la violencia global, pero no una solución.

El hecho es que solo un Estado fuerte, guiado por el imperio de la ley puede proteger a los más débiles de la sociedad y garantizar la seguridad humana. Para este fin, las fuerzas armadas son un instrumento indispensable, siempre que se establezcan dos condiciones:

- El control democrático de las fuerzas armadas.
- Las operaciones militares deben cumplir con la ley.

En este último se encuentra la razón del apoyo del Instituto por el Ministerio de Defensa, Protección Civil y Deportes suizo. Es nuestra firme convicción que las actividades del Instituto son pertinentes y son una importante contribución a un mundo de paz.

Permítanme expresar mi agradecimiento y por favor acepten mis disculpas por no mencionar a todos los Estados y personas involucradas con el Instituto.

En primer lugar, me gustaría dar las gracias a Italia por apoyar el IDIH. Este soporte proporciona la primera piedra del Instituto.

Nuestro agradecimiento igualmente va dirigido a la ciudad de San Remo por la concesión que ha hecho al Instituto del uso gratuito y exclusivo de la hermosa Villa Ormond por un período de diez años.

También me gustaría dar las gracias al embajador Moreno por su destacada y admirable labor, esfuerzo y dedicación al Instituto.

Y, por supuesto, quiero agradecer a todos los patrocinadores y el personal del Instituto por su apoyo.

Permítanme también incluir, finalmente, al Col. Frédéric de Mulinen en mis reconocimientos. A medida que el 'padre' de la instrucción basada en la operación y como director del departamento militar durante casi veinte años, influyó en gran medida a toda una generación de oficiales y en la forma en cómo el DIH fue impartido en San Remo. Suiza estableció un programa de patrocinio en su honor, en el IDIH.

Todos somos plenamente conscientes de que el Instituto se enfrenta a muchos desafíos. Todos los Estados se enfrentan a dificultades financieras. Esto también es sentido por el IDIH.

Suiza confía que el Instituto tomará las decisiones correctas que le permitirán hacer frente a las aguas tormentosas contemporáneas. Si el Instituto continúa con la misma perseverancia como lo ha hecho durante los últimos cuarenta años, no hay duda de que tendrá éxito.

Betty King

Representante permanente de los Estados Unidos de América ante la oficina de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, Ginebra

Estoy encantada de formar parte de este aniversario y mesa redonda. Los Estados Unidos han apoyado al Instituto Internacional de Derecho Humanitario (IDIH) y ha participado en sus eventos durante muchos años. Con motivo de este aniversario, me gustaría tomar un momento para honrar el legado del IDIH. Hay miles de funcionarios gubernamentales y militares, organizaciones internacionales y representantes de la sociedad civil que han aprendido el Derecho Internacional Humanitario y el derecho de refugiados aquí. Han intercambiado ideas sobre la aplicación de estos principios y el futuro de los asuntos humanitarios. Y lo más importante, han llevado a la práctica lo que han aprendido, para aprovechar su experiencia aquí y, me atrevería a decir, lo han utilizado para mejorar sus prácticas humanitarias y las vidas de las personas vulnerables en todo el mundo. Este es un gran logro del que todos estamos agradecidos al IDIH.

Como representante de la administración actual de los Estados Unidos, estoy especialmente contenta de estar asociada con este evento. El presidente Obama ha dejado en claro desde sus primeros días en el cargo su compromiso renovado y asegura que Estados Unidos cumplirá con todas las leyes internacionales aplicables, incluyendo las convenciones de Ginebra. Quiero ser clara, estamos plenamente comprometidos, estamos de vuelta en la mesa y queremos ser parte de las discusiones de este tipo sobre la aplicación y la efectividad de las leyes de la guerra.

Porque, no lo olvidemos, Estados Unidos es un país comprometido en conflicto. En su discurso de aceptación del premio Nobel de la Paz, el presidente Obama habló de la guerra y de la naturaleza cambiante de la guerra y sus combatientes. Él dijo: “Habrá momentos en que las naciones —que actúan individualmente o en concierto— encontrarán que el

uso de la fuerza no solo es necesario sino moralmente justificado”. Pero también reconoció que si bien “los instrumentos de la guerra tienen un papel que desempeñar en la preservación de la paz [...] esta verdad debe coexistir con otra —que no importa cuán justificada, la guerra promete tragedia humana”.

Nuestro trabajo, me parece a mí, es centrarse en la reducción de la tragedia humana, aceptando que el conflicto violento no concluirá durante nuestra vida y entender la realidad actual de los conflictos. Esto es particularmente cierto si nos fijamos en las leyes de la guerra. Para ser eficaz, la ley debe adaptarse para hacer frente a la evolución de la realidad —el mundo tal como lo conocemos y no el mundo como era, o el mundo como nos gustaría que fuera. Por ello, los temas elegidos para esta mesa redonda son tan importantes en los tiempos que corren. Las formas contemporáneas de conflicto armado, las privaciones de libertad en los conflictos armados y las garantías individuales durante la detención. Se trata de cuestiones complejas que merecen una seria reflexión y que el debate nos ayude a avanzar hacia un entendimiento común de aplicación de las normas vigentes en el contexto del actual conflicto. Espero con interés escuchar todos sus puntos de vista y sé que voy a aprovechar mi tiempo aquí.

William Lacy Swing

Director general de la Organización Internacional
para las Migraciones, Ginebra

Es un gran honor y un privilegio participar en la celebración del cuadragésimo aniversario de este distinguido Instituto.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) se enorgullece de su larga cooperación con el embajador Moreno y el talentoso personal del Instituto. Nuestra colaboración se extiende sobre una serie de actividades académicas, que incluyen una serie de publicaciones conjuntas y por supuesto el popular curso de del derecho internacional de las migraciones, ahora en su quinto año.

Como parte de nuestros esfuerzos para fortalecer esta alianza, estaba muy contento de haber firmado con el embajador Moreno, en marzo de este año, un memorando de cooperación en nombre de nuestras organizaciones, reafirmando nuestra asociación en el campo del Derecho Humanitario.

He sido invitado a hacer algunas observaciones sobre la violencia global y la movilidad humana.

Un ejercicio simple de investigación revela innumerables incidentes de violencia en los últimos cuarenta años, que provocaron desplazamientos masivos de personas en todo el mundo. Desde el estallido de la guerra civil en Jordania en septiembre de 1970 a la expulsión de los asiáticos de Uganda en septiembre de 1972, y de la caída de Kabul en septiembre de 1996 a la efusión de los refugiados de Kosovo en septiembre de 1998; la violencia ha seguido siendo una de las mayores causas de la movilidad humana.

La amenaza de la violencia, sin embargo, a menudo no termina con la huida de casa. La violencia persiste en las rutas de migración. Esto se manifiesta en la violencia psicológica, social o física perpetrada por bandas

criminales, matones armados, los carteles de la droga, funcionarios corruptos o, incluso, de otros migrantes.

Para poner esto en contexto, vivimos en la era de mayor movilidad humana de la historia. Hay más de doscientos catorce millones de migrantes internacionales, y un estimado de setecientos cuarenta millones de migrantes internos. En otras palabras, un total de casi mil millones de personas en movimiento; es decir, aproximadamente una de cada siete personas en el mundo es un migrante. Demasiados de estas personas en movimiento son objeto de violencia.

Me gustaría destacar tres tendencias específicas de violencia contra los migrantes y tres medios de hacer frente a la violencia.

A. Las amenazas de guerra y conflicto

La primera cepa de la violencia se produce en tiempos de guerra o de conflicto armado. Los migrantes y los desplazados internos (IDP) son a menudo objeto de graves violaciones de derechos humanos, incluida la tortura, la deportación, la esclavitud o el ataque directo.

La violencia también está presente después de que los enfrentamientos han terminado —en forma de represalias contra los repatriados o los que han vuelto a asentarse en otros lugares. En algunos casos, por desgracia, los propios Estados son parte de esa violencia bien sea a través de sus propias acciones o pasividad que permite que se produzca la violencia con impunidad.

B. Las amenazas del crimen organizado

La segunda cepa de la violencia está relacionada con la vulnerabilidad de los migrantes a manos de las redes de la delincuencia organizada transnacional. Estos criminales anillos usan a los migrantes como un mecanismo de explotación y de ingresos.

Otra manifestación de esta violencia es la trata de personas y el contrabando, que son dos de los grandes crímenes de la era de la globalización. Los migrantes que son objeto de tráfico o contrabando se convierten en una mercancía. Los beneficios financieros del tráfico —las estimaciones son tan altas como treinta mil millones de dólares— son solo superadas por el tráfico ilícito de armas y drogas.

Un trágico ejemplo de esta tendencia es el brutal asesinato el mes pasado de setenta y dos migrantes de Centro y Sur América y en el norte de

México. Uno de los sobrevivientes de esta tragedia alegó que el asesinato se inició después de que los migrantes se negaron a pagar las sumas de rescate y a participar en trabajo esclavo. Lamentablemente, este no es un caso aislado.

C. Amenazas contra la xenofobia y la intolerancia

La tercera cepa de la violencia está asociada con la intolerancia, la discriminación y la xenofobia, y el desafío de la integración de los migrantes.

Varios casos de alto perfil en los últimos meses demuestran una falta de parte de todos nosotros —un fracaso del Estado para reconocer e informar al público sobre la contribución que los migrantes hacen a nuestras sociedades y la economía mundial— a través de la innovación, el trabajo duro y las remesas, la falta de información y educación sobre la inevitabilidad de la migración a gran escala en el caso de factores de atracción Norte-Sur: tendencias demográficas y del mercado laboral, y la incapacidad de contrarrestar los estereotipos dañinos.

Permítanme concluir con algunas observaciones sobre algunos de los instrumentos jurídicos y las opciones de que disponen los Estados para romper el vínculo entre la migración y la violencia.

Los Estados tienen todo el derecho de controlar sus fronteras y salvaguardar la seguridad de sus ciudadanos -pero los Estados también tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de los migrantes, incluidos los migrantes irregulares, bajo su jurisdicción. Estos incluyen el derecho a la dignidad humana, la integridad física, así como la seguridad y la libertad del racismo y la discriminación.

Un cierto grado de violencia también se produce cada año en las fronteras del Estado debido a las políticas fronterizas existentes. Se requiere nuestro compromiso colectivo para abordar este tema.

Además de utilizar la migración de trabajo en el marco jurídico internacional existente, hay opciones específicas disponibles para los Estados en el plano nacional. Permítanme destacar tres:

- (A) La adopción de legislación y aplicación de políticas para prevenir, reprimir y sancionar la violencia en todas las etapas del proceso de migración. Tanto la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (CERD), y la declaración y plan de acción de Durban de 2001, prevén disposiciones legales adecuadas a este respecto.

- (B) Proporcionar a los migrantes el acceso a los mecanismos legales para tratar justa y adecuadamente la reparación cuando sus derechos han sido vulnerados, independientemente de su situación migratoria. Esto es especialmente relevante en los casos de tráfico y contrabando.
- (C) La promoción de la información pública y la concienciación sobre el multiculturalismo, la diversidad y la valiosa contribución de la migración y de los migrantes. En este sentido, los medios de comunicación también juegan un papel importante como un vehículo para promover sociedades tolerantes y para hacer frente a la “ignorancia intencional”.

En resumen, en esta era de la mayor movilidad humana de la historia, hay una violencia sin precedentes contra los migrantes. Las tres fuentes principales de la violencia son:

- (A) La guerra y el conflicto.
- (B) La delincuencia organizada, especialmente el tráfico.
- (C) La xenofobia.

La responsabilidad de cualquier Estado es entonces triple:

- (A) La adopción de una legislación apropiada.
- (B) Garantizar el acceso de migrantes a la justicia.
- (C) Poner de relieve las contribuciones de los migrantes a la sociedad a través de la educación pública y la información.

Jean-Pierre Mazery

Gran canciller y ministro de Relaciones Exteriores,
soberana Orden militar de Malta, Roma

Es un gran placer haber sido invitado a participar del cuadragésimo aniversario del Instituto, una institución todavía joven y llena de promesas, que hace una contribución esencial a los que están trabajando para aliviar el sufrimiento en el mundo, en el pleno respeto de la dignidad humana.

En este sentido, felicito al Instituto por su destacada contribución a la codificación y formación en Derecho Internacional Humanitario y a su aplicación.

Ustedes han elegido abordar el tema de “la globalización de la violencia”, que se manifiesta no solo en el contexto del conflicto armado, sino también, cada vez más, como múltiples formas de protesta por parte de los grupos conformados por personas para quienes la violencia, el asalto y actuar para destruir es una manera de decir al mundo que existen mientras que son incapaces de construir; y que sin duda han pensado en consultar las ideas de los filósofos contemporáneos como Michel Foucault y Augustin Girard, para solo citar a mis conciudadanos.

De hecho, esta es primeramente una reflexión filosófica, vieja, pero que sigue siendo relevante.

Esta cuestión, la violencia puede ser el mayor reto de nuestro siglo.

Para entrar en el tema -los retos de los conflictos armados contemporáneos y las situaciones de gran violencia- es evidente que en el campo, donde llega la ayuda correspondiente, el panorama estratégico ha cambiado drásticamente, especialmente desde los atentados del 11 de septiembre 2001, dejando un espacio a todas las formas de violencia, la delincuencia, el terrorismo y el fanatismo.

De hecho, las amenazas y los retos son más ideológicos y se centran en las relaciones de poder entre los “bloques de poder”, o entre “las Naciones

Unidas”, como fue el caso durante los últimos dos siglos. Son de orden insurreccional anárquico y se diluyen en el campo con una radicalización de las cuestiones de identidad. El punto de entrada es la crisis más cultural, religiosa o tribal.

No estamos ante una lógica de confrontación con los frentes identificados, bien definidos y amenazas estables, enfrentamientos con juegos y actores legibles y explícitos.

Los objetivos se centran menos en los dispositivos militares o paramilitares, pero cada vez más en la población civil. Estos son tomados como rehenes y utilizados como “ariete” de desestabilización masiva de las operaciones.

La crisis en el campo está saturada por una masa de actores internacionales a menudo no coordinados, algunos (organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, medios de comunicación, operadores civiles, “actores no estatales”) incontrolables que no tienen nada que ver con los militares, que a veces nos desprecian y, a menudo, prefieren mantener solo una seguridad y experiencia en logística.

En este contexto, el peso de las ONG llegaron a ser importantes tanto en número de operadores como en términos de los recursos financieros puestos a su disposición. Estas organizaciones ahora se presentan como socios institucionales, mediáticos e inherentes a los programas operativos que gestionan por delegación las Naciones Unidas y sus organismos, la Unión Europea y las principales instituciones financieras internacionales, otras solo porque dicen que son una rama de la sociedad civil local.

En cuanto a la gestión de crisis, este entorno asimétrico, para usar el término de moda, lleva a consecuencias desastrosas para la aplicación efectiva de las operaciones de asistencia humanitaria, sobre todo para las operaciones militares en Iraq y Afganistán, Darfur. La participación de los actores institucionales, políticos y militares en el sector humanitario plantea inevitablemente problemas de convivencia y de imagen. Así, muchas organizaciones humanitarias se están tomando de rehenes y las víctimas se quejan porque se les percibe estar afiliados a los objetivos políticos y diplomáticos de occidente. Esta interferencia en las operaciones militares crea una gran confusión en el campo y socavan el ejercicio preferible de la diplomacia humanitaria basada en la neutralidad y la imparcialidad. También se sienten traicionados por la privatización lógica de la

guerra junto con las acciones militares donde humanitaria se encuentra manipulada de manera tan peligrosa.

Es en este espíritu el año pasado, en noviembre de 2009, se invitó a la Orden de Malta a hablar ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en particular sobre la protección de la población civil y los trabajadores humanitarios.



Hemos dicho ya ante el Consejo de Seguridad que hay por lo menos cuatro tipos de violencia perpetrados contra la población civil en el curso de un conflicto armado, que deben ser abordados con urgencia por la ONU:

1. Los ataques directos contra civiles —incluyendo el uso de la violencia sexual, ataques suicidas o ataques a las instalaciones de los refugiados y las personas desplazadas— con el fin de desestabilizar la sociedad o generar terror con objetivos militares o políticos.
2. La captura de civiles como rehenes para servir como “escudos humanos”, o mal uso de las instalaciones protegidas como hospitales o puestos de socorro con el fin de proteger a los combatientes o las instalaciones u operaciones de los combatientes.
3. Imposición de daños “incidentales” o “colaterales” a los civiles —incluidos los trabajadores humanitarios y personal médico— como parte de las operaciones militares que crean un alto grado de riesgo que causa la muerte o lesiones de civiles inocentes en la búsqueda de lo que serían objetivos militares legítimos.
4. Focalización de los servicios humanitarios o de los trabajadores de ayuda humanitaria, como el personal médico y voluntarios, con el fin de negar alimentos, vivienda o atención médica a los civiles.

No puede haber ninguna duda de que este tipo de acciones violan los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario, incluyendo la cuarta convención de Ginebra. Igualmente importante, las personas que violen estos preceptos deben ser responsables de sus acciones. Esta responsabilidad debe incluir a aquellos que personalmente violan las normas básicas del Derecho Internacional Humanitario, así como aquellos que son responsables de las violaciones de conformidad con los principios establecidos del derecho internacional de la “responsabilidad de mando”.

Más del 60% de los ataques contra los trabajadores humanitarios se han producido en Afganistán, Somalia y Sudán del sur. En Afganistán, la Orden de Malta ha perdido a varios miembros del personal local en emboscadas y tiroteos.

Esperamos que la ONU y la comunidad internacional enfrente pronto estos temas cruciales —hemos observado con gran satisfacción que la Unión Europea está pronta a discutirlos.

Para terminar con un ejemplo práctico de la acción contra la violencia: en la historia reciente una de las más brutales luchas ha tenido lugar en la República Democrática del Congo durante y después de años de guerra civil. En ese país devastado por la guerra, la violencia sexual y la violación han sido parte de la estrategia militar para crear desorden y terror generalizado. Desde 2007, la Orden ha sido trabajar con las víctimas para prevenir o tratar las enfermedades de transmisión sexual y para proporcionar asesoramiento psicológico sobre todo en la región de Bukavu. Los centros de atención básica de salud y los centros para la prevención de la malaria también están a cargo de la Orden en Kinshasa, en el sur de Kivu e Ituri y en el área de Haut Uélé. Por otra parte, la Orden establece los suministros de alimentos y medicinas a varios hospitales, así como los cursos de formación en el sector de la salud.

Otro ejemplo de los esfuerzos de la Orden de Malta en la lucha contra la violencia se encuentra en la provincia del noroeste de Pakistán, donde la Orden desplegó equipos médicos en 2009 y distribuyó kits de higiene a más de 28.000 desplazados internos que huyeron debido a las ofensivas militares. La Orden de Malta ahora es compatible con las familias que regresan proporcionando asistencia médica después de su regreso a casa. También lleva a cabo campañas de higiene para prevenir el brote de enfermedades transmitidas por el agua y de acuerdo a la demanda, suministra servicios de atención primaria de la salud en los lugares públicos de fácil acceso, como las escuelas.

Ahora me gustaría concluir al entregar, en el nombre de su alteza el gran maestro de la Orden de Malta, Frey Matthew Festing, los mejores deseos para un feliz aniversario para el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo, a su presidente, el embajador Moreno, así como a los miembros de su consejo y su muy calificada secretaria.

Patricia O'Brien

Subsecretaria general de asuntos jurídicos y asesora jurídica, Naciones Unidas, Nueva York

Es un placer hablar con ustedes hoy en este encuentro que se propicia para celebrar el cuadragésimo aniversario del Instituto internacional de Derecho Humanitario. El Instituto de San Remo siempre ha sido un instituto líder en el campo de la promoción de la comprensión, el desarrollo y la difusión del Derecho Internacional Humanitario, y uno con el que la secretaría de las Naciones Unidas y la oficina de asuntos jurídicos, en particular, ha tenido una larga tradición de cooperación.

El tema para la mesa redonda de este año es “La violencia global: consecuencias y respuestas”. A la luz de los recientes acontecimientos en lugares tan diversos como Darfur, la República Democrática del Congo, Guinea, Sri Lanka, Kirguistán, Afganistán, Gaza y otros lugares, este tema se ha convertido cada vez más relevante. En muchos de estos lugares y situaciones los efectos secuenciales y casi inevitables consecuencias de la violencia han sido los ataques contra civiles, la violencia sexual, el desplazamiento forzado y la denegación de acceso humanitario —en su mayor parte, estos actos se llevan a cabo con total impunidad—.

Las Naciones Unidas (ONU) está posicionado de manera única para encabezar los esfuerzos internacionales, mientras que la respuesta a la violencia global debe ser, por supuesto, el esfuerzo conjunto de los Estados, entidades no estatales, las organizaciones internacionales tanto de la sociedad gubernamental y no gubernamentales, y la población civil en general. En la elaboración de una respuesta a la violencia global y su consiguiente efecto sobre la población civil, la cuestión en el centro del debate es: ¿cómo prevenir la violencia y castigar a aquellos responsables de sus consecuencias? En la práctica de la comunidad internacional, incluidas las Naciones Unidas, sin embargo, la prevención y el castigo —“dos obligaciones distintas

pero aún así conectadas”, en palabras de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de genocidio— demasiado a menudo se han visto como “castigo como prevención”. Una de las maneras más eficaces de prevención de actos delictivos, de acuerdo a tantos grandes filósofos del derecho y juristas y de acuerdo a la Corte Internacional de Justicia, es establecer sanciones penales a imponer de manera efectiva a las personas que los cometan. Pero mientras que una pena como disuasión o una forma de prevención ha sido el objetivo de todas las jurisdicciones penales internacionales —una sola, tal vez, entre muchas otras— en realidad, rara vez lo impide.

Desde su respuesta innovadora a las atrocidades masivas en la antigua Yugoslavia y Ruanda en la primera mitad de la década de 1990, las Naciones Unidas han establecido una panoplia de tribunales internacionales y mixtos, empezando por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), y para Ruanda (TPIR), las Salas Especiales para Camboya, el Tribunal Especial para Sierra Leona y, en los últimos tiempos, el Tribunal Especial para el Líbano. Durante casi dos décadas, los tribunales penales internacionales han contribuido a la erradicación de la impunidad y el enjuiciamiento de los responsables de la dirección política y militar por la comisión de delitos graves, a gran escala. Al hacerlo, estos mecanismos judiciales internacionales también han contribuido a la recuperación y desarrollo del derecho penal internacional y la jurisprudencia, y han dejado un legado para las generaciones de jurisdicciones y los miembros de la profesión jurídica nacional e internacional, en general. Sigue siendo cuestionable, sin embargo, cuánto estos tribunales de todo tipo han hecho para prevenir futuros crímenes.

En las dos últimas décadas, además, las comisiones de investigación, establecidas por el secretario general para investigar las violaciones graves de los derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, se han convertido en el mecanismo de rendición de cuentas no judicial más importante y una herramienta —tanto legal como política— para llevar un mensaje de rendición de cuentas a las sociedades que salen de un conflicto. A lo largo de los años se establecieron comisiones de investigación para investigar las violaciones graves de los derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario en la antigua Yugoslavia, Ruanda, Burundi, Costa de Marfil, Darfur, Guinea y Timor Oriental, por mencionar solo algunas. También se establecieron comisiones de investigación para llevar a cabo la investigación criminal bajo las leyes nacionales del Estado requirente, y en

particular la comisión de investigación sobre el asesinato del ex-primer ministro Hariri en el Líbano, la comisión para investigar los crímenes transnacionales organizados en Guatemala (conocida por su siglas en español de “CICIG”) y, más recientemente, la comisión de investigación sobre el asesinato de la ex-primer ministra Benazir Bhutto. Algunas de las comisiones “tradicionales” de la investigación han allanado el camino para el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas judiciales, es decir, el TPIY y el TPIR y la Corte Penal Internacional (CPI) tras una referencia del Consejo de Seguridad. Para los muchos que no han rendido cuentas, sin embargo, los informes siguen siendo un testimonio, el único tal vez, de los hechos.

El registro del Consejo de Seguridad en el establecimiento de los mecanismos judiciales y no judiciales de rendición de cuentas ha sido, sin duda, impresionante. Sin embargo, la “obligación de castigar” se aplica en primer lugar a los Estados en los que se cometieron los crímenes y en los que, en su mayoría, las víctimas y los perpetradores siguen coexistiendo. Los mecanismos internacionales de rendición de cuentas judiciales no sustituyen los mecanismos nacionales, sino que solo se complementan con respecto a los crímenes más graves de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

En este sentido, la Declaración de Kampala, adoptada en la clausura de la ICC este mes de junio, expresó la voluntad de la parte de los Estados “de continuar y fortalecer la aplicación nacional efectiva del Estatuto, para mejorar la capacidad de las jurisdicciones nacionales para enjuiciar a los autores de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con las normas de un juicio justo internacionalmente reconocido, de conformidad con el principio de complementariedad”. Así pues, el principio de complementariedad se ha convertido en la piedra angular del sistema de justicia penal internacional.

En el análisis final, sin embargo, la justicia es la elección de una nación. En su realización, las Naciones Unidas, así como otras jurisdicciones penales internacionales pueden, en cierta medida, ayudar. Pero la lucha contra la impunidad no se ganará a nivel internacional. Hay que luchar y ganar en el interior de los Estados, con la voluntad política de los gobiernos y en los corazones y las mentes de los ciudadanos. Solo entonces podremos verdaderamente ver el amanecer de la era de la rendición de cuentas.

Mecanismos de rendición de cuentas judiciales de todos tipos mantienen la promesa de la “prevención por medio de disuasión”. Sin embargo,

es en sus esfuerzos para prevenir la violencia global que la resolución de las Naciones Unidas y la comunidad internacional —en su conjunto— será puesta a prueba en última instancia. En sus esfuerzos por prevenir la ocurrencia de violaciones a gran escala de los derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, la ONU ha llevado a cabo una variedad de actividades en la promoción del estado de derecho, la promoción del desarrollo, la creación de instituciones, la política de formación y supervisión de las elecciones. Todas estas actividades tienen la capacidad de contribuir de diversas maneras a la creación de sociedades más estables reguladas por el Estado de derecho, y para prevenir el estallido de conflictos. El uso de “buenos oficios” en tiempos de crisis también ha sucedido al logro de una solución política a un conflicto antes de que estalle el conflicto.

En el contexto de la década de 1990 y la inacción de la comunidad internacional en Ruanda y Srebrenica, la doctrina de la llamada “responsabilidad de proteger” (R2P) emergente en 2001, será adoptada solo unos pocos años más tarde por toda la comunidad de los Estados. En la Cumbre Mundial 2005, los jefes de Estado y de gobierno expresaron unánimemente su “responsabilidad de proteger”, que consta de tres pilares: en primer lugar, se reconoce que los Estados tienen la responsabilidad de proteger a sus poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, así como la limpieza étnica. En segundo lugar, que la comunidad internacional, a través de la ONU, tiene la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos para ayudar a los Estados a proteger a sus poblaciones de esos delitos. En tercer lugar, resolvieron adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad y de conformidad con la Carta, cuando los medios pacíficos sean inadecuados y las autoridades nacionales manifiestamente no puedan proteger a su población.

La responsabilidad de proteger la doctrina no crea ningún nuevo fundamento jurídico para el uso de la fuerza, y no es —como se malinterpreta popularmente— otra forma de conceptualizar “intervención humanitaria”. Es, sin embargo, un importante reconocimiento político de que la soberanía implica responsabilidad y que la comunidad internacional tiene la responsabilidad de actuar para ayudar a los Estados en la protección de sus poblaciones. Cuando este concepto se debatió en la asamblea

general el pasado mes de julio, la mayoría de los Estados estuvieron de acuerdo en que el papel de la ONU debe centrarse, en primer lugar, en la prevención, incluso mediante actividades a largo plazo en la promoción del estado de derecho, el buen gobierno las instituciones y la reforma del sector de seguridad. De este modo, nuestro desafío es averiguar cómo la ONU puede ayudar de mejor manera a los Estados en la protección de su población efectiva —y cómo obtener que los distintos sectores del sistema de las Naciones Unidas trabajen con rapidez y coherencia en las situaciones de crisis, cuando los Estados no quieren o no pueden proteger a su población.

La fuerza del concepto de R2P (Responsabilidad de Protección) se encuentra en las obligaciones que coloca, tanto en los Estados como en la comunidad internacional a tomar medidas ante eventos a gran escala antes que se permita que se produzcan las atrocidades. Es, sin embargo, la voluntad política del Consejo de Seguridad y la comunidad de los Estados, más en general, actuar para asegurar la protección de la población civil cuando todas las medidas de protección fallan o no se recurre a ellas, lo cual será para siempre nuestro mayor desafío.

Además, mientras que el documento final concluyó el debate jurídico sobre el posible uso de la fuerza para fines humanitarios fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas, el debate moral o filosófico sobre la protección de la población civil en riesgo existencial extremo continúa. En respuesta, sin embargo, indirecta, al desafío de la R2P, el Consejo de Seguridad tiene, desde 1999, el mandato de proteger las operaciones de paz, por la fuerza si es necesario, a la población civil bajo amenaza inminente de violencia.

En la República Democrática del Congo (RDC), Liberia, Costa de Marfil, Darfur y Chad —por nombrar solo unas pocas operaciones de mantenimiento de la paz— han recibido el mandato de proteger a los civiles dentro de los límites de su zona de operaciones, con los recursos disponibles y en perjuicio a las responsabilidades del gobierno. En una estrategia conocida como “protección a través de la presencia” que vigila la observancia de los derechos humanos, los campos de patrulla desplazados internos y escolta a las mujeres en su actividad diaria, así como los convoyes humanitarios.

En Kivu Norte, República Democrática del Congo, las fuerzas de paz de la ONU se dedican en varias ocasiones a operaciones ofensivas contra los grupos armados y al hacerlo proporcionan protección crítica a los civiles

en peligro inminente. A veces, sin embargo, nos quedamos cortos en nuestra capacidad y en cumplir las expectativas de las víctimas que nosotros y el mundo que nos observa confía a nuestro cuidado. Nuestros fracasos, sin embargo, no nos desalientan. Ellos solo fortalecen nuestra determinación y resolución para proteger a los civiles y prevenir futuras atrocidades.

Casi dos décadas después de que se establecieron los primeros tribunales internacionales y en esta “era de responsabilidad”, las Naciones Unidas están decididas a no dejar que el éxito relativo de la sanción de los responsables de los llamados “crímenes de R2P” oculten el grave y mucho más difícil reto de la prevención, —la única respuesta verdaderamente madura y honesta, tal vez, a la violencia global y sus consecuencias.

Francesco Rocca

Comisionado especial, Cruz Roja italiana, Roma

La Cruz Roja italiana ha sido siempre un gran defensor del Instituto Internacional de Derecho Humanitario y este profundo vínculo es precisamente su máxima expresión al celebrar juntos los últimos cuarenta años en el privilegio que se ha concedido a formar parte tanto del consejo de gestión como de la asamblea.

Pero hoy en día, en particular, en esta ocasión, me gustaría expresar un agradecimiento de parte de toda la Cruz Roja italiana al embajador por el compromiso vigoroso en sus actividades como presidente del Instituto.

Este año la mesa redonda es sinónimo de un programa que pone de relieve algunas de las cuestiones jurídicas más relevantes y las propuestas operativas de los escenarios más recientes. En particular, la sesión sobre las formas contemporáneas de la violencia armada ayudará a proporcionar un equilibrio de los diferentes fenómenos que complica aún más la regulación actual del uso de la fuerza, la interacción entre el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y otras áreas tales como los derechos, los derechos humanos y el derecho penal internacional y el desarme.

La primera sesión se centrará en las formas contemporáneas de la violencia armada y ofrecerá un balance de los diferentes, pero en muchos casos, fenómenos conectados. Esto hace que sea aún más compleja la actual regulación del uso de la fuerza y la interacción entre el Derecho Internacional Humanitario y otros ámbitos, como los derechos humanos, el derecho penal internacional, el desarme.

En comparación con estas áreas, la atención del movimiento internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja es constante, ya que la aparición de estos fenómenos es probable que, en última instancia, comprometan

y hagan que la acción humanitaria que espera conseguirse sea aún más compleja.

Acerca de este compromiso con respecto a los temas de la primera jornada basta pensar, por ejemplo, en la contribución propositiva del movimiento internacional con el fin de llegar a una regulación más precisa de los sistemas de armas, con respecto a la cual se puede ver resultados significativos hoy en día. En agosto pasado ha entrado en vigor la Convención sobre municiones en racimo y, por igual, son tangibles los progresos de las Naciones Unidas para lograr finalmente la próxima negociación de la Convención sobre el comercio de armas, gracias a las primeras reuniones celebradas en julio por el comité de preparación.

Como se ha señalado por la asamblea general en su resolución 64/48 de enero de 2010, la ausencia de normas internacionales claras sobre la venta y el comercio de armas convencionales, que a menudo implica la confluencia con los mercados ilegales, tiene un impacto dramático en relación con los conflictos armados. Basta pensar en la facilidad de acceso de los actores no estatales a las armas de bajo calibre que, en los conflictos armados no internacionales, son sin duda el instrumento más importante de la violencia durante la guerra con demasiada frecuencia ajena al respeto de los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario.

Por esta razón, desde hace años, el movimiento se esforzará por llegar a una regulación internacional del comercio de armas pequeñas. Estas herramientas, entre otras cosas, tienen un gran impacto en otras áreas de “la violencia global”, que no deben ser olvidadas a pesar de que son obviamente ajenas a las situaciones conflictivas propiamente dichas.

Como señala correctamente en la resolución “Juntos por la humanidad”, adoptada en la xxx Conferencia Internacional de las Sociedades de la Media Luna Roja, los episodios de violencia cada vez más comunes, desde aquellos de las zonas urbanas relacionadas con los fenómenos de la criminalidad organizada a la violencia interpersonal más habitual, representan una amenaza dramática para la población civil. Una acción dramática que ejemplifica esto se proporciona en el último informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre esta cuestión, en la que se señala que las víctimas de homicidios son más de tres veces mayores que las resultantes de conflictos armados. Por esta razón, la federación internacional ha colocado estos temas en el centro de su atención, sobre todo a través de la “Estrategia mundial sobre violencia, prevención, mitigación y

respuesta 2010-2020, con el fin de desarrollar, con las empresas nacionales, proyectos y programas operativos para afectar estos fenómenos. Aunque este último ámbito peculiar de la “violencia global” no es ajeno a DIIH, la acción del movimiento puede y debe llevarse a cabo con la misma energía, con el fin de cumplir con la principal exigencia, fijado en el preámbulo del estatuto de nuestro movimiento, “para prevenir y aliviar el sufrimiento humano dondequiera que se produzca”.

Ahora, las situaciones extraconflicto de la violencia contra la población civil han alcanzado tal magnitud que han llamado a la intervención del penal legal de las jurisdicciones internacionales. Basta pensar en la violencia poselectoral en Kenia desarrollada en 2005, lo que llevó en marzo de 2010, a la sala de cuestiones preliminares de la Corte Penal Internacional para aprobar la petición de la fiscalía para llevar a cabo investigaciones de casos que cumplen los requisitos, a primera vista, como crímenes de lesa humanidad.

Igualmente importante para la actividad del movimiento internacional es el segundo tema de la mesa redonda, o el tema de la privación de la libertad personal en relación con un conflicto armado u otras situaciones de violencia. Es necesario mencionar aquí, por los conflictos armados internacionales, el derecho de acceso a los prisioneros de guerra y civiles garantizados al Comité Internacional de la Convención de Ginebra, principio consuetudinario del ámbito que ha encontrado confirmación significativa también en las recientes decisiones de la comisión de denuncias de Eritrea-Etiopía. Igualmente, los ejemplos más tempranos datan de las actividades ya realizadas por el Comité Internacional en Rusia en 1918. Esta organización ha desarrollado importantes actividades en favor de los internos en régimen administrativo en el contexto de los conflictos armados no internacionales. Pero también hay grandes dificultades que se reúnen en esta zona. Dada la escasa referencia en el Artículo común 3 de los Convenios de Ginebra, sobre la posibilidad de ofrecer sus servicios a las partes en el conflicto, este elemento no impidió que el Comité Internacional hiciera una extraordinaria labor de asistencia a esas personas. Según los datos de 2009, la actividad del CICR en este ámbito ha atendido un total de 500.000 detenidos en más de setenta Estados.

Por desgracia, las continuas violaciones de las normas básicas de protección a favor de personas privadas de libertad en contextos de conflicto u otras situaciones de violencia que son una cuestión más relevante, también

se enriquece con la difícil interacción que existe entre el régimen y la materia de derechos humanos humanitarios. Este tema también está bien representado en el arquetipo y en el primer banco de la investigación contra el que se prueban los desafíos que enfrenta la comunidad mundial por las formas contemporáneas de la violencia armada, el tema de la primera sesión. No hay duda de que algunos de los casos a los que se relacionan las situaciones han proporcionado y siguen mostrando, momentos de tensión en la aplicación precisa de estas garantías fundamentales.

Basta pensar en ello, para recordar las dificultades que surgieron durante la misión Atalanta de la Unión Europea (UE) con respecto a la detención de los piratas somalíes, con la alternancia de diferentes soluciones, tales como los acuerdos de la UE para la transferencia de estos temas a Kenia o de otros estados vecinos, que han expresado su preocupación legal por su compatibilidad con las normas internacionales en materia de derechos humanos. Estas dificultades han hecho que surjan en el informe presentado por el secretario general del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 26 de julio, la opción de crear a corto plazo un “híbrido” o tribunales internacionales ad hoc, utilizando el potencial que se otorga a la junta del capítulo VII de la Carta.

Sin embargo, incluso a la luz de la experiencia reciente, es evidente que las situaciones más complejas acerca de estos temas se han desarrollado en el contexto de los conflictos armados no internacionales, sobre todo si participa el contingente multinacional en apoyo de un gobierno legítimo, las situaciones de empleo entre los centros de la guerra, la lucha contra el terrorismo transnacional. Hay una clara dificultad legal por resolver.

Por ejemplo, en el contexto de un conflicto armado que no sea de un sistema internacional del DIH se destacan varias deficiencias, sobre todo en el fundamento jurídico de la detención y el modo de revisión de las medidas restrictivas. Igualmente, en estos contextos, tenemos que entender el verdadero alcance de las obligaciones impuestas a los grupos armados organizados. Las características intrínsecas de estos actores no estatales probablemente hacen que una aplicación realista del sistema de garantías a favor de los que sean titulares, sea irreal. Por lo tanto, tal vez debería encontrar un punto de equilibrio que, pragmáticamente, haga un balance entre los las obligaciones jurídicas existentes con respecto a sus habilidades, aunque por desgracia se conocen muchos casos en los que no se suelen respetar incluso las normas humanitarias más básicas.

En estos temas se entrelaza el difícil equilibrio y la integración de la legislación DIH con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Se puede referir, por ejemplo, la necesidad posible de operar excepciones en los casos en los que el Estado se dedica a las situaciones de conflicto o de emergencia nacional, con respecto a las previsiones sobre la libertad personal, como el Artículo 5 de la Convención europea de derechos humanos, o la necesidad de utilizar las normas más precisas que se derivan de la legislación sobre derechos humanos con el fin de definir, en situaciones de conflicto, las garantías procesales de las personas de cuidado. Esta difícil interacción entre los sistemas y los desafíos operacionales que plantea a los contingentes militares están ahora en el centro del debate internacional, como lo demuestra los casos más recientes de Al-Jeddah y Al-Skeini actualmente pendientes ante la gran sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH), referente a la supuesta incompatibilidad con que las medidas privativas de libertad fueron hechas por las tropas británicas en Iraq.

Por otra parte, sobre todo con referencia a la “operaciones fuera de área”, son temas aún pendientes relacionados con la transferencia de los sujetos detenidos a los Estados locales o hacia terceros Estados. En estos aspectos son evidentes las tensiones que se pueden desarrollar con las obligaciones cada vez más estrictas en virtud de la legislación de derechos humanos, el hecho de operar en una prohibición absoluta de devolución a los países donde existe un grave riesgo de que las personas transferidas estén sujetas a tratos inhumanos o tortura, como se ha dicho en varias ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el más reciente en los casos de Saadi y Trabelsi, que además, se trataban de individuos involucrados en el terrorismo transnacional. Es un tema para las misiones internacionales que podrían explorar el camino de prever controles independientes de las personas detenidas o transferidas a cualquier otra autoridad, como se predijo por ejemplo, en los acuerdos celebrados por varios Estados participantes del ISAF con Afganistán, que prevé formalmente un derecho de intervención y de control por los representantes del CICR y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Aunque es difícil encontrar un equilibrio entre las necesidades opuestas y son comprensibles los requerimientos de seguridad a veces elaborados a tientas para justificar ciertos tipos de comportamiento, hay que subrayar con fuerza el carácter de “vital”, que tiene la necesidad de protección de

las personas privadas de su libertad personal en relación con los conflictos armados u otras situaciones de violencia.

También se debe recordar que una “determinación” expresa para cumplir con estas garantías ha sido reafirmada solemnemente por todos los Estados miembros de la Unión Europea durante la conferencia internacional, en la que estos, con el juramento N° 91, se han comprometido a adoptar un conjunto de medidas detalladas y coordinadas para mejorar el cumplimiento de estos principios fundamentales. La Cruz Roja italiana, la sociedad nacional y el movimiento están dispuestos a ofrecer a todas las autoridades nacionales pertinentes lo necesario para que coordinen la asistencia para el desarrollo de acciones concretas para la implementación de este compromiso y otros compromisos en ese momento, en vista de la Conferencia Internacional del próximo año en la que se debe hacer un balance sobre la efectiva realización del presupuesto por los estados europeos, el juramento solemne proclamado en Ginebra en 2007.

En esta área, el movimiento por tanto, puede hacer una contribución importante, no sólo con el análisis jurídico preciso sobre el tema, como se ve en el documento “Principios y garantías procesales relativos al internamiento administrativo/ Detención en los conflictos armados y otras situaciones de violencia” o la reunión de expertos ya graduados por el CICR, pero, sobre todo, a través de una ayuda eficaz en la aplicación oportuna de estos derechos, sobre la base de las actividades irremplazables realizadas por sus representantes, como por los delegados internacionales, que en muchos casos son el único baluarte que los principios jurídicos declamaban para asumir un significado real de la protección y la tutela de las personas privadas de su libertad personal.

En conclusión, estoy seguro de que el trabajo de esta mesa redonda generará problemas más complejos que están en juego y por lo tanto agradezco al Instituto de nuevo por lo que la realización de este importante foro.

Claudio Scajola

Miembro del parlamento, ministro del Interior, ministro de Desarrollo Económico, Roma

Algunos compromisos ineludibles en la capital me impiden, con gran pesar, estar presente en la celebración del cuadragésimo aniversario de las meritorias actividades del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, ubicado en el hermoso y muy querido para mí San Remo, ciudad de las flores, la esperanza y el compromiso civil.

Doy las gracias al presidente y amigo, el embajador Moreno, y a todo el consejo, por su amable invitación.

Como consecuencia de estos días en el Instituto, pensé en los cuarenta años transcurridos desde su fundación. En 1970, el mundo era muy diferente al de hoy. El paso incierto de la descolonización, la Guerra Fría en su apogeo, la pesadilla de un holocausto nuclear, la globalización; países y continentes divididos en campos de alianzas.

Hoy en día, el escenario internacional está completamente bajo nuestros ojos. Cambiado. Para mejor, me apresuro a decir, en la mayoría de los casos. La guerra fría ha terminado y la democracia y el libre mercado se han apoderado de todo, de manera irreversible; no han desaparecido las divisiones e iniquidades, sino que el propio concepto de “hemisferio sur” ha experimentado una evolución impetuosa, basta con ver el papel que ahora lideran grandes países de África, Asia y América Latina.

Sin embargo, sin importar qué tan rápidamente es procesada la integración económica, en muchos sentidos, por muchas razones ligadas a la cultura, se han establecido nuevas y compartidas sensibilidades —basta pensar en las limitaciones de recursos y de protección al medio ambiente— han surgido faltas peligrosas en divisiones, lo que ha llevado con autoridad a varios estudiosos a teorizar el “choque de las civilizaciones”, el fundamentalismo religioso, y la regurgitación ideológica. Y lo más importante,

la violencia generalizada del terrorismo, de la que se ha convertido en triste símbolo de los albores del nuevo siglo, los ataques a las Torres Gemelas de Nueva York. Las masacres que sangran casi a diario en Iraq, Afghanistan, Pakistán, y por desgracia los que reciben menos atención en otras regiones, nos lo recuerda.

