



VÍCTOR LUIS GUTIERREZ CASTILLO*

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS DE SU RELACIÓN A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA COMPLEMENTARIEDAD Y DEL PRINCIPIO DE *LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La teoría de la complementariedad y la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. – 2.1 La aceptación de la teoría de la complementariedad por la comunidad internacional. – 2.2 La teoría de la complementariedad y el derecho internacional de los derechos humanos. – 3. La *lex specialis derogat legi generali*: ¿un modelo para la aplicación simultánea de dos regímenes jurídicos en una situación de conflicto armado? – 4. La *lex specialis* en tanto que instrumento de interpretación. – 4.1 El principio de la *lex specialis* y su pertinencia para interpretar la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. – 5. Límites de la *lex specialis* en su aplicación práctica. – 6. Conclusiones.

1. Introducción.

Tras la segunda guerra mundial, la comunidad internacional tiene la profunda necesidad de superar las experiencias totalitarias de la primera mitad del siglo XX y poner fin a todas las atrocidades cometidas. En este contexto, surge la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Instrumentos ambos que, concebidos para aplicarse en tiempos de paz¹, marcarán la internacionalización de los derechos humanos en la nueva sociedad contemporánea. Posteriormente, surgirán toda una serie de instrumentos internacionales que conferirán una base jurídica de protección a los derechos humanos inherentes a la dignidad de la persona. Situación que también se producirá en el plano regional, donde se han ido adoptando instrumentos que reflejan preocupaciones específicas en la materia y en los que se han establecido determinados mecanismos de protección². Por otra parte, ha quedado demostrado, como veremos a lo largo de este artículo, que el Derecho inter-

* Profesor titular del Área de Derecho Internacional Público y Director del Departamento de Derecho Público y Común Europeo de la Universidad de Jaén.

¹ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, New York, 2009, p. 69.

² G. AIVO, *Convergences entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme: vers une assimilation des deux corps de règles?*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2010, pp. 340-379.

nacional humanitario (en adelante, DIH) no es la única rama del derecho internacional humanitario que se aplica en caso de conflictos armados. Estas circunstancias, entre otras, han provocado un interesante debate sobre la posible aplicación simultánea del régimen jurídico relativo a la protección del Derecho internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) y el relativo al DIH³, así como la aplicación extraterritorial de ciertos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en conflictos armados y en casos de ocupación beligerante. Debate éste último, que no nos debe extrañar, teniendo en cuenta, por una parte, la noción amplia de “ocupación” que ofrece el Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 18 de octubre de 1907⁴ y, por otra, el hecho de que toda potencia ocupante detenta derechos (a veces interpretados de forma laxa) destinados a restablecer y asegurar el orden público sobre el territorio que ocupa⁵.

Tradicionalmente la doctrina ha estado dividida por diferentes posiciones sobre la relación entre el DIDH y el DIH. Parte de ella se ha mostrado a favor de un planteamiento separatista, siguiendo así la visión tradicional surgida tras la Segunda Guerra Mundial, en virtud de la cual el DIDH y el DIH son regímenes jurídicos distintos, debiendo permanecer separados⁶. En este sentido, algunos autores han ampliado su posición afirmando que las diferencias e incompatibilidades fundamentales de ambos regímenes (es decir sus objetivos, sus campos de aplicación y los mecanismos para su puesta en práctica) no han hecho más que demostrar esta distinción aparente y el hecho de que deben estar lejos el uno del otro.