Por lo tanto, los riesgos y las oportunidades conviven unos al lado del otro, y lo harán por mucho tiempo, en este nuestro mundo del siglo XXI.

Tenemos que reconocer y actuar en consecuencia, pero a sabiendas de que nos ayuda a tener parcelas de esperanza y determinación, el hecho de que la opinión pública internacional, la conciencia cívica, sin distinción de raza o religión, ahora han tomado conciencia de la necesidad de trabajar hacia un mundo que sea más económicamente equilibrado, socialmente equitativo, abierto y de interacción, de hecho, interdependientes en todos los sentidos.

De este requisito, el Instituto de San Remo es una parte integral de la fuerza motriz, el centro de excelencia para el desarrollo del pensamiento y la propuesta concreta.

El desafío lanzado hace cuarenta años por un pequeño pero distinguido grupo de abogados de diferentes países, junto con el entonces alcalde de San Remo, Francis Avenue, se ha ganado. Se convirtió en una realidad que mantiene relaciones fructíferas con todos los organismos de vocación humanitaria de las Naciones Unidas, con la Unión Europea, la OTAN, la Cruz Roja Internacional y la Media Luna Roja.

En el tiempo transcurrido desde su fundación, no ha cambiado la vocación del Instituto en apoyo y protección de las personas y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados. Viene, sin embargo, el aumento de su prestigio: en otras palabras, se ha vuelto más poderosa y autoritaria, y se ha escuchado su voz en temas de actualidad, como la proliferación de actores no estatales, el terrorismo y la piratería, los niños soldados.

La mesa redonda de hoy “La globalización de la violencia: consecuencias y respuestas”, resume acertadamente la situación con la que nos enfrentamos. He tenido experiencia personal en mis deberes como ministro del Interior y luego, dos veces, como ministro de Desarrollo Económico del Gobierno italiano. En las decenas de misiones llevadas a cabo en el interior del mundo, he visto una clara evidencia tanto de los fenómenos degenerativos que ya he mencionado, como también de la voluntad de colaboración concreta de los gobiernos, asociaciones de voluntarios, personas.

Si se piensa en el compromiso en este sentido, el G8 —también bajo la presidencia italiana el año pasado— el G20, la Unión Europea y, en un grado cada vez mayor, otras organizaciones regionales alentadoras, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, están poniendo de su parte.

Concluyo con un pensamiento agradecido el trabajo de todos los miembros del consejo del Instituto, y el presidente y embajador Moreno, creador y animador apreciado de lo que ahora suele definirse como “diálogo humanitario con el espíritu de San Remo”.

Cardenal Peter KA Turkson

Presidente, Pontificio consejo de justicia y paz, Roma

Me dirijo a usted, señor presidente embajador Moreno, a los distinguidos representantes de las instituciones civiles y la militancia y a los expertos que se reunieron en la ceremonia de celebración del cuadragésimo aniversario del Instituto Internacional de Derecho Humanitario y la mesa redonda sobre “La globalización de la violencia: las consecuencias y respuestas”; mis felicitaciones más sinceras y sentidas.

Este es un año muy especial para el Instituto de San Remo, y con ello para todos los amantes del Derecho Humanitario, para los operadores y todos los amantes de esta noble disciplina que expresa y encarna la aspiración más elevada para afirmar la dignidad de la persona humana en todas las circunstancias, incluso al extremo de un conflicto armado. Esta ambición para nada ingenua, pero valiente en el rechazo de la idea de “*homo homini lupus*”, y en la afirmación de la posibilidad de superar los conflictos entre las personas y los pueblos, sobre la base de la dignidad humana común.

En esta perspectiva, el Instituto de San Remo, en sus primeros cuarenta años de actividad ha sido un lugar para el estudio de los valores, principios y normas del Derecho Humanitario, y un precioso espacio para el diálogo en el “espíritu de San Remo” la realización de un servicio no solo para la comunidad científica, militar y para los operadores humanitarios civiles que participan en los escenarios y en las situaciones de tensión y conflicto, sino hasta cierto punto, para toda la comunidad internacional y a todos los “verdaderos amigos de la paz”.¹

El Instituto de San Remo ha llevado a cabo su intensa actividad en muy diferentes etapas históricas, desde el horizonte de la guerra fría y la

1. Paolo VI, *Mensaje para la jornada de la Paz*, 1968.

oposición de los bloques, hasta la fragmentación geopolítica actual y los conflictos asimétricos. No es una tarea fácil, pero que el Instituto San Remo ha sido capaz de actuar competentemente, por lo que es un punto de referencia en el análisis de problemas y la identificación de posibles soluciones.

El tema elegido para la mesa redonda es particularmente oportuno. La globalización de la violencia, de hecho, que parece eclipsar los aspectos positivos del proceso de globalización, se puede y se debe interpretar como un paso en el difícil camino hacia un orden social e internacional en consonancia con la dignidad y los derechos fundamentales de la persona humana.

Nos limitamos a reflexionar sobre las causas de la violencia externa (sociales, políticas, económicas, etc.) que hoy producen sus efectos a nivel planetario. El tema elegido por el Instituto de San Remo ofrece todo lo que constantemente apunta hacia una valiosa oportunidad de ampliar nuestro horizonte y reflexionar sobre las causas internas de la violencia (la ética), aún más profundas y tan arraigadas en las mentes y los corazones de los seres humanos, que nacen de los efectos de la enemistad, incluida la violencia armada. Por tanto, es en las mentes y los corazones de los seres humanos, que se debe cultivar los valores éticos universales de dignidad humana, la justicia y la paz.

Sin esta purificación de la ética, los mismos remedios exteriores serían demasiado parciales e ineficaces. Incluso en esta óptica el “Derecho Humanitario” es un vehículo de valores universales que no pueden dejar indiferentes a las personas genuinamente entusiastas y comprometidas con la justicia y la paz en el mundo.

Entonces un gran aplauso al Instituto de San Remo, en particular, al presidente y embajador Moreno, a quien también se le debe dar crédito por haber sido capaz de recoger la energía y el ímpetu el legado del inolvidable presidente Prof. Jovan Patrnogic. Quisiera también hacer una mención al vicepresidente Prof. Michel Veuthey, la secretaria general Dr. Stefania Baldini y todo el personal civil y militar. La celebración del cuadragésimo aniversario no es solo un ejercicio de memoria, sino también una oportunidad de mirar hacia adelante en la conciencia de su propia tradición y gran potencial.

Me gustaría que el Instituto de San Remo continuara con la misma intensidad meritoria, garantizando la más alta consideración por el Consejo

Pontificio para la justicia y la paz, que ve en el Instituto de San Remo total confianza y un verdadero promotor de los valores humanitarios y principios necesarios para hacer menos inhumana la guerra y lograr una paz duradera basada en la dignidad humana y orientada al bien común de las personas.

Sonia Viale

Subsecretaria de Estado para la economía y las finanzas, Roma

Me siento particularmente honrada y feliz de representar al gobierno italiano en esta importante reunión internacional, que se celebra bajo el patrocinio del presidente de la República italiana.

Me gustaría extender una cordial bienvenida a todos los distinguidos invitados: a su alteza serenísima el príncipe Alberto de Mónaco, a los representantes de alto nivel de los gobiernos y las organizaciones internacionales, a todas las autoridades religiosas, civiles y militares, y a los estimados estudiosos reunidos hoy en San Remo, que están estrechamente vinculados a la ciudad, para discutir un gran desafío y una prioridad en la agenda internacional de todos los Estados.

El tema elegido para celebrar el cuadragésimo aniversario del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, “La globalización de la violencia: consecuencias y respuestas”, se centra en los retos que la comunidad internacional está llamada a hacer frente en la construcción de un mundo “global” en el que el respeto a la ley y la protección de la dignidad humana no son sólo los principios consagrados en diversos instrumentos internacionales a los que todos deben ajustarse, sino una realidad tangible y actual.

En una sociedad cada vez más internacionalizada y globalizada en el mundo, donde los conflictos y la violencia siguen causando sufrimiento especialmente a las personas más vulnerables, el compromiso con el respeto del Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos se convierte en una prioridad.

Es innegable que el objetivo primordial de la globalización, no puede ser otro que el respeto y actuación de los derechos humanos. Para la persona humana, el respeto a su dignidad, debe ser colocado en el centro de este proceso.

Hablar de los derechos humanos básicos al comienzo del tercer milenio, significa en primer lugar señalar una contradicción paradójica: nunca en el pasado se ha discutido mucho acerca de los derechos humanos mientras que se es a la vez testigo de tantas violaciones de ellos.

La relación entre la economía y la guerra es de especial complejidad. La situación de conflicto, así como los brotes de violencia armada afligen el planeta, y a menudo hunden sus raíces en la desigualdad económica de las naciones.

Si las leyes de la economía y el mercado han, de hecho, caracterizado largos períodos de la historia, inspirando y materializando las oportunidades de desarrollo humano, en particular mediante el uso de medios no pacíficos, es mi deber hacer hincapié en que el progreso humano también se ha beneficiado de una obra insustituible y tenaz del nombre que es la afirmación de los derechos humanos fundamentales.

Una acción eficaz para la promoción y el respeto de los derechos, un llamado a los “derechos de segunda generación” económicos, sociales y culturales, y todo el conjunto de normas del Derecho Humanitario son una herramienta de fundamental importancia para la realización de una sociedad internacional fundada en la tolerancia y la coexistencia pacífica.

El Instituto de San Remo ha llevado a cabo durante sus cuarenta años una importante, singular y notable acción en la promoción del Derecho Internacional Humanitario, los derechos de los migrantes, los refugiados y los derechos humanos.

Sus cuarenta años en el campo de la educación y la investigación lo hacen portavoz del diálogo humanitario, muy ligado al “Espíritu de San Remo” reconocido en todo el mundo, cuyo objetivo es la promoción de la paz duradera en el pleno respeto de la persona humana.

Un agradecimiento especial al embajador Maurizio Moreno por darme la oportunidad preciosa para volver a mi ciudad natal en esta importante ocasión.

Maurizio Zoccarato

Alcalde de San Remo

Para la ciudad de San Remo es un gran honor dar la bienvenida a este importante lugar de encuentro internacional bajo el alto patrocinio del presidente de la República.

En nombre de la ciudad me gustaría dar una cálida bienvenida a todos, su alteza serenísima el príncipe Alberto de Mónaco, los representantes del gobierno, autoridades civiles, religiosos y militares.

San Remo siempre ha tenido una vocación, gracias a su posición geográfica, en el cruce de comercio internacional, de ser un lugar de diálogo entre los pueblos, en una señal de aproximación, realce de la dignidad humana y la promoción de una cultura de paz. No es casualidad que en esta ciudad Alfred Nobel haya concebido hace más de un siglo, lo que hoy es el más famoso premio en el mundo. Y no es casualidad que San Remo haya dado a luz al Instituto Internacional de Derecho Humanitario, que en cuarenta años de intensa actividad ha sido capaz de lograr su acreditación a nivel internacional como un verdadero centro de la excelencia en la investigación y la formación. Aunque hoy ocupa la prestigiosa Villa Ormond, propiedad de la municipalidad, el Instituto tuvo su primera sede en la Villa Nobel, hogar del científico sueco.

El Instituto es para nuestra ciudad, para la Liguria, y para el conjunto de Italia, un recurso importante, un centro insustituible de reflexión para aquellos que, en los cinco continentes, tienen en el corazón la difusión y cumplimiento de la ley del Derecho Internacional Humanitario, los derechos de los migrantes, los refugiados y los derechos humanos en su sentido más amplio.

Me gustaría agradecer al embajador Maurizio Moreno por el nuevo impulso dado a las actividades del Instituto en los últimos tres años. Por

sus esfuerzos la ciudad pretende rendirle homenaje al nombrarlo ciudadano meritorio.

Y yo también, en nombre de todos los ciudadanos, quisiera expresarle a él y al consejo ejecutivo la profunda gratitud del Instituto por el prestigioso premio internacional que el banco ha decidido otorgarle este año a la ciudad de San Remo. La administración de la ciudad es particularmente sensible a este reconocimiento que considera una importante contribución el que San Remo haya apoyado al Instituto Internacional de Derecho Humanitario durante los últimos cuarenta años, un apoyo que trataremos de no disminuir jamás.

*Mesa redonda sobre la violencia global:
consecuencias y respuestas**

* La coordinación científica de la mesa redonda ha sido asegurada por Baldwin De Vidts, vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario; Fausto Pocar, juez del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario; Michel Veuthey, profesor asociado de la Universidad de Niza Sophia-Antipolis, vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario; y Stéphane Ojeda, asesor legal, Comité Internacional de la Cruz Roja.

**I. Formas contemporáneas
de la violencia armada: el Derecho
Internacional Humanitario
y los derechos humanos
en una encrucijada**

La guerra asimétrica y los desafíos al Derecho Internacional Humanitario asimétrico

Wolff von Heintschel Heinegg

Director de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Viadrina, Frankfurt. Miembro del consejo, IIDH

1. Características de la guerra asimétrica

Los diversos esfuerzos para definir la guerra asimétrica no han sido muy útiles en la identificación de los problemas de fondo. Por ejemplo, se acostumbraba definir la guerra asimétrica como: “Un conflicto entre dos estados con desigualdad global y de recursos económicos”. En reacción a los ataques del 9/11, la definición fue modificada. En consecuencia, la guerra asimétrica se define como: “Aprovechamiento de la fuerza táctica u operacional inferior contra las vulnerabilidades de un oponente superior para lograr un efecto desproporcionado con el objetivo de socavar la voluntad del oponente a fin de alcanzar los objetivos estratégicos del actor asimétrico”.

Mientras que la última definición tiene la ventaja de no estar limitada a los conflictos armados entre Estados no ha añadido tanto, en la medida en casi todos los conflictos armados han sido asimétricos. Las asimetrías en la guerra incluyen la asimetría de poder, medios, métodos, organización, valores y tiempo. La asimetría puede ser participativa, tecnológica, normativa, doctrinal o moral. En ese sentido, las guerras siempre se han caracterizado por, al menos, una forma de asimetría. Por ejemplo, un conflicto armado que involucre a los Estados Unidos será por definición asimétrico debido a la superioridad tecnológica de las fuerzas armadas estadounidenses. Lo mismo puede decirse de cualquier conflicto armado entre actores no estatales —ya sean partidarios políticos o partidistas, la resistencia, los rebeldes o los terroristas—. Por otra parte, no puede olvidarse que en cualquier conflicto armado o guerra, un elemento importante es la sorpresa, por lo que es imposible predecir su curso o resultado. El enemigo puede

emplear métodos, estrategias o tácticas no previstas y que apuntan a las vulnerabilidades del oponente. Este no es un fenómeno nuevo sino una característica intrínseca de cualquier guerra.¹

Por lo tanto, parece que el término guerra asimétrica, de ninguna manera es solo un término de arte legal, sino que es una descripción de un hecho de la vida. En este contexto, es importante, sin embargo, recordar que la guerra, sobre todo en las sociedades occidentales, se percibe desde una perspectiva pos-Westfalia; es decir, que las hostilidades armadas predominantemente están bajo control del Estado, y entre los combatientes y en el que la población civil y los bienes civiles están, en gran medida, a salvo de la violencia y la destrucción. Desde el principio de su desarrollo, en la mitad del siglo XIX, el derecho moderno de los conflictos armados se ha basado en este enfoque. Hay que añadir que, en cierta medida, el derecho de los conflictos armados reconoce o acepta implícitamente, las diferentes formas de asimetría. Aún más, el concepto subyacente es que la guerra es simétrica en cuanto el uso de la fuerza este limitado a los objetivos legítimos y que las partes en el conflicto respetan sus reglas, aunque sólo sea porque esperan que su oponente actúe en consecuencia (“reciprocidad”).

El desarrollo del derecho de los conflictos armados se ha traducido en la abolición de la prevalencia de la necesidad militar sobre las consideraciones de humanidad (*Kriegsrason geht vor Kriegsmannier*) mediante el establecimiento de un equilibrio operativo entre los dos, sin hacer la guerra imposible.

Este enfoque ha sido, sigue siendo y será, cuestionado por la conducción de las hostilidades en los conflictos armados contemporáneos, que se caracterizan por una desviación cada vez más estructurada y sistemática de la ley que rige la conducta de hostilidades. Hay una “tendencia creciente de la violencia para difundirse e impregnar todos los ámbitos de la vida social. Esto se debe a que la parte más débil utiliza la comunidad como su cubierta y su base logística para llevar a cabo ataques contra un aparato militar superior”. Por lo tanto, en la guerra asimétrica, la “parte débil”, reconociendo la superioridad militar de su adversario, evitara la confrontación abierta que la llevaría a la aniquilación de sus tropas y de la derrota. En cambio, tenderá a compensar su arsenal inadecuado, empleando medios

¹ En el elemento de sorpresa ver a Clausewitz, *En Guerra*, Libro 3, Cap. 9, *En Estratagemas* Cap. 10.

y métodos no convencionales y la prolongación del conflicto a través de una guerra encubierta de desgaste contra su enemigo bien equipado.

En resumen, el término guerra asimétrica debe entenderse como aplicable a las hostilidades armadas en el que un actor/parte se esfuerza por compensar sus deficiencias militares, económicas o de otro tipo, recurriendo a la utilización de métodos o medios de combate que no están en conformidad con el derecho de los conflictos armados (o con otras normas de derecho internacional público). Es importante recalcar que los motivos u objetivos estratégicos de la guerra asimétrica, si bien son importantes para entender el concepto, son irrelevantes desde el punto de vista legal.

2. ¿Necesidad de nuevas reglas?

Muchas de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial estaban justificadas como legítimas respuestas a la conducta de la guerra asimétrica por el oponente en cuestión. Por ejemplo, los ataques partidistas conducentes al asesinato de rehenes y otros civiles inocentes y a la destrucción indiscriminada de aldeas en los territorios ocupados o bajo el control de la Wehrmacht Alemana. El derecho de los conflictos armados se ha desarrollado progresivamente con el fin de eliminar esa conducta en futuros conflictos armados. Sin embargo, el derecho de los conflictos armados casi nunca ha sido modificado con el fin de compensar diferencias militares o tecnológicas entre las partes en el conflicto. Por ejemplo, en el Reino Unido se esforzaron continuamente por prohibir los submarinos como medio de guerra naval, ya que representaba una amenaza considerable a sus fuerzas superiores de superficie. Esos esfuerzos fueron en vano.

Por lo tanto, el derecho de los conflictos armados acepta las asimetrías en la guerra, ya sean estas tecnológicas o doctrinales, y reacciona a estas asimetrías solo si hay una necesidad de preservar las normas mínimas de humanidad o de “paliar en lo posible las calamidades de la guerra”.² Adicionalmente, el derecho de los conflictos armados internacionales tiene el propósito de mantener el carácter público de la guerra, reservando de manera indirecta a un grupo limitado de actores el derecho de dañar al enemigo.

2. w1868 Declaración de San Petersburgo

2. 1 Actores

Una de las características de la guerra asimétrica es que la “línea divisoria entre los combatientes y los civiles esta conscientemente confusa y, a veces, borrada”. Esto conduce inevitablemente a ataques contra la población civil y las personas civiles, e incluso a unas conductas que ascienden hasta la prohibida pÉrfidia. Tal conducta no es nada nuevo. La ley actual de los conflictos armados se basa en la experiencia de los conflictos armados pasados y ha tenido, en principio, conservada la distinción general entre las personas civiles protegidas por un lado, y las personas que, ya sea como combatientes o como miembros de grupos armados organizados o como civiles, participan directamente en las hostilidades, por la otra parte.

2. 1. 1 Los conflictos armados internacionales

El Art. 43 (2) del Protocolo Adicional I (AP I) establece lo siguiente: “Los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto (que no sean el personal médico-sanitario o religioso) son combatientes, es decir, que tienen el derecho a participar directamente en hostilidades”. Esta disposición no puede ser malinterpretada como constitutiva del derecho de tomar medidas beligerantes. Por el contrario, enfatiza la situación jurídica especial de la que disfrutaban los combatientes bajo las leyes internacionales del conflicto armado. Como consecuencia de ello, los combatientes no pueden ser retenidos, juzgados y castigados por sus conductas (a menos que signifiquen un crimen de guerra), y tienen el derecho a la condición de prisionero de guerra cuando sea capturados por el enemigo. Esto supone que se hayan distinguido correctamente (por un signo distintivo fijo o un uniforme) y cargaran abiertamente sus armas.

En el marco del derecho internacional de los conflictos armados, no existe prohibición de hacer uso de las personas que no sean miembros de las fuerzas armadas regulares. Sin embargo, estas personas solo disfrutaban de la inmunidad de los combatientes y prisioneros de guerra si son miembros de las milicias o cuerpos de voluntarios que formar parte de las fuerzas armadas regulares o si son miembros de las otras milicias o de estos cuerpos de voluntarios, incluidos los movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una parte en el conflicto y que cumplen las condiciones

establecidas en el Art. 4A (2) del III Convenio de Ginebra 1949. Estas disposiciones son una consecuencia de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, en vista de condiciones estrictas, la inmunidad de los prisioneros de guerra y los combatientes seguirá limitada a un grupo bastante reducido de actores en el conflicto armado internacional.

El Art. 44 (3) AP I también debe ser considerado como una adaptación del derecho de los conflictos armados a las nuevas realidades de la guerra (ICRC [comentario] párr. 1697 y siguientes). Mientras que el Art. 44 (3) AP I no refleja el derecho internacional consuetudinario, es necesario destacar que el ámbito de aplicación de esta disposición se limita a las situaciones tratadas en el Art. 1(4) AP I (conflictos armados internacionalizados). Sin embargo, se extiende un cierto grado de protección a los miembros de los grupos armados organizados que deliberadamente deciden hacer caso omiso de los requisitos mínimos establecidos en la presente disposición.

De ello se desprende que las personas que participan directamente en las hostilidades, y que no califican ni como combatientes, ni como miembros de alguno de los otros grupos privilegiados no gozan de la inmunidad de los combatientes ni, cuando sean capturados por el enemigo, de la condición de prisioneros de guerra. En lo que se refiere a la población civil, esta ha sido reconocida expresamente por el Art. 51 (3) AP I: “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta sección, a menos que y hasta el momento en que sean parte directa en las hostilidades”. El significado exacto y el alcance de la noción de participación directa en las hostilidades está lejos de resolverse (ICRC [Guía de interpretación] 41 y siguientes). Lo mismo es cierto con respecto a la situación jurídica de un civil que participa directamente en las hostilidades. Algunos continúan considerándolos como combatientes protegidos por la Convención IV de Ginebra, que podrían, sin embargo, ser atacados (por el momento en que estén participando directamente en las hostilidades) y castigados por su conducta (ICRC [Guía de Interpretación] 65 y siguientes). Otros consideran que los combatientes ilegales no están protegidos ni por la IV, ni por la III Convención de Ginebra.

En consecuencia, el derecho de los conflictos armados internacionales proporciona un elaborado conjunto de normas que responden a la asimetría participativa, ofreciendo una solución que puede funcionar para la mayoría de los problemas encontrados en los últimos conflictos armados internacionales. Si bien no existe una prohibición de no encomendar a

otros que no sea combatientes, la tarea de actos perjudiciales para el enemigo, las personas que no gozan de la inmunidad de combatientes y que participan simple y directamente en las hostilidades deben ser conscientes de que no gozan de protección, en virtud del derecho de los conflictos armados más allá de las normas mínimas establecidas en el Art. 75 AP I y en el artículo común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Por lo tanto, los miembros de grupos armados organizados que no pertenecen a una parte en el conflicto, sino que participan directamente en las hostilidades armadas no suponen un problema insuperable. Cualquiera de ellos es considerado civil o civiles que participa(n) directamente en las hostilidades y quienes, por la duración de su participación directa, son sujetos de ataque y que podrían ser procesados después de la captura. O el grupo armado organizado al que pertenecen es parte en un conflicto armado no internacional, que coexiste con el conflicto armado internacional. Entonces, los miembros de dicho grupo, al menos sí y mientras ellos realizan una “función continua de combate” dentro del grupo armado organizado (ICRC [Guía de interpretación] 16, 33 y siguientes), son objetivos legítimos que no disfrutan de la inmunidad de los combatientes ni del estatuto del prisionero de guerra después de la captura.

2. 1. 2 Conflictos armados no internacionales

Los conflictos armados no internacionales son asimétricos por naturaleza, sobre todo si las fuerzas armadas regulares participan en hostilidades contra los grupos armados organizados. Dado que el concepto de “combatiente” no se aplica a los conflictos armados no internacionales, y la ley aplicable no se construye sobre la situación jurídica de los actores. Es importante señalar en este contexto que la existencia misma de un conflicto armado no internacional presupone que existe, al menos, un grupo armado organizado participando en hostilidades armadas contra el gobierno o contra otro grupo armado organizado. Por lo tanto, los miembros de un grupo armado organizado no califican como civiles. Esto es ampliamente aceptado. Sin embargo, hay una cuestión sin resolver en relación con los miembros de un grupo armado organizado que no realizan una función de combate continua. Mientras que algunos prefieren considerarlos civiles (ICRC [Guía Interpretativa] 20 y siguientes) otros no están dispuestos a diferenciarlos

según la función del individuo dentro del grupo. El mínimo común denominador es que los miembros de un grupo armado organizado que realizan una función continua de combate en un conflicto armado no internacional no gozan de protección general, pero son capaces de atacar. Por supuesto, el Estado parte de un conflicto armado no internacional no está impedido de procesarlos después de la captura de acuerdo con su legislación penal interna.

En los conflictos armados no internacionales los civiles gozan de protección general. Sin embargo, pueden perder esa protección si deliberadamente deciden tomar parte directa en las hostilidades. En consecuencia, el Art. 13 (3) del Protocolo Adicional II de 1977, establece: “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este título, a menos y durante el tiempo que tomen parte directa en las hostilidades”. Esta es una declaración del derecho internacional consuetudinario.

2. 2 Principios básicos

2. 2. 1 Principio de distinción

Los actores asimétricos en los conflictos armados ya sea deliberadamente o no hacen caso omiso del principio de distinción o se esfuerzan por incitar a su oponente de actuar en violación de éste “inviolable” ([1996] ICJ Rep. párr. 79) principio del derecho de los conflictos armados.

El derecho de los conflictos armados proporciona una respuesta más clara para cualquier forma de guerra asimétrica que pretenda desdibujar el principio de distinción, ya sea mediante el disfraz de los combatientes como civiles, por abuso de bienes de carácter civil con fines militares, o por los ataques directos contra la población civil o de las personas civiles individuales. En este contexto, cabe recordar que un objeto civil se convierte en un objetivo legítimo si, por su uso, ubicación o propósito, contribuye eficazmente a la acción militar del enemigo y si su destrucción o neutralización ofrece una ventaja militar definida. Aun así, los problemas subsisten en la práctica. Si no es posible identificar a los combatientes enemigos o a los miembros de los grupos armados organizados enemigos, por cuanto estos parecen ser civiles la decisión de no atacar podría resultar bien en un suicidio o, peor aún, en ataques directos contra la población

civil —prohibidos—. Por supuesto, los combatientes que no se distinguen adecuadamente cuando participan en las hostilidades no gozan de la inmunidad de combatiente o del estatus de prisioneros de guerra cuando sean capturados. Si bien pueden ser juzgados por su conducta, muchos operadores consideran que esta es una respuesta insuficiente a sus problemas prácticos.

2. 2. 2 Proporcionalidad

El derecho de los conflictos armados no prohíbe los ataques que resulten en la pérdida incidental de vidas civiles, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil. Tales “daños colaterales” son una violación del derecho de los conflictos armados solo si es excesivo (en contraste con: extensivo). En relación con la anticipada ventaja militar concreta y directamente prevista, Art. 51(5) (b) AP I. En vista de esta prohibición y la atención de los medios a cualesquiera pérdidas de civiles en los conflictos armados, un actor asimétrico tratará de llevar al oponente a causar daños colaterales excesivos o a que se crea públicamente que el ataque ha sido desproporcionado. Especialmente las violaciones sistemáticas del principio de distinción implican el riesgo considerable de que el oponente aplique diferentes estándares para la evaluación de la proporcionalidad. “Si se utilizan sistemáticamente este tipo de tácticas para un propósito estratégico, el enemigo puede sentir una necesidad apremiante y primordial para atacar independientemente de las bajas civiles y de los daños esperados”.

No obstante, la prohibición de daño colateral excesiva es clara. Las consideraciones de necesidad militar, por supuesto, juegan un papel importante, sobre todo en lo que respecta a la determinación de la ventaja militar anticipada. Sin embargo, la necesidad militar no justifica una desviación de las normas humanitarias del derecho de los conflictos armados.

2. 2. 3 Precauciones

Los actores asimétricos en muchos casos actúan deliberadamente en contra de su obligación de tomar las precauciones factibles en el ataque, en especial mediante el abuso de civiles o de bienes civiles utilizados como

escudos o mediante la transferencia de los llamados objetivos militares a zonas densamente pobladas. A pesar de la evidente ilegalidad de dichas conductas, el adversario puede ser prevenido de los ataques si el ataque es de esperarse que resulte en un daño colateral excesivo. Aquí la ley del conflicto armado en sí introduce un elemento de asimetría al privilegiar una conducta ilegal.

Otro problema existe con respecto a la obligación del agresor de hacer todo lo posible para limitar los ataques a objetivos legítimos y evitar, y en cualquier caso reducir al mínimo, el daño colateral excesivo, Art. 57 (2) AP I. Sería ir demasiado lejos concluir que las partes en un conflicto que disponen de sistemas avanzados de armas tienen la obligación absoluta de solo hacer uso de estas armas sofisticadas y altamente discriminatorias. El hecho de que tales armamentos estén disponibles no significa necesariamente que las armas menos sofisticadas no pueden seguirse utilizándose por más tiempo. Las armas sofisticadas y avanzadas son considerablemente más caras y pueden, por lo tanto, reservarse para los ataques contra objetivos más importantes. Pero no puede ignorarse, sin embargo, que “los militares avanzados se mantienen a un nivel superior —como una cuestión de derecho— por lo cual más precauciones son factibles. A medida que la brecha entre ‘los que tienen’ y ‘los que no tienen’ se ensancha en la guerra de siglo XXI, este relativismo normativo crecerá. En cierto sentido, estamos siendo testigos del nacimiento de un régimen de DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO basado en las capacidades”. La consecuencia es que el nivel de viabilidad en cierta medida extiende determinados privilegios a la parte más débil de un conflicto armado y por lo tanto se suma otro tipo de asimetría normativa en el conflicto armado.

2. 3 Métodos y medios de guerra

2. 3. 1 Medios de guerra

El derecho de los conflictos armados y el derecho de control de armas (ambos fusionándose cada vez más en un mismo régimen) proporcionan un conjunto bien establecido de reglas que prohíban el uso de ciertas armas o que restringen su uso en determinadas circunstancias. En la guerra asimétrica la parte más débil puede estar inclinada a hacer caso omiso de

estas prohibiciones o restricciones y justificar una desviación por la superioridad del rival en cuestión. Por otra parte, como señala el ICRC, “es evidente que si una de las partes, en violación de las reglas definidas, emplea armas u otros métodos de guerra que le dan una mayor ventaja militar inmediata, el adversario puede, en su propia defensa, ser inducido a replicar de inmediato con medidas similares” (ICRC [Informe] 83). En otras palabras, el mal uso de las armas, por regla general, invitara a las represalias bélicas. Sin embargo, estas justificaciones no tienen ninguna base en la ley vigente. El hecho de que una parte en un conflicto armado se enfrenta a un enemigo superior no justifica el uso de los medios de guerra, cuyo uso está prohibido en virtud del derecho de los conflictos armados internacionales o no internacionales. Por lo tanto, la amenaza de la inminente derrota no es motivo suficiente para recurrir al empleo de medios prohibidos de guerra.

Desafortunadamente, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las armas nucleares, ha declarado que el uso de armas nucleares “sería generalmente contrario a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados y, en particular, los principios y las normas de derecho humanitario”, a menos que la “supervivencia misma de un Estado estuviese en juego” ([1996] ICJ Rep 266). Es evidente que esta decisión puede ser objeto de abuso para justificar una violación de las reglas y principios del derecho de los conflictos armados. Se debe hacer hincapié, sin embargo, en que la decisión del Tribunal no tiene ninguna base en el derecho de los conflictos armados. En todo caso, el argumento de la supervivencia puede ser de relevancia para el *jus ad bellum*.

2. 3. 2 Métodos de guerra

El carácter asimétrico de un conflicto armado no justifica el uso de métodos de guerra prohibidos por el derecho de los conflictos armados. Por lo tanto, la inanición de civiles como método de guerra o la orden que no queden supervivientes están prohibidos en todas las circunstancias (Art. 40, 54[1] AP I, Art. 23 [d] Reglamento de La Haya).

Una característica de la guerra asimétrica son los atentados suicidas otra es el uso de “escudos humanos”. Con respecto a lo primero, es importante señalar que el derecho de los conflictos armados no prohíbe los ataques

suicidas a menos que se lleven a cabo recurriendo a la perfidia. Esto es diferente con respecto a la utilización de “escudos humanos”. Art. 51 (7) AP 1, que refleja el derecho internacional consuetudinario, prohibiendo el uso de la “presencia o movimientos de la población civil o de personas civiles... para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en particular, en un intento de poner a cubierto de ataques objetivos militares, o para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares” (véase también el Art. 28 CGIV). El derecho de los conflictos armados proporciona una posible —aunque no indiscutible— solución para hacer frente a la cuestión de la “escudos humanos”, distinguiendo entre de escudos humanos voluntarios e involuntarios. Los civiles, sean cuales sean sus motivos, que de forma voluntaria actúen como escudos humanos pueden ser considerados como que toman parte directa en las hostilidades, durante la duración de dicha participación, perdiendo su estatus de protección bajo la ley de los conflictos armados. En consecuencia, los escudos humanos voluntarios son objetivos o blancos militares y no están incluidos en la estimación de la lesión accidental al evaluar la proporcionalidad. Contra las acusaciones en sentido contrario, los escudos humanos involuntarios mantienen su estatuto de persona civil. En consecuencia, los ataques contra un objetivo militar blindado se prohibirán si las pérdidas accidentales entre los escudos humanos involuntarios son excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directamente prevista (Artículo 51 [5] [b] AP 1). Sin embargo, “la evaluación de si las víctimas civiles son excesivas en relación con la ventaja militar prevista deberá tener en cuenta el hecho de que, a fuerza de la gran (aunque involuntaria) presencia de civiles en el lugar del objetivo militar, el número de bajas civiles se puede esperar que sea mayor de lo habitual”.

A veces, especialmente si no actúan abiertamente, la distinción entre los escudos humanos voluntarios e involuntarios no proporciona una solución operable en la práctica, debido a que puede ser imposible determinar si una persona deliberada y libremente decidió servir como un escudo humano. Por otra parte, el derecho de los conflictos armados puede que no prohíba un ataque proporcional contra un objetivo legalmente protegido pero resultará una tarea más difícil defender políticamente la muerte de un número considerable de civiles. En la guerra asimétrica la parte más débil a menudo se vuelve consciente y sistemáticamente a la práctica de utilizar escudos humanos con el fin de explotar el dilema político y moral

en el que el mismo atacante se encuentra. La ley puede ofrecer una solución, sin embargo, en la mayoría de los casos no ayudará a superar dichos dilemas.

Por último, algunos Estados responden a las amenazas asimétricas, recurriendo a los asesinatos selectivos de personas sospechosas de estar involucradas en ataques ilegales contra las fuerzas del gobierno, civiles o bienes de carácter civil. Hay que tener en cuenta que en el marco del derecho de los conflictos armados no existe una prohibición general de los asesinatos selectivos. Si la persona respectiva califica como un objetivo militar legítimo, especialmente como miembro de un grupo armado organizado (que realiza una función de combate continuo) o un civil directamente participante en las hostilidades, él o ella puede ser atacado. Mientras que algunos autores sostienen que existe una obligación de capturar en vez de matar a la persona si es que resulta ser una alternativa viable, esta posición no refleja el derecho de los conflictos armados en su estado actual.

2. 4 Conclusión

Algunas dudas se han expresado en cuanto a si la guerra asimétrica “todavía podría ser comprendida por y se mediría contra el concepto de la necesidad militar, por la complejidad y la intangibilidad de estos escenarios para escapar de sus tradicionalmente estrechas delimitaciones”. Especialmente los actores no estatales deliberada y sistemáticamente se desvían de las normas bien establecidas del derecho de los conflictos armados y, por tanto, inducen a sus oponentes a volver a hacer hincapié en las consideraciones de la necesidad militar que puede resultar ya sea en una interpretación más liberal de la ley de los conflictos armados o en su irrelevancia, por cuanto se considera un obstáculo injusto para el éxito de las operaciones militares en los conflictos armados.

Por supuesto, la reciprocidad es un factor importante para la efectividad permanente del derecho de los conflictos armados. Si una de las partes en un conflicto armado deliberada y sistemáticamente no tiene en cuenta las normas y principios a fin de lograr una ventaja militar o política, la voluntad del oponente para seguir cumpliendo con la ley puede disminuir de manera constante. Hay, sin embargo, soluciones para el problema. Por un lado, la ley del conflicto armado es lo suficientemente flexible como para

responder a la conducta de un actor. Si bien es cierto que este tipo de respuestas ponen una carga más pesada dentro del conflicto en el partido respetuoso de la ley, los valores que sustentan el derecho de los conflictos armados y los logros de los últimos ciento cincuenta años no se deben dar abandonar tan fácilmente. Por otra parte, la aparición del derecho internacional penal ha añadido un mecanismo de aplicación más potente para velar por el cumplimiento del derecho de los conflictos armados. Por otra parte, es bien perceptible que los actores no estatales van a entender que a pesar de su inferioridad en armas y tecnología militar, que en última instancia, se beneficiarán del cumplimiento del derecho de los conflictos armados, a menos que deliberadamente opten por ser considerados delincuentes comunes o de guerra. No obstante, no hay duda de que la asimetría creciente encontrada en las guerras tiene el potencial de sacudir las bases mismas del derecho de los conflictos armados. Esto, sin embargo, no significa que haya una necesidad de una adaptación de la ley a las “nuevas realidades” de los conflictos armados.

Es cierto que, en la actualidad, estamos asistiendo a una privatización y desmilitarización de la guerra. Por otra parte, las llamadas a menudo “guerras transnacionales” generalmente no cumplen con los criterios más estrictos para la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados. Por lo tanto, el derecho de los conflictos armados no es aplicable a esas situaciones de guerra asimétrica, por ejemplo, el terrorismo transnacional y la “guerra global contra el terror”, que no equivalgan a un conflicto armado internacional o no internacional. Los terroristas utilizan métodos y medios que hasta ahora se habían reservado a las fuerzas armadas regulares y los gobiernos cada vez hacen más uso de sus fuerzas armadas con el fin de contrarrestar la amenaza terrorista.

Por política, no por la ley, algunos gobiernos instruyen a sus fuerzas armadas para aplicar el derecho de los conflictos armados en las operaciones de contra-terrorismo. Esta práctica, por su propia naturaleza, no se ha traducido en la ampliación del ámbito de aplicación del derecho de los conflictos armados. Solo a primera vista parece que esta práctica es guiada por la prudencia. Por supuesto, las fuerzas armadas son entrenadas en la aplicación del derecho de los conflictos armados. Por otra parte, es bastante convincente argumentar que en caso de duda, el cumplimiento con la ley de los conflictos armados pone a las fuerzas armadas en el lado seguro, especialmente cuando se trata de la utilización de métodos y medios de Guerra.

Sin embargo, el derecho de los conflictos armados no se aplicará nunca en toda su integridad y algunas consideraciones de necesidad militar que podrían estar justificadas en las operaciones de lucha contra-terrorista pueden muy fácilmente tener repercusiones negativas sobre el derecho de los conflictos armados cuando se apliquen en situaciones de conflictos armados propiamente dichos. Al mismo tiempo, la mayoría de los Estados, cuyas fuerzas armadas están involucrados en las operaciones de lucha contra el terrorismo, rechazan la aplicación del derecho de los conflictos armados y, o bien se basan en el derecho a la defensa propia o adicionalmente aceptan la aplicación de los derechos humanos para este tipo de operaciones. Esto, sin embargo, no contribuye a la claridad jurídica tampoco. El derecho a la legítima defensa es demasiado vago para que pueda proporcionar soluciones operables para el problema de la legalidad del uso de la fuerza o de otras de las medidas adoptadas contra los terroristas.

Los derechos humanos, por supuesto, limitan el ejercicio de la jurisdicción individual *vis-á-vis*. Sin embargo, su aplicación no modificada a las operaciones antiterroristas en lugar de proporcionar las respuestas necesarias privilegia a los terroristas que no son disuadidos por la amenaza de persecución penal. Es, por tanto, necesario que los Estados se pongan de acuerdo sobre las normas y los criterios que se aplicarán específicamente a las operaciones de lucha contra el terrorismo internacional. Estas normas y criterios ausentes en las fuerzas armadas encargadas de la lucha contra la amenaza terrorista en la mayoría de los casos operan en un vacío legal, por lo menos en un área gris legal intolerable.

3. Investigación y control

Una característica de los conflictos asimétricos es el uso —o más bien el abuso— de los medios y de la opinión pública. Es, por lo tanto crucial proporcionar información rápida y confiable. Las fuerzas armadas alemanas, después del ataque a los Talibanes contra dos de sus camiones cisterna en septiembre de 2009, tuvieron que aprender de una manera muy dolorosa que una investigación no estructurada y que requiera mucho tiempo puede fomentar la especulación y solo ayudar al enemigo, a pesar de que el ataque hubiere sido de acuerdo con el derecho de los conflictos armados. Por lo tanto, los gobiernos —ya sea que AP I se aplique o no formalmente—

deben ser alentados a hacer uso de la Comisión Internacional de Verificación de los Hechos en virtud del Artículo 90 AP I.

La cuestión de la aplicación es la más problemática. Desde que los actores asimétricos están decididos a violar la ley, ya que se están beneficiando de tales violaciones operacional y políticamente, la propuesta de ofrecer incentivos a los actores no estatales, en la mayoría de los casos resultará inútil. ¿Cómo puede un determinado violador de la ley ser convencido que el cumplimiento de la ley será en su ventaja? Por lo tanto, el único mecanismo de aplicación disponible y alentadora para disuadir futuras violaciones del derecho de los conflictos armados es la ley criminal —ya sea esta nacional o internacional.

4. Observaciones finales

La guerra asimétrica constituye claramente un desafío al orden jurídico internacional y a sus valores subyacentes. Si bien no justifica una desviación de las normas y principios bien establecidos del derecho de los conflictos armados, es necesario fortalecer esa mandíbula por los incentivos que ofrece, sobre todo a los actores no estatales, para cumplir con la ley si ella es aplicable *ratione materiae*. Dado que, sin embargo, este tipo de incentivos muy a menudo resultan inútiles, porque los actores asimétricos no abandonarán las opciones abiertas por una violación deliberada del derecho de los conflictos armados, una minuciosa investigación de los hechos realizada por un respetada comisión internacional será el primer paso que podría contribuir a la represión de estas conductas y evitar el punto muerto. Un segundo paso es el enjuiciamiento criminal, ya sea bajo el derecho penal interno o el derecho penal internacional. Mientras que algunos pueden objetar a esta última hay que tener en mente que éste es el único enfoque prometedor. Las amnistías o los esfuerzos de reconciliación pueden haber tenido éxito en algunos casos. Es, sin embargo, dudoso que hayan tenido o tengan un efecto duradero. Por el contrario, pueden resultar en un incentivo para que los actores asimétricos continúen o incluso incrementen su conducta ilegal.

Sin embargo, estos hallazgos no eximen a los Estados de la obligación de cara a cara sus fuerzas armadas para aclarar la ley aplicable a las situaciones que no equivalgan a un conflicto armado internacional o no internacional.

Además, los gobiernos deberán examinar a fondo y evaluar los desafíos planteados por la guerra asimétrica, tomar las medidas necesarias y reducir sus vulnerabilidades. Las vulnerabilidades —cualquiera que sea su naturaleza— siempre serán un objetivo de interés para los actores asimétricos, ya sean enemigos más débiles, ya sean terroristas

Una aproximación al terrorismo

Giuseppe Nesi

Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Trento Asesor Jurídico de la misión permanente de Italia ante las Naciones Unidas, Nueva York

Los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001 fueron, entre otras cosas, la fuente de interminables debates sobre el tipo de respuestas que la comunidad internacional tenía que ofrecer a los actos cada vez más violentos de terrorismo internacional. Sobre la base de la suposición indudable que el terrorismo internacional está prohibido por el derecho internacional, una mayor credibilidad se ha prestado a la idea que el conjunto de instrumentos, además de los instrumentos jurídicos, a disposición de los Estados y la comunidad internacional para combatir el terrorismo internacional tenía que ser ampliada.

Al mismo tiempo, debido a la gravedad de la amenaza que el terrorismo ha traído para mantener la paz y la seguridad internacionales, la idea de la “guerra contra el terror” de inmediato surgió sobre todo en ciertos círculos políticos y en los medios de comunicación. Algunos afirmaron que si estuviéramos participando en una “guerra global” contra el terrorismo, los medios podrían ser utilizados para combatir esta guerra. Mientras que la supuesta existencia de un conflicto armado, en teoría implicaba la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario, incluso los que apoyaron este punto de vista tenían opiniones divergentes sobre el alcance preciso del Derecho Internacional Humanitario, en este caso. Se dijo también que el Derecho Internacional Humanitario no se debería aplicar a las personas que pertenecen a las organizaciones terroristas ya estas organizaciones no ratificaron los convenios de Ginebra y sus protocolos. Al mismo tiempo, pero desde una perspectiva diferente, la idea de que algunos derechos humanos fundamentales podrían haberse hecho a un lado temporalmente o incluso “violado” por los Estados u organizaciones internacionales en relación con la lucha contra el terrorismo ganó algo de apoyo, hasta el

punto de que incluso se podría haber recurrido a la tortura si esto hubiese aumentado nuestra seguridad.¹

Así, en los años inmediatamente posteriores a 11/9 hemos oído, en la lucha contra el terrorismo, de los planes y autorizaciones ejecutivas de violarla ley Internacional (¡sic!) sobre el tratamiento y los interrogatorios de los detenidos; la legitimidad de las detenciones secretas y las entregas secretas; los períodos ilimitados de detención sin juicio, la aplicación “selectiva” de la Ley Internacional Humanitaria. En este marco, se va no sin decir que algunos regímenes autoritarios explotaron la situación de emergencia de la etiqueta de “terrorista”, para muchos de los que disientían o criticaron esos regímenes.

A pesar de algunas advertencias que expresaron que la lucha contra el terrorismo debería haberse llevado a cabo teniendo en cuenta la protección de los derechos fundamentales del hombre² incluso en las Naciones Unidas el énfasis se puso inicialmente en la creación o el fortalecimiento de mecanismos y procedimientos destinados contra objetivos individuales y entidades presuntamente vinculadas al terrorismo en todo el mundo y no en otros aspectos de esta lucha. Casi diez años después del 9/11, las numerosas críticas a estos procedimientos y mecanismos por los académicos y organismos independientes dentro del sistema de la ONU y los diferentes casos en los que estos medios se sancionaron por tribunales regionales, nacionales e internacionales, demostraron que las advertencias no fueron infundadas.

Muchos académicos y profesionales tienen la sensación de que algunos de estos problemas han sido finalmente superados. El propósito de mi breve presentación no es hacer una lectura de las posiciones adoptadas por algunos Estados, o las Naciones Unidas en la primera década de este siglo, con respecto a lo que está permitido y lo que no en la lucha (o “guerra”) contra el terrorismo. Otros ya han hecho con autoridad este análisis³ y uno

1. Dershowitz, Entendiendo La Amenaza, Afrontando El Reto, New Haven y Londres, 2002.

2. Cassese, El terrorismo también está perturbando algunas categorías jurídicas esenciales del Derecho Internacional, en la *Revista Europea de Derecho Internacional*, 2001, p. 903 y ss.

3. La literatura sobre la cuestión del respeto de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo es inmensa y no puede ser informada aquí. Sin embargo, en el tema específico y para mayores referencias vea Von Schorlemer, Derechos Humanos: implicaciones sustantivas e institucionales de la guerra contra el terrorismo, en la *Revista Europea de Derecho Internacional*, 2003, pág. 269-271; Roben, Schorkopf, Vóneky, Walter (eds.), El terrorismo

de los Estados que más a menudo ha sido acusado de violar los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo ha revisado y rechazado muchos métodos y procedimientos seguidos en aquellos años.⁴ Prefiero dar una

como un desafío para el derecho nacional e internacional: seguridad contra la libertad, Berlín, 2004; Flynn, Lucha antiterrorista y Derechos Humanos, en *Revista de Derecho Europeo de Derechos Humanos*, 2005, p. 34 y siguientes; Wilson, Derechos Humanos en la “guerra contra el terror”, Cambridge, 2005; Villani, Por una lucha eficaz contra el terrorismo, puesta en línea con los derechos humanos, en *Guía del derecho. Derecho internacional y comunitario*, 2007, n. 1, p. 8; Ciampi, Decisiones del Consejo de seguridad y derechos humanos, Milano, 2007; Bianchi y Keller (eds.), *Antiterrorismo: reto de la democracia*, Oxford, 2008; De Sena, Vitucci, los tribunales europeos y del Consejo de Seguridad: entre desdoblamiento funcional y el balanceo de valores, en el *European Journal of International Law*, 2009, p. 193 y siguientes; Bonetalli, Las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo internacional y la tutela de los derechos humanos, en la comunidad internacional, 2009, p. 401 y ss.; Gargiulo e Vitucci (eds.), *La tutela de los derechos humanos en la lucha y en la guerra contra el terrorismo internacional*, Nápoles, 2009; Di Stasio, *La lucha multinivel al terrorismo internacional. Garantía de seguridad frente a la tutela de los derechos fundamentales*, Milano, 2010. LUGATO, ¿las decisiones individuales del Consejo de seguridad son incompatibles con el respeto de las garantías del proceso?, en *RivDir. Int. le*, 2010, 309 y ss. Sobre las consecuencias que se derivan de la falta de atención prestada por los Estados y las organizaciones internacionales a la cuestión de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo y los posibles remedios ver, en general, el informe de la Comisión Internacional de Juristas, *Evaluación del Daño, Instando Acción*, Ginebra, 2009, en www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/icj/icj-2009-ejp-report.pdf. En cuanto a la “responsabilidad” del sistema de la ONU, ver el más reciente Informe del Relator Especial para la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin (A/65/258, párr. 17). Para un análisis en profundidad y una fuerte crítica de las posiciones del gobierno de Bush en materia de derechos humanos y la “guerra contra el terror”, véase JJ Paust, *Más allá de la Ley. Respuestas Ilícitas de la Administración Bush en la guerra contra el terrorismo*, Cambridge, 2007.

4. Muchas declaraciones y exposiciones del presidente Obama y la secretaria de Estado Rodham-Clinton indican claramente la voluntad de la administración Obama para distanciarse de la anterior y de “reiniciar” las relaciones con la comunidad internacional sobre la cuestión de la lucha contra el terrorismo, poniendo énfasis en el respeto de los derechos humanos internacionales y del Derecho Internacional Humanitario. Véase, en este sentido, la estrategia nacional de seguridad presentada en la edición de mayo de 2010 en www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf. Mientras que la posición de la administración de Obama es bastante clara en cuanto a la protección de los principios de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, en la Primavera de 2011, la administración de los Estados Unidos se ha visto obligada a revisar algunas de las evaluaciones hechas durante la campaña presidencial, como la cuestión de cerrar las instalaciones de la Bahía de Guantánamo y, en consecuencia, la cuestión de los Juicios por Comisiones Militares.

breve visión general de cómo las Naciones Unidas han abordado la lucha contra el terrorismo internacional y el papel que el respeto de los derechos humanos internacionales y del derecho internacional humanitario ha desempeñado en la acción de las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo. El saber, la evolución del enfoque adoptado por el Sistema de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo dará consejos útiles sobre cómo la interacción entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General ha (o no ha) funcionado y cómo la comunidad internacional debe (o no debe) hacer frente, a peligrosas amenazas globales que podrían caracterizar nuestro futuro y que requieren una respuesta rápida.

La fase de emergencia, que comenzó el 9/11 ha terminado y ha llegado el momento de revisar y si es necesario cambiar la forma de los medios a disposición de la comunidad internacional para combatir de manera eficiente y consistente el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, en consonancia con los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

El sistema de las Naciones Unidas fue sorprendido por los ataques terroristas del 2001 en Estados Unidos y desde que esos ataques constituyeron una grave amenaza para la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad tomó un papel principal en la lucha contra el terrorismo, de conformidad con la Carta, mientras que el Asamblea General tomó un asiento trasero.⁵ En este marco, la resolución 1368 (2001) del Consejo de Seguridad declaró el “derecho inmanente de legítima defensa colectiva de conformidad con la Carta”. Por otra parte, mediante la resolución 1373 (2001) y las resoluciones posteriores que lo desarrollan, el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo al capítulo VII de la Carta, estableció un nuevo órgano subsidiario, el Comité contra el Terrorismo (CCT), integrada por los quince miembros de los Consejo de Seguridad. El CCT fue dirigido, entre otras cosas, a apoyar la aplicación por los Estados miembros de las medidas destinadas a mejorar su capacidad legal e institucional para combatir las actividades terroristas, como la criminalización de la financiación del terrorismo y otras formas de apoyo al terrorismo, la congelación de fondos relacionados con las personas presuntamente implicadas

5. Todos los documentos y actividades de la ONU a las que nos referiremos en este documento y otros materiales de interés se pueden encontrar en: www.un.org/terrorism/cthandbook/.

en actos de terrorismo, intercambio de información con otros Estados de las entidades que intervengan en actos terroristas, la cooperación con los Estados en la investigación, la detección, el arresto, la extradición y el enjuiciamiento de las personas involucradas en tales actos... Entre las medidas destinadas a ayudar y mejorar la cooperación entre los países, la resolución 1373 (2001) incluyó la adhesión a los instrumentos internacionales contra el terrorismo, tales como los convenios internacionales sobre el tema. Se requiere a los Estados miembros informar periódicamente al CCT sobre las medidas adoptadas para aplicar la resolución 1373 (2001). Los derechos humanos Internacionales y el Derecho Internacional Humanitario ni siquiera fueron considerados por el Consejo de Seguridad en esta fase.

Sin embargo, la resolución 1373 (2001) no fue el primer caso en que el Consejo de Seguridad adoptó tales medidas intrusivas en el campo de la lucha contra el terrorismo, estableciendo un órgano subsidiario destinado a la aplicación de las obligaciones establecidas en la resolución. Como es bien sabido, ésta fue precedida por la resolución 1267 (1999), del 15 de octubre 1999, relativa al principio a lidiar con los talibanes y que luego se extendió a Al Qaeda. Aunque en este caso el Consejo de Seguridad le asignó un papel “judicial o cuasijudicial” al Comité de sanciones establecido, en ese momento en el tiempo las posibles repercusiones de las actividades del Comité en materia de derechos humanos no fueron debidamente tenidas en cuenta. La Resolución 1269 (1999), adoptada cuatro días después, hace sólo una referencia genérica a fortalecer la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo “sobre la base de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y las normas del derecho internacional, incluido el respeto del Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos”.

Después de 9/11 se amplió la acción de la Comisión 1267. Hubo un aumento dramático en las personas y entidades incluidas en la lista y se hicieron modificaciones en el mandato de la Comisión a través de resolución 1390 (2002) para permitir la inclusión de personas y entidades de todo el mundo. El Comité 1267 ha contado con el apoyo del grupo de monitoreo de soporte analítico y de sanciones, equipo de vigilancia (mejor conocido como Equipo de Vigilancia), establecido por la Resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad y ampliado por la Resolución 1904 (2009). Desde 2004, el Equipo de Vigilancia ha venido emitiendo informes que han abordado sistemáticamente, entre otras cuestiones, la

protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, como recordaremos más adelante, también es gracias a esos informes que el Consejo de Seguridad ha intervenido varias veces, modificando sus propias resoluciones sobre todo en el campo de los derechos humanos fundamentales.

Volviendo al CCT, más énfasis en el respeto de las obligaciones de derechos humanos por los Estados en la lucha contra el terrorismo se incluyó en la resolución 1456 (2003), donde se afirma que «los Estados deben garantizar que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo cumplan todas las sus obligaciones en virtud del derecho internacional y deben adoptar esas medidas de conformidad con el derecho internacional, en particular el de los derechos humanos, los refugiados y el derecho humanitario». Disposiciones similares están contenidas en la resolución del Consejo de Seguridad 1535 (2004) la cual también estableció la Dirección ejecutiva del comité contra el terrorismo a la Dirección ejecutiva se le asignaron tareas pertinentes en la supervisión de la aplicación de la resolución 1373 (2001) y en la asistencia a la CCT.⁶

A la luz de estos hechos, es evidente que durante un largo período después del 9/11, el Consejo de Seguridad no tuvo en cuenta en sus deliberaciones y actividades las cuestiones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario en la lucha contra el terrorismo, y cuando lo hizo, esas referencias fueron genéricas y vagas.

El verdadero punto de inflexión en la consideración por el Consejo de Seguridad de las obligaciones de respeto de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo se llevó a cabo solo una vez que la Asamblea General finalmente fue capaz de tomar una fuerte postura política sobre el tema, en septiembre de 2005. Más precisamente, el 14 de septiembre de 2005 el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1624 (2005), dedicado

6. En cuanto a la aplicación de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, es muy interesante consultar el “Manual Técnico” elaborado por la dirección ejecutiva en el 2009, disponible en: www.un.org/en/sc/ctc/docs/technical_guide_2009.pdf. En la introducción de la guía se especifica que “La guía no pretende imponer obligaciones a los Estados, aparte de las que ya existen en virtud de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, tratados internacionales, el derecho internacional consuetudinario, o de otras obligaciones voluntariamente llevadas a cabo por los Estados. La guía representa la consolidación de elementos elaborados por los grupos técnicos que se establecieron dentro de la dirección ejecutiva, en los términos de la resolución del Consejo de Seguridad 1805 (2008) y el plan de organización de la Dirección ejecutiva revisado (S/2008/80) “.

a la prohibición de la incitación a cometer actos terroristas. En esa ocasión se hizo referencia no sólo en la exposición de motivos al hecho de que “los Estados deben garantizar que todas las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo cumplan con todas sus obligaciones en virtud del derecho internacional y a adoptar esas medidas de conformidad con el derecho internacional, en particular la ley de los derechos humanos internacionales, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario”, sino que también en la parte dispositiva, el Consejo de Seguridad subrayó que “los Estados deben garantizar que todas las medidas adoptadas para poner en práctica el núcleo de la resolución” deben cumplir con todas sus obligaciones en virtud de las leyes del derecho internacional, en particular, el derecho de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario internacional.

Al mismo tiempo, el énfasis en el respeto a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y de los refugiados en la lucha contra el terrorismo fue aprobada por la Asamblea General en el documento final de la cumbre de 2005, una resolución adoptada por los jefes de Estado y los gobiernos de los Estados miembros.⁷ La influencia política de esta parte del documento final de la cumbre sobre las actividades del Consejo de Seguridad y sus órganos subsidiarios de lucha contra el terrorismo es evidente si se piensa que antes de la adopción de ese documento la Asamblea General trató con el terrorismo internacional, principalmente en las comisiones tercera (Derechos Humanos) y sexta (Asuntos Jurídicos): en el primero, en las resoluciones relacionadas con el respeto de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo internacional, en el segundo en el curso de las negociaciones para la adopción de los convenios y protocolos internacionales en la cuestión. En la última década, ambos comités aprobaron resoluciones sobre el terrorismo internacional y la tercera comisión se centró en señalar a una serie de normas que deben respetarse por los Estados en sus actividades de lucha contra el terrorismo, como el principio de legalidad en la criminalización de los actos de terrorismo, la

7. A/RES/60/1, párr. 85: “Reconocemos que la cooperación internacional para luchar contra el terrorismo debe llevarse a cabo de conformidad con el derecho internacional, incluida la Carta y las convenciones y protocolos internacionales pertinentes. Los Estados deben garantizar que todas las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo cumplan con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, en particular las normas de derechos humanos, derecho de los refugiados y el Derecho Internacional Humanitario”.

garantía del debido proceso, la no discriminación, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes.

En cuanto a la sexta comisión, en los últimos años la atención se ha centrado principalmente en las negociaciones sobre el proyecto de convención integral sobre el terrorismo internacional, pero a pesar de los esfuerzos, no se ha alcanzado acuerdo respecto de este tema. Los intentos más recientes se centraron en la cuestión de la definición y el ámbito de aplicación de la convención. En este sentido, se ha observado recientemente que “los llamamientos de la comunidad internacional de adoptar medidas para eliminar el terrorismo, en ausencia de una definición universal y general del término, pueden dar lugar a consecuencias negativas para los derechos humanos”, y que “el fuerte énfasis en la lucha contra el terrorismo en todo el sistema de las Naciones Unidas corre el riesgo de legitimar una conducta intencional realizada por regímenes opresivos a través de entregar el mensaje de que la comunidad internacional quiere medidas enérgicas contra el terrorismo, según lo definido”.⁸

Si bien la Asamblea General no fue muy reactiva a raíz del 9/11, desde el año 2005 ambos la Asamblea General y el Secretario General parecieron estar en la primera línea de defensa de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. Esta actitud se ve confirmada por la creación del Equipo especial para la lucha contra el terrorismo, establecido por el Secretario General en el año 2005 con el objetivo de asegurar la coordinación entre los diversos organismos de la ONU que se ocupan de la lucha contra el terrorismo⁹ y con la adopción (por consenso) en la Asamblea

8. Esta es la opinión expresada por Martin Scheinin, relator especial para la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, en su último informe (A/65/258, párr. 25). Además, según Scheinin el proyecto de convenio general debe ser el adoptado porque “sólo una definición jurídica precisa de terrorismo que respete el principio de legalidad y que se limite a una conducta que es verdaderamente de naturaleza terrorista, ayudará a detener el uso de las definiciones nacionales abusivas” (párr. 72). Los informes anteriores del Relator Especial se puede encontrar en: www2.ohchr.org/english/issues/terrorism/rapporteur/reports.htm. En el informe visite: Nesi, Nazioni Unite e rispetto dei diritti umani nella lotta al Terrorismo inter-alia luce nazionale del rapporto del Relatore speciale dell'ONU, en Comunità Inter-nazionale, 2011, p. 73 y siguientes. Para los más recientes desarrollos de las negociaciones sobre el proyecto de convenio general ver Nesi, el terrorismo internacional y el derecho de la guerra. Los temas de capacitación como un crimen y la exención de la responsabilidad penal en la última fase de las Negociaciones de la Convención Integral de la ONU, en prensa.

9. EL EQUIPO ESPECIAL (CTITF) está hoy compuesto por más de treinta entidades de las Naciones

General en septiembre de 2006 de la estrategia global contra el terrorismo de las Naciones Unidas, en cumplimiento de un mandato conferido a la propia Asamblea General en la cumbre del 2005.¹⁰

Las negociaciones que condujeron a la adopción de la estrategia mundial se llevaron a cabo sobre la base del informe del Secretario general titulado “Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia global contra el terrorismo”.¹¹ La Estrategia Global es el primer documento en el que todos los miembros tomaron una posición precisa en el enfoque estratégico de la lucha contra el terrorismo.¹² Como ya se ha subrayado, en la estrategia global todos los Estados miembros inequívocamente declararon que “las medidas antiterroristas efectivas y la protección de los derechos humanos no son contradictorias, sino objetivos complementarios y que se refuerzan mutuamente y que los derechos humanos y el estado de derecho son la base fundamental de sus estrategias de lucha contra el terrorismo”.¹³ Uno de los cuatro pilares del plan de acción anexo a la estrategia está dedicado a “Las medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo”. Entre estas medidas que los Estados reafirmaron está su obligación para asegurar la plena conformidad con la legislación nacional, entre, en particular las normas de derechos humanos, derecho de los refugiados y el Derecho Internacional Humanitario. Las revisiones de la estrategia mundial en 2008¹⁴ y 2010¹⁵ rehicieron hincapié en la importancia de cumplir con los derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario en la lucha contra el terrorismo.

Unidas (y de la INTERPOL), ha sido institucionalizado en 2009 y juega un papel crucial en la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo.

10. De acuerdo con el Documento Final de la Cumbre, los Jefes de Estado y de Gobierno “le dieron la bienvenida a la identificación del Secretario General de los elementos de una estrategia de lucha contra el terrorismo. Estos elementos deben ser desarrollados por la Asamblea General sin demora con miras a aprobar y aplicar una estrategia para promover respuestas integrales, coordinadas y coherentes en los planos nacional, regional e internacional, para combatir el terrorismo, que también tome en cuenta las condiciones que propician la propagación del terrorismo (párrafo 82.)”

11. A/60/825.

12. A/RES/60/288.

13. A/65/258, párr. 21.

14. A/RES/62/272.

15. A/RES/64/297.

A través de la adopción de ambos el documento final de la cumbre y la estrategia global contra el terrorismo de la ONU, la Asamblea General, y por lo tanto todos los miembros, contrapesaron las actividades propuestas por el Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo. Como se verá, el hecho de que ambos documentos hacen referencia explícita al respeto de los derechos humanos y el derecho humanitario en la lucha contra el terrorismo, llevó al Consejo de Seguridad y a sus cuerpos subsidiarios a aumentar la atención que se presta a los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.

Es un hecho que después de 2005 el Comité de 1267 y la CCT, , así como su Dirección Ejecutiva (CTED) y el equipo de vigilancia, ampliaron sus actividades en el tema de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo y el Consejo de Seguridad adoptó otras resoluciones en las que esta cuestión fue también abordada, tales como las resoluciones 1735 (2006), 1822 (2008), 1904 (2009), que tratan principalmente el tema de la inclusión/exclusión de la lista de particulares y entidades, y la introducción de “mejoras incrementales” en el tratamiento de las personas y entidades afectadas.

Con la resolución 1735 (2006) el Consejo de Seguridad hizo importantes modificaciones al régimen de notificación para las personas que se mencionan, mientras que la Resolución 1822 (2008) introdujo la difusión de declaraciones y resúmenes de los motivos para la inclusión y la revisión obligatoria de todas las entradas de la lista. La Resolución 1904 (2009) contiene varias mejoras en los procedimientos establecidos para la inclusión y exclusión de la lista, amplió el equipo de vigilancia y estableció la oficina del Defensor del Pueblo, con la tarea de recibir las solicitudes de las personas y entidades que deseen ser removido de la lista consolidada.¹⁶

A pesar de las “mejoras incrementales” a que se refiere el párrafo anterior, el informe más reciente del Relator Especial para la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo es crítico con el régimen de sanciones, y en particular del régimen de la 1267, ya que no garantiza una “audiencia pública por un tribunal competente,

16. Sobre el establecimiento de la oficina del Defensor del Pueblo, ver Bonetalli, *el Defensor del Pueblo de las Naciones Unidas para las sanciones individuales: un paso adelante hacia la plena correspondencia entre la estrategia antiterrorismo a las necesidades de los juicios justos?* En la comunidad internacional, 2010, p. 231 y ss.; Ciampi, *Un Defensor para gestionar los pedidos al Comité 1267 para la cancelación de la lista*, en *Riv. Dir. Int. le*, 2010, p. 106 y ss.

independiente e imparcial establecido por la ley”. La oficina del Defensor del Pueblo no tiene ningún poder de decisión de anular las decisiones de inclusión de la Comisión de la 1267, el acceso a la información por parte del Defensor del Pueblo sigue siendo dependiente de la voluntad de los Estados de divulgar la información, el sistema carece de transparencia y más en general, “el Defensor del Pueblo no puede considerarse como un tribunal en el sentido del Artículo 14 del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos”.¹⁷

A pesar que los diversos intentos de reforma de los mecanismos y procedimientos establecidos por el Consejo de Seguridad en la última década en la lucha contra el terrorismo no han sido suficientes para hacer frente a las preocupaciones planteadas en conexión con la falta de protección de los derechos fundamentales en estas circunstancias, hay que reconocer que algunos aspectos de las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco de la lucha contra el terrorismo han tenido repercusiones positivas en el ámbito de los derechos humanos. Por ejemplo, el aumento espectacular del número de Estados partes en los convenios internacionales contra el terrorismo, tales como la Convención de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo, cuyos Estados partes pasaron de cuatro (en 2001) a ciento setenta y tres, o en la Convención de 1997 para la supresión de los atentados terroristas con bombas, de veinticuatro a ciento sesenta y cuatro. Gracias a la actividad de información y asistencia de la cted, muchos Estados miembros que no contaban con el delito de terrorismo en su ordenamiento jurídico, lo introdujeron para la criminalización de ciertas conductas y, específicamente, establecieron los elementos del delito, con evidentes consecuencias positivas sobre los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Más recientemente, se aprobó la resolución 1963 (2010), que prorrogó el mandato de la CTED y al mismo tiempo reafirmó una serie de obligaciones a los Estados en la lucha contra el terrorismo, entre las cuales la de asegurar que “todas las medidas adoptadas para combatir el terrorismo cumplan con todas sus obligaciones en virtud del derecho internacional, en particular el de los derechos humanos, los refugiados y el derecho humanitario”. En la misma resolución, el Consejo de Seguridad reconoció “que el terrorismo no será derrotado solamente por la fuerza militar, las medidas

17. A/65/258, párr. 56.

de aplicación de la ley, y las operaciones de inteligencia, y [subrayado] la necesidad de abordar las condiciones que propician la propagación del terrorismo, tal como se indica en el pilar I de la estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo (A/RES/60/288), incluyendo, pero no limitando a, la necesidad de fortalecer los esfuerzos para la prevención eficaz y la resolución pacífica de conflictos prolongados, y la necesidad de promover el régimen de la ley, el Estado de derecho, la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la buena gobernanza, la tolerancia, la inclusión de ofrecer una alternativa viable a los que podrían ser susceptibles al reclutamiento terrorista y radicalización que conducen a la violencia”.

Dejando a un lado la excepcionalidad de la referencia en una resolución del Consejo de Seguridad a una resolución de la Asamblea General, vale la pena señalar que le tomó más de nueve años a partir de 11/9 al Consejo de Seguridad para señalar los medios que han desarrollado con el fin de derrotar internacionalmente el terrorismo. Y cuando lo hizo, se hizo referencia, palabra por palabra, a una resolución de la Asamblea General.

En resumen, inmediatamente después del 9/11, la situación de emergencia “rompió”, algunos de los equilibrios institucionales previstos por la Carta de San Francisco. Puesto que la paz y la seguridad internacionales estaban en juego, el Consejo de Seguridad (de acuerdo con la voluntad de algunos de sus miembros más poderosos) prevaleció. Esta es la forma en que el Consejo no sólo adoptó las resoluciones “en virtud del capítulo VII” a través del cual los Estados miembros estaban obligados a comportarse, con efectos similares a los que se derivan de la adhesión a los instrumentos internacionales (otorgando así al Consejo de Seguridad una especie de “poder legislativo o cuasilegislativo”), a través de las mismas resoluciones algunos órganos subsidiarios del Consejo se establecieron con el mandato bien de enumerar los presuntos sospechosos de terrorismo en todo el mundo, como fue el caso para el régimen establecido por la Resolución 1267 (1999) y sus sucesivas modificaciones, garantizando así los órganos de poder “judicial o cuasijudicial”, para el seguimiento de la aplicación por los Estados de las obligaciones destinadas a la lucha contra el terrorismo, como fue el caso para el régimen 1373. En esta fase de “emergencia” se produjo un “estiramiento excesivo” de las competencias atribuidas al Consejo de Seguridad por la Carta, mientras que la Asamblea General fue pasiva.

En una segunda fase, que comenzó alrededor de 2005, la Asamblea General (con el apoyo del secretario general) reaccionó a través de la aprobación del documento final de la cumbre, el establecimiento (por el secretario general) del Equipo Especial y de la adopción de la estrategia global contra el terrorismo de la ONU. A partir de entonces, tal vez también por la nueva actitud de la Asamblea General y las primeras cuestiones planteadas por tribunales nacionales e internacionales, el Consejo de Seguridad comenzó a tener en cuenta de una manera más concreta los problemas de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. Por lo tanto, adoptó una serie de resoluciones por las que trató de abordar las principales preocupaciones en materia de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.

Sin embargo, las soluciones parecen ser insuficientes, ya que no ofrecen ningún recurso efectivo a los destinatarios de las decisiones del Consejo de Seguridad que tengan repercusiones en el debido proceso y los principios de un juicio justo. Por otra parte, aunque la Resolución 1904 (2009) introdujo importantes modificaciones al régimen de las sanciones previsto en la Resolución 1267 (1999) y se estableció la oficina del Defensor del Pueblo, parece que el Consejo de Seguridad ha perdido una oportunidad histórica para proporcionar recursos efectivos para la exclusión. Uno podría preguntarse si es realista pensar en la atribución de competencias “judiciales” a la oficina del Defensor del Pueblo, ya que esto podría haber socavado la credibilidad del Consejo de Seguridad y sus órganos subsidiarios. Sin embargo, la creación por el Consejo de Seguridad de un órgano que se supone que examinará las actividades de uno de sus órganos auxiliares sin proporcionar a ese órgano de las competencias necesarias para llevar a cabo sus funciones, no aumenta tampoco la credibilidad del Consejo de Seguridad.¹⁸

18. El primer informe de la oficina del Defensor del Pueblo (el canadiense Juez Kimberly Prost, nombrado en junio de 2010), presentado el 24 de enero de 2011, describe la actividad del Defensor del Pueblo en los primeros seis meses de su mandato y contiene observaciones y recomendaciones muy constructivas, que se refieren a la cooperación de los Estados, los procedimientos de exclusión de la lista (seguimiento, notificaciones, motivos de exclusión de la lista), de no divulgación de la identidad de los Estados proponentes, los recursos (S/2011/29).

Esta es la propuesta presentada por Martin Scheinin en su informe final (A/65/258, párr. 75 y ss.).

Con el fin de superar las inconsistencias de los procedimientos y mecanismos creados por el Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo una reforma sistémica de esos procedimientos y mecanismos se ha propuesto recientemente.¹⁹ De acuerdo con esta propuesta, el Consejo de Seguridad deberá, entre otras cosas, “reemplazar las resoluciones 1373 (2001), 1624 (2005) y 1267 (1999) (modificada) con una sola resolución, y no en virtud del capítulo VII de la Carta, con el fin de sistematizar las medidas contra el terrorismo y las obligaciones de Información de los Estados bajo un mismo marco “y” sustituir el régimen de sanciones de conformidad con la resolución 1267 (1999) con el asesoramiento y la asistencia a los Estados miembros en el mantenimiento de sus listas de terroristas nacionales y en los informes sobre ellos, y sobre las garantías del debido proceso disponibles asegurar que la lucha contra el terrorismo del Consejo de Seguridad y sus órganos subsidiarios refleja sistemáticamente el doble papel de promoción y protección de los derechos humanos en la estrategia global contra el terrorismo de las Naciones Unidas, como uno de los pilares de la estrategia y un componente de todos los demás pilares.

Esta propuesta permitiría al Consejo de Seguridad completar, de una forma más “sistémica”, la revisión del sistema de sanciones que creó en los últimos años. La reforma del régimen de sanciones también podría basarse en algunas de las sugerencias reportadas anteriormente, a excepción de la idea de no aprobar una resolución en virtud del capítulo VII de la Carta. En realidad, es difícil como un sistema creado por el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del capítulo VII se puede desmontar (o modificar) por una resolución adoptada por una fuerza legal diferente. Por otra parte, ¿cuál sería el papel de la Dirección Ejecutiva y el equipo de vigilancia, cuyas actividades en la lucha contra el terrorismo (y especialmente en la factorización nominal de los derechos humanos en esta lucha) sin duda han sido cruciales. En términos más generales, ¿cuál sería la repercusión de esta revisión de los mecanismos y procedimientos de otros comités de sanciones creados por el Consejo de Seguridad (por no hablar de los organismos pertenecientes a diferentes organizaciones internacionales, como el Consejo de la Unión Europea), comités que presentar algunas de las

19. Esta es la propuesta presentada por Martin Scheinin en su informe final (A/65/258, párr. 75 y ss.).

características del Comité 1267 y del CCT en relación con las garantías judiciales y los principios del debido proceso?

Otros elementos interesantes sobre el futuro del sistema de la ONU para la represión del terrorismo internacional podrían surgir también de los casos en los que las jurisdicciones nacionales y regionales están tratando con presuntas violaciones de los derechos humanos fundamentales en relación con la aplicación de los regímenes de sanciones de la ONU, creados por las resoluciones 1267 (1999) y 1373 (2001). Por último, las negociaciones están en curso (en mayo de 2011) sobre la renovación del régimen de sanciones relativas a Al-Qaeda y los talibanes, y varias propuestas y sugerencias se han hecho sobre la inclusión, la exclusión de la lista y la oficina del Defensor del Pueblo. El Consejo de Seguridad debe actuar en junio de 2011. Se podría esperar que el tiempo esté maduro para que el Consejo de Seguridad encuentre las maneras de confirmar la evaluación hecha en la Resolución 1963 (2010) y pasar la página de la emergencia mostrando el replanteamiento de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.

Nuevas formas de violencia ante la Corte Penal Internacional (CPI)

Christine Van den Wyngaert

Profesora de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Amberes; juez, Corte Penal Internacional, La Haya

Es un gran honor para mí hablar en esta conferencia, si bien, como un juez, estoy mucho más limitada en lo que yo puedo decir que lo yo estaba en mi vida anterior como académica. Esto es verdad, incluso si me coloco en esta charla diciendo que yo estoy hablando a título personal, y que yo, obviamente, no puedo obligar a la Corte Penal Internacional (CPI). Por tanto, me limitaré a plantear una serie de preguntas, en lugar de tomar posiciones.

Voy a tratar el tema “nuevas formas de violencia ante la Corte Penal Internacional”. Teniendo en cuenta que la CPI solo está comenzando sus primeros casos, no hay, hasta ahora, mucho que decir. Los casos que están actualmente pendientes ante la Corte Penal Internacional, los casos de Lubanga y Katanga, surgen de un conflicto armado internacional que presuntamente se dice que ha ocurrido en el este del Congo, en el momento en que fue ocupado por Uganda. Entre los cargos en Katanga están algunos de los crímenes de género recientemente codificados que se han incluido explícitamente en el Estatuto de Roma (la violación, la esclavitud sexual), lo que sin duda califica como formas de violencia que están, por desgracia, muy presente en el conflicto en el este del Congo. Una característica destacada tanto en el caso de Lubanga y los casos de Katanga es la utilización de niños soldados, un nuevo delito que se ha probado ya ante el Tribunal Especial para Sierra Leona (scsl, por sus siglas en inglés), pero que ahora es el foco del caso Lubanga.

En cuanto a las alegaciones de los hechos, lo que es “nuevo” en esos casos es la gran participación de los civiles en las hostilidades. No solo los niños, sino también las mujeres presuntamente participaron en los saqueos y la destrucción de bienes civiles. Un elemento interesante que aparece en

el expediente es el papel de los doctores-brujos (*feticheurs*) que se dice no solo han administrado sustancias a los combatientes, sino también haber dado instrucciones de combate. Dado que estos casos son *sub-judice*, solo puedo mencionar estas características sin discutir más allá.

Hay un punto concreto en el que me puedo concentrar de forma segura y es el aspecto del “saqueo y robo de los recursos naturales”. Este fenómeno es típico de algunos de los recientes conflictos en África. Él, creo, no ha recibido la atención que merece. Yo puedo hablar con seguridad de este problema, ya que en ninguno de los casos ante la Corte Penal Internacional, se han presentado cargos que se refieran a este fenómeno. La pregunta que quiero examinar brevemente es el estado del derecho penal internacional, cuando se trata de lidiar con el saqueo y el pillaje de los recursos naturales. ¿Es este un delito en sí mismo y, si no, debería ser uno?

Permítanme, por un momento cambiar mi atención de la CPI a un tribunal hermano que ha estado compartiendo nuestra sede en La Haya, el Tribunal Especial para Sierra Leona. Estoy pensando en una reciente diferencia que fue muy publicitada en los medios de comunicación, a saber, el testimonio de Naomi Campbell. Usted puede recordar que la Sra. Campbell fue llamada a La Haya para responder a la pregunta de si había recibido “diamantes de sangre” de Charles Taylor, expresidente de Liberia, acusado de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en Sierra Leona. Los medios de comunicación informaron que el juicio giraba en torno a la utilización de los diamantes de sangre que llenaron de combustible las guerras civiles en Angola, Sierra Leona y Liberia. Si bien esto no es mentira, no se encuentran en ninguna parte diamantes de sangre en el auto de procesamiento contra Charles Taylor. Más aun: mientras que la acusación original (7 marzo 2003) acusaba a Charles Taylor por ser miembro de una Junta Central Electoral (JCE) (asociación para delinquir) con el objetivo de obtener el acceso a la riqueza mineral de Sierra Leona, en particular, su riqueza de diamantes, la acusación enmendada (29 de mayo 2007) no especifica en absoluto el propósito criminal. ¿Por qué es esto, uno puede preguntarse?

En el mismo sentido, cabe señalar que, en los casos ante la Corte Penal Internacional, no se han presentado cargos relacionados con los recursos minerales en Iturri. Sin embargo, el fiscal de la CPI, en una declaración de política en 2003, anunció que iba a investigar los aspectos financieros de las atrocidades. ¿Es que no se encontró evidencia de tales cargos o hay

otra razón? En las declaraciones de política más tarde, el fiscal de la CPI ya no se refirió más a dichas investigaciones financieras.

La explicación puede ser muy simple: el saqueo de los recursos naturales no puede, por el momento, ser un delito de derecho penal internacional, lo que explica por qué no se han presentado cargos hasta el momento. Esto, creo yo, está en agudo contraste con el elemento de hecho que muchos de los recientes conflictos en África y en otras partes giran en torno a los minerales y otros recursos naturales. Si este análisis es correcto, la pregunta que surge es si se trata de un vacío legal que debe ser llenado.

Hay una serie de resoluciones y declaraciones de la ONU que vinculan la explotación ilegal de los recursos naturales en los conflictos armados. Una serie de resoluciones concretas se adoptaron en relación con Sierra Leona [Resoluciones 1306 (2000) y 1856 (2008)] y la República Democrática del Congo (RDC) (Resolución 1625 (2005)]. Varios paneles de expertos de la ONU han abordado el problema y han llegado con pruebas evidenciales que apuntan a diversos actores que participaron en estas actividades, incluido el Estado territorial, los terceros Estados, grupos rebeldes y las corporaciones multinacionales. Se han tomado muchas iniciativas para frenar esta lacra, incluido el sistema de certificación del proceso de Kimberley y las directrices voluntarias para las multinacionales.

La pregunta es si esto es suficiente. Si estas prácticas, además, ¿no pueden contrarrestarse con instrumentos más severos incluido el derecho penal internacional? En cuanto a los casos que están actualmente pendientes ante los tribunales de La Haya, en particular el caso de Charles Taylor, uno tiene la impresión de que el derecho penal internacional no está equipado para ello. ¿Cómo de otra manera se puede explicar que un caso, que parece girar en torno a los diamantes de sangre, no contiene cargos específicos a este respecto?

El único tribunal internacional que hasta ahora ha considerado la cuestión de la explotación ilegal de los recursos naturales es la Corte Internacional de Justicia en la República Democrática del Congo contra Uganda —Caso de Uganda de 2005—. En este caso, el Tribunal examinó la cuestión bajo el Derecho Internacional Humanitario (DIH), en particular las obligaciones de Uganda como potencia ocupante de conformidad con el reglamento de La Haya y el Cuarto Convenio de Ginebra. La Corte Penal Internacional encontró que Uganda era responsable internacionalmente por el saqueo, saqueo y explotación de los recursos naturales de la RDC

cometidos por los miembros de su ejército, la Fuerza de Defensa del Pueblo de Uganda (UDPF), en el territorio de la República Democrática del Congo. Como potencia ocupante, estaba en violación de su deber de vigilancia en lo que respecta a estos actos y por no cumplir con sus obligaciones en virtud del Artículo 43 del reglamento de La Haya de 1907.

Pero, ¿qué delitos, en su caso, fueron cometidos por los soldados UDPF y los rebeldes en la RDC en relación con estos minerales? Otros cargos probablemente podrían ser llevados, señalando horribles crímenes que se cometieron en el proceso (exterminio, asesinato, tortura, tratos crueles, violación y otros delitos de género), pero ¿qué pasa con la actividad central que, si uno sigue las resoluciones de la ONU y las conclusiones de los Paneles de los expertos referidos a la materia anteriormente mencionada: el objetivo de apropiarse de las riquezas de una región, ya sea por motivos particulares u oficiales.

Las acusaciones que posiblemente podrían ser formuladas en el marco del Estatuto de Roma en realidad no parecen encajar en el comportamiento. Por ejemplo, hay una serie de delitos contra la propiedad en el Estatuto de Roma en las que este comportamiento podría ser subsumido. Un ejemplo es el pillaje [(Artículo 8(2)b(xvi) y 8(2)e(v)]. El problema con este crimen es que requiere que la apropiación haya ocurrido “para uso privado o personal” (Elementos del crimen, 2) ¿La apropiación de los recursos naturales con fines de la financiación del conflicto armado calificar para este artículo? ¿Qué pasa con los funcionarios del gobierno que participan en el saqueo de los recursos naturales? Solo podrán ser sujetos del delito si lo cometen “para uso privado o personal”. ¿Qué pasa con las concesiones otorgadas a empresas privadas por los gobiernos o por los rebeldes? Hay muchos otros problemas potenciales que no puedo discutir aquí. Por ejemplo, ¿qué pasa con la “propiedad” de los recursos naturales? ¿Puede un Estado “apropiarse” de sus propios recursos naturales?¹ Aún más problemático, que los efectos de sancionar este tipo de comportamiento, son otras disposiciones del Estatuto, incluyendo “la destrucción o apropiación de bienes” (Artículo 8(2)iv). El saqueo de los recursos naturales podría, en virtud de este artículo, solo ser castigado en los conflictos armados internacionales no en los conflictos armados sin carácter internacional. Otro crimen en el cual

1. Larissa Van der Herik y Daniella Dam-de-Jong, “La participación de las empresas en la explotación de los recursos naturales en los conflictos armados” (manuscrito).

uno podría pensar, pero que no encaja realmente en el comportamiento, es el delito de “destruir o confiscar bienes del enemigo” (Artículo 8(2) b(xiii) y Artículo 8(2)e(xii)).

Yo dije al principio de esta presentación que me limitaría a hacer preguntas, en lugar de dar respuestas. Creo que es apropiado plantear cuestiones de esta naturaleza en un foro como éste. Como ustedes saben, la CPI es mucho menor que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), equipado para llenar vacíos legales o para tener en cuenta la formación de nuevas normas de derecho internacional consuetudinario. En virtud del Artículo 21 de su estatuto, la Corte está obligada a aplicarlo. El derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario, solo se presenta como una fuente secundaria. Como resultado, los vacíos, si existen, deberán ser llenados por los Estados Partes, y no por el propio tribunal.

Sobre el tema de la explotación ilegal de los recursos naturales, tengo la incómoda sensación de que la ley, tal como está ahora, no permite a los fiscales hacer frente a la actividad del abastecimiento de combustible que está detrás de una serie de conflictos armados recientes, la búsqueda de los recursos naturales, y las nuevas formas de violencia armada que van con ellos (utilización de niños soldados, los ataques contra la población civil, la violencia sexual masiva).

Además, está la cuestión de la responsabilidad de los agentes privados, incluidas las empresas multinacionales. Mientras que las empresas no puedan, como tales, ser procesadas por la CPI, los individuos dentro de las empresas y los empresarios privados podrían ser procesados, en teoría.

Aquí, la cuestión es más bien de política: ¿Los empresarios privados califican entre los “más responsables” en el sentido de las líneas guía de la política de los fiscales internacionales? A juzgar por las declaraciones de política del Fiscal de la CPI, en particular la de febrero de 2010, ir detrás de los hombres de negocios no está en su lista. Tal vez se podría argumentar que, a la vista del principio de complementariedad, estos procesos deben más bien ser llevados ante los tribunales nacionales, tales como los recientes procesamientos de empresarios holandeses con estrechos vínculos con Saddam Hussein (Van Anraat) y Charles Taylor (Gus Kouwenhoven), o el caso civil (sin éxito) contra el Talismán en Estados Unidos bajo el Acta de Juicios contra Extranjeros (Alien Tort Claims Act —ATCA). Esto supone, por supuesto, que uno está de acuerdo con la premisa según la cual los

hombres de negocios normalmente no están para ser considerados como el “más alto responsable”.