Por el contrario, hacia los años sesenta ha emergido una posición diametralmente opuesta, la perspectiva complementaria. Ésta se basa en la idea de que, aunque el DIH y los DIDH tengan raíces distintas, ambientes diferentes y funciones divergentes, se tartan de regímenes que pueden completarse recíprocamente en ciertas situaciones. Los autores que defienden esta posición ponen en valor la similitud de objetivos, en concreto el referido a la protección de los derechos humanos, el solapamiento de competencias jurisdiccionales y sus normas conexas.⁷

En nuestros días, a pesar del debilitamiento de la posición separatista⁸, los puntos de vista aún se mantienen divergentes, existiendo aún posiciones encontradas en la doctrina. Ahora bien, con independencia de las posiciones y argumentos esgrimidos, los defensores de una y otra perspectiva, se muestran evasivos a la hora de explicar los fundamentos jurídicos en los que basan sus posiciones y la forma de articular la aplicación simultánea de ambos regímenes⁹. Y es que, más allá de los razonamientos teóricos, conviene analizar en qué medida el DIH y los DDHH pueden aplicarse simultáneamente en periodos de conflictos armados y en situaciones de ocupación beligerante.

Como veremos con detenimiento, a pesar de ser completamente imposible una fusión de ambos regímenes, la tendencia jurisprudencial parece sostener un planteamiento dinámico, en

³ R. KOLB, *Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme: aperçu de l'histoire de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Conventions de Genève*, in *Rev. int. Croix-Rouge*, 1998, pp. 437-447.

⁴ Según su artículo 42 «Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse». El texto puede consultarse en *Gaceta de Madrid* n.º. 164, de 20 de junio de 1913.

⁵ En este sentido, la potencia ocupante no puede cambiar la legislación de un país que ocupa, debiendo respetarla, al igual que los instrumentos relativos a los derechos humanos de los que son parte el Estado ocupado. D. DAVID, *Principes de droits des conflits armés*, Bruxelles, 1999, p. 565.

⁶ R. KOLB, *Human Rights and Humanitarian Law*, in *Max P. Enc. Pub. Int. Law*, 2012, par. 28; N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?* in *Isr. Law Rev.*, 2006, pp. 356-357.

⁷ *Vid* N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., p. 362.

⁸ *Ibid.*, p. 364.

⁹ *Ibid.*, p. 358.

virtud del cual el DIDH y el DIH no se excluyen recíprocamente, sino que se complementan y que se refuerzan el uno al otro. Ahora bien, no cabe duda de que tal aplicación simultánea puede igualmente plantear numerosos problemas y provocar conflictos entre estos dos regímenes jurídicos¹⁰. En este contexto cabe preguntarse, ¿qué ocurre cuando una norma de DIH entra en conflicto con una norma de DIDH? Esta cuestión se encuentra en el centro del análisis de la relación entre los dos regímenes. De este modo, es esencial examinar las reglas pertinentes y los principios de interpretación con el fin de determinar el modo más adecuado de regir la relación que nos interesa. Precisamente, con el fin de analizar la aplicación simultánea de ambos regímenes cabe indicar que los dos métodos de interpretación más utilizados son el de la “complementariedad” y el de la regla de la *lex specialis*¹¹.

En este trabajo, analizaremos en un primer momento, la teoría de la complementariedad con el fin de verificar si puede regir la relación entre ambos regímenes. A continuación, analizaremos el principio de la *lex specialis*, que con frecuencia se toma de referencia para analizar la relación entre ambos regímenes jurídicos. Partiremos, en concreto, de una percepción general de la *lex specialis* en derecho internacional y examinaremos la aplicación que se ha hecho de este principio por ciertos órganos de decisión. Finalmente, verificaremos, a partir de la doctrina, si ese principio ha sido adaptado en la práctica con el fin de regular la relación entre ambas ramas del derecho.

2. La teoría de la complementariedad y la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

La primera teoría que ha sido utilizada con frecuencia y a la que se recurre regularmente para interpretar la relación entre el DIH y el DIDH es la de la complementariedad. Esta teoría afirma que ambas ramas del derecho, incluso si tienen raíces y funciones distintas, pueden influirse recíprocamente y reforzarse, ya que se basan en los mismos principios de protección del individuo¹². Esta teoría, podría decirse que aplica en cierto modo el método de interpretación contenido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, el cual enuncia que

«Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda

¹⁰ C. DROEGE, *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, in *Isr. Law Rev.*, 2007, pp 336-337.

¹¹ *Ibidem*.