Uno no puede evitar recordar el destino del pilar económico en los esfuerzos de guerra del régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Visto que (los individuos dentro) Farben y Krupp fueron, al final, enjuiciados en Nuremberg, la sensación es que el pilar económico no fue procesado con el mismo entusiasmo que los pilares políticos y militares del Tercer Reich.² ¿Lo mismo se aplica a los tribunales penales internacionales y a los procesos nacionales por crímenes internacionales básicos? El futuro lo dirá.

2. Florian Jessberger, iclj.

El Derecho Internacional Humanitario, las nuevas formas de violencia armada y el uso de la fuerza

Robert James McLaughlin

Director de Operaciones y el Derecho Internacional, Marina Real Australiana, Canberra

Permítanme empezar por la indicación del gran privilegio que es estar aquí con esta audiencia, y para expresar mi gratitud al Embajador Moreno y el Instituto por esta oportunidad. También debo comenzar con la advertencia de que, como abogado del gobierno, tengo que poner sobre aviso que lo que sigue son mis propios pensamientos y no representan necesariamente los de mi Gobierno.

Mi tema de hoy es un ejemplo de cómo el Derecho Internacional Humanitario (DIH) se manifiesta en nuevas formas en el contexto del uso de la fuerza en relación a los conflictos armados no internacionales. Con este fin, mi tópico se centra temáticamente sobre una reciente enmienda al Estatuto de Roma de 1988 de la Corte Penal Internacional. El 11 de junio de este año, el Estatuto de Roma fue modificado para incorporar una nueva disposición en el Artículo 8, que tipifica como delito, dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI), el empleo en los conflictos armados no internacionales, de balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de envoltura dura que no recubran totalmente la parte interior o que tengan incisiones.¹

Lo que era viejo y fue establecido en el DIH es nuevo y novedoso nuevamente. Este es un ejemplo de un tema que tiene un impacto sustancial en el borde muy afilado del DIH, e ilustra claramente la complejidad de la

1. Véase la Resolución RC/Res. 5, aprobada en la 12^a sesión plenaria, 10 de junio de 2010, en la Conferencia de Revisión de la CPI en Kampala, en www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-RES.5-ENG.Pdf. La enmienda – ahora Art 8(2)(e)(xv) - crea una ofensa, dentro de un conflicto armado no internacional, de *‘El empleo de balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de con una cubierta que no cubre totalmente la parte interior o esta perforado con incisiones’*.

relación entre el derecho internacional humanitario y la ley de los derechos humanos. Esto es particularmente evidente en el hecho de que existe la prohibición en un contexto, pero no se aplica en la otra.

1. Fondo

Una ronda o bala aplanada o ampliada es un cartucho completo de cualquier tipo (o bala) que se deforma en el interior del cuerpo para causar una mayor herida, y así lograr una mayor potencia de frenado. Hace así porque la carcasa dura exterior de la bala no es completa y permite que los metales más blandos en el interior sobresalgan a través de la carcasa y se propaguen, o la propia carcasa se separe aparte. En esencia, esto significa que el diámetro de la bala se incrementa a partir de su diámetro nominal, generando así una señal de herida más significativa. El punto de la comparación es un cartucho o bala con envoltura metálica completa, que puede pasar a menudo a través del cuerpo humano con una mínima deformación y una señal de herida más pequeña. Es, por lo tanto, muy importante reconocer desde el principio que el efecto de un cartucho de aplanamiento o ronda ampliada es también su utilidad, ya que dichos cartuchos o rondas pueden ayudar, en algunas situaciones, para lograr dos resultados: Detención de personas en situaciones en las que pueden no ser detenidos por un cartucho o bala estándar, y la reducción de algunas lesiones incidentales en que es menos probable que pasen a través del cuerpo del objetivo (o de rebote) con el fin de dañar o matar a las personas también detrás o al lado de la meta de la ronda.²

2. La prohibición existente en los conflictos armados internacionales

En 1898, Alemania presentó una protesta ante el Gobierno del Reino Unido en el sentido de que el uso de la Mark- IV bala dum-dum era innecesario

2. Véase, en general, Robin Coupland y Dominique Loyer, “La Declaración de La Haya de 1899 relativa las Balas de Expansión: Un tratado efectivo por más de 100 años, se enfrenta a problemas contemporáneos complejos” en www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_849_coupland_et_loye.pdf.

e inhumano, a causa de las heridas que infligió. El resultado final fue la Declaración de La Haya 3 de 1899 Respecto a las Balas de expansión³. Sin embargo, los sentimientos que inspiraron este importante tratado habían encontrado antes, la expresión más elocuente en la Declaración de San Petersburgo de 1868, que renunció al uso de proyectiles explosivos de menos de 400 gramos de peso, durante la guerra. Estos sentimientos, a lo que la Declaración 3 de La Haya de 1899 hace referencia explícita, fueron:

1. que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo;
2. que para este fin es suficiente desactivar el mayor número posible de hombres;
3. que este objeto sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres, o harían su muerte inevitable;
4. que el empleo de esas armas sería, por tanto, contrario a las leyes de la humanidad.⁴

3. ¿Por qué es un problema hoy en día?

Hay una serie de razones por las que la cuestión del aplanamiento o la ampliación de rondas una vez más se plantea como una cuestión de conciencia en materia de DIH, y en los vínculos entre el derecho internacional humanitario y las leyes sobre los derechos humanos. Me centraré brevemente en cinco. La primera es el hecho evidente que los avances tecnológicos han hecho que el aplanamiento y la ampliación de municiones sea una opción atractiva en ciertas situaciones de uso de la fuerza. Por ejemplo, este tipo de asaltos pueden tener una gran utilidad en el uso de la fuerza en las cercanías de las multitudes, en las operaciones de lucha contra el terrorismo

3. 1899 Declaración de La Haya 3 En cuanto a balas en expansión, en Adam Roberts y Richard Guelff, documentos sobre las leyes de la guerra (Tercera Edición), Oxford University Press, Oxford, 2003, pp 63-66.

4. La Declaración de San Petersburgo de 1868 renuncia al uso, en tiempo de guerra, de proyectiles explosivos inferiores a 400 gramos de peso, en Roberts y Guelff, documentos sobre las leyes de la guerra, pp 53-57. La Declaración de La Haya 3 de 1899 incorpora explícitamente estos sentimientos: “Los abajo firmantes... inspirados en los sentimientos expresados en la Declaración de San Petersburgo del 29 de noviembre (11 de diciembre), 1868”.

que impliquen amenazas inminentes de fuerza (como la recuperación de rehenes y la inminente detonación de bombas), y muy alta utilidad en la lucha contra el operaciones de terrorismo (ct) en aeronaves.

La segunda razón es que muchas fuerzas de policía utilizan las rondas de aplanamiento o de expansión como su ronda o cartucho estándar - precisamente por las cualidades técnicas y utilidades situacionales señaladas hace un momento. Estas rondas pueden mejorar la capacidad de la fuerza policial para reducir las lesiones accidentales y además se consigue la potencia de frenado en el objetivo.⁵

La tercera razón es que algunas fuerzas militares que participan en operaciones domésticas o nacionales pueden utilizar dichas rondas. Algunos también pueden tomar las rondas como parte de su inventario cuando se despliegan en las operaciones en el extranjero —quizás donde pueden contemplarse funciones análogas. También se ha producido un reciente informe, por ejemplo, en el que el Cuerpo de Marineros de USA se está desplazando a una ronda de punta abierta (observando que algunas rondas de puntas abiertas son definibles, a primera vista (prima facie), como una ronda de aplanamiento o la ampliación) como su ronda o cartucho estándar.⁶ Es importante añadir, por supuesto, que Estados Unidos ha informado de que ha limpiado legalmente esta ronda para su uso en escenarios de conflicto armado en enero de 2010. El punto, sin embargo, es que este proceso de control estaría en relación con la aplicación de la prohibición en relación con un conflicto armado no internacional (Afganistán), y habría implicado una evaluación bien de la aplicabilidad general de la prohibición establecida por dicho contexto, y / o de la naturaleza de esta ronda de punta abierta especialmente en relación con los ‘criterios técnicos de “aplanamiento o expansión”

La cuarta razón reside en la campaña de armonizar el Derecho Internacional Humanitario basado en (y en particular las prohibiciones) entre

5. Véase, por ejemplo, Coupland y Loye, “La Declaración de La Haya de 1899” en el 140-141.

6. Véase, por ejemplo, Dan Lamothe, “Los Cuerpos Militares a utilizar munición más letal en Afganistán, Marine Corps Times, 16 de febrero de 2010 en www.marinecorpstimes.com/news/2010/02/marine_SOST_AMMO_021510W/. La ronda se describe como “abierta inclinada compuesta de” un núcleo de plomo típico con un vástago de cobre sólido. El informe cita un documento de la Armada de USA que explica que estas rondas “permanecen en el blanco más tiempo ya en el aire abierto y han aumentado la potencia de frenado bruto a través de una “consistente y rápida fragmentación que reduce el tiempo necesario para provocar la incapacitación de los combatientes enemigos...”.

los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales.

Por último, para aquellos Estados que toman en serio el respeto del DIH, la recientemente re-emergente cuestión de qué partes del DIH aplicable a los conflictos armados internacionales son igualmente aplicables en los conflictos armados no internacionales, ha traído este problema (y muchos otros) dentro del foco una vez más.

4. ¿Cuáles son los problemas?

Como se señaló anteriormente, una enmienda al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por consenso en la Conferencia de Revisión en Kampala en junio de este año, crea un nuevo delito relacionado con el uso de aplanamiento o la ampliación de las rondas en los conflictos armados no internacionales. Este nuevo delito replica eficazmente los elementos de la misma infracción en un conflicto armado internacional, ya incorporado dentro del artículo 8(2)(b)(xix) del Estatuto de Roma.⁷ Hay cinco elementos a la ofensiva⁸ pero es una breve evaluación de los elementos dos, tres y cuatro, que es más significativa para los propósitos actuales:

1. Las balas hayan sido tales que su uso infrinja el derecho internacional de los conflictos armados porque se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.
2. El autor haya sido consciente de que la naturaleza de las balas era tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o el efecto de la herida.
3. La conducta haya tenido lugar en el contexto de, y se asoció con un conflicto armado que no sea de índole internacional.

7 1998 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/o/Rome_Statute_English.pdf.

8 Los elementos del crimen de guerra de emplear balas prohibidas en un conflicto no internacional - actualmente art. 8 (2) (e) (xv) del Estatuto - son: (1) El autor empleó ciertas balas. (2) Las balas fueron tales que su uso infringe el derecho internacional del conflicto armado porque se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano. (3) el autor fue consciente que la naturaleza de las balas era tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o el efecto de la herida. (4) La conducta tuvo lugar en el contexto de, y se asoció con un conflicto armado que no sea de índole internacional. (5) El autor fue consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado. Ver Resolución RC/Res. 5 enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma, Anexo II - Elementos de los Crímenes.

Estos tres elementos encapsulan el meollo de dos cuestiones fundamentales: el principio de la prohibición en los conflictos armados no internacionales, y la aplicación de la ley “acuerdo general “de la prohibición.

4.1. El principio de la prohibición

Lo primero que debemos reconocer es que el Derecho Internacional Humanitario DIH evidencia diferentes fuentes, como entre los conflictos armados internacionales y los no internacionales, por sus prohibiciones separadas y discretas que se aplican sobre la misma arma. En un conflicto armado internacional existe un tratado de III años de edad en que se basa la prohibición (Declaración de La Haya 3. 1899), el cual remite a su vez a un instrumento aún más temprano (La Declaración de San Petersburgo, 1868)), en donde dicha prohibición ha sido refinada y activada en un contexto jurisdiccional dentro del Estatuto de Roma de 1998. En los conflictos armados no internacionales, no existe una prohibición basada en un tratado. Por lo tanto, si existe la prohibición, ella tiene que ser reconocida como derecho internacional consuetudinario, como en efecto el ICRC la tiene en su estudio de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario.⁹ Si bien puede haber un cierto grado de acuerdo en que hay una prohibición consuetudinaria aplicable en los conflictos armados no internacionales, no hubo previamente quizás menos acuerdo en cuanto a la sustancia de la prohibición —los criterios actuales que se aplicarán en la evaluación de una ronda en contra de esta prohibición.

Hay dos métodos para la determinación de los criterios reales impuestos por la prohibición de aplanamiento y expansión de municiones en los conflictos armados no internacionales.

En el primero, yo etiquetaré la prohibición per se. Este enfoque hace hincapié en los aspectos técnicos de los criterios encapsulados en el elemento dos —es decir, si se aplanan y se expanden, entonces, está prohibida. Esta es la opinión que Amnistía Internacional (entre otros) tomó en la Conferencia de Kampala.

9. Véase la Regla 77 en la base de datos de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del ICRC en www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/vl_cha_chapter25_rule77.

En el segundo enfoque yo lo marcaré como el enfoque de prueba “de dos extremidades”. Este enfoque requiere que —además de las cuestiones técnicas abarcadas por el enfoque per se (es decir, en relación con aplanamiento o expansión)— hay un segundo requisito adicional para la prueba (encapsulado en el elemento tres), que es que el efecto de los asaltos es que deben causar un sufrimiento innecesario.

En mi opinión, esta tensión ha sido claramente resuelta a favor del enfoque de dos-extremidades. Los elementos, antes señalados, confirman lo siguiente: El elemento dos cubre las especificaciones técnicas (las balas son tales que su uso infringe el derecho internacional de los conflictos armados porque se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano), pero el elemento tres (el perpetrador fue consciente que la naturaleza de las balas era tal que su utilización agravaría inútilmente el sufrimiento o el efecto de la herida) también requiere expresamente que el sufrimiento innecesario sea un requisito acumulativo más. En Kampala, muchos Estados indicaron su evaluación de que es el enfoque de dos- extremidades es el que es más coherente con su práctica y su visión. Esto ha sido claramente señalado en la Resolución de Implementación por la cual se adoptó la enmienda dentro del Estatuto de Roma, que es explícito en este sentido:

Teniendo en cuenta que el delito contemplado en el artículo 8, párrafo 2 (e) (xv) (emplear balas que se aplastan o se expanden fácilmente en el cuerpo humano), es también una grave violación de las leyes y costumbres de usos aplicables en los conflictos armados que no son de carácter internacional, y comprendiendo que el delito se comete solo si el autor utiliza las balas para agravar inútilmente el sufrimiento o el efecto dañino sobre el objetivo de este tipo de balas, como se refleja en el derecho internacional consuetudinario.¹⁰

Este resultado, en mi opinión, es el resultado correcto, pero debe ser reconocido que trae tres problemas legales consecuentes al juego: el primero es que aumenta el espectro, una vez más, de una cuestión jurídica más amplia y podría decirse sin resolver en el DIH (Derecho Internacional Humanitario). El hecho que el DIH sigue mostrando una importante dificultad en la definición de lo que, precisamente, constituye un sufrimiento innecesario. Es razonablemente claro que debemos definir el sufrimiento innecesario por el efecto. ¿Pero por cuál grupo de “efectos”? Si definimos

10. Ver Resolución RC/Res. 5 enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma, preámbulo, párr. 9.

que por el efecto médico, este es alcanzado principalmente por las comparaciones de la señal de las heridas; el análisis de la señal de la herida de la ronda de aplanamiento o expansión en comparación con la de una de metal redondo con envoltura completa del mismo calibre nominal? ¿O es que la evaluación se efectuará en función de los efectos más prácticos e inmediatamente observables, como los que se considera que son suficientes —en un sentido general o sentido genérico— de tomar al “combatiente razonable” fuera de la lucha (o, de hecho matarlo rápidamente), pero no para causarle heridas o sufrimiento más allá de cualquiera de esos resultados? ¿O es la evaluación por comparación de los efectos la que toma como base de referencia o “grupo de control” lo que realmente estaba prohibido en el momento en el año 1899, ya que fueron balas dum-dum de ese calibre en particular —más grandes, pero más lentas que la mayoría de los tipos de municiones de fusil de campo de batalla de hoy en día— que se caracterizan específicamente como causantes de un sufrimiento innecesario?

El segundo problema que crea este resultado es que esta prohibición en particular es una de las pocas que puede crear situaciones en las que dos normas del Derecho Internacional Humanitario, que en general se refuerzan mutuamente, y en completo acuerdo, en realidad están colocadas en oposición entre sí. Este es el caso en situaciones en que los combatientes y los civiles están íntimamente mezclados, obligando al usuario de la fuerza a elegir, en algunos casos, cual norma sería el mal menor de la violación. ¿Debería el usuario de la fuerza violar la, la prohibición de sufrimiento innecesario para el objetivo, que la ronda de aplanamiento o expansión puede causar (pero al costo de tal vez no detener el blanco de continuar disparándole a civiles o procediendo a detonar una bomba, mientras que es solo moderadamente herido por una ronda de bala de metal redondo con envoltura completa a diferencia de ser sacado de la pelea inmediatamente)? ¿O debería el usuario de la fuerza romper la prohibición de causar daños incidentales excesivos (que en este tipo de situaciones podrían sugerir que el uso de un tipo de ronda o bala que se para dentro del blanco previsto y lo saca fuera de la lucha inmediatamente sería preferible al uso de una ronda que puede causar lesiones incidentales ya sea de rechazo o pasando a través del blanco dentro de los civiles próximos)? En el contexto de la “guerra de tres bloques”, esto no es un dilema hipotético.

La tercera cuestión que se plantea a partir de este resultado es que si esto es cómo los Estados han decidido entender la sustancia, el alcance,

y el efecto de la prohibición del aplanamiento y la expansión de municiones en los conflictos armados de carácter no internacional, ¿no deberíamos aplicar también el mismo nivel de fidelidad interpretativa a la prohibición equivalente en los conflictos armados internacionales? Creo que este es un caso raro en que un concepto ha alcanzado ahora una mayor fidelidad en la legislación aplicable a los conflictos armados no internacionales y podría filtrarse muy bien de nuevo en la forma en que el concepto equivalente es entendido en los conflictos armados internacionales.

4. 2 Contextos de aplicación de la ley

La segunda cuestión importante es lo que podría llamarse “la aplicación de la ley de acuerdo general, como se reflejan ambos en el elemento cuatro (que la conducta haya tenido lugar en el contexto de, y se asoció con un conflicto armado que no sea de índole internacional) y en la resolución de implementación:

Teniendo en cuenta que los elementos pertinentes antes mencionados de los delitos también pueden ayudar en su interpretación y aplicación en los conflictos armados sin carácter internacional, ya que entre otras cosas, ellos especifican que la conducta haya tenido lugar en el contexto de, y se asociaron con un conflicto armado, que consecuentemente confirma la exclusión de la competencia de la Corte de las situaciones de aplicación de la ley.¹¹

Una vez más, la intención de los Estados para especificar y proteger la aplicación de la “ley de acuerdo general subsidiario” es bastante clara y completa. Pero —una vez más— no es necesariamente sencillo. La consecuencia jurídica clara y la realidad es que es lícito para a los agentes del Estado el utilizar el aplastamiento o expansión de rondas contra su propia población para fines de la aplicación de la ley, pero no es lícito que las mismas rondas sean utilizadas por los mismos agentes del Estado contra combatientes enemigos en un conflicto armado.

Esto es un verdadero problema para los conflictos armados no internacionales, puesto que el umbral entre el momento en que una situación

11. Ver Resolución RC/Res. 5 enmiendas al Artículo 8 del Estatuto de Roma, párrafo 7 del preámbulo.

interna cruza la línea entre las alteraciones y los disturbios (regidos por el paradigma de aplicación de la ley y sus fundamentos legales de derechos humanos), y los conflictos armados sin carácter internacional (regidos por el paradigma del conflicto armado), es bastante ambiguo. Por otra parte, también es evidente en el contexto a menudo confuso y multifacético de los conflictos armados sin carácter internacional que las fuerzas militares pueden estar tan involucradas en las operaciones de aplicación de la ley como en las operaciones de combate, en el mismo territorio. La implementación de la Resolución reconoce claramente que las fuerzas militares (por ejemplo, un elemento de las fuerzas especiales) que han sido entrenadas para operaciones policiales nacionales, tales como la recuperación de rehenes de los terroristas, podrían ser también llamadas a llevar a cabo una operación similar contra una banda de delincuentes que no es un grupo armado organizado en el sentido del Derecho Internacional Humanitario (DIH), pero el cual está (por ejemplo) explotando el caos creado en el conflicto armado no internacional al tomar a los trabajadores de asistencia como rehenes con fines de lucro. El que fueran los elementos de las fuerzas especiales quienes llevaran a cabo esta misión, sería claramente una misión de hacer cumplir la ley, y por lo tanto la prohibición de uso de balas aplanchadas o expansivas no se aplicaría a esa misión. La prohibición sería sin embargo una vez más aplicada el día siguiente, cuando el mismo elemento de las fuerzas especiales procediera a la misión de a capturar o matar a un líder insurgente.

Sin embargo, la complejidad es más amplia que puros contextos militares. ¿Cómo, por ejemplo, trabaja la prohibición en situaciones en que la policía civil de la ONU que no se caracteriza tradicionalmente como combatiente, se despliega en un contexto de un conflicto armado no internacional para ayudar a la regulación legal y el Estado de derecho de las operaciones? Contemple un destacamento de la policía en una patrulla combinada, pasando por un pueblo con las fuerzas militares consiguientes brindar seguridad y transporte. La patrulla es atacada por combatientes rebeldes. ¿Es la situación jurídica tal que la policía puede dispararle a los rebeldes con una ronda de aplanamiento o expansión en defensa propia, mientras que el soldado que se coloca al lado del oficial de la policía, que recoge el arma del oficial de policía y dispara contra el combatiente rebelde en respuesta a una ataque, se rige por la Ley de Conflictos Armados, ha cometido un serio crimen de guerra? Podría decirse que sí.

5. Conclusión

La prohibición de aplanamiento y expansión de las rondas en los conflictos armados no internacionales, es un raro ejemplo en el empuje para armonizar y humanizar el Derecho Internacional Humanitario (DIH) que en realidad se ha visto obligado a elegir qué proyecto universalizante perseguir: armonizar o humanizar. En este caso, el impulso de armonizar entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales tiene indiscutiblemente anulado el resultado lógico al que la probablemente la habría dirigido el impulso de humanizar. Creo que este resultado es un fuerte indicador de la vitalidad y la actualidad del proyecto de Derecho Internacional Humanitario (DIH). El hecho que una prohibición basada en un tratado de ciento once años de edad siga considerándose bastante inquietante con respecto a algunas de sus consecuencias que han requerido, en esencia, una declaración formal de aclaración por los Estados —que es lo que sucedió en Kampala— es la más positiva indicación que el DIH sigue evolucionando, y es importante. Se trata de una ilustración sonora de la capacidad del DIH de dar la cara, en lugar de ignorar, nuevos temas y nuevos contextos relacionados con el uso de la fuerza dentro del paradigma del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Treinta años de la Convención CCW 1980. ¿A dónde vamos desde aquí?

Ove Bring

Profesor emérito de Derecho Internacional en la Universidad de Estocolmo y de la Escuela Superior Sueca de Defensa, Estocolmo; miembro, IIDH

La Convención sobre el Empleo de Ciertas Armas Convencionales (ccw por su sigla en inglés) se adoptó con tres protocolos anexos hace treinta años. La propia convención es un texto que coordina las disposiciones generales. El primer protocolo introdujo una prohibición del uso de cualquier arma cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos no localizables, el segundo protocolo introdujo restricciones sobre el uso de minas terrestres y armas trampa y el tercer protocolo introdujo restricciones sobre el uso de armas incendiarias. El enfoque en el uso y no la producción, de ciertas armas significa que se trata de disposiciones de Derecho Internacional Humanitario (DIH) y no de desarme.

En cierto sentido, el ccw ha sido una historia de éxito diplomático y humanitario. La Convención Coordinada o Paraguas se ha manifestado como un documento vivo de derecho internacional, con una capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias. Nuevos protocolos que cubren otros tipos de armas han sido negociados y adoptados. En los círculos diplomáticos el sistema ccw ha creado una actividad animada, con evaluaciones y reevaluaciones. Una conferencia de revisión ha ampliado el alcance de las disposiciones para cubrir también los conflictos internos, el protocolo sobre las minas terrestres se ha modificado para crear un régimen más ambicioso, se han agregado nuevos protocolos sobre armas láseres cegadoras y los restos explosivos de guerra. Las discusiones de seguimiento se llevan a cabo continuamente con reuniones informales de expertos y conferencias regulares de las altas partes contratantes.

Hoy el régimen ccw se da por sentado, pero, hace treinta años, todo el proyecto estuvo a punto de derrumbarse en medio de una crisis repentina. En un momento dado, en la última semana de la conferencia de las Naciones

Unidas, hubo un riesgo inminente que la comunidad internacional viera años de resultados negociados irse por el desagüe.

Recuerdo perfectamente aquellos días de octubre de 1980. Yo estuve presente como miembro de la delegación sueca. Los delegados sabían que el más importante protocolo de las negociaciones, a saber, el relativo a las armas incendiarias, dependía de un cambio de la posición de los USA. El punto de vista de los Estados Unidos era que solo la reducida categoría de “armas de llama” debería ser restringido. Esto fue considerado totalmente insuficiente por la mayoría de las delegaciones, y sin un protocolo sobre Incendiarrios no habría convención. No se consideraba que valiera la pena. Pero el jefe de la delegación de USA. había indicado que nuevas instrucciones eran posibles. Durante la última sesión las palabras en realidad provinieron de Washington y la administración del presidente Jimmy Carter expresó que un reglamento general estaba bien. Los participantes en la conferencia se regocijaron. Sin embargo, demasiado pronto.

De repente, la delegación soviética tuvo problemas. Solo podía aceptar restricciones sobre las armas de fuego. Esto fue una sorpresa para todo el mundo fuera del bloque del Este. Al principio los soviéticos habían criticado a los Estados Unidos y a la OTAN por no ser lo suficientemente humanitarias y ahora era evidente que se habían escondido detrás de la parte posterior de los países de la OTAN, con la esperanza de que Occidente protegiera sus propios intereses militares. Desde el punto de vista de relaciones públicas esta revelación de humanitarismo falso fue una catástrofe. Pero los medios de comunicación todavía no sabían acerca de esto. El jefe de la delegación soviética pidió nuevas instrucciones. En el último momento se recibió un mensaje de Moscú que estaba bien seguir adelante con la amplia categoría de armas incendiarias. La conferencia se salvó. El CCW se produjo.

El título completo de la convención es un poco largo y difícil: Convención de las Naciones Unidas sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales (CCW) que puedan considerarse excesivamente nocivas o de tener efectos indiscriminados. Las referencias a “excesivamente nocivas” y “efectos indiscriminados” reflejan criterios del derecho consuetudinario, lo que implica que cualquier texto en la Convención general que las partes hayan acordado será sin duda, aunque no de forma automática, visto como requerido por el derecho consuetudinario.

Esto es importante para evaluar el valor del Protocolo I sobre fragmentos no localizables. Aunque se podría argumentar que el Protocolo no

tiene sentido, ya que no se han producido nunca balas de plástico que en el cuerpo humano se escapen de la detección por rayos x, también podría decirse que el mensaje humanitario que el Protocolo transmite se podría convertir en un argumento útil de derecho consuetudinario para futuras negociaciones sobre otras armas de efectos similares. Así el Protocolo I tiene la capacidad de servir como organismo de control en el futuro.

El Protocolo II sobre minas terrestres existe en dos versiones, la original de 1980 y la más ambiciosa, el Protocolo II enmendado de 1996. Un debate ya ha comenzado de si sería posible dar por terminado el Protocolo de 1980 y lograr la universalidad del Protocolo enmendado. Esta discusión continuará. De los 12 países que son partes en el Protocolo II original, pero no en el Protocolo enmendado, se dicen estar dispuestos a adherirse a este último. Es necesaria una transferencia adicional de las partes, si el protocolo original se va a terminar.

El grupo de expertos existentes en el Protocolo II enmendado (AP II) analiza estas cosas continuamente. También se discute la cuestión de los Artefactos Explosivos Improvisados (IED por su sigla en inglés). Ellos se improvisan en el sentido que los remanentes de la guerra son usados como ingredientes en armas hechas en casa, y esto muy a menudo en situaciones vinculadas con el terrorismo. Las discusiones ied no necesariamente resultan en propuestas de nuevas normas, sino que son básicamente una cuestión de aplicación de algunos artículos en el Protocolo II (AP II) sobre la protección de los civiles.

La cuestión de las minas navales no está cubierta por CCW pero fue discutida durante la “guerra del petrolero” de finales de 1980. Se podría —y debería— ser discutido de nuevo en el futuro.

El Protocolo III sobre armas incendiarias ha dado lugar a algunos puntos de vista e interpretaciones diferentes. Es importante analizar las declaraciones y argumentos que están siendo presentados en este contexto. Las partes en CCW deberán vigilar la discusión y el objeto de las reservas sobre las futuras opciones de uso que se desvían del objeto y fin del Protocolo.

El Protocolo IV sobre armas láser cegadoras fue adoptado en 1995 durante la fase inicial de la Conferencia de Examen en Viena. Está prohibido el empleo de armas láser específicamente diseñadas para causar ceguera permanente. Las partes no podrán transferir esas armas a cualquier entidad estatal o no estatal. Esta disposición va más allá del Derecho Internacional Humanitario y entra en el ámbito del control de armamentos.

Cuando se adoptó la disposición básica sobre la no utilización no podía ciertamente decirse que era parte del derecho consuetudinario. Pero cuando el Comité Internacional de la Cruz Roja (ICRC por su sigla en inglés) publicó un estudio sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario diez años más tarde (2005), en ella aparece anotada la prohibición de láser anti-ojo como de derecho consuetudinario en la Regla 86. Recientemente, el Comité oficial sueco de DIH aceptó y confirmó la posición del ICRC. El CCW, que resultó, a través de su Protocolo IV, puso en marcha un desarrollo legal rápido.

Después de dos años de intensas negociaciones las partes del CCW lograron en 2005 la adopción de un Protocolo V sobre los restos explosivos de guerra. Algunos Estados han tratado de limitar el texto a un documento político no vinculante, pero la mayoría quiso emplear el método ahora ya tradicional de la Convención CCW de añadir un protocolo jurídicamente vinculante a otro. El Protocolo V está a la vanguardia del derecho internacional humanitario, ya que va más allá de la situación del conflicto armado y regula los problemas posteriores a un conflicto. El grupo de expertos sobre el Protocolo V será quien en el futuro continúe con el debate sobre la mejor manera de poner en práctica los diferentes artículos del Protocolo. Esto se hará con arreglo, entre otros en los siguientes rubros: limpieza, remoción y destrucción de los restos explosivos de guerra, asistencia a las víctimas, cooperación y asistencia, registro, conservación y transmisión de la información. El grupo de expertos también abordará el tema de los artefactos explosivos improvisados en la medida en que caerían bajo el Protocolo V.

El proceso en curso del grupo de expertos en relación con el Protocolo II enmendado y el Protocolo V muestra que la CCW es un instrumento vivo e importante del Derecho Internacional Humanitario. La Convención tiene actualmente ciento trece partes. La universalidad es constantemente alentada. Las discusiones también están avanzando en un proyecto de protocolo sobre municiones en racimo, con quizás un paralelo menos ambicioso al Convenio de Dublín/Oslo, de la misma manera como el Protocolo Enmendado II es un paralelo menos ambicioso a la Convención de Ottawa sobre las minas terrestres antipersonales. Muchos Estados no se adherirán al Convenio de Dublín/Oslo, ya que consideran que es demasiado amplio en algunos aspectos. Un menos ambicioso Protocolo CCW sobre municiones en racimo haría posible a los mismos Estados, el ser

parte de un importante proceso de Derecho Internacional Humanitario, la ilegalización sucesiva de las armas de racimo.

¿Hay otros temas que se deberían discutir en el futuro? Durante el período de sesiones de 1979 de la Conferencia de la ONU la CCW aprobó una resolución sobre las armas de pequeño calibre. La resolución del 23 de septiembre 1979 no deberá olvidarse. La Conferencia invitó a los gobiernos a llevar a cabo nuevas investigaciones e hizo un llamamiento a todos los gobiernos para ejercer el máximo cuidado en la elaboración de sistemas de pequeño calibre de armas, a fin de evitar una intensificación innecesaria de los efectos nocivos de dichos sistemas. Otras investigaciones se han llevado a cabo en Suiza. El tiempo de pronto puede estar maduro para un Protocolo VI o VII en sistemas de pequeño calibre. El tiempo lo dirá. La próxima conferencia de examen se celebrará en 2011.

Armas de control y Derecho Internacional Humanitario

Carlo Trezza

Presidente de la junta asesora del secretario general de la ONU para asuntos de desarme; codirector y asesor diplomático, CASD (Centro Italiano de Estudios alto Defensa), Roma

El factor humanitario fue el motivo original que llevó a la comunidad internacional a participar en la esfera del desarme y la no proliferación. Las limitaciones y prohibiciones de armas que causan sufrimientos excesivos o “daños inaceptables”, tanto a los guerreros como a los civiles se remontan antigüedad. Las restricciones a los tipos de armas permitidas en los conflictos armados han existido durante miles de años, los códigos antiguos de medios prohibidos de guerra y métodos de guerra considerados inhumanos. La atención fue concentrada principalmente en las armas convencionales, ya que, hasta el siglo xx, eran las únicas armas disponibles. Pero aún hoy el desarme humanitario se centra principalmente en las armas, ya que son ellas las que se utilizan en los conflictos internacionales y domésticas y causan prácticamente la totalidad de las víctimas y el sufrimiento. Sin embargo, las bajas y sufrimientos, causados por las armas químicas durante la Primera Guerra Mundial fueron el factor determinante que llevó a que el Protocolo de Ginebra de 1925 prohíba el uso de armas químicas/biológicas en los conflictos armados, lo que abre el capítulo del desarme humanitario con respecto a las armas de destrucción masiva.

No me detendré en los distintos tipos de armas prohibidas por la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (ccw por su sigla en inglés), que, con sus cinco protocolos, es el principal corpus del Derecho Humanitario dedicado al desarme humanitario. Otro orador se ha pedido para hacer frente a este problema. Permítanme solo decir que un cuerpo tan fundamental de la legislación, la cual, tiene la ventaja de haber sido negociado en un marco genuinamente multilateral, está siendo cuestionada y reemplazada por procesos de negociación complementarios y competitivos desarrollados por los países que desean normas más estrictas

en materia de desarme humanitario. Este es principalmente el caso de la Convención de Ottawa de 1997 sobre la prohibición de las minas terrestres antipersonales, cuyas disposiciones van más allá de la norma sobre las minas contenidas en el Protocolo CCW 2. La característica principal de la Convención de Ottawa es la prohibición de la posesión, uso, transporte y acopio de toda una categoría de armas que matan y mutilan a civiles y militares durante los períodos que van mucho más allá de la duración de los conflictos en las que se utilizaron. Sin embargo, otra peculiaridad de la Convención es que fue lanzado por un número relativamente pequeño de países animados por el deseo común de una norma más ambiciosa para ser finalizada en un plazo que no era posible poder lograr mediante un proceso verdaderamente multilateral. El proceso de Ottawa fue utilizado como término de referencia principal y precedente de los últimos logros en el campo del desarme humanitario: la Convención de Oslo sobre la prohibición de las municiones de racimo, que entró en vigor el 1 de agosto de este año. El tipo de armas objeto de este Convenio es diferente, pero la mayoría de las características de este nuevo acuerdo es similar a la Convención de Ottawa. La principal diferencia es que, a diferencia del acuerdo de las minas terrestres, que prevé la prohibición total, la Convención de Oslo permite excepciones para algunas municiones muy específicas que se consideran no causan daños inaceptables. Al igual que la negociación de Ottawa, el proceso de Oslo se inició con un pequeño número (46) de los países de ideas afines y en ambos casos se logró la entrada en vigor en un tiempo relativamente corto si se compara con el período de tiempo que suele ser necesario para finalizar un acuerdo en un marco lateral genuinamente múltiple. La otra cara de la moneda, sin embargo, es que muchos de los jugadores internacionales más importantes, los principales poseedores, los productores y, en algunos casos, los usuarios de este tipo de armas no participaron en el proceso de negociación. Países como Estados Unidos, Rusia, China, India, Pakistán y otros tienen como denominador común, a saber, el hecho de que no se han adherido ni a los Convenios de Ottawa ni a los de Oslo. Esta es probablemente la principal debilidad de los dos procesos y hace de la universalización una de sus principales metas y desafíos. Sin embargo, con 133 firmas y 156 ratificaciones de la Convención de Ottawa y 107 firmas y 30 ratificaciones para el más reciente Convenio de Oslo, se ha alcanzado una masa crítica de participación y la existencia misma de estos convenios ha condicionado el comportamiento, incluso

de países que no se han adherido a ellos. Ellos ahora son mucho más prudentes antes de usar o exportar armas que han sido estigmatizadas universalmente a través de los dos convenios. Algunos países aceptan adherirse a las convenciones sin haber participado en las negociaciones.

La introducción de armas nucleares en la ecuación estratégica después de la Segunda Guerra Mundial cambió la naturaleza y los objetivos de desarme y control de armamentos. La misma existencia de armas de destrucción masiva y su posesión por algunos Estados tuvieron un impacto en el equilibrio estratégico y la obligación de la comunidad internacional para ampliar el discurso del control de armas / no proliferación más allá del factor humanitario. Los arsenales químicos, biológicos y nucleares se convirtieron en un elemento primordial de la agenda de desarme. La prohibición del uso, motivada por razones humanitarias, es insuficiente para mantener el equilibrio estratégico: las prohibiciones tuvieron que ser ampliadas a la producción y posesión e incluyeron también la destrucción de las existencias y verificación. Por tanto, la prohibición de uso contenida en el Protocolo de Ginebra de 1925 se reforzó con la aprobación de la Convención sobre Armas Biológicas de 1972 y la Convención sobre Armas Químicas de 1993, que proporcionan ambas una prohibición total. Ambos convenios, pero sobre todo este último, se consideran “casos de éxito”, ya que prohíben, en forma jurídicamente vinculante, categorías enteras de armas de destrucción masiva. En el caso de las armas químicas como un compromiso verificable y ejecutado por una organización internacional de carácter permanente: la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ), con sede en La Haya.

Hay una tendencia a poner las armas químicas/biológicas y nucleares en la misma cesta. Sin embargo, las armas nucleares son diferentes desde muchos ángulos. Hay en primer lugar una diferencia jurídica: a diferencia de las armas químicas y biológicas, las armas nucleares no están totalmente prohibidas. Por otra parte, a pesar de que las armas químicas se han utilizado en los últimos conflictos, ya no se considera que tienen valor militar significativo: pueden matar a la gente, pero, a diferencia de las armas nucleares, no pueden destruir objetivos militares: armas de terror en lugar de armas de guerra. Las negociaciones sobre las armas nucleares han tenido lugar por motivos estratégicos, más que por razones humanitarias hasta ahora. Sin embargo, la comunidad internacional abordó la cuestión humanitaria en particular con motivo de la opinión consultiva de la Corte

Internacional de Justicia de 1996, sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares. Se abordó la cuestión de la compatibilidad de la amenaza o el uso del derecho internacional humanitario. La Corte indicó unánimemente que la amenaza o el uso de armas nucleares deben ser compatibles con los requisitos de la ley internacional aplicable a los conflictos armados y a los principios del derecho humanitario, el uso sería generalmente contrario a dichas leyes. Sin embargo, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o uso sea legal o ilegal “en circunstancias extremas de legítima defensa en las que la supervivencia misma de un Estado pueda estar en juego”. La Corte también indicó unánimemente la obligación de perseguir y llevar a su conclusión las negociaciones con miras al desarme nuclear.

No tuvo lugar en los años que siguieron una importante evolución a esta pregunta, uno puede recordar, sin embargo, que las llamadas “garantías negativas de seguridad”, ampliamente debatidas en la Conferencia de Desarme y dentro del proceso de la de no proliferación de las armas nucleares encarnan el concepto, lo cual tiene implicaciones humanitarias, que las armas nucleares no deben ser utilizadas contra Estados sin armas nucleares. También se puede recordar el histórico discurso del presidente Barak Obama de Estados Unidos en Praga en abril de 2009, donde se mencionan las implicaciones morales del uso de armas nucleares. El papel activo del secretario general de Naciones Unidas en la promoción del desarme nuclear ambiente también merece ser reconocido. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha estigmatizado sistemáticamente el uso de armas de destrucción masiva en general, y en abril de este año, en vísperas de la Conferencia de Examen del Tratado de No Proliferación (NPT), el presidente del ICRC, Dr. Jakob Kellenberger, hizo una importante declaración pública al Cuerpo Diplomático de Ginebra, dedicada exclusivamente a las armas nucleares. Concluyó con un llamado a aprovechar “la oportunidad única ahora a la mano para que la era de las armas nucleares llegue a su fin”.

El objetivo, más y más ampliamente compartido por la comunidad internacional, de un mundo sin armas nucleares, tiene implicaciones humanitarias. Tal objetivo fue reconocido por consenso en el Plan de Acción acordado en mayo pasado en la Conferencia de revisión del TNP en Nueva York. La Conferencia también expresó, por primera vez, profunda preocupación “por las consecuencias humanitarias catastróficas de cualquier

uso de armas nucleares” y reafirmó la necesidad de que todos los Estados en todos los tiempos “para cumplir con el derecho internacional aplicable, incluido el Derecho Humanitario Internacional”. La dimensión humanitaria, se ha afirmado así como una cuestión susceptible de discusión futura. Su presencia en la parte consensuada del documento final del NPT del pasado mes de mayo es una de las importantes conclusiones de esa Conferencia.

II. La privación de libertad en los conflictos armados y otras situaciones de violencia

Actuales desafíos que enfrenta la OTAN con relación a la detención

Sheila Archer

Capitán de las Fuerzas canadienses; consejera jurídica, SHAPE; exasesora legal principal, ISAF, Bruselas

El tema que estoy hablando hoy son los desafíos actuales de la detención en las operaciones de la OTAN. Limitaré mis comentarios a las operaciones actuales de la OTAN, así como limitaré mis comentarios, en su mayor parte, a la misión de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) y no abordaré otras misiones en detalle.

Como abogada del gobierno canadiense es importante para mí proporcionar la advertencia que estoy aquí para hablar solo de las operaciones de la OTAN, no estoy hablando en una capacidad nacional como oficial canadiense de la Oficina del Auditor Judicial General y tampoco estoy hablando como portavoz oficial de la OTAN. Estoy hablando aquí en mi propia capacidad, únicamente, y las opiniones que se ofrecen son de mi exclusiva responsabilidad.

Lo que me propongo hacer es ofrecer una visión general para darle un poco de contexto, para que los debates de esta tarde con respecto a la ley que se aplica en realidad tengan unos antecedentes en que apoyarse. Voy a hablar de la de la OTAN y de cómo la naturaleza de la organización asegura que se trata de las naciones miembros, en lugar de la OTAN como institución, quienes controlan las operaciones que se llevan a cabo, así como la forma en que se llevan a cabo estas operaciones. Este control nacional es especialmente evidente con respecto a ciertos aspectos y, particularmente relevante para los debates de hoy, en el área de detención.

Me doy cuenta de que hablar de la naturaleza de la OTAN, cómo llega a sus decisiones y cómo se llevan a cabo sus operaciones pueden ser muy bien conocido por algunos de ustedes aquí, pero puede haber otras personas que no son conscientes de cómo estos procesos se llevan a cabo. Creo que es importante que ustedes entiendan cómo esas decisiones se alcanzaron

realmente para apreciar el impacto de este proceso, en particular, sobre las operaciones de la OTAN. A continuación, tendrán una situación de hecho para colocar en el contexto legal que se discutirá esta tarde.

Saber que la OTAN lleva a cabo su proceso de toma de decisiones por consenso es vital para la comprensión de cómo en realidad se llevan a cabo las operaciones de la institución; la OTAN no es una organización supranacional. En cambio, es una organización de veintiocho naciones “que vuelan en formación cerrada”. Se necesita un considerable esfuerzo para decidir dónde y cómo la formación va a volar. Cada una de las veintiocho naciones que integran la OTAN tiene un representante que se sienta en el Consejo del Atlántico Norte. Las veintiocho naciones del Consejo del Atlántico Norte deciden si, cuándo y cómo se van a realizar las operaciones de la OTAN.

Cada una de las naciones está obligada por el derecho internacional. También están sujetas a su legislación nacional y, además, se ven afectadas por procesos judiciales en curso, las investigaciones judiciales y otras cuestiones que con frecuencia afectan a sus políticas nacionales. También se ven afectadas por los problemas políticos internos que surgen en sus países, mientras que las operaciones están en curso, incluyendo, por supuesto, la pérdida de tropas y otras cuestiones políticas, en particular la cuestión del apoyo continuo a las misiones en curso.

Todas las naciones deben ser parte del consenso del Consejo del Atlántico Norte, cualquiera de esos veintiocho países puede, a través del rompimiento del silencio, efectivamente vetar cualquier decisión sobre las operaciones que se llevarán a cabo por la OTAN. Alternativamente, cualquiera de ellas puede sugerir cambios. Al final, todas ellas deben ser parte del consenso.

No importa si una nación en particular participará en una operación concreta o no, para que aún deba ser parte del consenso. Esto se debe a que la OTAN toma decisiones como alianza y cada miembro de la alianza tiene un voto igual. Por lo tanto, cada nación debe estar de acuerdo con las que operaciones que se llevarán a cabo. Esto es comprensible, ya que cada uno de esos países tiene la responsabilidad de garantizar que las decisiones nacionales que se necesitan y de sus acciones en las operaciones de la OTAN están de acuerdo con el derecho internacional. Al tomar estas decisiones y en la participación en operaciones de la OTAN, los países miembros no pierden derechos o responsabilidades soberanas. Más bien,

cada nación tiene que estar satisfecha con respecto al sustento legal para cada operación y, sobre todo si participa directamente en la misión, que los detalles de lo que será la tarea de la operación cumplan con su propia ley y sus políticas. Como será evidente para ustedes en el proceso, la OTAN solo puede actuar cuando existe suficiente voluntad política en los estados de los gobiernos miembros para que lo haga.

El Consejo del Atlántico Norte toma los planes operativos que han sido propuestos por las autoridades militares, examina esos planes y toma una decisión sobre si procederá o no la OTAN a llevar a cabo la operación. El Consejo del Atlántico Norte tendrá que estar convencido de que hay bases suficientes en el derecho internacional para sustentar la operación antes de que sea aprobada. Los cambios en el funcionamiento pueden aparecer con el tiempo, los cambios en el plan operativo también van ante el Consejo del Atlántico Norte para su aprobación. Algunos cambios son significativos y pueden implicar operaciones de bastante alta intensidad, tales como la expansión en el sur de Afganistán. El Consejo del Atlántico Norte también aprueba el reglamento de compromiso de la OTAN para cada misión de la OTAN. Es el único cuerpo que tiene la autoridad dentro de la OTAN para autorizar reglas de compromiso para las operaciones de la OTAN. Las reglas de compromiso son la autoridad, otorgada por el Consejo del Atlántico Norte y basadas en el derecho internacional, para que las fuerzas de la OTAN puedan usar la fuerza en una operación de la OTAN. Las reglas de compromiso dictan cuánto se puede utilizar la fuerza y en qué circunstancias.

El resultado de estas medidas es que las reglas de compromiso de la OTAN pueden, de hecho, ser un poco más estrechas que lo que la ley internacional permite en realidad. La regla básica es que las reglas de enfrentamiento no puede ser nunca más amplias que la ley, sino que a menudo son más estrechas que la ley.

Las naciones individuales que están contribuyendo fuerzas para la operación de que se trate tomarán las reglas de compromiso de la OTAN y las aplicarán a sus fuerzas. Esas naciones, ya se habrán asegurado que las normas de intervención cumplan con su propia interpretación del derecho internacional, ahora aplicarán también la legislación y las políticas nacionales en el sentido de cómo sus fuerzas llevarán a cabo la operación. Algunas de estas diferencias pueden ser menores, mientras que otros pueden ser más importantes y pueden involucrar a las naciones para colocar

las llamadas “advertencias” en las reglas de compromiso de la OTAN. En este caso, el país tendría las normas de intervención que han sido aprobadas por el Consejo del Atlántico Norte y luego impondría mayores restricciones sobre lo que sus propias tropas son capaces de hacer. Las fuerzas de ninguna nación pueden usar más fuerza de lo que el Consejo del Atlántico Norte ha autorizado pero puede ser más restringida.

Sin embargo, a pesar de lo que las diferencias nacionales puedan existir, todas las naciones de la OTAN que participan en una operación se pueden pintar con la misma brocha y pueden soportar el peso de la controversia a raíz de un compromiso, independientemente del país que en realidad este llevado a cabo ese compromiso táctico particular. El resultado de ese enfrentamiento táctico es a menudo compartido por todos, para bien o para mal.

También debo mencionar que las reglas de enfrentamiento de la OTAN no restringen de ninguna manera a ninguno de los países miembros o de sus nacionales para tomar medidas en defensa propia.

Ahora usted puede imaginar, a pesar del acuerdo en los niveles superiores, que es cuando las cosas se ponen realmente en práctica cuando las diferencias en las perspectivas nacionales afectan a cómo se llevan a cabo misiones. Se respetan las interpretaciones nacionales de la ley y también las limitaciones de las políticas nacionales, manteniéndose siempre dentro de los límites de lo que fue autorizado por el Consejo del Atlántico Norte y el cumplimiento de las normas adicionales de la OTAN que han sido acordados y que se aplican a la operación. Existen diferencias en la interpretación de defensa personal y también hay diferencias en por cuales tratados nacionales están obligadas y así sucesivamente. Pero, en general, las cosas proceden de una forma bastante predecible, lo cual es importante ya que permite a los países de la OTAN operar juntos de manera efectiva. Para ello, los participantes deben ser capaces de anticipar cómo otros participantes llevarán a cabo las operaciones.

Ahora, el proceso de toma de decisiones de la OTAN puede sonar muy inconexo. Sin embargo, el hecho de que esas decisiones requieren consenso proporciona fuerza particularmente en términos de credibilidad y ayuda a garantizar la cohesión de la OTAN cuando no avanzamos. Todas las naciones de la OTAN se han inscrito al plan de operación y a las normas de intervención y todas son parte de esa decisión. Deben actuar de acuerdo con sus propios requisitos legales porque ellos mismos, como naciones,

conservan la responsabilidad de cumplir con la legislación internacional y nacional. Ellos son responsables de sus decisiones y de la forma en que sus tropas llevan a cabo las operaciones tanto para el público nacional como internacional.

Lo más importante, son las naciones las que realmente tienen la capacidad de mantener las normas de derecho internacional a través de su autoridad para investigar y castigar a los potenciales miembros de sus propias fuerzas armadas que violan la ley internacional o doméstica. A través de esto, las naciones controlan la acción de sus tropas y garantizan que la ley se aplica de hecho en la ejecución de las misiones que sus tropas realizan. No es la OTAN quien tiene esa autoridad para castigar y, por lo tanto, la verdadera capacidad de controlar directamente la conducta de las tropas. Más bien, es que cada nación tiene la autoridad y la responsabilidad de hacerlo.

Ahora quiero hablar de la detención en el marco de la ISAF en particular. Sin embargo, no lidiaré con la detención en el contexto de otras operaciones de la OTAN, en particular contra la piratería. Por el momento, la OTAN está a la espera de la conclusión de acuerdos que le permitirán la transferencia de sospechosos de piratería con otros estados, por lo que la OTAN no está en realidad deteniendo a ninguna persona dentro de la misión contra la piratería. Las naciones que participan en misiones de la OTAN, entre ellas contra la piratería, pueden tener la autoridad para detener a personas bajo sus normas nacionales, pero en el momento es en la ISAF en donde vemos predominantemente la característica de la detención de las operaciones de la OTAN.

En el contexto de la ISAF, la OTAN proporciona pautas generales sobre cómo deben llevarse a cabo las detenciones en relación con esa misión a través de los procedimientos operativos permanentes de la ISAF. Dicho documento establece las expectativas para las unidades militares y comandantes que están participando en las operaciones ISAF de la OTAN y no se aplica a otras operaciones militares en el escenario. El señala la dirección general en las cosas que no creo que nadie en esta sala hallaría controversiales. Esas instrucciones se refieren a las normas de tratamiento médico, separación entre los géneros y así sucesivamente, y también con respecto a las condiciones básicas en que las personas han de mantenerse. Sin embargo, el documento es claro en lo que respecta al hecho de que corresponde a cada país participante cumplir con su responsabilidad de sujetarse al

derecho internacional y, también, que son los jefes de las naciones quienes han de garantizar el cumplimiento de esas responsabilidades legales.

La OTAN, junto con otros actores en Afganistán, se comunica con el ICRC en relación con la información pertinente. Pero, a pesar de que ayuda a las naciones, la OTAN no asume las responsabilidades nacionales y no impide ni limita a las naciones para cumplir con sus responsabilidades. Los temas de hoy, que voy a tratar como las condiciones, el tratamiento y la transferencia se tratan a nivel nacional en el contexto de las misiones de la ISAF, aunque dentro de ciertas expectativas creadas por la OTAN. Una vez más, como ya he dicho antes, este proceso funciona porque las naciones conservan sus responsabilidades y son capaces de cumplir con ellas a través de ejercer el control de sus fuerzas mediante sus sistemas disciplinarios y otros. Son las naciones quienes tienen la capacidad de garantizar que las normas se cumplen por su personal que está en Afganistán.

Ahora, los objetivos de la OTAN en la misión ISAF incluyen la defensa de los estados de la OTAN de nuevos ataques y la ayuda al gobierno de la República Islámica de Afganistán para extender su control a través del país, la OTAN también tiene como objetivo, por supuesto, no permitir que un refugio seguro exista o se cree en Afganistán para poner en peligro a las naciones de la OTAN.

Hay muchas tareas conectadas en relación con estos objetivos y que estoy segura que ustedes pueden imaginar, y que las fuerzas de la OTAN que participan en las misiones ISAF tienen la capacidad de usar la fuerza, fuerza significativa incluyendo la fuerza letal en algunas circunstancias, a fin de lograr esas tareas. Con respecto a la detención, las fuerzas de la OTAN pueden detener en defensa propia, pueden detener para protección de la fuerza y pueden detener con el fin de cumplir con su misión. Aunque hay mucho debate sobre la naturaleza del conflicto en Afganistán, estableciendo el Artículo 3 como un estándar mínimo de tratamiento algo acerca de lo cual no creo que haya mucho debate, sobre todo en relación con la parte internacional del conflicto que involucra tropas internacionales. Es, por supuesto, en el interés de la ISAF, así como de las naciones que participan el aseguramiento del cumplimiento de tales normas. La intención es que estas normas es que deberán ayudar a facilitar el retorno a la paz y ayudar al gobierno de la República Islámica de Afganistán en el ejercicio del control sobre su territorio.

La responsabilidad se encuentra de lleno en la canasta de cada país participante para dar dirección, dentro de los límites de las aprobadas reglas de

compromiso de la OTAN, en cuanto a la forma en que sus tropas llevarán a cabo las detenciones, son sus tropas quienes realmente toman las decisiones de si se debe detener a un individuo o no en el curso de las operaciones y quien se ocupará directamente con esa persona una vez detenido. Junto con el derecho de detener va el derecho de buscar y desarmar a los detenidos y para recolectar evidencia. Esta situación puede plantear algunas cuestiones jurídicas interesantes en el futuro a medida que la misión avance y que los tribunales afganos se hagan más desarrollados y las autoridades afganas recaben más pruebas para su uso en los procesos. Sin embargo, los soldados no son policías y no son expertos en la recopilación de pruebas. Además, la recogida de pruebas en la escena de un enfrentamiento militar no siempre es una tarea fácil. Por el contrario, una zona de poscompromiso es a menudo un lugar muy arriesgado y no siempre es posible reunir las pruebas, suponiendo que haya pruebas para recoger. Al margen de otras cuestiones jurídicas relativas a lo que podrían ser tareas militares apropiadas o no, desde el punto de vista práctico, cualquier ayuda real, necesitará un entendimiento de lo que sería admisible y de los requisitos de control de la prueba de tal manera que lo que en realidad podría ser presentado ante el tribunal tendría que ser desarrollado. La recopilación de pruebas es una cuestión a la que tendremos que seguir haciéndole frente, estamos haciendo esfuerzos, pero es un desafío.

Con respecto a los propios detenidos, las naciones conservan la obligación de notificar al CICR. Independientemente de la participación de la OTAN en el nivel de la escena, informar al CICR es una responsabilidad nacional. También es una responsabilidad nacional hacer frente a cómo y dónde se llevarán a cabo las detenciones, aunque las instalaciones están abiertas a la ISAF y al CICR. El tratamiento general de los detenidos también es una responsabilidad nacional, aunque algunas pautas generales se proporcionan en los procedimientos operativos estándar sobre cuestiones tales como qué tipo de comida se va a suministrar, que se permite a los detenidos preguntar, ¿qué tipo de tratamiento médico debe ser proporcionado?, y así sucesivamente.

El traslado de detenidos es actualmente el problema más difícil de todas las cuestiones relativas a los detenidos. Hemos tratado con bastante eficacia con la mayoría de los problemas en relación con el tratamiento, sin embargo, la cuestión de la transferencia, en circunstancias como las que existen en Afganistán, es muy difícil. Algunos países no tienen acuerdos

bilaterales y la OTAN tiene un objetivo general con respecto a la forma en que se encuentran los detenidos, mucho antes de la transferencia. Pero, fundamentalmente, la transferencia es un asunto bilateral y las naciones tienen la responsabilidad de asegurar que los detenidos individuales van a ser trasladados en circunstancias que verdaderamente cumplan los requisitos del tratado con las naciones involucradas.

Los acuerdos bilaterales existentes suelen proporcionar datos de acceso, oportunidad para nuevas entrevistas, lugares en los que podría llevarse a cabo la detención, qué tipo de registros deben mantenerse y qué tipo de notificación de movimientos o restricción sobre nuevos movimientos están en el lugar, así como una restricción a la imposición de la pena de muerte. Por su propia existencia, estos acuerdos apoyan y reconocen la soberanía de Afganistán, que, por supuesto, tiene la jurisdicción para investigar y llevar a cabo procesos penales internos contra los de su nación que han, de hecho, cometido un delito dentro de Afganistán. Esto es complicado, como digo, porque las naciones que han tomado un detenido deben cerciorarse de que sus obligaciones legales se cumplan antes de que puedan transferir ese individuo. Cuales quiera preocupaciones que pudieran existir con respecto al potencial de maltrato deberán abordarse antes que cualquier transferencia puede llevarse a cabo.

Hay otras preguntas fundamentales que deben tenerse en cuenta también. Por ejemplo, la capacidad institucional y la voluntad, así como la simple capacidad física de mantener detenida a una persona que se va a transferir son relevantes. Es evidente que los detenidos no serían transferidos si la institución aspirante a ganarlos no tiene la capacidad física para sostenerlos. Sin embargo, hay otras cuestiones, así, como muchos cuentos anecdóticos de lo que nosotros llamamos “captura y liberación”, en la que alguien es detenido con buenas razones, transferido y luego, a pesar de que parece que hay pruebas suficientes en su contra, es liberado. Ciertamente, el estado de Afganistán puede optar por no procesar si considera que no es procedente hacerlo, y no sería conveniente cuestionar esas decisiones. Sin embargo, también parece haber, al menos en algunos casos, una preocupación con respecto al hecho de que no es una cuestión de la cantidad de pruebas capaces disponibles, pero sí de los otros factores que están en juego.

También hay preguntas con respecto a la capacidad pura para enjuiciar desde la perspectiva de que Afganistán tenga un número suficiente de

jueces y fiscales que realmente puedan hacer el trabajo, y si su seguridad está suficientemente garantizada con el fin de esperar que sean capaces de llevar a cabo aquellas tareas en las circunstancias. Esto me lleva de nuevo al riesgo de obtención de pruebas, teniendo en cuenta la cuestión de si los casos van a continuar o no, y si no habrá evidencia disponible para apoyar los procesos en cualquier caso.

Por último, está la cuestión de si los detenidos están en condiciones de ser procesado en el momento oportuno. Esto puede ser muy difícil de hacer, particularmente si el mantenimiento de registros es pobre y si hay un número insuficiente de jueces y fiscales. Varios esfuerzos bilaterales se han hecho y se seguirán realizando para tratar de resolver los problemas de capacidad, en muchas provincias diferentes y por muchos gobiernos diferentes y por otras organizaciones. Un enfoque actual, que es particularmente interesante es el que se lleva a cabo dentro de un acuerdo bilateral entre USA y Afganistán. Este “complejo judicial” está fuera del marco de la ISAF. Es un intento global para desarrollar la capacidad física, la seguridad de los jueces y fiscales, la rehabilitación de los condenados y de utilizar ciertos aspectos de la cultura afgana para ayudar en el proceso de liberación de los individuos cuando sea apropiado. Se necesita tiempo para construir este tipo de instituciones, por supuesto. Mientras tanto, las operaciones de la OTAN siguen para ayudar a fomentar la seguridad en Afganistán, en particular mediante la asistencia en el desarrollo de las fuerzas de seguridad afganas.

En resumen, la naturaleza de la OTAN, que requiere consenso, afecta a cómo se toman las decisiones de la organización, como la naturaleza de la OTAN afecta las operaciones de la institución y como el reglamento de compromiso de la OTAN se aplican realmente en una misión, como las operaciones y reglas de intervención de la OTAN operan dentro de los límites de la ley, pero que son a menudo mucho más estrechas que lo que la ley permite, la naturaleza de la OTAN pone la responsabilidad de las naciones que participan en operaciones de la OTAN para cumplir con sus responsabilidades bajo la ley y las naciones depositan la responsabilidad en sus comandantes para cumplir con esas responsabilidades. Si bien hay algunas variaciones con respecto a las interpretaciones del derecho internacional y de defensa entre los países de la OTAN, en general, las operaciones de la OTAN se mueven hacia adelante, con “correcciones” menores como es requerido por las circunstancias cambiantes. El reto no es tanto obtener

un consenso sobre las normas que deben ser aplicados por los países de la OTAN, sino más bien, cómo podemos abordar la cuestión de la capacidad dentro de Afganistán. En concreto, cómo la OTAN y como las naciones de la OTAN pueden ayudar mejor a las autoridades afganas para cumplir las obligaciones legales existentes en las circunstancias más difíciles que existen, además de seguir las operaciones y ayudar a mejorar la soberanía de Afganistán.

Desafíos actuales de la detención desde una perspectiva nacional

David M. Howell CB, OBE

Director general del ejército de servicios legales, Andover, Reino Unido

Tengo que empezar diciendo que yo no estoy aquí para representar a la nación Británica.

Como resultado de algunos desacuerdos de muy alto perfil entre los miembros de alto rango de las fuerzas armadas británicas y el gobierno, estoy rigurosamente restringido en la marcha, por así decirlo, “fuera de pista” de mi presentación, por lo que estoy un poco confinado en la forma en que pueda participar en cualquier discusión.

Voy a tratar de analizar algunos casos concretos que subrayan algunos aspectos relacionados con el poder de las fuerzas armadas para detener a las personas por lo general por razones de seguridad. Los tribunales británicos han considerado que el concepto de esto es, básicamente, la antítesis de la mayoría de las democracias, por lo que requiere una justificación muy clara y fuerte, que por lo general han descrito como que se requiere una amenaza tan grande para la estabilidad de una nación que el uso del internamiento es inevitable. La mayor parte de lo que voy a hablar son las denuncias de incumplimiento de las fuerzas británicas para llegar a la altura correcta de tratamiento requerido por la ley. Pero voy a empezar por hacer solo dos puntos al lado.

En primer lugar, es sin duda mi experiencia que la mayoría de los comandantes británicos quieren evitar la detención cuando sea posible y hay una especie de posición por defecto en el ejército británico en la que tratan de evitarla en la práctica.

En segundo lugar, en muchos aspectos, los comandantes militares por lo general quieren ir más lejos que lo que una ley tiene normalmente como línea de base. Para darles a ustedes un ejemplo, el Cuarto Convenio de Ginebra aplicables en Iraq en virtud del Artículo 78, exige una

revisión semestral de la decisión de detener. Seis meses son en realidad mucho tiempo y aunque hay un requisito legal la realidad fue que los exámenes se llevaron a cabo con mucha más frecuencia.

En Iraq, los principales desafíos legales para los británicos involucraron tres áreas principales. En primer lugar, hay aspectos relacionados con la autoridad de las fuerzas del Reino Unido para detener, al parecer para apoyar el mantenimiento de la seguridad. En segundo lugar, en relación con el tratamiento real de los que fueron detenidos y, por último, la transferencia a las autoridades iraquíes para el enjuiciamiento de las personas que fueron detenidas por las fuerzas británicas.

En Afganistán, hasta el momento, las cuestiones jurídicas con las que hemos tenido que lidiar se refieren a la preocupación con el alcance de las obligaciones del Reino Unido para asegurarse que las personas, que de hecho, han sido transferidas a las autoridades criminales afganas no sufran torturas o tratos inhumanos.

No voy a resumir los regímenes jurídicos aplicables a Iraq en las diferentes etapas de todo el proceso desde la invasión inicial, cuando la marcha se llevó a cabo. Pero quiero empezar con uno de los casos más interesantes que surgieron de todo el conflicto, como fue el caso de Al-Jedda (Al-Jedda vs. el secretario de Estado para la defensa), que tuvo lugar en los Tribunales Ingleses en 2007, en relación con una detención en Iraq en octubre de 2004 y que fue justificado por el gobierno británico bajo una resolución de la ONU. El individuo en cuestión era sospechoso por las autoridades británicas de ser personalmente responsable de reclutar terroristas fuera de Irak con el fin de la comisión de atrocidades en el interior y para facilitar los viajes en Iraq de expertos en explosivos identificados como que eran terroristas y otras dos conspiraciones. Quiero destacar que, por la propia naturaleza de la operación de detención, las acusaciones no fueron probadas y ellas fueron negadas.

La cuestión que se planteó en las cortes inglesas era que el Artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en efecto impide la detención, ya que proporciona las circunstancias en las que la libertad de una persona puede ser quitada, obviamente, después de un juicio, en estas circunstancias, no se permite la detención, según el Artículo 5. La posición del gobierno es que el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas establece que, cuando hay un conflicto entre las obligaciones de los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta y sus obligaciones

contraídas en virtud de cualquier otro tratado internacional, entonces las obligaciones derivadas de la Carta prevalecen.

El argumento a favor de Al-Jedda era que no había conflicto entre el Artículo 103 y el CEDH porque el Estado británico no tenía la obligación de detener, pero decidió hacerlo, por lo tanto, no había conflicto. Los tribunales ingleses rechazaron ese argumento y decidieron que no era en realidad un conflicto entre los dos. Los tribunales ingleses consideraron que los Artículos 2 y 25 de la Carta de la ONU requieren efectivamente del Reino Unido, por razones de seguridad, hacer cumplir la detención en lo que es necesario para esos fines. Aunque era ese el conflicto, tomaron la vista que efectivamente la Carta de la ONU triunfo sobre la CEDH solo en esa medida.

El caso más difícil, en términos políticos, es el caso que en realidad precedió el caso Al-Jedda, el caso Al-Skeini (Al-Skeini y otros contra el Reino Unido), que se refiere a los aspectos del tratamiento de los detenidos y el grado en que requisitos adicionales son vulnerados por las Fuerzas del Reino Unido, por encima de la ley ordinaria de la guerra y en el Artículo 2 de la CEDH. En el caso de Al-Skeini los tribunales de Inglaterra tratan la situación de seis incidentes muy separados, y el problema que tenían que decidir era si la CEDH se aplica y cuál sería el efecto en este caso. El caso se refería a la muerte de seis civiles iraquíes en Basora en 2003. Cinco de los incidentes fueron las situaciones en que las personas fueron asesinadas por las fuerzas británicas en el curso de operaciones de patrullaje. El sexto fue un terrible incidente relativo a un individuo que fue detenido por las fuerzas británicas y murió en manos de las tropas británicas en una base militar. Los tribunales decidieron que las cinco personas que fueron fusiladas en incidentes relacionados con los compromisos con el ejército británico estaban fuera de la jurisdicción de la CEDH. Pero, en cuanto a lo que el caso de Baha Mousa se refería, no había problema. Estuvo sujeto a las protecciones de la CEDH. Ahora, la relevancia de esto es, teniendo en cuenta los aspectos prácticos, el cumplimiento del derecho a la vida, según el Artículo 2 de la CEDH.

La investigación de ese incidente se llevó a cabo por la policía militar. La cuestión que se planteó fue que la investigación, llevada a cabo por la policía militar, no era independiente y que ninguna de estas cuestiones hubiera ocurrido, salvo por la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos en dicha situación.

El Reino Unido respondió con la celebración de una consulta pública. Curiosamente, el caso fue a la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre la cuestión central de si el Reino Unido ha llevado a cabo una suficiente investigación independiente. Por supuesto que va a ser una pesadilla para el Reino Unido si se decide, por una razón u otra, que la investigación de la policía militar es insuficiente.

Hay otro caso, que no difiere en principio de la anterior, que muestra algunas de las complejidades prácticas en este campo: el caso de *Al-Speedy* (*Al-Sweady y Ors, R* (sobre la aplicación de) vs Secretaría de Estado para la Defensa). Este caso surgió “en el campo de batalla”, cuando una unidad escocesa del ejército británico fue atacado el 16 de mayo de 2004, por los que podríamos llamar los insurgentes. Tras el ataque, se alega que, si bien los británicos dicen que todos los individuos trasladados a los cuarteles ya estaban muertos, lo que se hizo con el propósito de identificar a las personas que posiblemente podían haber estado involucrados en otros incidentes, se hizo la denuncia de que no, que estas personas estaban vivas cuando regresaron en custodia (de hecho, haber sido detenidas), y que durante el período de detención fueron sometidos a diversas formas de abuso grave.

Lo interesante de este caso es, desde un punto de vista práctico, que la policía civil Inglesa fue interrogada, después de que la policía militar había llevado a cabo una investigación, para llevar a cabo también una investigación. El punto es que sí que no hubiera esto no habría sido una investigación independiente. La policía Inglesa se negó y el número dos de Scotland Yard, básicamente dijo que no podía ver ninguna base para investigar.

Sin embargo, una vez más, vamos a tener una investigación pública, y lo que parece estar sucediendo en este momento, en relación con los casos en que se ha detenido en Iraq, es que debido a la aplicación de la Convención Europea a situaciones de detención y donde hay las denuncias de abusos, siempre habrá algún tipo de investigación independiente fuera de las llevadas a cabo por la policía militar. No se puede obligar a la policía civil a hacer esto si no quieren. Usted está entonces en una posición donde usted tiene una investigación pública que implica la dedicación de importantes recursos y que lleva muchos meses, sino años, para concluir. Tenemos en este momento una enfermedad llamada “público-investigación-itis”. Tenemos tantas preguntas del público en curso en Iraq en que estamos a punto de terminar haciéndolo.

He mencionado que los tribunales han sostenido que, cuando alguien está bajo el control en detención, se aplica La Convención Europea de Derechos Humanos. En el caso de Tarek Hassan —un caso de transferencia, que yo he mencionado al principio que éste era el tercer elemento en Iraq, la transferencia a las autoridades iraquíes para el enjuiciamiento de las personas detenidas por las fuerzas británicas— Hassan fue transferido de los británicos a las fuerzas de los Estados Unidos, después de haber sido recientemente detenidos por las tropas británicas, y posteriormente encontrado muerto en lo que se alegan haber sido circunstancias potencialmente ilegales. La pregunta fue: ¿es el Reino Unido responsable? La Corte Inglesa, dijo: “No”.

Tal vez, el caso más extraño, desde nuestro punto de vista, fue el de Al-Saadoon y Mufdhi vs. Reino Unido. En este caso, los demandantes en Iraq enfrentaban la perspectiva de la pena de muerte si eran declarados culpables del asesinato de dos soldados británicos, y estuvieron retenidos durante varios años, y luego fueron trasladados a los tribunales iraquíes para juicio. El argumento se planteó, en primer lugar por los tribunales ingleses. Ellos podrían enfrentar la pena de muerte y por lo tanto, el Reino Unido estaría en contra del Artículo 2 de la Convención Europea sobre el derecho a la vida. La corte del Reino Unido tomó la posición de que, en este caso, el Reino Unido realmente no tenía otra opción que la de entregarlos porque somos una nación extranjera en el país de otra persona y que ellos puede obligarnos a hacer lo que ellos quieran. El tribunal, sin embargo, desestimó a los tribunales británicos y dijo que las fuerzas británicas estaban en incumplimiento de sus deberes. La situación actual es que el Reino Unido ha solicitado que el asunto sea elevado a la gran sala del Tribunal Europeo.

En relación con Afganistán, yo quisiera solo mencionar el caso, que es un caso interesante, de Maya Evans (Evans vs. Maya Secretaría de Estado de Defensa). Una activista de la paz que fue torturada en 2009, afirmaba que en Afganistán las fuerzas del Reino Unido mantenían a alguien por no más de 96 horas antes de entregar a esa persona, lo más rápido posible, a los afganos para el juicio.

Ella sostuvo que hay pruebas, que aceptó el Tribunal, que había habido casos de tortura y malos tratos por parte de las autoridades afganas de los detenidos en las cárceles afganas y que el ejército británico estaba por lo tanto en violación de sus obligaciones internacionales.

La Corte, sin embargo, aceptó la posición del secretario de Estado que no había ningún problema importante con la política del Reino Unido. La política de la Secretaría de Estado fue que no entregaría si había un riesgo, y en su opinión no había un riesgo. La Corte hizo una evaluación caso por caso y miró a las circunstancias en que una persona había sido transferida y decidieron que, en relación con dos instalaciones en las que las transferencias habían ocurrido allí no sería, en su opinión, una violación de los requisitos del Reino Unido, porque las garantías suficientes en su opinión existieron. Sin embargo, la Corte consideró que en un tercer caso, podrían existir, las autoridades británicas han suspendido las transferencias de estas instalaciones.

Desde un punto de vista práctico, yo diría que la decisión de imponer al Reino Unido la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) probablemente ha producido algunas consecuencias no deseadas para las fuerzas del Reino Unido en el desarrollo de investigaciones públicas y la amenaza del continuado uso de la policía militar.

Si bien, una cuestión que se debate actualmente en las fuerzas del Reino Unido es hacer a la policía militar totalmente independiente de la cadena de mando, es interesante ver si eso satisfecería a un tribunal internacional.

Fundamentos jurídicos de la detención y la determinación de la condición de los detenidos

Marco Sassoli

Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra

1. Introducción

Permítanme primero empezar dando las gracias a los organizadores por su amable invitación para hablar sobre la importante cuestión de la base jurídica para la detención y la determinación de la condición de los detenidos. En mi exposición, me centraré en los principales problemas jurídicos que plantea esta pregunta, sin entrar en detalles acerca de los requisitos específicos de la legislación sobre derechos humanos de detención legal, tema que será abordado por Óscar Solera, que hablará sobre el requisito de una base jurídica para la detención en virtud de la legislación sobre derechos humanos. Françoise Hampson (es el nombre de una ponente) abordará con más detalle la cuestión de la detención de revisión y Jelena Pejic examinará de cerca los derechos procesales en los conflictos armados. Mi presentación puede, por lo tanto, en el mejor de los casos ser una introducción a la de ellos.

Yo, no obstante, inevitablemente me referiré al derecho internacional de los derechos humanos en la medida en que es la ley especial, es decir, la ley aplicable a un tema específico en una determinada situación. De hecho, mi tema principalmente se reduce a la cuestión de si el Derecho Internacional Humanitario o de los derechos humanos es la ley especial en lo que respecta a la base jurídica de la detención y el proceso por el cual se está determinando el estado de los detenidos. La respuesta puede variar en función de la naturaleza del conflicto y de las categorías de detenidos.

2. Detención y determinación de la condición de los conflictos armados internacionales

2.1 Los prisioneros de guerra

En los conflictos armados internacionales, los prisioneros de guerra pueden ser detenidos únicamente sobre la base del Convenio de Ginebra III (CGIII).¹ “Si hay duda en cuanto a si las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en manos del enemigo” son prisioneros de guerra, el Artículo 5 CGIII requiere que esas personas se presuman prisioneros de guerra “hasta el momento en que su estado haya sido determinado por un tribunal competente”. En otras palabras, el Artículo 5 establece una presunción a favor del estatuto de prisionero de guerra en la medida en que la persona ha cometido un acto de hostilidad. Cada vez que uno dice ser un prisionero de guerra, el DIH es la *lex specialis*.

Curiosamente, los Convenios de Ginebra no dicen nada con respecto a la persona que afirma no ser un prisionero de guerra. Este silencio es, sin duda debido a la suposición, históricamente válida, que el estatuto de prisionero de guerra es el más ventajoso que puede ser permitido. ¿Sigue esto en pie como cierto? Hoy en día es evidente que el estatuto de prisionero de guerra va de la mano con la desventaja de ser detenido por un período indefinido de tiempo² y de ser despojado del derecho a la revisión judicial. En el caso concreto de que una persona que dice no ser un prisionero de guerra, la respuesta a la pregunta de cómo él o ella puede plantear esta reclamación puede estar en los derechos humanos. En consecuencia, el que niega ser un miembro de las fuerzas armadas enemigas podría impugnar la determinación de su estado ante un tribunal competente, ya que tal determinación implica una decisión sobre la legalidad de la detención de la persona en cuestión. Ese derecho a una determinación de *habeas corpus* se considera inderogable bajo la ley de Derechos Humanos.³ De hecho,

1. Art. 21 del III Convenio de Ginebra.

2. Hasta el «cese de hostilidades», Art. 118 de la Convención de Ginebra CHI.

3. Consulte al menos la Convención Americana sobre Derechos Humanos de *Habeas corpus* en Situaciones de Emergencia (Arts. 27 (2) y 7 (6) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987), Serie A, No. 8 , y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Observación General 29” (24 de julio 2001) en ‘Nota de la Secretaría, Recopilación de las observaciones generales y

esta solución no sería muy realista en cuanto a la práctica de los Estados en los conflictos armados internacionales. Durante el conflicto entre Iraq y Estados Unidos (USA), los tribunales sin duda habrían aceptado escuchar tal afirmación cada vez que alguien era arrestado en California.

2.2 Los civiles

En virtud de la Cuarta Convención de Ginebra (CGIV), los civiles pueden ser detenidos por dos razones: en primer lugar, por razones imperativas de seguridad, en segundo lugar, por haber infringido la legislación penal (legislación nacional o las leyes promulgadas por la potencia ocupante). En lo que sigue, me referiré a la primera categoría como “internados civiles” ya la segunda como “detenidos civiles”.

Consideremos primero los internados civiles. La mayoría de los estudiosos sostienen que la base legal para el internamiento de civiles se encuentra en la misma Convención de Ginebra IV. No comparto esta opinión. El Art. 78 GCIV permite los civiles internos por razones de seguridad, de hecho, pero además requiere explícitamente que “las decisiones relativas a tales [...] internamientos deban ser hechas según un procedimiento legítimo, que se determinará por la potencia ocupante”. Israel emitió una orden militar en los territorios palestinos de internar o detener a civiles. De ello se desprende que Israel no tiene la CGIV como base jurídica suficiente a este respecto. Por lo tanto, en mi opinión, la potencia ocupante tiene el deber positivo de proporcionar una base legal para el internamiento de los civiles en los territorios ocupados.

Lo mismo puede decirse en cuanto a la revisión periódica de la decisión relativa a la internación. El Art. 78 CGIV establece que este examen deberá ser llevado a cabo “por un organismo competente establecido por dicha potencia”. El requerimiento de un “órgano competente” obviamente se refiere a la legislación nacional (o ley promulgada en los territorios ocupados).

La cuestión de si existe la ocupación a partir de la fase de invasión es controversial. Yo diría que hay ocupación tan pronto como las fuerzas

recomendaciones generales adoptadas por órganos de Tratados de Derechos Humanos (2004), UN Doc. HRI / gen / I / Rev.7, UN Doc. CCPR / C / 21 / Rev. / Add.11, párr.16.

invasoras arresten y detengan a una persona por razones de seguridad. El problema es que, no serían capaces de actuar de acuerdo con la legislación en esta etapa preliminar. Aunque la legislación promulgada por la potencia detenedora posteriormente no sería retroactiva. En efecto, el internamiento de civiles se justifica por las futuras amenazas a la seguridad, no por su comportamiento en el pasado. Por lo tanto, la orden militar adoptada por la potencia ocupante al consolidar su autoridad y control sobre el territorio no se consideraría como retroactiva en cuanto al internamiento de civiles durante la fase de invasión.

La detención de civiles que serán juzgados —los detenidos civiles— plantea cuestiones similares. En caso de incumplimiento de las disposiciones penales promulgadas por la potencia ocupante,⁴ el acusado puede ser detenido a la vista de un juicio y como consecuencia de ello. De acuerdo con el Art. 66 CGIV, los acusados serían juzgados por tribunales militares “correctamente constituidos” por la potencia ocupante.

De este modo, el fundamento jurídico para la detención de civiles se encuentra en las leyes promulgadas por la potencia ocupante (en los territorios ocupados). En cuanto a los extranjeros enemigos juzgados en el mismo territorio de una parte en el conflicto, toda detención preventiva, obviamente, debe basarse en la legislación nacional. En ambos casos, cada vez que alguien es detenido en vista de la persecución penal y el castigo, él o ella deben ser llevados ante un juez. No existe tal norma en el Derecho Internacional Humanitario, y solo en la ley de los derechos humanos, lo que constituye, en mi opinión, la *lex specialis* a este respecto.

3. Detención y determinación de la condición en los conflictos armados que no sean de índole internacional

El Derecho internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales contiene normas detalladas sobre el tratamiento de las personas privadas de libertad,⁵ pero nada sobre la base legal y los motivos admisibles para la detención. Desde que la ley considerada como la *lex specialis* en tiempo de conflicto armado, que es, el Derecho Internacional

4. Contexto de las condiciones del Art. 64 CGIV.

5. Art 3 común a CG; Arts.6.4 Protocolo Adicional II.

Humanitario, no dice nada sobre este punto, se debe considerar la ley de los derechos humanos como la *lex generalis* (o llamar a la *lex specialis* en este aspecto).

Aun así, esta conclusión contradice la lógica de la tendencia actual a considerar a los conflictos armados internacionales y no internacionales como similares en especie. De acuerdo con la orientación interpretativa del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en la noción de “participación directa en las hostilidades”, aquellos que tienen una “función de lucha continua” en los conflictos armados no internacionales, no son civiles y puede ser objetivo, como combatientes en conflictos armados internacionales. A pesar que el CICR establece claramente que este razonamiento no afecta a la admisibilidad de la detención, pero solo la conducción de las hostilidades, los Estados Unidos sostienen que “quien es objetivo también es retenible”.⁶ Esta afirmación no es ni totalmente absurda ni absolutamente lógica. Les recuerdo que si un miembro de una fuerza de policía es atacado por armas de fuego, el criminal puede ser dirigido en respuesta, pero no detenido sin más trámite. Ser objetivo y ser retenible no comparte necesariamente las mismas consecuencias.

La verdadera cuestión es si debemos hacer una analogía entre los conflictos armados internacionales y los no internacionales. Hay razones a favor de la analogía y, creo yo, al menos, igual de fuerte, si no más fuertes, las razones en contra.

3.1 A favor de la analogía

El primer argumento a favor de la analogía consiste en considerar que los conflictos armados no internacionales no son tan mortales como los conflictos

6. Véase, por el gobierno de Obama Vea Distrito de los Estados Unidos, Corte del Distrito de Columbia, En Re: Bahía de Guantánamo Litigios Demandados ‘Memorando respecto a la autoridad del Gobierno relativa a los detenidos en la Bahía de Guantánamo, Misc. N° 08-442 tfh (2009), www.usdoj.gov/opa/documentos/memo-re-det-auth.pdf (último consultado el 30 de diciembre de 2010). Véase, por el gobierno de Obama Vea Distrito de los Estados Unidos, Corte del Distrito de Columbia, En Re: Bahía de Guantánamo Litigios Demandados ‘Memorando respecto a la autoridad del Gobierno relativa a los detenidos en la Bahía de Guantánamo, Misc. N° 08-442 tfh (2009), www.usdoj.gov/opa/documentos/memo-re-det-auth.pdf (último consultado el 30 de diciembre de 2010).

armados internacionales. De hecho, algunos conflictos internos fueron casi similares a los internacionales. ¿Hubo una diferencia sustancial en la seguridad, las condiciones militares y humanitarias entre el conflicto armado no internacional en Sri Lanka hasta el año 2009 y el conflicto armado internacional entre Etiopía y Eritrea 1998-2000? La analogía entre ambos otorgaría la mayor protección a las víctimas de los conflictos armados no internacionales, como a los calificados como internacionales.

Otro argumento a favor de la analogía es pensar en términos de practicidad. Si las reglas son las mismas en los conflictos armados internacionales y en los no internacionales, la tarea de los profesionales se vería facilitada (y los exámenes de los estudiantes el derecho más fáciles). En mi opinión, sin embargo, este argumento solo sería aceptable en cuanto a objetivos y no en el ámbito de la detención. En efecto, la focalización es una cuestión para los soldados, mientras que la detención es un problema para los jueces. Yo creo que un juez debe ser capaz de distinguir entre los conflictos armados nacionales y no internacionales, a pesar de que la clasificación de los “conflictos mixtos” puede llegar a ser muy compleja (Líbano en 2006, por ejemplo).

Por último, hay un argumento a favor de la analogía que se refiere específicamente a la detención. El Art. 3 común a los Convenios de Ginebra alienta a las partes en conflictos armados no internacionales, de acordar el “poner en vigor [...] la totalidad o parte de las otras disposiciones de los Convenios de Ginebra”. De ello se desprende que las partes en un conflicto armado no internacional, son susceptibles de aplicar las disposiciones de la CGIII relacionadas con el estatuto de los prisioneros de guerra y su tratamiento. Dado que el Art. 6 CGIII prohíbe que los acuerdos particulares entre las partes en el conflicto sea en detrimento de los prisioneros de guerra, la solicitud completa (o parcial) del derecho de los conflictos armados internacionales, no puede ser considerada como en detrimento de las personas afectadas.

3.2 Contra la analogía

Razones importantes se destacan, sin embargo en contra de esta analogía porque los conflictos armados no internacionales son fundamentalmente diferentes de los conflictos armados internacionales.

Los grupos armados están menos organizados que los miembros de las fuerzas armadas de un Estado y por lo tanto menos capaces de aplicar y respetar el Derecho Internacional Humanitario. Los miembros de las fuerzas armadas se incorporan o despiden en el ejército de un estado formalmente. Los miembros de los grupos armados no están afiliados abiertamente al grupo, mientras que los miembros de las fuerzas armadas regulares no fingen que no son soldados. En este contexto, la determinación de si una persona es en realidad un miembro de un grupo armado es una cuestión de suma importancia. Una vez más, debemos de distinguir entre la conducción de las hostilidades y el trato de las personas privadas de su libertad. En efecto, si dicha determinación no es realista en la conducción de las hostilidades, donde la decisión de disparar o no en cuestión de segundos, es un objetivo realista en cuanto a la legalidad de la detención. El hecho que se requiere la determinación en los conflictos armados no internacionales en la medida en que es realista impide el razonamiento por analogía, ya que es solo si el régimen de los prisioneros de guerra no se aplica, por analogía, que el juez tendrá su decir.

Además, no es tan fácil para un conflicto armado internacional determinar cuándo termina un conflicto armado no internacional. Los prisioneros de guerra tienen que ser repatriados al final de las hostilidades activas. ¿Cuándo este momento surge en un conflicto armado no internacional? En los conflictos armados internacionales, el fin de la guerra a menudo se conoce con claridad porque hay un acuerdo de paz o un alto el fuego. Pero, ¿cuándo el conflicto armado no internacional en Colombia termine? ¿Qué pasará cuando el último rebelde en la selva se rinda? En Afganistán, ¿hasta el último talibán declarará que ama a América y está a favor de un estado occidental liberal?

4. ¿El derecho de los derechos humanos es la *lex specialis* realista en los conflictos armados?

Durante mi exposición, he hecho referencia a las normas de derechos humanos cada vez que el derecho humanitario no dio una respuesta concreta. La pregunta sigue siendo si este razonamiento es realista. Si se encuentra que el enfoque de la *lex specialis* no es realista, es inútil. En efecto, las normas poco realistas no protegen a nadie. Peor que eso, pueden tener

un efecto contagioso y pernicioso en las demás normas, que son realistas, pero corren el riesgo de ser igualmente ignoradas como pertenecientes a un régimen inviable.