¹² H.-J. HEINTZE, *Theories on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in R. KOLB & G. GAGGIOLI (dir.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham, 2013, p. 57.

forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes»¹³.

Este artículo refleja la idea de que el derecho internacional público es concebido como un sistema jurídico coherente en que varias reglas cohabitan armoniosamente, lo que implica que las normas del DIDH pueden ser interpretadas a la luz de las normas de DIH y viceversa¹⁴.

Por otra parte, como recuerda el profesor Fernández Sánchez, la Convención de Ginebra y de la Haya no son los únicos tratados internacionales en los que se hace referencia a la aplicación del derecho durante un conflicto armado. De hecho, tratados internacionales sobre protección de derechos humanos también hacen referencia a situaciones de conflictos armados, como es el caso de la Convención sobre Estatuto de los Refugiados de 1951, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, el Protocolo facultativo 2000 sobre la participación de los niños en los conflictos armados y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, así como los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre del 2005¹⁵.

2.1 *La aceptación de la teoría de la complementariedad por la comunidad internacional.*

La teoría de la complementariedad ha sido mantenida por numerosos órganos e instituciones internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, así como por tribunales internacionales. En este sentido, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas han reconocido la aplicación complementaria en los conflictos armados por vía de sus respectivas resoluciones¹⁶. Además, el Secretario General de Naciones Unidas, en su informe al Consejo de Seguridad sobre la protección de personas civiles en conflictos armados de 8 de septiembre de 1999¹⁷ ha interpelado una aplicación acumulativa de normas de DIH y DIDH¹⁸, manteniendo que

«La protección de las personas civiles en los conflictos armados estaría ampliamente garantizada si los combatientes respetaran las disposiciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional relativo a los derechos humanos. Por lo tanto, las recomendaciones que se formulan en esta sección tienen por objeto determinar la forma en que el Consejo de Seguridad puede promover el pleno respeto del derecho internacional humanitario y del relativo a los derechos humanos y a los refugiados, entre los Estados y agentes no estatales y, en particular, las partes en los conflictos»¹⁹.

¹³ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscrita en el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980, 1155 RTNU 331.

¹⁴ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 337.

¹⁵ P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *The Interplay between International Humanitarian Law and Refugee Law*, in *International Humanitarian Legal Studies*, 2011, p. 5.

¹⁶ Respecto a los derechos humanos en periodo de conflictos armados. Resolución 2444, Doc. off. AG UN, 23 sess. (1968).

¹⁷ Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la Protección de civiles en periodo de conflicto armado, Doc. off. AG UN, S/1999/957 (1999), párrs. 35-36.

¹⁸ V. GOWLLAND-DEBBAS & G. GAGGIOLI, *The Relationship between International Human Rights and Humanitarian Law: an Overview*, in R. KOLB & G. GAGGIOLI (dir.), *Research Handbook*, cit., p. 84.

¹⁹ Véase nota 17, *supra*.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (a partir de ahora, el Comité) se ha pronunciado igualmente a favor de la teoría de la complementariedad confirmando la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) en situación de conflictos armados en los que, como es sabido, también son aplicables las normas de DIH. Aunque ciertas normas específicas de DIH no puedan ser pertinentes para interpretar los derechos consagrados en el PIDCP, el Comité ha mantenido que los dos regímenes son complementarios y no se excluyen recíprocamente²⁰.

Este planteamiento no es nuevo, sino que ya lo encontramos en los años setenta. Este sentido, cabe recordar que, desde 1974 a 1977 tuvo lugar la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y desarrollo del DIH que dio lugar a la adopción de dos Protocolos adicionales (de 1977) a los Convenios de Ginebra de 1949. Los dos nuevos instrumentos reconocen explícitamente la aplicación de DIDH durante los conflictos internacionales y no internacionales, confirmando de este modo el reconocimiento oficial de la aplicación simultánea de los dos regímenes jurídicos²¹.