Considere la situación en Afganistán, a excepción de los carabinieri italianos o los *gendarmes* franceses, los soldados no están capacitados para arrestar a una persona de acuerdo con el procedimiento vigente en tiempos de paz. Ellos no asegurarían que tienen las pruebas necesarias para permitir al juez evaluar la legalidad de la detención. Sin embargo, el derecho de *habeas corpus* sería de relevancia si la persona en cuestión no había tenido la oportunidad de controvertir la evidencia presentada contra él/ella. Françoise Hampson discutirá este tema en detalle.

Sin embargo, me gustaría mencionar que los requisitos del derecho de *habeas corpus* son ciertamente diferentes bajo la ley de derechos humanos y el derecho interno de USA. Estoy convencido de que un tribunal de derechos humanos tendría en cuenta las dificultades para reunir pruebas en el campo de batalla. De ello se desprende que, con una interpretación flexible de las normas de derechos humanos, cualquier persona debería tener derecho a el derecho de *habeas corpus* cuando él/ella se opone a la determinación de su/su Estado. De hecho, es esencial que terceras personas puedan confirmar si él/ella era un “espectador”, un taxista o un miembro de los talibanes.

Otra forma de razonar sería aplicar por analogía el régimen relacionado con los internados civiles siempre que la determinación de la condición sea disputable o controversial. Este régimen consiste, fundamentalmente, de un derecho de apelación y la revisión periódica. En línea con este argumento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció en el caso de Bernard Coard que bajo la ley de derechos humanos interpretados a la luz del Derecho Internacional Humanitario como *lex specialis* es suficiente que un cuerpo cuasijudicial proceda con tal determinación.⁷

Por último, me gustaría hacer algunas observaciones en cuanto a la aplicación de normas de derechos humanos a los grupos armados. En primer lugar, en los conflictos armados no internacionales, los grupos armados deben tenerse en cuenta a fin que ellos cumplan con las normas. También

7. Ver Coard v Estados Unidos, caso N° 10.951, Informe N° 109/99, Comité de Derechos Humanos, 29 Septiembre de 1999, párr.58.

está la difícil cuestión de si los grupos armados están obligados por la ley de derechos humanos o el derecho humanitario solamente. La respuesta no solo puede depender de la validez de la argumentación jurídica, sino también en la viabilidad de la aplicación de las normas por parte de los grupos armados. ¿Serían capaces de iniciar un procedimiento de *habeas corpus* o de constituir un tribunal? Si no es así, no hay que interpretar la ley que obliga a hacerlo, de lo contrario estamos socavando la credibilidad del derecho internacional en sus ojos.

5. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU son una base jurídica suficiente para la detención

Voy a terminar por ser provocativo: al contrario de lo que ha sido declarado por la mayoría de los estudiosos, las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU no son suficientes como base jurídica para la detención. A pesar de que sus resoluciones tienen la autoridad conferida a ellas por los Arts. 25 y 103 de la Carta de la ONU, ellas simplemente no establecen explícitamente que las personas puedan ser detenidas y encarceladas.

En otras palabras, la autoridad de detener no se puede deducir de una resolución del Consejo de Seguridad, incluso de una autorización del recurso a la fuerza. A excepción de los prisioneros de guerra, la potencia detenedora debe actuar en el suelo sobre una base legal, es decir, la legislación interna. En cuanto a la determinación de la situación del detenido, las resoluciones del Consejo de Seguridad no proporcionan ninguna respuesta con respecto a la cuestión, que se encuentra en el corazón de mi tema: ¿cuál es la ley especial? Esta pregunta debe ser hecha en cada situación en la que el derecho humanitario no ofrece una respuesta clara y realista.

El delito de tortura

Manfred Nowak

Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Viena, relator especial de la ONU sobre la tortura, Nueva York

1. Prohibición absoluta de la tortura y los malos tratos

La prohibición de la tortura es uno de los pocos derechos absolutos e inderogables, bajo la ley de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Esto significa que se aplicará en todos los casos, sin excepción alguna. El único otro derecho que entra en esta categoría es la prohibición de la esclavitud. Tanto la tortura como la esclavitud constituyen un ataque directo a la dignidad humana, y su prohibición se encuentra en las normas de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención contra la Tortura (CAT), y también en los principales tratados regionales. También está presente en el Derecho Internacional Humanitario, en virtud del Artículo 3 común y varias otras disposiciones de los convenios de Ginebra relativos a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. Jean Pictet afirmó que el tratamiento y la dignidad humana son un motivo luz de los convenios de Ginebra, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), en referencia al primer reporte especial sobre la tortura, Peter Kooijmans, declaró que la prohibición de la tortura es derecho internacional consuetudinario y *ius cogens*. Mirando todas estas disposiciones, queda claro, aunque la terminología es un poco diferente, que hay que distinguir tres tipos de malos tratos.

2. Hay tres tipos de malos tratos

2.1 El trato degradante

El tipo menos severo de tratamiento de malos tratos, tratamiento degradante bajo la ley de derechos humanos, y los tratos degradantes o humillantes o ultrajes contra la dignidad personal bajo el Derecho Internacional Humanitario, significa infligir dolor con un efecto particularmente humillante e insultante. La severidad del dolor no es un criterio, pero debe haber un elemento degradante específico. Los hechos de que sean obligados a realizar actos serviles, desnudez forzada, o bofetadas constituyentes ejemplos de trato degradante.

En *Tyrer contra el Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la decisión de un tribunal de menores para castigar a un niño en la Isla de Man con tres pestañas, una forma ligera de los castigos corporales, fue un trato degradante. Hay muchos otros ejemplos de casos equivalentes a tratos degradantes, tanto en el derecho internacional humanitario como en el de derechos humanos.

2.2 El trato cruel e inhumano

El trato cruel e inhumano está presente en los tratados de derechos humanos, como en el Artículo 7 PIDCP y el Artículo 3 de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), y, aunque a veces solo se refieren a un trato inhumano, que tiene un significado similar en virtud del derecho internacional humanitario y de derechos humanos, a saber: infligir dolores o sufrimientos graves, una característica que lo distingue del trato degradante, pero sin ciertas circunstancias agravantes que solo se aplican a la tortura. Este es el caso por ejemplo del uso excesivo de la fuerza fuera de la detención, la reclusión prolongada solitaria o incomunicada y también a condiciones duras e inhumanas de reclusión tanto en el Derecho Internacional Humanitario como en el de derechos humanos si hay negligencia involucrada. La gravedad del dolor o el sufrimiento no es un criterio de distinción a pesar de la jurisprudencia del Tribunal Europeo desde el caso de Irlanda del Norte.

2.3 Tortura

Los actos de tortura requieren circunstancias agravantes adicionales en comparación con el tratamiento cruel e inhumano, es decir, la intención, un propósito específico y la impotencia de la víctima. La tortura, que es la intención deliberada de causar dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, no puede ser cometida por negligencia.

2.4 Distinción entre el derecho internacional humanitario y la ley de los derechos humanos

El principal objetivo de la tortura es extorsionar información o una confesión, de acuerdo con las disposiciones que figuran bajo la ley de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En derechos humanos, el Artículo 1 de CAT establece que el propósito es un criterio decisivo, para distinguir la tortura de los tratos crueles e inhumanos. También incluye la intimidación y la discriminación como fines específicos. El Artículo 1 CAT deja claro que, en cualquier caso, la tortura no puede ser perpetrada sin ningún propósito. En el derecho internacional humanitario, el Artículo 74 del Tercer Convenio de Ginebra se refiere, claramente al propósito de la tortura, al igual que los comentarios CICR también.

En el estatuto de la CPI, sin embargo, el elemento objetivo solo se aplica para el crimen de guerra de tortura, según lo establecido en los Artículos 8 (2) (a) (ii) y 8 (2) (c) (i), y no por los crímenes contra la humanidad, definidos en el Artículo 7 (1), para los cuales el elemento objetivo se ha quedado fuera. Por otra parte, se entiende a partir de los elementos de los crímenes que el propósito no es necesario para un acto de tortura para calificar como tal. Esto proporciona una aplicación más amplia del delito de tortura, y permite a alguien ser responsable de la tortura sin ninguna finalidad, pero también significa que la distinción entre tortura y trato inhumano es borrosa. La razón por la que el elemento objetivo quedó fuera en los elementos de los crímenes bajo la tortura como crimen de lesa humanidad parece incierto y tal vez podría ser un problema para una discusión posterior.

Un elemento adicional para distinguir a un acto de tortura de un trato cruel e inhumano es el hecho que la tortura solo puede imponerse a una

persona menos poderosa. Se hace de la finalidad y de los “trabajos preparatorios” del Artículo 1 del CAT que la víctima tiene que estar “detenida” o “bajo el control directo del “ torturador. Sin embargo, la custodia o el control directo se requieren explícitamente en el Derecho Internacional Humanitario, como en el Artículo 7 (2) (e) del estatuto de la CPI. Yo, por lo tanto, concluyo que el elemento de la impotencia (custodia y otras formas de control directo) está presente tanto en el Derecho Internacional Humanitario como en la ley de los derechos humanos.

Bajo el Derecho Internacional Humanitario, la tortura puede ser perpetrada por agentes del Estado y por actores no estatales, mientras que la ley tradicional los derechos humanos solo se aplica a los agentes estatales. El Artículo 1 del CAT declara explícitamente que la intervención de un funcionario público, por lo menos por su aquiescencia, es un criterio determinante, lo que significa que los actores no estatales, como los grupos rebeldes no se encuentran directamente responsables bajo la ley de derechos humanos. Sin embargo, hay una cierta tendencia en la jurisprudencia internacional, como Marco Sassoli ya lo ha mencionado, para responsabilizar a los Estados por actos perpetrados por actores no estatales. En mi calidad de relator especial de la ONU sobre la tortura, cuando se trata de la mutilación genital femenina (MGF) o la violencia doméstica, en muchos países yo sostuve que los gobiernos rindan cuentas por la aquiescencia, si no estaban tomando ningún tipo de medida significativa en virtud del principio de la debida diligencia. Este fue un tema importante también cuando se redactó la Convención sobre desapariciones forzadas en los primeros años del siglo XXI, ya que fue redactado en el modelo del CAT. Tuvimos discusiones muy largas sobre si debíamos o no definir de nuevo las desapariciones forzadas solo en relación a los estados. Por último, un compromiso fue encontrado por la definición de este desapariciones de la manera tradicional, pero añadiendo la obligación de los estados también para criminalizar las desapariciones forzadas en relación con los actores no estatales. De hecho, la situación sería muy extraña si es que los Estados solo tienen la obligación de tipificar como delito la desaparición por funcionarios del Estado, y no por grupos privados, grupos terroristas y otros.

Por lo tanto, se observa que las diferencias entre el Derecho Internacional Humanitario y de derechos humanos en relación con la definición de tortura, por una parte, y el TCID por otro lado, son muy mínimas y no

requieren ninguna otra interpretación que la cual es el tipo de derecho internacional que se aplica en una situación de conflicto armado.

3. Derecho Penal Internacional

3.1 Derecho internacional de los derechos humanos

La obligación de tipificar como delito es diferente bajo la ley de derechos humanos en cada acto de tortura, pero el tratamiento de no Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (TCID), debe ser penalizado en la legislación nacional, con una jurisdicción muy amplia, es decir, la nacionalidad territorial, activa y pasiva, así como la jurisdicción universal, conforme a los Artículos 4 a 9 CAT.

3.2 Crímenes de lesa humanidad

Si la tortura (pero no TCID) es practicada como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil en tiempos de paz o de guerra, equivale a un crimen contra la humanidad. Los autores deben ser llevados ante la justicia ante tribunales nacionales o tribunales penales internacionales.

3.3 Los crímenes de guerra

Como ya se mencionó anteriormente, en el Derecho Internacional Humanitario cada acto de tortura y trato inhumano constituye una infracción grave bajo los Convenios de Ginebra y asciende a un crimen de guerra. Por comparación en los tratos inhumanos, el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario es más ancho que las normas de derechos humanos. Los responsables deben ser llevados ante la justicia ante los tribunales nacionales, en virtud del principio de jurisdicción universal, o ante los tribunales penales internacionales. El trato degradante (o “los atentados contra la dignidad humana”) constituyen también una grave violación de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados

internacionales y no internacionales, y son considerados como crímenes de guerra en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Por lo tanto, los perpetradores deben ser llevados ante la justicia ante los tribunales nacionales o internacionales.

El resultado es que la obligación de tipificar como delito y también el llevar a los culpables ante la justicia ante los tribunales nacionales, y también ante los tribunales internacionales, es más amplia y protectora en el Derecho Internacional Humanitario, si se compara con las normas de derechos humanos.

4. Conclusiones

En tiempos de conflictos armados, las normas de derechos humanos y del derecho humanitario son aplicables en principio y no hay contradicciones importantes que requieran mayor interpretación en cuanto a qué tipo de ley es aplicable. En parte, el Derecho Internacional Humanitario establece normas más detalladas de una mejor protección, pero en otros aspectos la ley de derechos humanos proporciona una mejor protección y se aplica como *lex specialis*. En primer lugar, el derecho humanitario va más allá de las normas de derechos humanos, ya que crea obligaciones vinculantes para los actores no estatales, como los grupos rebeldes, mientras que el derecho de los derechos humanos requiere al menos la aquiescencia de un funcionario del Estado, aunque, como se ha mencionado, hay un cierto cambio de tendencia bajo la ley de derechos humanos. Además, como se ha dicho, en el Derecho Internacional Humanitario cada acto de tortura y TCID es un crimen de guerra, mientras que bajo la ley de derechos humanos solo la tortura debe ser tipificado como delito en el derecho interno y solo la tortura constituye un crimen de lesa humanidad cuando se practica como parte de un ataque generalizado o ataque sistemático. Por otra parte, en el marco del Estatuto de la CPI, la tortura como un crimen contra la humanidad va más allá de la definición de tortura en el CAT, ya que carece de la exigencia de un objetivo específico. Sin embargo, esto podría ser una diferencia bastante teórica, carente de relevancia en la práctica, ya que es difícil imaginar la tortura como un crimen de lesa humanidad perpetrado sin ningún propósito específico.

En ciertas áreas, el derecho humanitario es mucho más detallado que la legislación de derechos humanos. La Tercera Convención de Ginebra,

en particular, es muy detallada sobre las condiciones de detención de los prisioneros de guerra. En las normas de derechos humanos, hay muchas normas sobre las condiciones de detención, pero que en su mayoría constituyen una ley no vinculante (una ley no vinculante es una ley que no obliga a nadie a hacer nada, es decir, los países pueden o no hacer caso a la ley). Una de las pocas disposiciones vinculantes, el Artículo 10 del PIDCP, establece que todo detenido debe ser tratado con dignidad y humanidad. Sin embargo, no detalla las normas más específicas, que solo existen en los instrumentos jurídicos no vinculantes, como las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955. Esta es la razón por la que, para hacer frente a esta deficiencia en la legislación sobre derechos humanos, sería importante redactar y adoptar una Convención internacional sobre los derechos de los detenidos. En los muchos países que he visitado como relator especial de la ONU sobre la tortura, las condiciones de detención que he presenciado fueron absolutamente escandalosas. El hacinamiento, la falta de condiciones higiénicas, la falta de alimentos y medicinas, sumado a otros factores, a menudo coinciden para crear condiciones espantosas. Las personas privadas de libertad carecen de los derechos más humanos, y por lo tanto son más vulnerables. Por lo tanto, existe una necesidad urgente de crear una base jurídica más sólida para las normas mínimas en detención en relación con muchos de los derechos, como el derecho a la intimidad, el derecho a la alimentación, o el derecho a la salud.

Sin embargo, en otros aspectos, la ley de los derechos humanos es más detallada y también proporciona una mejor protección que el Derecho Internacional Humanitario. Esto se aplica particularmente al CAT, que comprende diversas obligaciones positivas específicas de los Estados para prevenir la tortura, incluido el Artículo 3 del CAT sobre la no devolución (de los presos), según el cual nadie debe ser enviado a otro país o jurisdicción en la que existe un grave riesgo de sufrir tortura. Otras disposiciones también prevén una mejor protección, incluido el Artículo 15 del CAT, que indica que las pruebas obtenidas mediante tortura no deben ser utilizadas en ningún procedimiento judicial o administrativo. El derecho de las víctimas de la tortura a que se les deba proporcionar un recurso efectivo y la reparación adecuada, como se indica en los Artículos 13 y 14 CAT, son muy importantes obligaciones adicionales, puesto que los Estados no solo deben penalizar y prevenir los actos de tortura, sino que también proporcionan reparación a las víctimas.

En *Mohamed et al. v Jeppesen Dataplan*, que implica a cinco personas que fueron detenidas en secreto y severamente torturadas en Marruecos y otros países después de los vuelos de rendición extraordinaria organizados por la CIA durante la administración Bush, el gobierno actual de USA invocó el secreto de Estado como defensa, en clara violación de sus obligaciones en virtud de los Artículos 13 y 14 CAT. La Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés) está en este momento tratando de llevar este caso ante la Corte Suprema de Justicia, a fin de proporcionar finalmente a las víctimas de tortura de la “guerra contra el terror” con el derecho a un recurso efectivo y la reparación adecuada.

Transferencias de detenidos

Thomas Winkler

Subsecretario de asuntos jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores,
Copenhague

Es para mí un gran placer, una vez más hacer frente a la distinguida audiencia aquí en la mesa redonda anual del Instituto Internacional de Derecho Humanitario.

Doy las gracias a los organizadores por la invitación a hablar, y felicito al Instituto por su 40avo aniversario. Lamentablemente tendré que decepcionarlos tres veces en el primer par de minutos.

En primer lugar, tengo que admitir que soy un experto del gobierno. Como asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, yo por supuesto, hablo en nombre de mi gobierno.

En segundo lugar, no voy a hablar sobre la piratería - aunque yo soy el presidente del grupo de trabajo jurídico —Grupo 2 (GT2) de trabajo— del grupo de contacto sobre la piratería frente a las costas de Somalia. He venido aquí para hablar de otra cosa, pero añadiré algunos comentarios sobre la piratería relacionados con los comentarios de otros oradores sobre este tema ayer y hoy. Mi grupo de trabajo puede estar en desacuerdo sobre una serie de temas, pero todos estamos de acuerdo que el Derecho Internacional Humanitario (DIH) no es relevante a en la lucha contra la piratería, ya que no estamos en un conflicto armado con los piratas. Me voy a referir a las preguntas específicas del ejemplo de la plenaria sobre los buques-jinetes de las herramientas legales del GT2, donde encontrarán las respuestas.

Los problemas de derechos humanos en lo que se refiere a la lucha contra la piratería, en particular sobre las transferencias posteriores al juicio, se encuentran en la parte superior de la orden del día, cuando mi grupo de trabajo se reúna la próxima vez del 2 al 3 de noviembre en Copenhague. En este sentido, ningún Estado u organización comprometida en la lucha contra la piratería pueden ignorar las sentencias de Estrasburgo en el caso

Medvedev y de un tribunal de los Países Bajos sobre los cinco piratas transferidos allí por persecución por parte de Dinamarca. Y por último: como se ha mencionado por mi colega de la Unión Europea el principal desafío en lo que respecta a asegurar el enjuiciamiento, incluidos los derechos humanos de los sospechosos de piratería o de condenados, es identificar a uno o varios Estados, de preferencia en la región, que están dispuestos a acoger el enjuiciamiento y —no menos importante— de encarcelamiento. Esto, sin embargo, es sobre todo una cuestión política y no jurídica.

Me referiré ahora al verdadero tema de mi presentación: el proceso de Copenhague sobre el trato a los detenidos, un intento de resolver algunos de los muchos retos que se han mencionado en esta sala durante esta mesa redonda.

Como algunos de ustedes sabrán, yo estuve aquí hace dos años informando a los participantes sobre el proceso de Copenhague sobre el trato de los detenidos en las operaciones militares internacionales, un proceso que en ese momento se encontraba en una fase muy temprana. Mucho ha llovido desde entonces y nos estamos moviendo lentamente hacia un resultado.

Un proyecto de documento final se ha producido y que ahora se está negociando. Y esta es la tercera y última decepción en mi discurso: no voy a ser capaz de proporcionar a todos una copia del proyecto. Voy a explicar por qué. Yo puedo y les proporcionaré los contornos del proyecto actual y de los futuros procesos. Esta es la primera vez que he hecho esto en público.

Voy a comenzar con una breve descripción del contexto y los antecedentes del proceso de Copenhague.

El impulso inicial para el proceso de Copenhague llegó por la naturaleza cambiante de las operaciones militares internacionales. Además de las tradicionales de mantenimiento de la paz o de las operaciones de establecimiento de la paz de las Naciones Unidas o de paz, nuevos tipos de operaciones han emergido, donde las fuerzas militares han asumido nuevos roles.

A las fuerzas militares a menudo se les pide que —o tienen que— actuar en apoyo de los gobiernos que necesitan ayuda para estabilizar sus países, o, en algunos casos, en lugar de los gobiernos, llenando un vacío gubernamental e institucional. De este modo, las fuerzas militares son a menudo obligadas a actuar como policías o conduciendo tareas normalmente llevadas a cabo por las autoridades nacionales. Esta es exactamente la situación que nuestro colega de la ONU describió esta misma mañana.

Como consecuencia de ello, los soldados —ya obligadas a operar de conformidad con el derecho internacional y la legislación nacional en la

materia de su propio Estado— también tienen que respetar la soberanía y la jurisdicción del Estado de acogida. Y estas reglas no están necesariamente de acuerdo entre sí.

Los Estados que aportan contingentes con el mandato de combatir a los insurgentes normalmente también tienen el poder para detenerlos, por lo general con vista a su transferencia a las autoridades locales. Dicha transferencia a la custodia de las autoridades locales es la regla general, operamos bajo el supuesto de que las sospechas, que son la razón de la detención, caen dentro de la jurisdicción del Estado de acogida - sin importar si estamos hablando de la detención por razones de seguridad o por actos criminales. En estas situaciones, las acciones de las autoridades locales no pueden ser restringidas per se por el Estado que aporta contingentes.

Y este es un reto ya que el Estado de transferencia normalmente tendrá sus propias obligaciones legales para observar.

Algunos Estados han firmado acuerdos bilaterales con los Estados de acogida para garantizar que las condiciones de transferencia satisfacen sus obligaciones internacionales nacionales e internacionales. Pero no todos los Estados en una operación militar dada pueden tener este tipo de acuerdos —como es el caso de Afganistán—. Además los acuerdos existentes pueden diferir creando una situación poco clara en general. Al mismo tiempo, se plantean interrogantes acerca de la eficacia de tales acuerdos para garantizar los derechos de los detenidos.

La cuestión de la transferencia —a las autoridades locales o dentro de una coalición de fuerzas— se ha vuelto cada vez más importante. Numerosos Estados se enfrentan a litigios derivados de la detención durante las operaciones militares. Hemos oído hablar de algunos de los casos del Reino Unido esta mañana. En Dinamarca existe un caso en curso relativo a la detención por las fuerzas danesas de 31 afganos durante una operación militar conjunta Estados Unidos-Dinamarca en marzo de 2002 en Afganistán y la manipulación y entrega posterior de estos individuos a las fuerzas estadounidenses. El demandante alega ser uno de los afganos detenidos. Él inició una demanda contra el Ministerio de Defensa danés alegando que las fuerzas danesas violaron sus obligaciones internacionales al entregarlo a las fuerzas de los Estados Unidos en la base aérea de Kandahar, donde él afirma haber sido maltratado. El argumenta que las autoridades danesas deberían haber sido conscientes del riesgo de maltrato en el momento de la transferencia, en 2002, y es esta conciencia la que crea responsabilidad.

El caso es interesante para nuestro propósito aquí, ya que muestra cómo las circunstancias fácticas complejas de las operaciones multilaterales pueden dar lugar a la discusión de una serie de cuestiones jurídicas, en relación con, entre otros, la competencia, la ley aplicable y la responsabilidad del Estado. También subraya cómo un enfoque común podría ayudar a evitar litigios difíciles y consumidores de mucho tiempo y por qué estos desafíos hacen necesaria una respuesta multilateral.

Los Estados deben ponerse de acuerdo sobre cómo se aplican las reglas del siglo xx a las realidades del siglo xxi. Una y otra vez, las realidades en el campo de batalla, han puesto de relieve los desafíos en la aplicación de derecho internacional humanitario como el único marco legal para las operaciones militares internacionales. No estoy diciendo con ello que el Derecho Internacional Humanitario es defectuoso o que tiene que ser cambiado. Esa no es la intención de mi gobierno, y nunca ha sido el objetivo del proceso de Copenhague.

Por el contrario, los Estados implicados han estado absolutamente convencidos que el objetivo del proceso no es tratar de desarrollar nuevas normas legales o socavar las obligaciones y normas legales existentes. Lo he dicho repetidamente, pero también aprovecho esta oportunidad para insistir en este punto de nuevo.

En cambio, el objetivo del proceso de Copenhague es abordar algunos de los retos legales que enfrentan las fuerzas militares en operaciones militares internacionales al tratar de alcanzar un consenso sobre algunas pautas básicas. Y el consenso es necesario, no solo para garantizar que los Estados cumplan sus obligaciones internacionales y protejan los derechos individuales, sino también para garantizar las operaciones militares eficaces y la cooperación y, en última instancia, el éxito de las operaciones militares internacionales. Estos temas van de la mano, y cualquier incertidumbre sobre el marco legal —como todos sabemos— puede tener un impacto negativo en el suelo.

Arresto, detención y transferencia no son en sí mismas nuevas y, ya como ambos el profesor Sassoli y profesor Gaeta han recién explicado existen numerosas normas para regular la privación de libertad en los conflictos armados.

El mencionado carácter cambiante de las operaciones militares ha señalado, sin embargo, los nuevos retos jurídicos detectados. Se trata de preguntas que podría parecer a primera vista simples. Preguntas tales como: ¿cuál es la base legal de la detención? ¿Cuál es el procedimiento aplicable?

¿Por cuánto tiempo puede una persona estar detenida? ¿Y la detención debe ser revisada por un juez?

Estas son preguntas que cualquier sistema jurídico puede responder en tiempos de paz. Sin embargo, las reglas no son siempre claras en las operaciones militares internacionales donde el marco legal puede ser polémico. Y la práctica, tanto en Afganistán e Irak ha ilustrado claramente que estas no siempre son preguntas fáciles de responder, y que los cambios hechos simples puede enturbiar aún más el panorama. Por tanto, un enfoque multilateral es necesario.

El proceso de Copenhague —iniciada por Dinamarca en 2007— es un intento de centrarse en lo más importante de estos desafíos. Se invitó a los Estados de todas las regiones del mundo con experiencia en operaciones militares internacionales, así como a las organizaciones internacionales y regionales pertinentes a participar. Desde entonces, otros Estados se han unido, y en la última conferencia en junio de 2009 los representantes de veinticinco Estados y varias organizaciones internacionales se reunieron en Copenhague para discutir el manejo de los detenidos en las operaciones militares internacionales.

La conferencia fue titulada: “Hacia una plataforma común”, y el objetivo de la conferencia era iniciar el proceso hacia la creación de una plataforma común para el manejo de los detenidos. La conferencia se basó en los entendimientos clave previamente establecidos en el proceso de Copenhague, a saber, que: “La detención es un medio necesario y legítimo para asegurar objetivos importantes en las operaciones militares internacionales” y que “los desafíos relacionados con la detención deben abordarse con el fin de garantizar tanto la protección de los detenidos y la eficacia de las operaciones militares”.

Al mismo tiempo, se hizo hincapié en que era importante tener en cuenta la diversidad y la complejidad de las situaciones de hecho y de derecho, —incluyendo las condiciones locales— que pueden enfrentar las fuerzas militares. Por lo tanto no pretendemos una panacea para todos los problemas legales. Eso, me temo, es demasiado ambicioso. En cambio, el proceso se centra en una lista más limitada de cuestiones en relación con la detención de las operaciones militares internacionales: la base legal para la detención, el trato durante la detención, la revisión de la detención y el traslado.

Esto me lleva a los contornos del proyecto de documento final. Como dije al principio, no puedo hoy revelar el contenido específico de lo que es esencialmente todavía un trabajo en progreso. No solo sería prematuro, pero también podría poner en peligro el propio proceso.

Aunque no puedo decir exactamente cómo el documento final se verá al final, o precisamente lo que va a contener, puedo decir con bastante seguridad lo que no va a ser: no va a ser un nuevo documento de Montreux o una nueva declaración de Turku. Tanto el Gobierno de Suiza como el grupo de expertos que participaron en el proceso de Turku deben ser aplaudidos por sus esfuerzos. Dinamarca tiene —como muchos otros Estados— su apoyo en el documento de Montreux. Como asesor jurídico del Gobierno danés también puedo decir que yo no puedo evitar ser un poco envidioso de lo que los suizos han logrado. El proceso de Copenhague es, sin embargo, un proceso muy diferente.

El proceso de Copenhague se preocupa de cuestiones que han sido o están siendo juzgadas ante los tribunales nacionales en varios de los Estados involucrados, entre ellos Dinamarca. Esto, naturalmente, hace a los temas muy sensibles. Esta es también una de las razones por las cuales el proceso no podría haber sido tan transparente como algunos hubieran querido. En este sentido voy a insistir en que el proceso no iba a ser exclusivo o de cualquier manera secreto. Hemos escuchado y recibido información útil de muchas organizaciones no gubernamentales y el apoyo valioso del Comité Internacional de la Cruz Roja. Dicho esto la naturaleza de la materia y el proceso llaman a adoptar un enfoque cauteloso.

Esto, sin embargo, no implica que las ONG no se incluirán más intensamente en el proceso en el futuro. Todo lo contrario: el impacto que mi gobierno quiere lograr no será posible sin la participación de las organizaciones no gubernamentales pertinentes. Al mismo tiempo será un requisito previo para cualquier ONG que quieran participar que esta participación sea constructiva: el objetivo del proceso es identificar soluciones.

En la última conferencia en 2009 se acordó que Dinamarca debería elaborar un proyecto de documento de Copenhague, para continuar el debate. El documento ha sido elaborado sobre la base de los debates de los eventos anteriores, así como otras aportaciones recibidas durante todo el proceso, incluidas las de las organizaciones no gubernamentales.

Como dije anteriormente, el proceso de Copenhague en ningún caso pretende devaluar o de cualquier otro modo menoscabar el marco jurídico existente. En cambio, el proceso busca generar consenso sobre algunos temas básicos que he mencionado antes: la base legal para la detención, tratamiento, revisión y transferencia.

El documento en su actual forma de proyecto es en sí mismo muy simple. Contiene una lista de los “principios rectores” en el manejo de los detenidos en las operaciones militares internacionales.

La razón para que los principios rectores hayan sido redactados breve y concisamente no es que los problemas de fondo sean sencillos. En cambio, los principios, que no son para ser jurídicamente vinculantes, se han redactado, ya que son para permitir un amplio consenso sobre algunas cuestiones fundamentales. También está la cuestión muy práctica que los Principios podrían tener que ser utilizado por los soldados en el terreno. Es en el suelo, después de todo, en donde las decisiones difíciles tienen que ser tomadas.

Otra consideración pragmática es que las realidades en el campo de batalla no siempre son fácilmente compatibles con las valoraciones que, en teoría, tienen que hacerse dentro de los marcos legales existentes. Rara vez es fácil determinar —bajo el fuego y con poco tiempo para tomar decisiones— si un conflicto o un elemento en un conflicto constituye un conflicto armado internacional o no internacional. O si hay un conflicto armado en absoluto. Así, para asegurar la continuidad de su importancia, los Principios Rectores son redactados deliberadamente para aplicarse en todas las situaciones, independientemente de la calificación jurídica del conflicto en cuestión. Esto, sin embargo, no implica que las aspiraciones subyacentes sean intrascendentes. Por el contrario, es precisamente porque los Principios tratan de abordar las realidades sobre el terreno que pueden servir de guía en todas las situaciones y en todos los tiempos.

Además, la experiencia nos dice que los detenidos corren más riesgo de sufrir malos tratos inmediatamente después de haber sido detenidos. En consecuencia, los Principios Rectores buscan establecer un marco de guía de principios aplicables a todas las fases de la detención. Desde el momento en que una persona es aprendida —o más bien detenida— hasta que es transferida o liberada.

Las circunstancias, sin embargo, pueden variar. Si una persona es detenida por un grupo de soldados en una patrulla a pie en las montañas de Wakhan de Afganistán, entonces puede que no sea posible revisar la legalidad de la detención de esa persona dentro de un plazo que de otra manera es requerido por las normas generales del debido proceso. Pero eso no significa que no deban existir salvaguardias. El documento final, por lo tanto, trata de tener en cuenta los escenarios de este tipo.

Muchos de los principios serán incontrovertibles. Algunos podrían decir incluso triviales. No obstante, el hecho de que estos principios podrían, al menos por algunos, considerarse triviales no quiere decir que no valga la pena que se indiquen. Debemos recordar, que el objetivo es la creación de un consenso sobre algunas cuestiones fundamentales, y, si es posible, en un lenguaje claro y conciso que pueda ser utilizado por todos.

Sobre el fondo tengo que repetir que nosotros —y eso incluye todos los intereses representados aquí— debemos tener cuidado de no exagerar los desafíos. Cuando se llevan a cabo estudios en profundidad sobre los hechos y la ley correspondiente —como lo hemos hecho en el marco del proceso de Copenhague— a menudo resulta que los muchos retos asumidos y las deficiencias reclamadas son —con algunas excepciones— inexistentes o manejables. Esto también se aplica al tema muy discutido de la relación entre el derecho internacional humanitario y de derechos humanos.

Aunque pueda sonar así, no hemos pasado los últimos tres años en la redacción de un pequeño conjunto de directrices que caben en el bolsillo de su camisa. Los principios rectores están acompañados por una nota explicativa más larga y más elaborada, que explica y fundamenta los principios rectores. Estas notas explicativas no necesariamente al final del día serán una parte formal del documento final, pero están escritas para mí y mi equipo para asistirme durante los próximos debates con los participantes en el proceso y otras partes interesadas.

Esto es todo lo que puedo revelar en este momento sobre la forma y el contenido del documento final. Esto, sin embargo, deja una pregunta: ¿hacia dónde vamos desde aquí?

En los próximos cuatro a seis meses mi equipo y yo vamos a examinar el proyecto de documento final con todos los participantes en el proceso de Copenhague. A continuación, se entablarán conversaciones con las ONG y otros interesados en el proceso antes de llamar a una tercera Conferencia de Copenhague (en la actualidad, y muy tentativamente programada para algún momento del primer semestre de 2011). La ambición es que vamos a discutir y acordar el documento final y el camino por delante. Nuestro objetivo, sin embargo, no se detiene en llegar a un consenso sobre el documento final. Creemos que es importante asegurar el más amplio apoyo internacional posible a los Principios, y es de esperar que en los años posteriores a la Tercera Conferencia de Copenhague logremos ese apoyo a través de un esfuerzo diplomático constante.

III. Garantías individuales de libertad

Motivos admisibles para internamiento/ detención administrativa

Óscar Solera

Oficial de derechos humanos, Estado de derecho y sección democracia, alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, Ginebra

El tema de los motivos admisibles para la detención administrativa va de la mano con una serie de cuestiones relacionadas entre sí. Primero voy a decir algunas palabras en relación con el marco legal aplicable que permite el uso o aplicación de medidas de detención administrativa, en particular en los conflictos armados no internacionales. A continuación, me referiré a los motivos de la detención administrativa que podría ser invocada y las limitaciones a dicha práctica. Por último, me referiré brevemente a la relación entre los diferentes cuerpos de la ley, en particular, el Derecho Internacional Humanitario y el derecho internacional de derechos humanos.

Los oradores anteriores a que se refiere en detalle a algunas de estas preguntas especialmente en relación con los conflictos armados internacionales. Según explicaron, en los conflictos armados internacionales, el Derecho Internacional Humanitario, en particular los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I contienen una serie de disposiciones en relación con la detención de seguridad que, en términos generales, se complementa con requisitos similares bajo el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, como ustedes saben, el caso de los conflictos armados no internacionales es algo diferente porque ni los Convenios de Ginebra ni el Protocolo adicional II, contienen disposiciones específicas relativas a la autoridad de las partes en un conflicto armado no internacional para detener sobre personas en la base de sus problemas de seguridad. Por ejemplo, el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se refiere a los requisitos de la integridad personal. El Artículo 5 del Protocolo adicional II, por ejemplo, solo se refiere a garantías que deben observarse en relación con las personas cuya libertad ha sido restringida, incluyendo a las personas en detención administrativa. Esto es importante desde la perspectiva del

derecho internacional, ya que, en ausencia de normas internacionales, la necesidad del fundamento jurídico tendría que ser establecido expresamente en el derecho interno.

Hablando de esta falta de autorización expresa por el Derecho Internacional Humanitario (DIH), los expertos que participaron en una reunión organizada por el CICR sobre las garantías procesales para la detención de seguridad en los conflictos armados no internacionales, estuvieron de acuerdo, y cito textualmente en el informe, en que “no era tan tanto un derecho”, sino más bien una autorización inherente al DIH. Donde internar a las personas en prácticas en el conflicto armado no internacional”.¹ En este sentido, los expertos llegaron a la conclusión, como es lógico, que se deriva de la práctica de los conflictos armados y la lógica del Derecho Internacional Humanitario que las partes en un conflicto pueden capturar personas consideradas una amenaza seria a la seguridad y que esas personas pueden ser internadas, siempre y cuando sigan planteando una amenaza.² Tal argumento de la autorización inherente, sin embargo, ha sido rechazado por los que correctamente afirman que la detención debe tener una base jurídica adecuada y suficiente.

Desde una perspectiva de derechos humanos, por su propia naturaleza como un sistema de protección, el Derecho Internacional Humanitario proporciona condiciones o limitaciones al ejercicio del poder del Estado, entre otras cosas, en relación con la privación de la libertad. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que ha sido ratificado por 166 Estados, establece en su Artículo 9 que toda persona tiene derecho a la libertad y que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contienen disposiciones similares. Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su Artículo 9 que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.³

1. Informe de la reunión de expertos sobre garantías procesales para la detención de seguridad en los conflictos armados sin carácter internacional, p. 3, disponible 091209.pdf

2. *Ibíd.*, P. 4.

3. Cabe señalar que el Artículo 5 de la Convención Europea ofrece la lista más explícita de las situaciones en las cuales una persona puede ser privada de su libertad, pero ninguna de estas excepciones se refieren a los conflictos armados.

Por lo tanto, el derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe internamiento o detención administrativa per se. El Comité de Derechos Humanos, que como ustedes saben, es el órgano que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de hecho ha aceptado que la práctica de la detención administrativa podría preverse en virtud del Pacto, en determinadas condiciones. En su jurisprudencia, el Comité ha reconocido la posibilidad de que los Estados utilicen las medidas de internamiento de una manera legal. Por ejemplo, en el caso de *Cámpora Schweizer v Uruguay*, el Comité declaró que “la detención administrativa no puede ser objetable en circunstancias en que el interesado represente una amenaza clara y grave para la sociedad, y que no pueda ser contenido en cualquier otra forma”.⁴

Del mismo modo, el grupo de trabajo sobre la detención arbitraria declaró en su informe de 2010 que “si tiene que haber detención administrativa, el principio de proporcionalidad exige que sea el último recurso”.⁵

La subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías de la Comisión de Derechos Humanos también se ocupó de la cuestión a finales de los años 1980.⁶ En su informe sobre la práctica de la detención administrativa, el Prof. Louis Joinet observó que la práctica de los Estados mostraba que “la mayoría de los países, incluidos los que se consideran a sí mismos como uno de los más democráticos, establecen la detención en su legislación nacional, donde el poder de decisión recae en la autoridad administrativa solamente”.⁷ Joinet señala, sin embargo, el hecho de que “no es tanto el principio de la detención administrativa lo que está en juego”, sino “las garantías previstas por la ley y la conformidad de tales garantías con las normas internacionales”.⁸

Entre las diferentes prácticas de admitidos de detención administrativa como una excepción admisible en el derecho a la libertad, el profesor Joinet se refirió en su informe a las amenazas contra el orden público y la

4. CCPR, comunicación N° 66/1980 (12 de octubre 1982), párr.18.11

5. A / HRC/ 13/30, de 15 de enero de 2010, párr.59.

6. En la resolución 1985/16, de 11 de marzo de 1985, la Comisión de Derechos Humanos pidió a la Subcomisión a hacer recomendaciones sobre la práctica de la administración de atención. El informe de la subcomisión se preparó sobre la base de la información presentada por los Estados y por las organizaciones no gubernamentales.

7. E / CN. 4/Sub.2/1989/27, párr.15.

8. *Ibid.*

seguridad del Estado. Según indicó, pueden surgir estas amenazas, entre otras cosas, en situaciones de conflicto armado, en situaciones de emergencia y en situaciones de disturbios y tensiones internas.⁹

El Comité de Derechos Humanos también ha aceptado que las amenazas a la seguridad pública podrían ser un motivo admisible para privar a una persona de su libertad. Sin embargo, como señaló en su observación general N° 8, «si se utiliza la llamada prisión preventiva, por razones de seguridad pública, debe ser controlada por [las disposiciones del Artículo 9 del PIDCP], es decir, no deben ser arbitrarias y deben basarse en las causas y los procedimientos establecidos por la ley, la información de las razones se debe dar y el control judicial de la detención debe estar disponible, así como una indemnización en el caso de una violación».¹⁰

En la observación general 16 del Comité, se aclaró que “la expresión” injerencias arbitrarias “puede extenderse también a las injerencias previstas en la ley”. El Comité señaló además que “la introducción del concepto de arbitrariedad pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en conformidad con las disposiciones, propósitos y objetivos del pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares”.¹¹

La interdicción de la arbitrariedad en el Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), constituye una limitación importante en las medidas de detención administrativa que se dirige tanto a la legislatura nacional y los órganos administrativos. En este sentido, como señaló el Comité, no es suficiente que la detención administrativa se encuentre prevista en la ley. La ley en sí no debe ser arbitraria y la aplicación de la ley no debe llevarse a cabo arbitrariamente. El profesor Nowak, en su comentario al PIDCP explica que, sobre la base de los antecedentes históricos del Artículo 9, la prohibición de arbitrariedad debe interpretarse en sentido amplio y, por lo tanto, la privación de la libertad debe ser establecida por la ley y no debe ser manifiestamente desproporcionada, injusta o impredecible, y la detención no debe ser discriminatoria y debe ser capaz de ser considerada adecuada y proporcional a la vista de las circunstancias del caso.¹²

9. *Ibid.*, Para. s. 22-28.

10. Observación general 8, párr. 4.

11. Observación general 16, párr. 4.

12. Manfred Nowak, sin Pacto de Derechos Civiles y Políticos (CCPR) comentario, p. 225.

Ahora, como se sabe, un puñado de Estados han manifestado cierto escepticismo acerca de la idea de que el derecho internacional de derechos humanos sea aplicable a las situaciones de conflicto armado. A veces han argumentado que debido al sistema de excepciones previstas en el Artículo 4 del PIDCP, el derecho internacional de derechos humanos no proporciona protección adecuada en este tipo de situaciones. En particular, se ha señalado que la disposición del Artículo 9 del pacto sobre el derecho a la libertad es objeto de suspensión y, por lo tanto, si se aprueba esta excepción, las normas de derechos humanos sería no dar una respuesta adecuada a las medidas de detención administrativa adoptadas en situaciones de emergencia o de conflicto.

Si bien esto no puede ser ignorado, hay que señalar que el Comité de Derechos Humanos ha dejado claro que ciertas disposiciones del pacto no son obligaciones solo convencionales, sino que también son parte del derecho internacional consuetudinario internacional y algunos de ellos han alcanzado el estatus de normas *juscogens*. Por ejemplo, en la observación general 24 del Comité, se indicó que la prohibición de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas es una norma de *juscogens* que no admite reservas.¹³ En la observación general 29 del Comité se destacó, además, que “la enumeración de las disposiciones no derogables en el Artículo 4 se relaciona con, pero no es idéntica, a la cuestión de si ciertas obligaciones de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas del derecho internacional”. El Comité señaló, además, que “la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de provisiones no derogables, que figura en el Artículo 4, apartado 2. Los Estados no pueden en ningún caso invocar el Artículo 4 del pacto como justificación de actos en violación del derecho humanitario o de las normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de un juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”.¹⁴

En otras palabras, aunque el Artículo 9 del pacto no está incluido en las disposiciones no derogables enumeradas en el Artículo 4 del Pacto, su naturaleza jurídica como una norma imperativa de derecho internacional

13. Observación general 24, párr. 8.

14. Observación general 29, párr. 11.

implica que no admita excepción permitida por el derecho internacional general. Por lo tanto, los Estados no podrán, en situaciones de conflicto o de otro modo, permitir las medidas de detención administrativa que podrían ser consideradas como arbitrarias, ya sea porque no respetan el principio de legalidad, o porque la legislación habilitante, o su aplicación por las autoridades administrativas son en sí mismas arbitrarias.

Por último, cabe recordar que el derecho internacional moderno reconoce el carácter complementario y de refuerzo mutuo del Derecho Internacional Humanitario y el derecho internacional de derechos humanos. La Corte Internacional de Justicia y reiteró este argumento en la República Democrática del Congo (RDC) v caso de Uganda. El Comité de Derechos Humanos ha celebrado una vista similar en su observación general 31, al afirmar que “el pacto se aplica también en situaciones de conflicto armado a las que son aplicables las normas del Derecho Internacional Humanitario. Si bien, con respecto a determinados derechos del pacto, las normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos consagrados en el pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes”.¹⁵ El Comité reiteró esa opinión en sus observaciones finales, entre otras cosas, en los informes periódicos presentados por Israel en 2003 y por los Estados Unidos en 2006.¹⁶

No es de extrañar, pues, que el estudio del CICR indica en el Artículo 99 que “la privación arbitraria de la libertad está prohibida”. El parecido entre esta norma y el artículo 9 del PIDCP y el Artículo 9 de la Declaración Universal llama la atención, pero no sorprende. De hecho, gran parte de la práctica de los Estados que se puede encontrar en este sentido y que se hace referencia en el estudio del CICR podría posiblemente ser el resultado del cumplimiento de los derechos humanos por parte de los Estados. Esta práctica, como el estudio indica, incluye la legislación que prohíbe la privación arbitraria de la libertad en situaciones de conflicto armado. Esto es, en mi opinión, la complementariedad entre el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos funcionando de la mejor manera.

15. Observación general 31, párr. 11.

16. Ver CCPR/CO/78/ ISR de 21 de agosto de 2003, párr. 11, y el CCPR / c / EE.UU. / co/ 3 / Rev., de 18 de diciembre de 2006, párr.10.

En conclusión, no es tanto lo que son los motivos admisibles para la detención administrativa en el abstracto. Más bien, se requiere un examen caso por caso para determinar si una situación dada de la detención administrativa constituye una privación arbitraria de la libertad, en los términos del Artículo 9 del Pacto, lo que refleja una norma de *juscogens*. Este análisis debería incluir una determinación de si el principio de legalidad se ha respetado, de si la norma que lo permite en sí no es arbitraria, y que la aplicación de la norma por las autoridades administrativas no es arbitraria. Por otra parte, el análisis debe considerar si las garantías procesales y el derecho a un recurso se proporcionan adecuadamente, tanto en la legislación como en la práctica.

Revisión de la legalidad de la detención de internamiento/detención administrativa

Francoise Hampson

Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Essex

Mi tema solo se ocupa de la revisión de la legalidad de la detención, pero es muy difícil de abordar el tema sin tener en cuenta los motivos de la detención, por lo que puede haber cierta superposición con el orador anterior. Voy a incluir en el concepto de revisión no solo un derecho general a tener la legalidad de la detención sujeta a revisiones en intervalos periódicos, sino también las decisiones iniciales que pueden determinar si es o en qué condiciones una persona es detenida. Así, por ejemplo, voy a incluir la determinación de los tribunales de estado para prisioneros de guerra en el concepto de revisión.

La primera necesidad es identificar la ley aplicable. Solo reviso aquellas situaciones en las que el Derecho Internacional Humanitario (DIH) es aplicable, en otras palabras, las situaciones de conflicto armado. Sin embargo, el detenido está siempre “dentro de la jurisdicción” de la potencia detenedora, lo que significa que los cuerpos de uno u otro tipo de derechos humanos tienen jurisdicción. Eso no es lo mismo que decir que las normas de derechos humanos son aplicables. Cuando tanto el DIH y los derechos humanos son aplicables, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha dicho que el DIH es la *lex specialis*, pero no está nada claro lo que eso significa. Teniendo en cuenta que los organismos de derechos humanos tienen jurisdicción, puede significar que cuando el DIH es aplicable (es decir, en situaciones de conflicto armado) se deben interpretar las normas de derechos humanos a la luz del Derecho Internacional Humanitario. En otras palabras, solo habrá una violación de los derechos humanos si también existe una violación del DIH. Voy a utilizar “internamiento” como sinónimo de la detención administrativa y el sentido de la detención relacionada con la situación de seguridad en que el detenido presuntamente plantea

problemas de seguridad y no hay intención de iniciar un procedimiento penal contra él.

La posición en los conflictos armados internacionales es sencilla. Una persona puede ser detenida como un exluchador y en determinadas circunstancias tiene derecho a la condición de PDG. Se prevé la determinación de la condición, pero no prevé ninguna revisión posterior de la legalidad de la detención. El detenido podrá detenerse hasta el final de las hostilidades activas. Ya que todo el punto es que el individuo pertenece a un grupo armado organizado que todavía está luchando, no parece haber ningún punto para revisar, seguirá siendo una amenaza para la seguridad hasta el final de las hostilidades activas. Existe una pregunta acerca de las personas detenidas por motivos de haber luchado, pero que no se someten al régimen de los civiles detenidos. El Art. 75.3 del Protocolo Adicional 1 eficazmente los trata como civiles diciendo que deberían ser liberados cuando las circunstancias que justifican la detención (probablemente la amenaza a la seguridad que suponen), han dejado de existir. El Art. 75 no dice lo que debe determinarse o proveerse por este hecho, ni de la periodicidad de revisión. En el caso de los civiles en el SIGC, existen dos situaciones en las que puedan estar internados. Un civil en poder de la otra parte puede ser detenido sólo si la seguridad de la potencia detenedora hace que sea “absolutamente necesario” o si lo solicita y sus situaciones hacen que sea necesario. La decisión de internar tiene que ser considerada por un tribunal o un consejo administrativo y reexaminada dos veces al año si es posible. La población civil de un territorio ocupado puede ser detenida por la comisión de un delito exclusivamente para perjudicar a la potencia ocupante y que no implique daño a un ser humano o por “razones imperativas de seguridad”. Cuando alguien es detenido por un delito, no existe ninguna disposición para su revisión, pero la detención no debe ser desproporcionada en relación con el delito. Cuando se basa en motivos de seguridad, tiene que haber un procedimiento ordinario establecido por la potencia ocupante, un derecho de recurso inicial y revisión periódica, a ser posible semestral, por un organismo competente.

La posición con respecto a los conflictos armados sin carácter internacional (CASCI) es mucho más complicada. En primer lugar, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes de CASCI. Hay aquellos que son puramente territorial: la lucha se limita al territorio nacional en la materia y no hay participación de elementos externos al Estado. Luego están los que

llamaré *CASCI Extraterritoriales*. Estos se presentan en dos formas. En primer lugar están las operaciones de las fuerzas armadas del Estado A en el territorio del Estado B, pero que no se dirigen contra el Estado B, sino contra algunos agentes no estatales que operan desde dentro del territorio de B. En segundo lugar, hay situaciones en las que el Estado A está operando dentro del territorio del Estado B, ya sea ayudando al Estado B para hacer frente a un conflicto armado no internacional en el territorio B y/o derivadas de un mandato internacional.

El problema esencial en *CASCI* y hay que recordar que, de una forma u otra, representan la mayoría de los conflictos actuales, es que no hay nada en el derecho convencional internacional humanitario relacionado con los motivos de la detención o de la legalidad de la detención. Hay una razón para este silencio. El supuesto subyacente en el Artículo 3 común y APII fue que los *CASCI* eran territoriales. La legislación nacional sería aplicable, posiblemente acompañada de normas de derechos humanos. Eso está muy bien en el caso de los *CASCI* territoriales, pero causa problemas en el caso de los *CASCI* extraterritoriales.

En el caso de los *CASCI* territoriales sin intervención externa, el requisito de revisión se basa en normas de derechos humanos. Para que las partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no está claro si es necesario establecer una excepción con el fin de ser capaz de hacer una internación. Está claro que las partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos deben establecer excepciones con el fin de ser capaz de hacer una internación. Si bien en ambos casos las disposiciones sobre la detención son potencialmente susceptibles de suspensión, existe una fuerte evidencia para sugerir que el principio de la revisión no se puede suspender. Eso no significa que las disposiciones normales en tiempos de paz *habeas corpus* o *deam paro* sigan siendo aplicables, incluso en una emergencia o conflicto armado. Tal vez sea posible modificar el alcance de la revisión o el órgano que lleva a cabo la revisión. Las situaciones en las que la cuestión ha sido examinada hasta la fecha son en general aquellas en las que las autoridades nacionales les niega la aplicabilidad del DIH. Nosotros, por lo tanto, todavía no sabemos cuál será el impacto de la aplicabilidad del DIH que estará a las disposiciones de revisión en situaciones de conflicto. En este punto, es quizás útil señalar un aspecto importante en el que las normas de derechos humanos difieren del DIH. El DIH define la línea de fondo. Las normas de derechos humanos, por otra parte, determina lo que debería

haberse hecho en una situación particular. Por lo general, se invoca después de los hechos, es decir, con la perspectiva del tiempo. La ley tiene que ser ajustada a la línea de fondo y no al nivel de las mejores prácticas. La mejor práctica estará siempre en interés del comandante militar. Si es capaz de ir más allá de los simples requisitos legales, esto estará de acuerdo con los intereses del detenido y del comandante. Eso no significa que la ley debe establecerse en ese lugar. Tampoco significa que la ley debe establecerse tan bajo como para no ofrecer protección alguna para el detenido.

En general, la situación en los CASCI territoriales es clara. Habría un problema en una situación de tipo APII si el Estado invoca la aplicabilidad del DIH. En relación con la revisión de internamiento, el Estado tendría que depender del DIH consuetudinario y, a pesar de las observaciones del Sr. Kellenberger el jueves eso no está claro. En particular, no está claro lo que es el derecho consuetudinario de los derechos humanos y lo que es el DIH consuetudinario y si el origen de la norma consuetudinaria es lo que hace la diferencia.

Surgen problemas mucho mayores en los CASCI transnacionales. Solo tengo tiempo para detallar algunas de las dificultades. Voy a tratar primero los CASCI transnacionales con el consentimiento del Estado o con un mandato internacional. Las dificultades jurídicas son: los de afuera pueden confiar en el derecho interno de los territorios Estado territorial; pero ¿y si la legislación del Estado territorial con respecto a la revisión no se ajusta a cualquiera de sus obligaciones de derechos humanos o los de los Estados intervinientes, pueden los Estados intervinientes contar con una excepción por el Estado territorial; y si no, pueden ellos mismos aplicarla cuando el Estado territorial no lo ha hecho, a pesar de que la emergencia sea la misma del Estado territorial? Supongo que en la mayoría, si no en todos los casos, la legislación nacional de los Estados que intervienen no proporcionarán la autoridad para internar fuera del territorio nacional y, por lo tanto, no se ocupan de una revisión. En el caso de las operaciones con un intermandato nacional, voy a limitarme a un mandato del Consejo de Seguridad. Cuando la operación se lleva a cabo en virtud del Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas y no dice nada sobre el poder de hacer una internación o las modalidades de revisión, surgen todos los problemas a los que me acabo de referir. La mera presencia de una fuerza multinacional con un mandato no es suficiente para que la fuerza pueda tener un poder interno. Cuando el mandato de uso de fuerza, en virtud

del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas autoriza a la fuerza a utilizar “todos los medios necesarios”, en mi opinión, se ocupa de las circunstancias en las que se puede abrir fuego y está proporcionando una autoridad general. No se trata de una base jurídica suficiente para internar. La detención requiere tanto la autoridad específica para detener y la definición de la forma de detención. Los mandatos del Consejo de Seguridad deben contener una disposición expresa en este sentido. También deben indicar las modalidades de revisión, sobre todo el cuerpo que llevará a cabo la revisión y la periodicidad de revisión. También hay un problema operativo donde hay un grupo de Estados intervinientes. Pueden tener diferentes DIH y/u obligaciones de derechos humanos o pueden interpretarse de manera diferente. Este es un problema de la interoperabilidad jurídica.

En los CASCI transnacionales sin el consentimiento del Estado territorial o sin un mandato internacional, no puede haber ninguna duda de confiar en la legislación del Estado territorial o de cualquier excepción hecha por el Estado territorial. La pregunta entonces es si una autoridad nacional que hace una internación por parte del Estado interviniente aplica extraterritorialmente y qué tienen que decir las normas de derechos humanos al respecto. Existe también la cuestión de si una excepción hecha por el Estado que interviniente aplica también la extraterritorialidad. Eso puede depender de si hay una emergencia en el Estado que interviene o si la única emergencia es la que se da en el Estado territorial provocada por las acciones del Estado interviniente.

Me permito sugerir que puede haber un camino a seguir para reconciliarnos en la mayor medida posible las necesidades de los militares y de los requisitos de la legislación de derechos humanos. Me gustaría hacer hincapié en que este es un problema de la línea de fondo legal. Siempre que sea posible que el poder de detención haga más, haría bien hacer lo mejor que pueda. Mi propuesta es la siguiente: en el caso de un conflicto armado no internacional territorial, hasta el umbral en el que un agente no estatal no puede llevar a cabo ataques sostenidos y concertados en contra de las fuerzas armadas del Estado (es decir, el umbral de Protocolo Adicional II sin la necesidad de control territorial), solo el derecho interno y las normas de derechos humanos, posiblemente con una excepción, se aplicarían a internamiento, incluyendo la revisión de la legalidad de internamiento. Por encima de ese umbral en los CASCI territoriales y en todos los CASCI

extraterritoriales, los Estados deben disponer de un sistema basado en la Convención de Ginebra IV. Ellos solo podrían internar por «razones imperativas de seguridad». Habría un derecho de recurso inicial contra la detención. A partir de entonces, tendría que ser revisada, por lo menos cada seis meses, la necesidad de la detención. El organismo que realice la revisión (un tribunal o un consejo administrativo) debe ser lo más independiente posible y, en cualquier caso, las personas que lleven a cabo la revisión deben estar fuera de la cadena de mando de los que detienen al individuo.

Contactos con el mundo exterior

Stéphane Ojeda

Asesor jurídico, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra

Por los contactos de redacción con el “mundo exterior”, entendemos que los contactos entre el internado y otra persona que no sea los captores, guardias y compañeros de los presos, lo que incluye el mundo exterior, por ejemplo, la familia, abogado o médico independiente del internado, otro organismo exterior como una ONG el CICR. Internamiento sin ningún tipo de contacto en realidad significa la detención en régimen de incomunicación. Numerosos organismos de derechos humanos han encontrado que la detención en régimen de incomunicación en sí misma equivale a malos tratos por el sufrimiento mental causado por la incertidumbre de la víctima en cuanto a la duración de la detención, el aislamiento social y la negación de la comunicación con la familia. Muchos también han llegado a la conclusión de que la detención incomunicada aumenta sustancialmente el riesgo de tortura u otras formas de malos tratos. La experiencia de hecho muestra que estas formas de detención, cuando se prolonga, van casi siempre de la mano de los malos tratos.

Cuando una autoridad detenedora se niega a reconocer a la familia, el CICR u otro organismo exterior que posee un individuo bajo su custodia, o cuando esta información se mantiene en reserva por más de lo que podría considerarse razonable, la prisión preventiva, en nuestra opinión, se convierte en secreto. La práctica de la detención secreta es especialmente preocupante, ya que durante mucho tiempo ha sido reconocida como uno de los principales factores de riesgo de las desapariciones y todas las formas de malos tratos. Desde la perspectiva de las familias y el mundo exterior, un pariente detenido que no haya sido notificado efectivamente ha desaparecido, con todo el sufrimiento emocional que ello conlleva.

Permítanme detallar algunos elementos previstos por el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y los derechos humanos, a fin de permitir y mantener contactos entre el internado y el mundo exterior. Me centraré primero en contactos familiares antes de pasar a las cuestiones relacionadas con las notificaciones y el acceso a la CICR.

En cuanto a los contactos familiares, en los conflictos armados internacionales, es obligatorio para el poder que detiene tener una tarjeta de captura/internamiento llenado por cada internado y enviar toda la información pertinente, a saber, la información de la detención/dirección y estado de salud, en particular, a las familias inmediatamente después de la captura de los prisioneros de guerra o tan pronto como la persona sea internada por los internados civiles a más tardar no más de una semana después de su llegada a un lugar de internamiento. La Potencia detenedora también debe registrar, elaborar listas de las personas y establecer una oficina nacional de información encargada de centralizar la información sobre ellos.¹ En todas las demás situaciones, se requiere un registro inmediato, y preciso por parte de los funcionarios gubernamentales debidamente designados de todas las personas detenidas en virtud del DIH consuetudinario, así como bajo diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.²

Después de este primer paso de información inmediata de su detención a sus familiares, los internados estarán autorizados a tener contactos regulares y en curso con sus familiares tal como se prevé en muchas disposiciones de los Convenios de Ginebra (GCS), en el DIH consuetudinario aplicable en los conflictos armados internacionales (CAI) y en los conflictos armados sin carácter internacional (CANI), y en los instrumentos de derechos humanos. La mayoría de las veces, estos contactos son hechos por cartas, tarjetas, mensajes de la Cruz Roja, pero en algunos contextos, también se realiza a través de llamadas telefónicas. En los casos más avanzados, también podemos contar con sistemas de videoconferencia. Sin minimizar la importancia de los medios de comunicación,

1. III Convenio de Ginebra, Artículos 70 y 122, IV Convenio de Ginebra, los artículos 106, 136 y 138.
2. Regla 123 del estudio del CICR consuetudinario internacional humanitario (2005) de la Regla 7 de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1977), principio 16 del conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988).

por la experiencia, podemos decir que nada reemplazará los contactos reales cara a cara durante las visitas familiares a la persona internada en su lugar de detención. Las visitas de los familiares se han previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la *ley suave* de derechos humanos y en el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. El derecho de los internados civiles (IC), celebrada en el marco de una IAC para recibir a los visitantes, especialmente los familiares cercanos, a intervalos regulares y con tanta frecuencia como sea posible se reconoce en CGIV.

El CICR considera que la posibilidad de estar en contacto con la familia de uno es un derecho fundamental de toda persona internada. El contacto con las familias en particular no debería estar sujeto a consideraciones disciplinarias y no ser reducido o suspendido como consecuencia del incumplimiento de las reglas de la instalación. Del mismo modo, no debe depender de la cooperación durante los interrogatorios.

Permítanme referirme ahora a las normas en materia de notificación y acceso al CICR.

Como cuestión de derecho, en situaciones de conflicto armado internacional, el mandato del CICR relacionado con sus actividades en favor de las personas privadas de libertad, incluidos los internados, son claras: la GCS proporciona al CICR el derecho de acceso a estas personas y les dan derecho a recibir toda la información pertinente relacionada con ellos.³ En IAC, el CG IV prevé que la potencia detenedora está obligada a notificar al CICR en el plazo más breve posible los detalles de cualquier persona protegida, mantenida en custodia por más de dos semanas.⁴ El CG III, relativo a los prisioneros de guerra (PDG), omite incluso el plazo de dos semanas y se limita a establecer que dicha información se facilite en el plazo más breve posible.⁵ Bajo la GCS, la obligación de notificación es absoluta y no es susceptible a excepción alguna, por ejemplo, un Estado no puede invocar el argumento de “necesidad militar imperativa” con el fin de evitar o retrasar la notificación. En efecto, en lo que se refiere a la detención, la “necesidad

3. Tercer Convenio de Ginebra, los Artículos 123 y 126, IV Convenio de Ginebra, Artículos 76, 140 y 143.

4. Cuarto Convenio de Ginebra, los Artículos 136 y 137. El CICR actúa como la agencia central de búsquedas en aplicación del Artículo 140 y como sustituto de la potencia protectora de conformidad con (3) del Artículo 11 de la Cuarta Convención de Ginebra.

5. III Convenio de Ginebra, Artículo 122.

militar imperativa” está prevista en los Convenios de Ginebra solo para cuestiones relacionadas con el acceso del CICR.⁶

Como ustedes saben, el acceso del CICR a los centros de detención es la piedra angular de su mandato humanitario para garantizar que las personas detenidas en relación con conflictos armados y otras situaciones de violencia sean tratadas con humanidad y con respeto a su dignidad. Las visitas del CICR no pueden ser prohibidas salvo, de acuerdo a lo que acabo de decir, por razones de “necesidad militar imperativa”.⁷ El CICR considera que, para que esta excepción sea lícita debe cumplir cuatro criterios acumulativos: debe ser imprescindible, debe tener fines lícitos, excepcionales y temporales.

La “necesidad militar imperativa” se refiere a una situación en la que el ambiente militar es tal que no deja otra opción a las autoridades penitenciarias que negar las visitas del CICR a ciertos lugares, ya que sería imposible o muy peligroso, tanto para los detenidos, como para el CICR o para las propias autoridades de detención (por ejemplo, las zonas cercanas a las posiciones de combate o situaciones en las que las visitas dañarían la propia posición militar de las autoridades de detención). El criterio de “necesidad militar imperativa” se entiende que se refiere a las hostilidades en curso y a los peligros y los obstáculos al movimiento o la acción militar en este tipo de situaciones. No se entiende que se refiera a una amenaza a la seguridad que emane de un individuo. “Fines legítimos” se refiere a una demanda de imperiosa necesidad militar que no puede ser usada para negar las visitas del CICR en situaciones en las que se llevan a cabo actos ilegales en el lugar en cuestión de la detención, por ejemplo, cuando los detenidos están siendo maltratados. “Excepcional” significa que el acceso del CICR debe ser la norma y que cualquier denegación debe seguir siendo una excepción y no un patrón. Para que la negación del acceso al CICR siga siendo una medida excepcional, la evaluación llevada a cabo por las autoridades penitenciarias debe necesariamente ser situacional. Por último, “temporal” significa que las autoridades de detención deben permitir el acceso del CICR de nuevo en el plazo más breve posible.

6. Véase el Tercer Convenio de Ginebra, Artículo 126 y la Cuarta Convención de Ginebra, Artículo 143.

7. III Convenio de Ginebra, (2) el Artículo 126; Cuarta Convención de Ginebra, (3) el Artículo 143.

En CASCI, aunque no hay ninguna disposición del tratado, se concede explícitamente el acceso del CICR a las personas privadas de la libertad, el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra autoriza al CICR a “ofrecer sus servicios” a las partes en un conflicto armado no internacional (el derecho convencional del CICR de iniciativa humanitaria), las visitas del CICR son una práctica constante de la institución aceptada por los gobiernos en casi todos los conflictos armados no internacionales. Ellos son reconocidos internacionalmente, en particular, a través de numerosas resoluciones adoptadas en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y por tanto también de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra. Por otra parte, el acceso del CICR a los detenidos en las situaciones que no equivalgan a conflicto armado está prevista en los tratados internacionales, así, por ejemplo, en las convenciones de la ONU y regionales en materia de terrorismo, como en otros instrumentos internacionales.⁸

Para concluir, yo diría, obviamente, que a cualquier persona internada debe permitirse los contactos con el mundo exterior durante todo el tiempo que está en internamiento. Pero me gustaría argumentar de la misma manera, desde el punto de vista del poder que ejerce la detención que mantener contactos entre los internados y el mundo exterior garantiza la transparencia, contribuyen a disipar los rumores y mejoran la percepción de la autoridad de detención por parte del público en el campo de batalla, en el hogar y en todo el mundo. Teniendo en cuenta que la falta de contacto conduce inevitablemente a niveles de tensión más altos entre los detenidos, el respeto de la vida de familia en detención y fomentar la interacción con el mundo exterior es beneficioso para los detenidos, las familias y, de forma indirecta, la fuerza de guardia. Como tal, los contactos con el mundo exterior representan no solo un imperativo legal y humanitario, sino también una política de detención sensata.

8. Véase, por ejemplo, el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas (Artículo 7.5), el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (Artículo 10/5), el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Artículo 9 / 5) Proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional (Artículo 10/5). Véase también el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Artículo 15/5).

Tribunales militares vs. civiles

Clive Baldwin

Asesor legal, Human Rights Watch, Nueva York

Para alguien que también nació en 1970, es un placer compartir su cuadragésimo aniversario, y ya tengo ganas de otra celebración dentro de cuarenta años más.

Doy gracias además a los organizadores que, al darme el tema de los “tribunales militares contra civiles” también me dieron permiso para no enfocarme en las comisiones de la Bahía de Guantánamo, que como representante de Human Rights Watch podría haberse esperado que yo hiciera.

En cambio me voy a centrar en lo que creo es una de las preguntas más importantes que está en boga en este momento y está relacionada con las investigaciones sobre las posibles violaciones derechos humanos y el DIH, así como los delitos cometidos por los miembros de un grupo internacional de la fuerza militar. Me refiero a la investigación que se lleva a cabo en el Reino Unido sobre la muerte de Baha Mousa.

Esta investigación es importante porque plantea muchas cuestiones más amplias sobre la responsabilidad de las fuerzas militares en el ejercicio de facultades de policía y detención de civiles. El mes que viene entrará en su cuarta fase, que está investigando más allá de lo que ocurrió en este caso y está investigando sobre estas cuestiones más amplias. Hará recomendaciones no solo sobre la forma de evitar este tipo de situaciones en el futuro, sino sobre cómo las fuerzas armadas deben investigar y enjuiciar esos casos, y si los que mejor lo hacen son los tribunales y los investigadores militares o civiles.

Para ponerlo en un contexto más amplio, parece que las operaciones de las fuerzas armadas británicas en Iraq de 2003 y 2008 son la base de la creación de algunas de las leyes internacionales más importantes en los últimos

años. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este año hemos tenido el veredicto clave de Al Saadoon que prohíbe la transferencia de los detenidos a cualquier autoridad que tenga el riesgo de la pena de muerte (y, por extensión, de la tortura o de malos tratos). También estamos esperando el fallo de Al Jedda sobre la legalidad de la detención por el ejército británico en Iraq, y que se pronuncie sobre Al Skeini sobre la legalidad de los asesinatos de civiles. Baha Mousa es uno de los casos en Al Skeini.

Para los que no saben, Baha Mousa fue detenido por las fuerzas británicas en Iraq en septiembre de 2003 —durante la fase oficial de la ocupación de Iraq— y murió en prisión. Su muerte ha sido objeto de investigaciones desde entonces.

Varios soldados británicos enfrentan prosecución ante un consejo de guerra tres años más tarde en relación con el tratamiento y la muerte de Baha Mousa. Una persona fue condenada, habiendo sido declarado culpable de tratos inhumanos, como un crimen de guerra según la ley de la Corte Penal Internacional. Esta fue la primera condena en el Reino Unido en virtud de ese acto. Sin embargo, todos los otros procesos fueron detenidos por el consejo de guerra debido a diversas razones, sobre todo por falta de pruebas suficientes.

En 2008 el gobierno británico acordó pagar una indemnización a la familia de Baha Mousa y reconoció una violación grave del Artículo 2 y el Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es el derecho a la vida y la libertad contra la tortura y tratamientos degradantes en el ser humano. Lo que ocurre ahora es una investigación pública bajo la ley de derechos humanos para cumplir con el Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece las obligaciones de los Artículos 2 y 3 que ahora imponen sobre las autoridades del Estado donde hay evidencia que sugiere una grave violación del derecho a la vida, o tratos inhumanos o degradantes. Este requisito establece que tiene que haber una investigación que sea pública y abierta —especialmente para las víctimas o sus familias— que identificaría lo que ha pasado y los responsables, que debe conducir a su procesamiento.

Esto, como se ha dicho ayer, es solo el primero de estos casos. Ha habido una serie de cerca de cincuenta aplicaciones de otros iraquíes que afirman ser víctimas de violaciones similares por parte de las fuerzas británicas y solicitan consultas públicas similares. También hay una solicitud ante los tribunales para establecer una consulta combinada.

Todo esto es nuevo, porque los derechos humanos de la ley no entró en vigor en el Reino Unido hasta 2000, y en el derecho internacional la aplicación práctica de las normas de derechos humanos en los casos de las fuerzas armadas que actúan en el extranjero también es relativamente reciente.

Estos casos plantean todas las cuestiones del Derecho Internacional Humanitario. Los británicos habían sido inicialmente parte de un conflicto armado internacional en Iraq y luego hicieron parte en la ocupación formal en 2003-4, y también fueron parte de un conflicto armado no internacional con fechas poco claras. La ley se complica aún más por una resolución del Consejo de Seguridad que aparentemente autoriza la detención por las fuerzas armadas internacionales. Las fuerzas armadas británicas tenían responsabilidades jurídicas poco claras y competencias en materia de seguridad y de policía en Iraq.

Por lo tanto, esto nos lleva a la pregunta que me pidieron estudiar, en términos de cómo los juicios y las investigaciones deben llevarse a cabo con respecto a una operación militar en otro país. En el caso del ejército británico en Iraq hay muchas denuncias, algunas aparentemente bien sustentadas, sobre violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario o de los derechos humanos o del derecho penal internacional (es decir, la tortura y crímenes de guerra). Algunas de las lecciones que se pueden extraer son específicas para el sistema británico, pero hay, creo, lecciones más amplias y de relevancia en otras partes. El primero se refiere a la posibilidad y como se deben llevar a cabo las investigaciones militares sobre las posibles actividades delictivas por esa misma fuerza militar. En el caso británico esas investigaciones se han llevado a cabo por la Policía Real Militar (RMP), la policía del ejército.

Creo que fue mencionado ayer que al considerar la manera de garantizar la independencia de la investigación, las cuestiones clave son la independencia formal del investigador en relación a los posiblemente implicados en el crimen, si el investigador puede ser instruido por militares de alto nivel para investigar o no investigar un tema en particular, y si el comandante local puede restringir el acceso para el investigador, aun cuando ese jefe sea uno de los posibles involucrados. La restricción del acceso a la escena de un crimen puede ser de vital importancia dada la importancia de obtener una evidencia muy poco después del crimen. Las restricciones de acceso pueden no ser formales, algunos miembros de la policía militar

se han quejado de la falta de acceso a los helicópteros en Afganistán, que es la única manera de viajar para realizar investigaciones.

¿Puede una fuerza de policía militar, que es parte de una operación militar, ser independiente *de facto*? Varios miembros de la fuerza militar que dan evidencias para la investigación han señalado que cuando los Gorras Rojas (policía militar) estaban empezando a investigar posibles delitos por miembros de las fuerzas armadas británicas en Iraq en septiembre de 2003, se produjo apenas semanas después de haber sufrido su mayor pérdida de vidas en un solo día en un atentado en Irak a principios de ese año, lo que ha unido de manera particularmente fuerte a la misión general militar británica.

La separación de la policía del ejército de la estructura de mando de manera funcional, para permitir una investigación independiente de los otros miembros de las fuerzas de la misión, puede ser difícil en la práctica. Las investigaciones penales militares deben estar en funcionamiento desde el primer día de una misión para que pueda hacer frente a situaciones como en Iraq y Afganistán. Como sucedió anteriormente en Kosovo, esas policías militares tienen que ser capaces de hacer frente a los miembros de la población local, que argumentan que se han cometido crímenes por parte de las fuerzas militares internacionales. En el caso de Iraq, las presuntas víctimas de los ataques eran la clave para la investigación policial, y se plantearon las cuestiones de lo difícil que es para una fuerza de policía militar extranjera, que normalmente se utiliza para la investigación de delitos de relativo bajo perfil en las bases militares, para entrevistar a los civiles en un país extranjero, el uso de intérpretes, y para entender una cultura y un sistema legal diferentes. En Kosovo, donde las Naciones Unidas establecieron el sistema de justicia en 1999, la policía internacional y los fiscales necesitaron muchos años para poder tener datos fiables y rápidos de los testigos.

Este problema podría ser crítico porque el próximo año hay una nueva ley de las fuerzas armadas y una de las principales conclusiones de la investigación Baha Mousa serán sus recomendaciones sobre la garantía de la independencia de la policía militar cuando están investigando posibles delitos en situaciones como la de Iraq.

Ya ha habido cambios significativos en los últimos años en el sistema de justicia militar en Gran Bretaña, en parte debido a la experiencia de Iraq, incluyendo la forma en que la fiscalía militar fue criticada por Baha

Mousa y otros, y de manera más amplia, debido a su anterior falta de independencia de la estructura de mando.

En la última ley de las fuerzas armadas en 2006, el sistema de enjuiciamiento militar en el Reino Unido se ha hecho independiente de la cadena de mando, y tiene su primer director de procesamientos de servicio, que es un civil. Queda por ver cómo su papel independiente funcionará en la práctica, pero su modelo de independencia se ha acercado mucho más al modelo civil.

En un tema aparte, la fiscalía aún no es independiente del gobierno. En concreto, el fiscal general, que es siempre un político con rango ministerial, tiene el poder de intervenir en casos individuales, y detener procesos. Este problema, sin embargo también está presente en el sistema de fiscalización civil donde el ministerio público tiene que dar su permiso para que se lleven a cabo juicios de ciertos delitos, entre ellos los crímenes internacionales de tortura y crímenes contra la humanidad.

Esta cuestión de la función del fiscal general es bastante peculiar en los casos particulares de Inglaterra y Gales. Sin embargo, la cuestión más amplia de la medida en la que los ministros del gobierno pueden interferir en las investigaciones y los enjuiciamientos penales individuales es más generalizada.

Así que al esperar las lecciones que han surgido de las investigaciones, estas deben centrarse en cómo se debe supervisar la operación militar en una operación multinacional, que tiene una duración de años, en la que los militares extranjeros tienen contacto con la población civil todos los días, a menudo en acciones policiales y de detención, y en su mayor parte no en un conflicto armado, y donde los civiles locales han hecho acusaciones de delitos graves por los miembros de estas fuerzas armadas. El punto clave de partida debe determinar el mejor sistema para garantizar el respeto de los derechos fundamentales, incluidos los derechos de la rendición de cuentas por crímenes graves, que incluyen las funciones básicas de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales más importantes cuando se producen, sobre todo en su territorio o por sus nacionales, incluidos los militares.

Las misiones internacionales a largo plazo por parte de los militares no son generalmente situaciones para las que sus estructuras policiales internas existentes hayan sido diseñadas para hacer frente. Que las investigaciones penales sobre los militares no son independientes en el papel

y en la práctica, sino que también se perciben como tal, es fundamental. La posición por defecto sería que cada militar internacional traiga consigo su propia policía y se supervise a sí misma. Sin embargo, eso no puede ser posible en un sistema de operaciones multinacionales, sobre todo cuando se tiene varias naciones involucradas. Si en el caso de Baha Mousa hubiera habido fuerzas de varios países en el centro de detención donde murió, ¿se llevaría a cabo una investigación criminal?

Una de las posibles soluciones que se han propuesto es tener un sistema común de investigación criminal de la fuerza multinacional, pero eso significa la creación de lo que equivaldría a un nuevo sistema legal, lo que parece imposible de hacer con rapidez en el inicio de una misión y significaría tratar de combinar los distintos sistemas policiales militares de países con diferentes sistemas jurídicos.

Las alternativas son civiles. Hay dos: uno es utilizar los fiscales y la policía civiles del país en cuestión, por lo que en el caso de Baha Mousa, es el Reino Unido. En varios países, los fiscales civiles no tienen jurisdicción sobre los militares en cualquier lugar del mundo. Este no es el caso en el Reino Unido, aunque, como he dicho, la fiscalía militar recientemente se convirtió en algo más similar a su contraparte civil.

Los aspectos prácticos de la policía civil que investiga su operación militar en otros países, plantea ciertos problemas. A pesar de que sin duda sería independiente de la cadena de mando militar, ellos tienen que estar presentes con los militares desde muy temprano en una misión, y tendrían facultades claras para acceder a los delincuentes, escenas, testigos y pruebas. Puede haber ejemplos de gendarmería, por ejemplo, los *carabinieri*.

Lo que debe tenerse en cuenta mucho más es utilizar el sistema de justicia civil del país en el que los presuntos delitos tuvieron lugar para investigar y procesar a los miembros de las fuerzas militares extranjeras en ese país por delitos graves cometidos allí. Este debe ser el caso por defecto donde la fuerza militar extranjera está en el país por un largo período, y forma parte del sistema de justicia penal allí (por ejemplo, a través de los poderes policiales, o en la detención de civiles).

Por supuesto que será imposible incluir el sistema nacional de justicia penal en los momentos en que no existen tribunales, como ocurrió en el inicio de las misiones de Kosovo e Iraq. Tampoco se puede utilizar los sistemas de justicia donde hay graves riesgos de tortura y juicios injustos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro que los Estados europeos

no pueden entregar a sus detenidos a esos riesgos, o al de la pena de muerte, y esto se aplica también a los miembros de las fuerzas armadas acusados de delitos. Sin embargo, en las misiones a largo plazo, donde los militares extranjeros son, en parte, efecto del sistema de justicia penal, otorgándoles inmunidad eficaz de ese sistema es problemático.

Aquí es donde la inmunidad de la justicia penal nacional que es tradicional para las presencias militares en otros países no es apropiado. La inmunidad de un sistema de justicia penal en particular no es un derecho, es un privilegio. Debe concederse sólo cuando las fuerzas que quieren reclamar inmunidad pueden demostrar que los crímenes internacionales graves cometidos por sus fuerzas serán procesados de manera efectiva y con una investigación independiente, incluyendo el tener la plena participación de las víctimas y sus familias. La inmunidad en un sistema legal particular nunca debe significar impunidad cuando se trata de crímenes internacionales.

Un caso extremo, donde la inmunidad de la justicia penal nacional concedida a los militares extranjeros tuvo consecuencias muy negativas, se encuentra en Kosovo. Esto fue, por supuesto, gobernado por la misión de la ONU durante muchos años, la cual creó el sistema de justicia, incluyendo a los jueces internacionales y la fuerza policial que fue compartida entre la misión de la fuerza militar de Kosovo (KFOR) y la ONU. A pesar de ello, tanto la KFOR y la ONU declararon que todo su personal sería inmune al sistema jurídico de Kosovo. Esto no solo da el mensaje a los kosovares que no tenían confianza en la justicia penal que habían creado y que operaban, sino que también dio lo que equivale a la impunidad de los civiles de contratación internacional y militar en Kosovo, incluso los que funcionan como policía. Algunos delitos de alto perfil en los que se acusaba internacionales, solo vieron al acusado abandonar Kosovo sin ningún juicio. Los juicios fuera del país en cuestión no solo fueron problemáticos en términos de la obtención de pruebas y testigos, sino también para garantizar que la justicia se cumple, un mensaje fundamental en los nuevos sistemas de justicia.

Así que la cuarta fase de la investigación Baha Mousa será particularmente importante en términos de lo que sugiere la práctica futura de vigilar los compromisos multinacionales. Esta práctica debe basarse en los principios básicos de cualquier investigación sobre delitos graves deben ser rápidos y justos, tanto para las víctimas y los acusados.

El hecho de que en Gran Bretaña se llevan a cabo en la actualidad encuestas públicas, incluso algunos años después de los crímenes, demuestra que alguna justicia puede aplicarse con retraso, pero en el futuro, debe asegurarse de que se haga justicia en el momento.

Es un tema importante elevar también la cuestión de en qué medida el derecho penal internacional está equipado él mismo y qué papel tiene que desempeñar la jurisdicción interna a este respecto. No debemos olvidar que el saqueo de recursos naturales nacionales a menudo genera posibles violaciones del derecho internacional humanitario, específicamente en relación con la población local.

El General McLaughlin presentó unas observaciones muy interesantes sobre el uso de la fuerza y la especificidad de las operaciones de aplicación de la ley. Un estudio adicional para aclarar estos temas sería útil.

El propósito de la convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas de guerra convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, es prohibir o restringir el uso de determinados tipos de armas que se consideran generan sufrimiento innecesario o injustificable a los combatientes o que afectan indiscriminadamente a la población civil.

La estructura de la convención, una convención de encabezamiento y sus Protocolos anexos —que contienen las prohibiciones y restricciones— garantiza una cierta flexibilidad también en relación con el futuro.

Después de haber escuchado las diferentes reflexiones por el Embajador Trezza del tipo de armas permitidas para su uso y el estado actual del arte, una cuestión importante respecto a las armas nucleares fue estudiada, que tuvo en cuenta también la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de tal amenaza. Por otra parte, el Dr. Kellenberger, en su discurso el 20 abril 2010 hace referencia a este tema específico y considera que una mayor reflexión podría ser necesaria en los círculos de desarme. Ciertamente San Remo se prepara para servir como una plataforma para el diálogo humanitario.

Los desafíos de detención desde una perspectiva nacional se centraron también en la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos (en este caso el Artículo 1) que ofrece derechos y obligaciones a las personas dentro de la jurisdicción de los Estados contratantes. Esto ha planteado la cuestión de la aplicación de la Convención fuera del territorio de la parte contratante. El director general de los servicios jurídicos del

ejército destacó estas especificidades y los estados deben prestar la debida atención a esta cuestión.

Vistas desde el lugar, sin duda en relación con la privación de libertad en los conflictos armados y otras situaciones de violencia son más que bienvenidos a la luz de los aspectos legales que se trate. Se observa que para las Naciones Unidas, la OTAN y la Unión Europea, con respecto a las distintas operaciones en las que participan, el mandato que se les da, la naturaleza de dicho mandato y su ejecución, es un importante problema común.

Desafíos de la recopilación de pruebas

Abdul G. Koroma

Juez, Corte Internacional de Justicia de La Haya y miembro IIDH

En primer lugar, me gustaría dar las gracias al Instituto por invitarme a mí a esta mesa redonda, y también felicitar a los coordinadores de un programa excelente y completo. Permítanme también expresar mis felicitaciones al embajador Moreno, el presidente del Instituto, así como a su personal capaz y dedicado en el trabajo muy útil y valioso que se ha estado llevando a cabo en estos cuarenta años, en la difusión del derecho humanitario y en asegurar que los principios de la dignidad humana sean respetados durante los conflictos armados.

El tema de esta sesión son las garantías judiciales en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia. Mi misión es hacer frente a los desafíos de la recopilación de pruebas. Los jueces no han sido ajenos a los retos asociados exclusivamente con la recolección de evidencia de violaciones del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado. Es imprescindible que, incluso en los ensayos de conflicto armado, las instituciones judiciales preserven tanto la integridad del proceso judicial, como el régimen de garantías procesales consagradas en la ley.

También se me pidió que hiciera una observación aquí sobre la evidencia y el proceso de litigio internacional. Creo que los profesores están ofreciendo esto para animar a sus estudiantes a estudiar estos aspectos de su investigación sobre el nivel de las pruebas necesarias en litigios relacionados con la violación del Derecho Internacional Humanitario.

La literatura sobre este tema está en proceso de desarrollo. Como está bien documentado, recientes investigaciones sobre conflictos armados se han iniciado a solicitud de las Naciones Unidas. Han sido solicitadas por órganos judiciales como la Corte Penal Internacional, por diferentes partes del Estado o por el propio fiscal con fines de investigación. La creación

de un aparato internacional que lleve a cabo la investigación necesaria requiere una cantidad considerable de tiempo.

Mientras que el tiempo necesario para las operaciones iniciales puede variar de una situación a otra, la experiencia ha demostrado que es necesario un período mínimo de seis meses a un año, para establecer u organizar oficinas, contratar personal, así como obtener la autorización legal para las actividades operacionales de los Estados en cuyos territorios se llevará a cabo la investigación.

Aparte del período de tiempo requerido para iniciar procedimientos, la experiencia ha demostrado que los Estados en cuyos territorios se realizan las investigaciones no toman medidas suficientes para preservar las pruebas o no tienen la capacidad para preservar la evidencia que es pertinente para las investigaciones de crímenes de guerra. Si bien en algunos casos los Estados afectados pueden estar dispuestos a tomar medidas para preservar las pruebas y apoyar las investigaciones internacionales, la experiencia ha demostrado que los elementos dentro de los círculos gubernamentales y las estructuras oficiales del Estado pueden tomar medidas para debilitar investigaciones efectivas cuando estos elementos perciben amenazas de enjuiciamiento de tales investigaciones. Además, los grupos armados opuestos a las fuerzas gubernamentales que perciben una amenaza de persecución que surge de las investigaciones pueden tomar medidas para destruir cualquier evidencia física o participar en una conducta destinada a obstaculizar las investigaciones.