Esta idea está apoyada por la doctrina, quien se esfuerza (con éxito a nuestro juicio) en buscar fundamentos que justifiquen este planteamiento. En este sentido, como indica Campanelli, el reconocimiento de la aplicación de tratados relativos a la protección internacional de los derechos humanos en situación de conflicto armado y la ocupación militar por la comunidad internacional puede igualmente estar apoyada por la presencia de cláusulas derogatorias en esos instrumentos. Y es que, para este autor, ciertos tratados relativos a los derechos humanos:

«...prévoient expressément la possibilité de dérogations en cas de guerre (...) Toutes ces dispositions, rendant possible la restriction de certains droits humains en période de guerre ou de danger exceptionnel, doivent être vues comme des mécanismes d'adaptation de chacun de ces textes à des situations d'urgence comme la guerre ou l'occupation militaire. L'existence de pareils mécanismes d'adaptation, en effet, perdrait sa raison d'être si on postulait l'inapplicabilité de ces conventions en temps de conflit armé»²².

Esta circunstancia es relevante, ya que, siguiendo esta línea argumental, las cláusulas derogatorias confirman la posibilidad de aplicar el DIDH en situación de conflicto armado y de ocupación militar. La existencia misma de esas disposiciones, en cuanto que permiten derogar ciertos derechos en situaciones de conflicto armado, sería discutible si se concluyese que el DIDH es inaplicable en tiempos de guerra²³. Planteamiento éste que ya puso de manifiesto la

²⁰ En el párrafo 11 de la Observación General n. 31, *La naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes del Pacto*, Doc. Off. UN, 80 sess., CCPR/C/21/Rev.1/Add.14 (2004), el Comité afirma literalmente que «el Pacto es también de aplicación en las situaciones de conflicto armado a las que sean aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, en lo que atañe a ciertos derechos reconocidos en el Pacto, es posible que normas más específicas del derecho humanitario internacional sean pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos reconocidos en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes».

²¹ J. MEURANT, *Droit humanitaire et droits de l'homme: spécificités et convergences*, en *Rev. int. Croix-Rouge*, 1993, pp. 93-98; A. ROBERTS, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, en *Am. Jour. Int. Law*, 2006, pp. 580-622, en concreto p. 591.

²² D. CAMPANELLI, *Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve du droit des droits de l'homme*, in *Rev. int. Croix-Rouge*, 2008, pp. 307-323. Para más información sobre este tema véase E. BENVENISTI, *The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and to the Occupied Territories*, in *Isr. Law Rev.*, 1992, pp. 24-35.

²³ D. CAMPANELLI, *Le droit de l'occupation militaire*, cit.; J. F. HAMPSON, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Treaty Body*, in *Int. Rev. Red Cr.*, 2008, pp. 549-572, p. 562.

Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) en «la opinión consultiva, relativa a la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares» (1996) al afirmar que

«(t)he Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision»²⁴.

En este orden de ideas, la Comisión de Derechos Humanos también ha seguido esta línea, como consta en la Resolución 2005/63 de 20 de abril de 2005 sobre la «protección de derechos fundamentales de personas civiles en conflictos armados»²⁵, en la que ha reconocido expresamente «que la normativa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son complementarios y se refuerzan mutuamente» y que «la protección brindada por la normativa de los derechos humanos sigue vigente en las situaciones de conflicto armado, teniendo en cuenta las situaciones en que el derecho internacional humanitario se aplica como *lex specialis*».

Este planteamiento no nos sorprende, ya que, como ya expusimos, los dos regímenes jurídicos referidos tienen como objetivo común la protección de la persona contra toda infracción eventual a su integridad personal en tiempos de conflictos armados o de paz, permitiendo de este modo al DIH completar o reemplazar el DIDH en las situaciones en las que este último está fuertemente limitado o incluso totalmente suspendido. De otra parte, el DIDH, teniendo la misma filosofía humanista que el DIH, puede servir para cubrir las lagunas de este último. No podemos olvidar, en este sentido, que con el fin de asegurar el respeto al DIH, los actores internacionales tienden a utilizar mecanismos de protección de derechos humanos para paliar la ineficacia de los mecanismos de aplicación de este régimen, constituyendo estos últimos unas de sus principales debilidades²⁶.

También encontramos posicionamientos favorables a la complementariedad de ambos regímenes jurídicos en otros ámbitos como, por ejemplo, en el sistema regional de protección de derechos humanos existente en América, donde la Corte interamericana de derechos humanos se ha expresado en este sentido en el asunto *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*²⁷. Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yougoslavie (en adelante, TPIY), en el asunto *Dragoljub Kunarac* también ha mantenido que los dos regímenes jurídicos poseen puntos comunes concernientes a sus objetivos, sus valores y terminologías²⁸. Es por lo que, con el fin de cubrir las lagunas jurisprudenciales del DIH, el TPIY ha recurrido al DIDH. Sin embargo, el Tribunal ha añadido que las normas del DIDH solo pueden ser traspuestas al DIH cuando las especificidades de ese régimen sean tomadas en cuenta.²⁹

El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR) ha adoptado en el pasado una posición prudente sobre la cuestión relativa a la relación del DIH y el DIDH. Con el tiempo, la organización se ha implicado cada vez más en la aproximación de los dos regímenes

²⁴ *Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 8 de julio de 1996, ICJ Reports 1996, párr. 25.

²⁵ Comisión de Derechos Humanos. Protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados. Doc off NU, 61^e sess., E/CN.4/RES/2005/63 (2005).

²⁶ F. HAMPSON & I. SALAMA, *Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia. Documento de trabajo sobre la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, 57^o ses. Doc. Off CES UN, 57 sess., E/CN.4/Sub.2/2005/14 (2005) au par.11.

²⁷ *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador, Preliminary objections* [2004], Inter-Am Ct HR (Sér C) no. 118 par. 112.

²⁸ *Le procureur v. Dragoljub Kunarac*, IT-96-23-T & IT-96-23/1 -T, Jugement 22 février 2001 [2001], par. 476. Vid. <http://www.icty.org> (visitada por última vez el 17 enero 2019).

²⁹ Véase V. GOWLLAND-DEBBAS & G. GAGGIOLI, *The Relationship between International Human Rights*, cit., p. 84.

jurídicos, reconociendo sus valores comunes para finalmente terminar defendiendo su complementariedad³⁰. El CICR ha producido un cierto número de documentos que le permiten invocar los derechos humanos cuando sea necesario en el cuadro de sus actividades. Asimismo, ha tomado parte en las discusiones de Naciones Unidas relativas a “las reglas de humanidad fundamentales”, pronunciándose sobre la cuestión de la fusión de normas del DIH y del DIDH³¹. Sobre este punto, el CICR ha mantenido que con tal tentativa de fusión se corría el riesgo «...de confundir dos sectores distintos, aunque complementarios, del derecho, en detrimento de las obligaciones jurídicas dimanantes de cada uno de ellos»³². En este sentido, la organización ha reafirmado su posición sobre la complementariedad de dos regímenes jurídicos en su estudio sobre el DIH consuetudinario enunciando que la protección DIDH puede servir para soportar, reforzar y clarificar los principios análogos al DIH, como es en concreto el caso de las normas relativas a un proceso equitativo³³.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podría afirmarse que la teoría de la complementariedad como principio de análisis de la relación entre el DIH y el DIDH es bien reconocida, aceptada y empleada por los órganos internacionales de protección de derechos humanos, tribunales internacionales e, igualmente, el CICR. La aplicación de este principio se hace principalmente por un reforzamiento mutuo de las normas de DIH y del DIDH cuando los dos regímenes pueden aplicarse en una misma situación³⁴. Mayoritariamente, el DIDH consagra las normas más generales, pero a la vez dispone de un campo de aplicación más amplio que le permite aprovechar la precisión de las normas de DIH³⁵. De otra parte, podría decirse que al día de hoy el DIDH ha evolucionado progresivamente a través de un amplio desarrollo jurisprudencial y de múltiples interpretaciones que pueden, de esta forma, influir en el DIH y cubrir las lagunas de las decisiones jurisprudenciales. Los dos regímenes jurídicos buscan pues, proteger a los individuos contra los comportamientos abusivos del poder, lo que, lógicamente, puede llevar a un solapamiento considerable de sus normas, así como a una influencia y reforzamiento recíproco³⁶.