Por otra parte, los delitos alegados en los conflictos armados son a menudo de gran escala y masivos. En algunos casos, las áreas en las que se informa de los delitos más graves siguen siendo inaccesibles por razones de seguridad. Las víctimas y los sobrevivientes viven en constante temor y siguen siendo reacios a compartir información relacionada con la victimización y las experiencias presenciadas durante los conflictos armados. Las estructuras oficiales del Estado que debe proteger a los ciudadanos en estas situaciones resultan ineficaces. La ley y orden, por lo tanto, siguen siendo una ilusión.

Uno de los desafíos es la falta de Estado de cooperación eficaz. Quizás en ninguna parte en el campo de la práctica jurídica internacional del Estado es una cooperación más necesaria que en la obtención de pruebas de los crímenes internacionales derivados de los conflictos armados. Por naturaleza, la respuesta internacional creada para investigar violaciones del derecho

internacional humanitario en los conflictos armados no goza del mismo grado de eficacia que los tribunales en los sistemas nacionales. No tienen tiempo para crear una fuerza de investigación para comprender la geografía de un país o una zona particular. Estos equipos, cuando se constituyen, por lo general responden con prontitud a adoptar medidas para proteger y conservar las pruebas para la investigación.

Por otra parte, en los sistemas nacionales, los organismos de investigación nacionales tienen poderes coactivos y llevan a cabo investigaciones, detenciones seguras y exigen la presentación de pruebas. Los investigadores internacionales no tienen automáticamente estos poderes. Para el investigador internacional, el logro de estos objetivos requiere de la cooperación de los Estados. Sin la cooperación del Estado, las investigaciones internacionales podrían no tener éxito.

Teniendo en cuenta el nivel umbral requerido para probar delitos conforme a los estatutos de los diversos órganos judiciales internacionales, las medidas iniciales adoptadas por las investigaciones internacionales, incluida la identificación de los lugares seguros y protegidos para la creación de oficinas en el terreno, depende de la cooperación de los Estados afectados, así como de los organismos regionales. Mientras que un equipo internacional de investigación internacional encargado habría comenzado la recolección de inteligencia en la identificación de lugares seguros, en realidad, la ubicación real y estable de estas oficinas de campo necesitan el apoyo de los Estados afectados. Existe un riesgo real de que la participación del Estado en las fases iniciales de la configuración de la investigación conduzca a una posible interferencia que puede afectar tanto la dirección como el resultado de las investigaciones.

En este contexto, es razonable concluir que la intervención del Estado en las fases iniciales de investigaciones sobre el conflicto armado afecta en última instancia, tanto en el desarrollo y los resultados de las investigaciones.

Otra cuestión a considerar es el hecho de que los Estados adopten medidas legislativas para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, que incluyen el apoyo a las investigaciones internacionales. Si la operación tiene un problema en el territorio de los Estados afectados o de otros Estados que puedan ser de interés para los investigadores, la mayoría de los instrumentos jurídicos establecidos internacionalmente obligan a los Estados afectados internacionales y a otros Estados a tomar las medidas

legales y de otra índole necesarias para la ejecución de las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales. En estas circunstancias, la experiencia ha demostrado que las etapas iniciales de investigación se ven obstaculizadas por la mayoría de los departamentos en los Estados afectados porque se cita la legislación nacional para justificar su falta de apoyo a un equipo internacional de investigación. Tales impedimentos legales afectan la capacidad operativa del equipo de investigación en el desempeño de su labor.

Un buen ejemplo es Uganda, que no había adoptado la legislación nacional dando cumplimiento a sus obligaciones en virtud de su propio estatuto en el momento en que la CPI inició su investigación en ese territorio. Como se ha indicado, la mayoría de las investigaciones internacionales surgen como resultado de una remisión del Estado o de la presión internacional.

Normalmente, uno esperaría que un Estado referido comparta y proporcione información fácilmente sobre su posición a un equipo de investigación. En realidad, la experiencia ha demostrado que este no es el caso. Aunque es la intención de la mayoría de los Estados que se refieren utilizar las investigaciones internacionales para dirigirse a grupos armados opuestos, en realidad los gobiernos de estos Estados siguen preocupados sobre el resultado de tales investigaciones. El intercambio de inteligencia se hace más difícil cuando los Estados perciben que la investigación realizada es objetiva y bien puede dirigirse a los individuos dentro de sus propios gobiernos.

Por esta razón, la experiencia ha demostrado que los Estados son reacios a compartir información e inteligencia que puede dar lugar a una investigación objetiva.

Algunos Estados han compartido información que puede implicar las acciones de los grupos alzados en armas, mientras que la retienen información que, posiblemente, puede afectar a los oficiales del gobierno.

Además, los Estados tradicionalmente declaran sus intereses de seguridad nacional con el fin de limitar el alcance geográfico de la investigación, con lo que logran que algunas zonas sean inaccesibles a los investigadores. El ejemplo más famoso de esto son los casos de genocidio.

¿Qué pasa con el control del Estado y la interferencia en investigaciones internacionales? La mayoría de los Estados han designado personal en los departamentos oficiales para servir como oficiales de enlace de los

centros de coordinación de las investigaciones internacionales. Las solicitudes de asistencia se emitirán a través de estos oficiales de enlace. Aunque estos oficiales de enlace proporcionan apoyo a los investigadores, también proporcionan servicios de inteligencia del Estado. En tales circunstancias, es razonable suponer que las respuestas de los funcionarios de enlace de los Estados influyen y se basan en los intereses del Estado. En consecuencia, dichos puestos de oficiales de enlace del Estado afectan la conducta y posiblemente el resultado de las investigaciones e incluso la calidad de la evidencia.

En general, los equipos de investigación no pueden reunir efectivamente inteligencia en el territorio de un Estado, sin el apoyo de ese Estado. En muchos casos, los funcionarios del Estado, niegan solicitudes de información de inteligencia o proporcionan información incompleta. En otros casos, los agentes del Estado declaran asuntos de seguridad nacional, como base para la retención de dicha información.

Sin la capacidad efectiva de inteligencia, dando prioridad a los pasos de las investigaciones y dirigiendo los recursos de investigación limitados a las áreas prioritarias puede afectar tanto a la conducta y el resultado de tales investigaciones. La incapacidad del Estado o la negativa a compartir y proporcionar mecanismos para la recolección efectiva de inteligencia pueden tener graves repercusiones sobre las investigaciones y pueden poner la vida de los investigadores en situación de riesgo, ya que no están familiarizados con el país de que se trate.

También hay que tener en cuenta para abordar los retos de la recolección de pruebas la seguridad del personal de investigación. Tal la preocupación más grande frente a las investigaciones en los conflictos armados es la seguridad del personal encargado de las investigaciones. Los investigadores internacionales se basan casi exclusivamente en los aparatos de seguridad del Estado para poder llevar a cabo eficazmente sus investigaciones. En la práctica, estos investigadores sólo podrán realizar una visita para establecer puntos dentro del territorio del Estado. La experiencia ha demostrado que los Estados pueden dirigir la atención y proporcionar control de seguridad en algunas áreas, mientras que dejan de lado las autorizaciones de seguridad y son deliberadamente excluidos otros datos pertinentes para las investigaciones. Con la adopción de estas medidas y estrategias, los Estados garantizan que las pruebas siguen siendo desconocidas por los investigadores.

También me gustaría abordar la cuestión de la identificación de los intermediarios. La mayoría de los investigadores internacionales no se basan de forma permanente en las zonas de conflicto. Por la naturaleza de su misión, viajan a las zonas de diversos conflictos para llevar a cabo investigaciones de vez en cuando, y cuentan con la ayuda de intermediarios. Los intermediarios ofrecen asistencia que incluye pero no se limita a la identificación de las víctimas, los testigos y otras pruebas físicas pertinentes a las investigaciones.

Un problema que se plantea es la correcta identificación de agentes intermediarios creíbles. Sin suficientes mecanismos de recopilación de información, es prácticamente imposible escoger correctamente los intermediarios, cuyo papel es fundamental para la obtención de pruebas en muchos conflictos armados.

¿Cuántas víctimas testigos se pueden identificar?

Basándose en las ONG como intermediarios, a menudo es difícil encontrar un investigador que esté familiarizado con un territorio o un país y con su gente nativa y que hable su lenguaje para identificar a las víctimas y los testigos que puedan ser de interés en la investigación.

En este contexto, un punto de referencia inicial serían los informes de las ONG, los informes de los medios de comunicación públicos y las publicaciones que identifican diferentes lugares en un país donde se han registrado crímenes internacionales. Los intérpretes locales son también un recurso importante, pero su neutralidad, como la de los agentes intermediarios, es difícil de juzgarla sin los mecanismos de recopilación de inteligencia creíbles.

La mayoría de los investigadores recurren a las organizaciones no gubernamentales con presencia en esos países para obtener ayuda. Una dificultad particular se encuentra con respecto a la dependencia de las organizaciones no gubernamentales y la necesidad de las organizaciones no gubernamentales a permanecer neutrales, y el ser considerado como neutral por todas las partes. Por esa razón es por la que proporcionan una información limitada, a fin de no ser vistos como comprometidos con su neutralidad.

Otra limitación es que las ONG no recopilan información con la intención de que se use en un proceso penal. La información recogida se basa generalmente en una variedad de fuentes, algunas de las cuales no pasarían la prueba de umbral de admisibilidad de las pruebas en los procesos penales

internacionales. Las ONG también firman acuerdos de confidencialidad con sus fuentes lo que significa que, si bien en algunos casos pueden dar detalles sobre la identidad y la ubicación de las personas, las organizaciones no gubernamentales a menudo se niegan a divulgar dicha información debido a la confidencialidad de los acuerdos. La reticencia de las ONG de compartir información también ha sido identificada como de facto obstaculizando el desarrollo de las investigaciones en los conflictos armados.

Y ¿qué pasa con las investigaciones de la escena del crimen y el rastreo e identificación de las víctimas, los testigos y la evidencia física? La experiencia ha demostrado que entre más viejos sean los casos de crímenes de guerra, más difícil es investigarlos. Las víctimas, los testigos y otras pruebas físicas, tales como documentos, pruebas de ADN forense, escena del crimen, y las fosas comunes se vuelven menos accesibles a través del tiempo. Cuando pasa mucho tiempo, muchas víctimas optan por olvidar y no compartir la información relativa a su victimización, mientras que otros testigos pueden simplemente haber desaparecido. Restricciones similares se aplican a las pruebas físicas, pruebas especialmente documentales. La mayoría de los líderes de los grupos armados, así como a los gobiernos, tienden a no compartir pruebas detalladas sobre la información relativa a los ataques. También pueden interceptar las comunicaciones y órdenes militares, y en algunos casos, impedir tales pruebas. En relación a las escenas de crimen tales como las fosas comunes, la calidad de la evidencia simplemente desaparece con el tiempo como resultado de una combinación de factores naturales, tales como la lluvia y el sol, así como la actividad humana, por lo que es difícil llevar a cabo el análisis de ADN en tales escenas del crimen.

Me referiré brevemente a los impedimentos culturales en relación con la recopilación de pruebas. La mayoría de equipos de investigación internacionales han servido con personal de diferentes países. El personal extranjero no está equipado para hacer frente a cuestiones culturales que pueden impedir la obtención de información en algunas partes del mundo. Un ejemplo surge de la investigación de las violaciones y otros actos de violencia sexual en las sociedades culturalmente conservadoras en las que la discusión de asuntos relacionados con el sexo se considera tabú. La experiencia ha demostrado que sin una formación adecuada y que las personas que se identifican con las víctimas de violencia sexual suelen ser reacios a compartir información sobre el alcance de su victimización. Así pues, esto

socava no sólo la capacidad para reunir pruebas, sino también la integridad de las pruebas también.

En conclusión, los retos que se han identificado en esta presentación encuentran resonancia en situaciones de conflicto armado en general. El grado y la intensidad de los problemas que pueden diferir de un país a otro, así como los problemas planteados aquí, se aplican, en cierta medida, en todas las investigaciones realizadas en o después de situaciones de conflicto armado. Por ejemplo, en los Balcanes, una cuestión clave para el ТРIV es la cooperación de una de las partes en el conflicto. Mientras que en África, además de los temas de cooperación, existe una estructura estatal débil y un aparato de seguridad que no garantiza la preservación de pruebas, y que puede contribuir a impedir la recolección de evidencia eficaz.

IV. Observaciones finales

Baldwin De Vidts

Vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo

Al final de esta exitosa mesa redonda, me gustaría compartir con ustedes algunas reflexiones sobre varios de los temas de la mesa redonda que se han debatido hoy.

Me gustaría centrarme en el tema 1: “Formas contemporáneas de la violencia armada: el Derecho Internacional Humanitario y de derechos humanos en una encrucijada”, así como en los puntos de vista de campo con respecto a la privación de la libertad en los conflictos armados y otras situaciones de violencia.

En primer lugar, me gustaría también hacer referencia al discurso principal, en el que el Dr. Kellenberger quien afirmó que la violencia global es un tema importante y, teniendo en cuenta la situación actual, planteó la cuestión de en qué medida las disposiciones actuales de la ley internacional aborda adecuadamente los enormes retos humanitarios contemporáneos a los que nos enfrentamos. En efecto, teniendo en cuenta las diferentes presentaciones que hemos escuchado, seguidas de un fructífero debate, tenemos que luchar por más aclaraciones y desarrollos de la ley.

Es importante tener un conocimiento claro y preciso de estos desafíos contemporáneos, los cuales tienen una naturaleza diferente, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas y leyes internacionales, y tomar medidas, según corresponda, con mayores clarificaciones y cuando sea necesario. Ciertamente, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de concierto con todos los jugadores, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, está más que dispuesto a participar en dicho proceso.

La violencia, como un concepto y un fenómeno, ha sido fundamental para las discusiones en diversos sectores sociales, ciencias humanas y disciplinas como la filosofía, la literatura, el buen gobierno y la política. El abordaje

de la violencia es transversal y multidisciplinar. Tiene muchos orígenes y una gama de formas y consecuencias locales, nacionales e internacionales. ¿Qué entendemos por la violencia hoy en día? Cuando nos encontramos con nuevas formas de violencia son estas realmente nuevos tipos *stricto sensu* o son variaciones sobre las formas antiguas que se han generalizado en los últimos años o se han hecho más severas y han asumido nuevos disfraces? Estas nuevas formas de violencia, ¿o deberíamos decir las formas renovadas de la violencia, debido al cambio de en la sociedad son un reto a la ley internacional humanitaria y el derecho internacional de derechos humanos? La dificultad es que en cierta medida se trata de diferentes tipos de instrumentos, pero con un denominador común “el trato humano de las personas y las comunidades” que participan directa o indirectamente en acciones militares o que están sujetos a tales acciones.

La guerra asimétrica, en sí misma, está actuando y pensando u organizándose de manera diferente con respecto a la otra u otras partes a fin de maximizar las propias ventajas o para aprovechar o explotar la debilidad de su oponente. La guerra asimétrica, según ha explicado el profesor Heintschel Von Heinegg, no es nueva, y todos los conflictos armados son en cierto modo asimétricos. Estudiemos la guerra del rey Philip en el siglo xvii que se libró sobre nosotros suelos, los indios de Nueva Inglaterra abandonaron sus restricciones tradicionales y se prepararon para la guerra contra los colonos, independientemente de su estado de civiles inocentes o combatientes. Sin duda, el método de atacar las fuerzas británicas normalmente más grandes mediante el uso de las fuerzas más pequeñas y móviles, aprovechando el terreno del rey Felipe, no puede considerarse como un método que no está permitido. Se aprovecha de una vulnerabilidad específica. Sin embargo, como se explica claramente, una parte no debe cubrir sus propias insuficiencias, recurriendo a métodos que no están permitidos.

Los desequilibrios militares llevan incentivos para la parte más débil a nivelar su inferioridad al ignorar las normas vigentes relativas a la conducta de las hostilidades. Frente a una parte que, sistemáticamente, incumple el Derecho Internacional Humanitario, la otra parte puede tener la impresión de que las prohibiciones legales operan exclusivamente para beneficio del adversario de ella. El verdadero peligro/desafío de tal situación es que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario se percibe como perjudicial por todas las partes en conflicto (el llamado efecto espiral hacia

abajo) y que esto conduzca a una integral omisión del Derecho Internacional Humanitario.

La llamada guerra asimétrica y sus consecuencias no crea una justificación para apartarse del Derecho Internacional Humanitario. Este es el mensaje que debemos tener en cuenta: el respeto de los principios del Derecho Internacional Humanitario a corto/largo plazo, en tales circunstancias, sigue siendo esencial y de conformidad con los objetivos militares, así como los intereses políticos.

El terrorismo y ciertamente el 11 de septiembre nos ha llamado la atención en particular al proyecto de la convención sobre el terrorismo internacional. Un análisis de la adecuación del derecho internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, en la lucha contra el terrorismo sin duda lleva a la pregunta: “¿Qué es el terrorismo?”.

Existen muchas definiciones, tanto en la legislación nacional, como a nivel internacional, pero en la actualidad no existe una definición jurídica internacional amplia. El proyecto de convenio general de las Naciones Unidas sobre el terrorismo internacional se ha estancado, debido a este problema, entre otros, si y cómo los actos son cometidos en los conflictos armados debe ser excluido de su ámbito de aplicación.

A pesar de la falta de una definición amplia, los actos terroristas son delitos tipificados en el derecho regional, nacional e internacional y en las convenciones existentes en materia de terrorismo. Estos actos pueden, siempre que el requisito de los criterios se cumpla, calificarse como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad.

Si bien el Derecho Internacional Humanitario no proporciona una definición de terrorismo, prohíbe explícitamente la mayoría de los actos cometidos contra la población civil y los bienes civiles en los conflictos armados que comúnmente serían considerados “terroristas” si se cometen en tiempo de paz. Una vez que se ha alcanzado el umbral de un conflicto armado, se podría argumentar que hay poco valor añadido en la designación de la mayoría de los actos de violencia contra civiles y bienes de carácter civil como “terroristas” porque esos actos ya han de considerarse como crímenes de guerra en virtud del Derecho Internacional Humanitario.

Sobre la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y el terrorismo se deben hacer más reflexiones para comprender mejor la interacción entre los dos regímenes y la aclaración/desarrollo de la ley. La lucha contra el terrorismo requiere la aplicación de una amplia gama de medidas: la

investigación, diplomática, económica, legal, educativa, los criterios etc., cubriendo el espectro de acción en tiempo de pazal uso de la fuerza militar. El Derecho Internacional Humanitario no es el instrumento jurídico único en un marco tan complejo.

El derecho Internacional Humanitario mencionado específicamente prohíbe las medidas de terrorismo y los actos de terrorismo. El Artículo 33 de la cuarta Convención de Ginebra, de hecho, afirma que “los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación del terrorismo están prohibidas”. El Artículo 4 del Protocolo Adicional II prohíbe “los actos de terrorismo. Destaca que ni el individuo ni lapoblación civil pueden ser objeto de un estado de terror”. También podemos encontrar esta referencia en el Protocolo adicional I y II.

Como ya se mencionó, algunas acciones, como el saqueo de los recursos nacionales, también deben considerarse en el marco de las nuevas formas de violencia.

El profesor Van Den Wyngaert subrayó el papel que debemos desempeñar a través del Derecho Penal Internacional y su puesta en práctica para hacer frente a estos desafíos.

Para los militares, las reglas de intervención son una cuestión importante para que se familiaricen con los límites de la acción. Por otra parte, también ofrece un control político sobre el uso de la fuerza, regula —además de la planificación operacional nacional— la conducta de las fuerzas armadas de los Estados individuales, alianzas y coaliciones. Una comprensión clara de las presentes normas de acción debería existir ya que a menudo son una mezcla de los requisitos de la política militar y de los requerimientos políticos. Las advertencias podrían ser problemáticas, pero estas limitaciones no deben poner en peligro la misión. Aprovecho esta oportunidad para recordar a todos los participantes que el Instituto, en noviembre del año pasado, con la contribución del comité Internacional de la Cruz Roja, publicó el *Manual de San Remo sobre reglas de intervención*. Para los interesados, algunas copias están todavía disponibles.

El tema de la rendición de cuentas, la necesidad de la normalización, la preformación, así como la formación en la misión continúan siendo desafíos. Resolverlos podría adoptar un enfoque global. Los procedimientos normalizados de trabajo (PNT) son importantes para que los Estados participantes puedan estar en una mejor posición para cumplir con sus obligaciones. El traslado de los arrestados/detenidos sigue siendo por diferentes

razones un tema muy sensible y una vez más la precisión podría ser de importancia a fin de garantizar la plena equidad.

Quedamos encantados con más información sobre la Operación Atlanta, la operación naval de la UE contra la piratería y, en este sentido, me gustaría hacer referencia, a lo mejor de mi conocimiento, la primera sentencia que se dictó el 7 de septiembre de 2010 en el enjuiciamiento keniano en relación con la interceptación de un grupo pirata por el buque de guerra EU NAVFOR.

Este es un paso positivo en la represión de los actos de piratería y robo armado, demuestra los resultados positivos de los acuerdos bilaterales celebrados entre los Estados interesados y de la Unión Europea.

Philip Spoerri

Director de derecho internacional y cooperación, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, Miembro, IIDH

Es un honor de proponer, con Baldwin de Vidts, algunas conclusiones de esta trigésimo tercera mesa redonda sobre la violencia global: consecuencias y respuestas. Antes de hacerlo, permítanme primero dar profundamente las gracias al Instituto de Derecho Internacional Humanitario por la cooperación con el CICR para el evento de este año jubilar. En su discurso de apertura el presidente del CICR, volvió a hacer una llamada a la larga cooperación entre el CICR y el Instituto que se desarrolla desde la época de su creación, hace cuatro décadas. De hecho, la coorganización de la mesa redonda anual siempre ha sido un aspecto muy importante de esta cooperación. La mesa redonda ha demostrado ser un lugar único para el debate de las cuestiones “candentes” legales de la época relacionados con el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Año tras año la mesa redonda ha tenido éxito en la elaboración de una amplia gama de expertos, combinando la experiencia teórica y práctica haciendo así una contribución importante no solo en la promoción de la esencia de los problemas jurídicos y prácticos difíciles, sino también en la apertura de una oportunidad del intercambio para todos los que trabajan y están interesados en otros temas del DIH y relacionados con la ley.

De acuerdo con esta tradición, estoy muy satisfecho de hacer una apreciación al concluir que esta trigésimo tercera mesa redonda ha sido un éxito debido a la elección de los temas, la calidad de los paneles y la calidad del diálogo. Deseo expresar especiales gracias por esto a los coordinadores del evento, el Dr. de Vidts, juez Pocar y el Prof. Veuthey del Instituto, junto con mi colega del CICR, el señor Stéphane Ojeda, quien cargó con la mayor parte de la contribución del CICR sobre el contenido y la organización de la mesa redonda.

Debo admitir que no es una tarea fácil encapsular en las observaciones finales todos los aspectos de nuestras discusiones, dada la variedad de los temas que se abordaron, pero también creo que para las observaciones finales de este año me puedo concentrar solo en algunos puntos sobresalientes de la presentación y en las discusiones que hemos visto en los últimos dos días debido al hecho de que los relatores de cada sesión han mantenido nota y seguimiento de la esencia de cada sesión.

Yo, por lo tanto, solo tengo que añadir algunos comentarios y observaciones sobre cada sesión.

En la primera sesión, los oradores describieron la evolución de algunas secuencias o, permítanme decir, la manifestación de la violencia armada contemporánea en particular en relación con los medios y métodos de la violencia. El no solo pone de relieve la variedad/complejidad de estos fenómenos, sino también las complejidades legales de temas como el atentado suicida, los escudos humanos, el terrorismo, el saqueo de los recursos naturales y los aspectos relacionados con las armas. Se nos ha advertido que no desmienten que la gran mayoría de las formas contemporáneas de la violencia, por ejemplo, las asimetrías en la guerra, son necesariamente algo nuevo que, por lo tanto, no está suficientemente cubierto por el DIH existente. Creo que podríamos discutir largamente lo que es verdaderamente nuevo o no, pero lo cierto es que numerosos desarrollos actuales plantean nuevos retos, sin duda, por supuesto, cuando son causados por la introducción de nuevas tecnologías en la guerra o en el desarrollo de la tecnología en general (guerra cibernética). Afortunadamente, el derecho internacional sigue siendo una herramienta viva que siempre ha sabido adaptarse a la evolución de los caracteres de la violencia. Estas adaptaciones han sido influenciadas por el ambiente político que prevalece en ese momento. También hay que destacar, el viernes, que el tabú duradero de no discutir las cuestiones jurídicas relacionadas con las armas nucleares, de hecho se ha roto, y que la comunidad internacional cada vez más está de acuerdo en que los desafíos que plantea el terrorismo internacional no deben ir a la par con una debilitamiento del Derecho Internacional Humanitario u otras ramas del derecho.

Durante las sesiones de ayer, se nos informó acerca de dos iniciativas recientes o en curso llevadas a cabo para hacer frente a algunos retos de detención actuales, en particular los procedimientos de la ONU de 2010 provisionales estándar de operación (SOP) para la detención y el proceso

Copenhague en el trato de los detenidos en las operaciones militares internacionales. Escuchamos al Prof. Novak expresar su convicción de que las lagunas en este ámbito requerirían la elaboración de un nuevo instrumento, en sus palabras, de una “convención de derechos humanos a los detenidos”. Cualquier idea o iniciativa con el objetivo de mejorar la protección internacional de las personas afectadas por conflictos armados u otras situaciones de violencia es de agradecer. Sin embargo, hay que asegurarse de que estos nuevos desarrollos se basen en el derecho internacional vigente, en particular, el DIH y los derechos humanos (DH). Los desafíos contemporáneos no deben debilitar lo que ya tenemos, sino fortalecerlo.

En lo que se refiere a los conflictos armados, los ponentes y el público coincidieron en que es en los conflictos armados no internacionales que enfrentamos los mayores retos humanitarios y jurídicos. Hemos escuchado algunas propuestas interesantes en este sentido, como un enfoque flexible de la normativa de derechos humanos o el reconocimiento de que existe una base legal para la detención de grupos armados organizados en el DIH. Como ustedes saben por ahora, el CICR ha participado durante varios años en un estudio integral, que tiene como objetivo identificar las preocupaciones humanitarias que surgen en los conflictos armados no internacionales de hoy en día, con el fin de identificar las posibles deficiencias o debilidades en los tratados actuales y las habituales protecciones de la ley. Mientras que el estudio concluyó que el DIH sigue siendo un marco adecuado para regular la conducta de las partes en conflictos armados, también demostró que el DIH no siempre ofrece soluciones completamente satisfactorias para todas las necesidades humanitarias específicas, por ejemplo, las necesidades de personas privadas de libertad en los conflictos armados no internacionales. Por lo tanto, puedo revelar que no es pura coincidencia que creyéramos que este tema es de gran actualidad para la mesa redonda de este año. Creemos que es un tema que debe seguir mereciendo nuestra atención, sin duda será un área clave de atención para el CICR.

Otro aspecto abordado por varios oradores se relaciona con el enjuiciamiento de los presuntos autores de violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Los oradores señalaron la atención a diversas leyes de casos relacionados con la detención en los conflictos armados y otras situaciones de violencia, como la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional de los tribunales británicos ex-Yugoslavia (TPIY), y el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos (CEDH). Además de estos desarrollos importantes en el derecho penal internacional, se señaló una y otra vez que los medios apropiados para detener y corregir violaciones cuando se producen siguen siendo pobres —y esto es un eufemismo—.

En cuanto a las garantías individuales estudiadas hoy, una de las cuestiones jurídicas actualmente más debatidas es, sin duda, la base legal de internamiento en los conflictos armados no internacionales. Este tema, así como los aspectos relacionados con la opinión de la legalidad del internamiento son claramente en el cruce del DIH y el Derecho Humanitario. Esperemos que estos debates no vayan a terminar en una lucha global entre los seguidores Proderecho Internacional Humanitario y los fanáticos proderecho Humanitario pero dé lugar a un debate constructivo con el que van a ser capaces de entender el punto de vista del otro, basado en la realidad diferente que estos dos cuerpos de leyes gobiernan. Como se ha señalado, las garantías judiciales es un área en la que el DIH y el derecho humanitario son casi idénticos, a pesar de que algunos aspectos, como el habeas corpus en los procedimientos no penales o las ventajas y desventajas de la justicia militar contra civiles, son temas candentes en los debates actuales. Hoy, en mi opinión, no cabe duda de que la relación entre el DIH y el DRH seguirá siendo uno de los temas centrales que tendremos que explorar más en los años venideros.

Voy a parar aquí. Lo siento por no haber incluido todos los aspectos concretos debatidos durante esta mesa redonda en estas observaciones finales. Estoy seguro, sin embargo, que la riqueza de los debates ha sido bien captada gracias al excelente trabajo de nuestros ponentes. Como siempre, el Instituto va a publicar las aportaciones y los resultados de la mesa redonda. Esperamos que esto se permita. Una vez más a todos, organizadores, ponentes, participantes e intérpretes, gracias. Una vez más, feliz cumpleaños al Instituto y ¡nos vemos el próximo año!



INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO HUMANITARIO DE SAN REMO

MIEMBROS DEL CONSEJO

Presidente

Embajador Maurizio Moreno (Italia)

Vicepresidentes

Prof. Michel Veuthey (Suiza)

Profesor asociado de la Universidad de Niza Sophia-Antipolis

Prof. Fausto Pocar (Italia)

Expresidente, juez del Tribunal Penal Internacional
para la ex-Yugoslavia, La Haya

Dr. Baldwin De Vidts (Bélgica)

Exasesor jurídico del secretario general de la OTAN, Bruselas

Miembros

Dr. Mohammed Al-Hadid (Jordania)

Vicepresidente de la Comisión Permanente del Movimiento Internacional
de la Cruz Roja/Movimiento de la Media Luna Roja, Ginebra,
presidente del movimiento de la Media Luna Roja de Jordania

Prof. Mario Bettati (Francia)

Representante especial del ministro de Relaciones Exteriores, París

Brigadier General Erwin Dahinden (Suiza)

Jefe de relaciones internacionales de las fuerzas armadas, Bern

Prof. Yoram Dinstein (Israel)

Profesor emérito de la Universidad de Tel Aviv,
presidente de la Asociación de Israel de las Naciones Unidas

Prof. Jacques Forster (Suiza)

Profesor emérito del Instituto de Estudios Avanzados en Desarrollo,
Ginebra presidente del consejo de la Fundación del Instituto Universita-
rio de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo (IHEID), Ginebra

Prof. Dr. Wolff Heintschel Von Heinegg (Alemania)
Director de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Viadrina,
Frankfurt

Prof. Marie G. Jacobsson (Suecia)
Consejero jurídico principal de derecho internacional,
Ministerio de Relaciones Exteriores, Estocolmo,
Miembro de la Comisión de derecho internacional de la ONU

Dr. Michael A. Meyer (Reino Unido)
Jefe de la oficina de derecho internacional, Cruz Roja Británica, Londres

Dr. Ndioro Ndiaye (Senegal)
Presidente de la alianza para las migraciones, liderazgo y desarrollo,
Dakar

Juez Hisashi Owada (Japón)
Presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya

Prof. John Shattuck (USA)
Presidente y rector de la Universidad Central Europea, Budapest

Embajadora Laura Thompson (Costa Rica)
Directora general adjunta de la Organización Internacional
para las Migraciones, Ginebra

MUNICIPIO DE SAN REMO
CRUZ ROJA ITALIANA

Dr. Stefania Baldini
Secretario general

Siglas

SC	Sala de Casación
UCAL	Unión Civil Americana de Libertades
API	Protocolo Adicional 1
APII	Protocolo Adicional 2
ATCA	Acta de Reclamos “Alien Tort”
QBRN	Química, Biológica, Radiológica y Nuclear
CCW	Convención sobre Algunas Armas Convencionales
CD	Conferencia de Desarme
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CD	Conferencia sobre Desarme
CEDU	Corte Europea sobre Derechos Humanos
CIA	Agencia Central de Inteligencia
CISIG	Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
TCID	Tratamiento cruel, inhumano y degradante
DIHC	Derecho internacional humanitario consuetudinario
DIC	Derecho internacional consuetudinario
POLCIV	Policía Civil
CDE	Centro de Excelencia
CT	Contra el Terrorismo
CCT	Comité contra el Terrorismo
DECCT	Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo
EESELT	Equipo Especial sobre la Ejecución de Lucha contra el Terrorismo
DOMP	Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz
RDC	República Democrática del Congo

TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
REG	Restos explosivos de guerra
UE	Unión Europea
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
MGF	Mutilación Genital Femenina
RFY	República Federal de Yugoslavia
CG	Convención(es) de Ginebra
PIB	Producto Interno Bruto
TIH	Tratamiento Integral Humano
DH	Derechos Humanos
CAI	Conflictos Armados Internacionales
IAI	Instituto de Asuntos Internacionales <i>Italiano: Istituto Affari Internazionali</i>
CPI	Corte Penal Internacional
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
DPI	Derecho Penal Internacional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJT	Centro Internacional para la Justicia Transicional
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia
OIDD	Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo
DI	Desplazados Internos
AEI	Artefactos explosivos improvisados
IG	Inspector General
DIH	Derecho Internacional Humanitario
LDHI	Ley de Derechos Humanos Internacional
IIDH	Instituto Internacional de Derecho Humanitario
ILA	Instituto Italo-Latino Americano
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
FASI	Fuerza de Asistencia de Seguridad Internacional
PIOS	Procedimientos Internos Operativos Estándar
ISPI	Istituto per gli Studi di Política Internazionale Instituto para los Estudios de Política Internacional
ECC	Empresa criminal conjunta

EPY	Ejército Popular Yugoslavo Eslovaco: Jugoslovenska Narodna Armija
LCA	Leyde Conflicto Armado
TLTE	Tigres de Liberación de Tamil Eelam
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
ONG	Organización No-Gubernamental
CASCI	Conflictos armados sin carácter internacional
TNP	Tratado de No Proliferación
OIM	Organización Internacional para las Migraciones <i>Francés:</i> Organisation Internationale pour les Migraciones
OMS	Organización Mundial de la Salud <i>Italiano:</i> Organizzazione Mondiale della Sanità
ONG	Organización No Gubernamental <i>Italiano:</i> Organizzazione non Governativa
ONU	Organización de Naciones Unidas <i>Italiano:</i> Organizzazione delle Nazioni Unite
OPAQ	Organización para la Prohibición de las Armas Químicas
RNP	Registro de Nombre del Pasajero
PDG	Prisionero de guerra
R2P	Responsabilidad de Proteger
RDI	Reglasde intervención
CS	Consejo de Seguridad
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
PSO	Procedimiento estándar de operación
CGSPAEE	Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa
EPLS	Ejército Popular de Liberación de Sudán
SWIFT	Sociedadpara las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales
CT	Corte Tribunal
GNT	Gobierno Nacional de Transición
UE	Unión Europea
CNU	Convención de nomenclatura universal
CNUCDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
UNODD	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
FDPU	Fuerza de Defensa Popular de Uganda

CMEU	Cuerpo de Marineros de los Estados Unidos
BDP	Barco Destacamento de Protección
ADM	Armas de Destrucción Masiva
GCT	Guerra contra el Terror

Celebración del cuadragésimo aniversario del Instituto Internacional
de Derecho Humanitario de la mesa redonda sobre la violencia global:
consecuencias y respuestas
San Remo, 9-11 septiembre 2010

PROGRAMA

Jueves, 9 de septiembre

Ópera Teatro del Casino de la Municipalidad de San Remo

10.00-13.15: CEREMONIA OFICIAL

Alocuciones de Bienvenida

Embajador Maurizio Moreno —Presidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo

Sr. Maurizio Zoccarato —Alcalde de San Remo

Sr. Donato di Ponziano —Presidente, Casa de la Municipalidad de San Remo

Excmo. Francesco Belsito —Secretario de Estado de la Oficina del Primer Ministro, Roma

Excmo. Sonia Viale —Secretaria de Estado del Ministerio de Economía y Finanzas, Roma

Excmo. Claudio Scajola —Miembro del parlamento y exministro de Desarrollo Económico Interior, Imperia

Discurso de apertura

Dr. Jakob Kellenberger —Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra

PRESENTACIÓN DEL PREMIO IIDH 2010 A LA MUNICIPALIDAD DE SAN REMO
Y EL PROFESOR FAUSTO POCAR

Alocuciones

HSH el Príncipe Alberto II de Mónaco —Presidente, Cruz Roja de Mónaco

H.E. Sr. Jean-Pierre Mazery —Gran Canciller y Ministro de Relaciones Exteriores, Orden Soberrana y Militar de Malta, Roma, miembro del IIDH

Embajador William Lacy Swing —Director general de la Organización Internacional para las migraciones, Ginebra

Embajador Claudio Bisogniero —Secretario general adjunto de la OTAN, Bruselas

General Vincenzo Camporini —Jefe del Estado mayor de defensa, Roma

Sra. Patricia O'Brien —Subsecretaria general de asuntos jurídicos y asesora jurídico, Naciones Unidas, Nueva York

Teniente general (retirado) Christophe Keckeis —Presidente del Centro de Ginebra para el Control Democrático de las fuerzas armadas, exjefe de las Fuerzas Armadas de Suiza

Embajador Bem Betty King —Representante permanente de los Estados Unidos de América ante la Oficina de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en Ginebra

Embajador Antonio Badini —Director general, organización por la ley de desarrollo internacional de Roma

Dr. Francesco Rocca —Comisionado extraordinario, la Cruz Roja Italiana, Roma

Embajador Soad Mahmoud Shalaby —Director, Centro Regional de El Cairo para la formación en la resolución de conflictos y de mantenimiento de la paz en África, Cairo

Embajador Anatolly Adamishin —Presidente de la Asociación para la Cooperación Euro-Atlántica, Moscú

Dr. Massimo Barra —Presidente de la Comisión permanente de la Cruz Roja/Movimiento de la Creciente Roja, Ginebra

Dr. Stefano Dambroso —Juez, jefe del Departamento de Relaciones Internacionales del Ministerio de Justicia, Roma

13.15: ALMUERZO

Centro Internacional de Conferencias, Grand Hotel Londra

15.00-18.00 XXXIII mesa redonda sobre los problemas actuales del Derecho Internacional Humanitario, organizada conjuntamente por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario y el Comité Internacional de la Cruz Roja

LA VIOLENCIA GLOBAL: CONSECUENCIAS Y RESPUESTAS

Tema I. Formas contemporáneas de la violencia armada: el Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos en una encrucijada

MODERADOR. **Prof. Fausto Pocar** —Juez del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, La Haya; vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo

RELATOR. **Dr. Mounir Zahran** —Exembajador de Egipto; miembro, IIDH

a. *La guerra y los desafíos al Derecho Internacional Humanitario asimétrico*

Prof. Dr. Wolff Heintschel Von Heinegg —Jefe de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Viadrina, Frankfurt; miembro del consejo, IIDH

b. *Una aproximación al terrorismo*

Prof. Giuseppe Nesi —Profesor de derecho internacional de la Universidad de Trento; asesor jurídico de la Misión Permanente de Italia ante las Naciones Unidas, Nueva York

c. *Nuevas formas de violencia antes de la CPI*

Prof. Christine Van Den Wyngaert —Profesor de derecho penal internacional de la Universidad de Amberes; magistrado de la Corte Penal Internacional de La Haya

d. *El Derecho Internacional Humanitario, las nuevas formas de violencia armada y el uso de la fuerza*

Capitán Robert James McLaughlin —Director, operaciones y el derecho internacional, flota real marina australiana, Canberra

e. *Treinta años de la Convención CCW 1980. ¿A dónde vamos desde aquí?*

Dr. Ove Traer —Profesor emérito de derecho internacional en la Universidad de Estocolmo y la Escuela Superior Sueca de Defensa, Estocolmo, Miembro, IIDH

f. *El control de armamentos y el Derecho Internacional Humanitario*

Embajador Carlo Trezza —Presidente de la junta asesora del secretario general de la ONU para asuntos de desarme; codirector y asesor diplomático, CASD (Centro Italiano de Altos Estudios de Defensa), Roma

Discusión

Villa Ormond

19.30-20.30: Concierto (solo con invitación)

20.30: Cena tipo buffet (solo con invitación)

Viernes, 10 de septiembre
Centro Internacional de Conferencias, Grand Hotel Londra

10.00-13.00: SESIÓN PLENARIA

Tema II. La privación de libertad en los conflictos armados y otras situaciones de violencia

MODERADOR. **Juez abogado general Arne W. Dahl** —Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y el Derecho de la Guerra, Bruselas, Miembro, IIDH

RELATOR. **Prof. Edoardo Greppi**— Profesor de derecho internacional de la Universidad de Turín; miembro, IIDH

Las vistas desde el campo (estado, condiciones de detención, tratamiento, traslados)

a. *Desafíos de detención actuales que enfrenta la ONU*

Sr. Godfrey Aropet —División de policía de las Naciones Unidas, la oficina del Estado del derecho y de las instituciones de seguridad, el departamento de operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, Nueva York

b. *Desafíos de detención actuales que enfrenta la OTAN*

Capitán Sheila Archer —Fuerzas canadienses, consejero jurídico adjunto, SHAPE; exasesor legal principal, ISAF, Bruselas

c. *Desafíos de detención actuales que afronta la UE(Atalanta)*

Dr. Gert-Jan Van Hegelsom —Asesor jurídico, consejo de la Unión Europea, Bruselas

d. *Desafíos de detención actuales desde una perspectiva nacional*

General David M. Howell CB, OBE —Director general del ejército servicios jurídicos, Andover, Reino Unido

Discusión

13.00-14.00: Descanso para comer

Centro Internacional de Conferencias, Grand Hotel Londra

15.00-18.00: Sesión plenaria

Aspectos Legales

a. *Fundamento jurídico de la detención y la determinación de la condición de los detenidos*

Prof. Marco Sassoli —Profesor de derecho internacional de la Universidad de Ginebra

b. *El tratamiento de los detenidos y las condiciones de detención*

Prof. Paola Gaeta —Profesora de Derecho Internacional Humanitario, directora de la maestría en Estudios Avanzados de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos, Ginebra

c. *El delito de tortura*

Prof. Manfred Nowak —Profesor de derecho constitucional y derechos humanos de la Universidad de Viena; ONU relator especial sobre la tortura, Nueva York

d. *Las transferencias de detenidos*

Embajador Thomas Winkler —Subsecretario de asuntos jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Copenhague

Discusión

Grand Hotel Royal

18.30-20.00: Recepción (solo con invitación)

Club de yates

19.45: Reunión y cena de la asociación de antiguos alumnos

Sábado, 11 de septiembre

Centro Internacional de Conferencias, Grand Hotel Londra

09.00-12.30: Sesión plenaria

Tema III. Las garantías individuales de libertad

MODERADOR. **Embajador Jiirg Lindenmann** —Departamento federal de relaciones exteriores, dirección de derecho internacional, Berna

RELATOR. **Dr. Pernilla Nilsson** —Asesor jurídico del departamento de derecho internacional, derechos humanos y derecho de los tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Estocolmo

Garantías procesales en los conflictos armados y otras situaciones de violencia

a. *Motivos admisibles para internamiento/detención administrativa*

Dr. Oscar Solera —Oficial de derechos humanos, Estado de derecho y de la sección de democracia, alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, Ginebra

b. *Revisión de la legalidad de la detención de internamiento/administrativa*

Prof. François Hampson —Profesor de derecho internacional de la Universidad de Essex

c. *Los contactos con el mundo exterior*

Sr. Stéphane Ojeda —Asesor jurídico, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra

Discusión

Garantías judiciales en los conflictos armados y otras situaciones de violencia

a. *Derecho a un juicio justo en los conflictos armados*

Sra. Jelena Pejic —Asesora jurídica, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra

b. *Los tribunales militares contra civiles*

Dr. Clive Baldwin —Asesor legal, Human Rights Watch, Nueva York

c. *Desafíos de la recopilación de pruebas*

Juez Abdul G. Koroma —Corte Internacional de Justicia de La Haya, miembro del IIDH

12.00-12.30: Comentarios finales

Dr. Baldwin De Vidts —Vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo

Dr. Philip Spoerri —Director de derecho internacional y cooperación, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, miembro del IIDH