Ahora bien, más allá de la relación entre DIH y DIDH, cabe señalar que la complementariedad puede considerarse otra regla de interpretación vinculada al ámbito temporal y al análisis de sentencias judiciales o fallos arbitrales, en virtud de la cual los fallos deben ser interpretados conforme a los hechos o conocimientos que se tenían al momento de su elaboración. En este sentido se manifestó el Tribunal arbitral en el Asunto de la Controversia sobre Delimitación Marítima entre Francia y Gran Bretaña, donde se señaló: «La interpretación plantea la cuestión de saber lo que el Tribunal ha zanjado con fuerza obligatoria en su decisión y no la de saber lo que el Tribunal debería decidir ahora a la luz de hechos o argumentos nuevos».

De igual modo hay que tener en cuenta el asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Trazas del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile, donde los árbitros Galindo Pohl y Santiago Benadava, en sus respectivos votos disidentes, señalaron que:

«[...]. Analizar el caso colocándose en la situación de la época y tratar de reproducir el escenario que conformó la visión y el juicio del árbitro, así como los puntos de vista y los

³⁰ H.-J. HEINTZE, *Theories on the Relationship*, cit., p. 57.

³¹ Doc off AG UN, 56^o ses., Doc. UN E/CN.4/2000/94 [1999].

³² E/CN.4/2000/94, para. 9.

³³ J. M. HENCKAERTS, *Étude sur le droit international humanitaire coutumier: Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés*, en *Rev. int. Croix-Rouge*, 2005, pp. 289-330, en particular p. 312.

³⁴ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 340.

³⁵ *Ibid.*, p. 341.

³⁶ *Ibidem*.

propósitos de las partes es, además, un dictado de la lógica. Colocándose fuera de la época, como si el fallo fuese pronunciado hoy, las decisiones del pasado pierden su sentido original. Particularmente en diferendos relacionados con fronteras, los fallos deben entenderse de acuerdo con los conocimientos geográficos, las informaciones y los argumentos presentados al juez, en la época y en conformidad con la época. De otro modo se corre el riesgo de perturbar la cosa juzgada y la estabilidad de las fronteras»³⁷.

Asimismo, afirmaron que

«Los conocimientos geográficos adquiridos con posterioridad al laudo no pueden servir de base para su interpretación. El laudo y los instrumentos que lo integran deben ser interpretados a la luz de las circunstancias que los rodean y, especialmente, del conocimiento geográfico que el árbitro tomó en cuenta al dictarlo. [...] Los nuevos descubrimientos geográficos constituyen un “hecho nuevo” que no pueden alterar lo decidido por el laudo ni servir de base para su interpretación»³⁸.

2.2 La teoría de la complementariedad y el derecho de internacional de los derechos humanos.

El DIDH ha influido en gran manera en la prohibición de la tortura en el marco del DIH. Como es sabido, los instrumentos relativos a la protección internacional de los derechos humanos,³⁹ así como aquellos relativos al DIH⁴⁰ contienen una prohibición absoluta de la tortura. Sin embargo, la única definición de ésta se encuentra en el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, en el que se define ésta como

«(...) todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas»⁴¹.

Ahora bien, qué duda cabe que, en situaciones regidas por el DIH, la tortura también puede ser cometida por las fuerzas armadas rebeldes, las cuales no actúan bajo el mandato de un Estado, de manera que es necesario adaptar la definición contenida en la citada Convención contra la tortura de 1984 a la lógica del DIH y las circunstancias particulares de los conflictos armados⁴².

³⁷ Tribunal Arbitral, “Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile. Opinión Disidente de Galindo Pohl”. pp. 119-121.

³⁸ Tribunal Arbitral, “Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile. Opinión Disidente de Santiago Benadava”. pp. 268-271.

³⁹ Por ejemplo, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre 1966, 999 RTNU 171 o la Convención para la protección de los derechos y libertades fundamentales, de 4 de noviembre 1950, 213 RTNU 221, art. 3.

⁴⁰ El Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra (conocido como IV Convenio de Ginebra), de 12 de agosto de 1949, 75 RTNU 287, art. 3 común y artículo 147.

⁴¹ Convención contra la Tortura, 10 diciembre 1984, 1465 RTNU 85, art. 1.

⁴² *Dragoljub Kunarac case*, para. 491. See <http://www.icty.org> (visitada por última vez, el 18 de enero 2019); C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 342.

Otro ejemplo que demuestra la complementariedad entre las normas del DIH y las del DIDH por un reforzamiento y una influencia recíproca es el relativo a los derechos económicos, sociales y culturales que tienden a ser obligatorios en los debates sobre la relación de los dos regímenes⁴³. Y es que, como es sabido, las situaciones de conflicto armado y ocupación militar afectan intensamente el disfrute de estos derechos, en particular a causa de los problemas de seguridad que pueden dar lugar a restricciones de acceso a la educación, al cuidado de la salud o incluso a la alimentación y al acceso al agua⁴⁴. Aunque el DIH proporciona información detallada relativa a las obligaciones de la potencia ocupante, que derivan de derechos económicos, sociales y culturales, las normas relativas a la protección internacional de los derechos humanos pueden cubrir las lagunas dejadas por el primer régimen jurídico⁴⁵. En efecto, la jurisprudencia relativa a la protección de DIDH, así como las observaciones de diversos órganos relativos a los derechos humanos, pueden ofrecer ciertas directrices más detalladas o incluso ciertos principios más prácticos en relación con los derechos económicos, sociales y culturales de la población en territorio ocupado.

La teoría de la complementariedad, tal como viene revelada por la práctica de los tribunales internacionales, así como por los tratados relativos a la protección de los derechos de humanos, enuncia que el DIH no reemplaza las normas de los DIDH, sino más bien que uno y otro se completan, pudiéndose agregar ciertas protecciones específicas en situaciones de conflicto armado y ocupación beligerante⁴⁶. En la mayoría de los casos, el DIH y el DIDH no se contradicen, sino que más bien se aplican de forma simultánea, completándose y reforzándose recíprocamente. Es frecuente el caso en el que los dos regímenes jurídicos busquen limitar el ejercicio abusivo del poder por un Estado ocupante. Para la protección de la población ante el poder de tal Estado, el DIDH puede, gracias a su jurisprudencia extendida, reforzar las disposiciones aplicables del DIH. A la inversa, el DIH puede reforzar las normas de derechos humanos a través de la naturaleza absoluta de sus obligaciones, así como por la aplicación de sus disposiciones precisas y detalladas⁴⁷. Aunque la teoría de la complementariedad ofrece soluciones en cuanto a la armonización de normas de DIH y de DIDH, qué duda cabe de que ésta también tiene sus límites. Y es que, no podemos olvidar que algunas normas de estos regímenes son contradictorias, no pudiendo la teoría de la complementariedad ofrecer una solución adecuada para todos los casos concretos⁴⁸. De hecho, cuando ocurre esto una de ellas debe prevalecer⁴⁹. En ese caso, a menudo es el principio de la *lex specialis* el utilizado con el fin de resolver este conflicto, mientras que la teoría de la complementariedad es más bien utilizada cuando las normas pueden ser armonizadas con facilidad.

A pesar de la posición de la comunidad internacional y de la CIJ en cuanto a la complementariedad de estas ramas del derecho, algunos Estados, como los Estados Unidos o Israel, mantienen planteamientos bien distintos. Y es que, éstos han negado a reconocer esta

⁴³ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 342.

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales: Israel, Doc. off. NU, 31^o sess., CRC/C/15/Add.195 [2002] pars.55-56; ECOSOC. Observaciones finales del Comité de derechos económicos, sociales y culturales - Israel, Doc. off. NU, 30^o ses., E/C. 12/1/Add.90 (2003) par. 19.

⁴⁵ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 343.

⁴⁶ V. GOWLLAND-DEBBAS & G. GAGGIOLI, *The Relationship between International Human Rights*, cit., p. 87.

⁴⁷ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., pp. 343-344.

⁴⁸ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 340; M. MILANOVIC, *A Norm Conflict Perspective on the Relationship Between*, cit., p. 464.

⁴⁹ CDI, *Conclusiones de los trabajos del Grupo de estudio sobre fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Doc. off. NU, 58^o ses., A/61/10 [2006] par. 42.

posibilidad, afirmando que se excluyen categóricamente⁵⁰. Posición ésta que refleja perfectamente la de los expertos en DIH de los años setenta, los cuales sostienen que el DIDH solo se aplicaría en tiempos de paz y que el DIH sería el único régimen aplicable en situaciones de conflicto armado⁵¹. Este es el caso, entre otros, de Jean Pictet, quien en 1975 afirmó que los dos sistemas jurídicos son sustancialmente diferentes «...car si le droit humanitaire n'est valable qu'en cas de conflit armé, en pratique les droits de l'homme trouvent essentiellement leur application en temps de paix»⁵². Argumento éste que no compartimos y que ha sido criticado por numerosos autores, entre los que destacan Hampson y Salama. Éstos, en su Documento de Trabajo del 2005 sobre las relaciones entre ambos regímenes, sostienen que existen serias dudas sobre la constante objeción de ambos Estados a la aplicación simultánea de ambas ramas del derecho. Afirman que ninguno de ellos ha formulado reservas con ocasión de la ratificación de los instrumentos relativos a la protección internacional de los derechos humanos, ni han planteado objeciones a las observaciones generales del Comité con el fin de excluir expresamente la aplicación de DIDH y el DIH⁵³. Defienden pues, esta línea argumental con acierto al afirmar que

«(...) las instrucciones dadas a las fuerzas armadas de un Estado en las que se hace referencia a la aplicabilidad de la normativa de derechos humanos no parecen ser congruentes con una objeción persistente. Incluso si se pensase que esa doctrina es aplicable, no se aplicaría a las disposiciones de la normativa de derechos humanos que han adquirido la condición de *ius cogens*»⁵⁴.

En este sentido, llama la atención el hecho de que, paradójicamente, esta idea parece estar respaldada por el «*US Operational Law Handbook*» del Gobierno de los Estados Unidos⁵⁵, en el que se acepta claramente que las fuerzas armadas americanas estén sujetas a las normas consuetudinarias relativas a los derechos humanos durante las operaciones militares, incluyendo aquéllas que tienen lugar en el extranjero⁵⁶. A pesar de la reticencia de algunos Estados a aceptar la aplicación conjunta del DIH y del DIDH en periodos de conflicto armado, parece que el conjunto de la comunidad internacional sí que ha aceptado esta posibilidad⁵⁷, aunque no siempre exenta de controversia. Y es que, conviene recordar que la mayoría de los instrumentos internacionales y regionales que protegen estos derechos contienen una disposición que limita su aplicación a los individuos bajo jurisdicción de los Estados partes. Es, por tanto, a través del ejercicio de una interpretación (siempre subjetiva) por la que se podrá determinar si la persona,

⁵⁰ F. HAMPSON & I. SALAMA, *Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia. Documento de trabajo*, cit. Este documento puede consultarse en línea en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?b=5&se=7&t=8 (página consultada por última vez el 17 de noviembre 2018). Véase también en este sentido J. F. HAMPSON, *The Relationship between International Humanitarian Law*, cit., p. 550 y A.-Y. TAKAHASHI, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Boston, 2009, p. 402.

⁵¹ F. HAMPSON & I. SALAMA, *Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia*, cit., p. 15

⁵² J. PICTET, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Genève, 1973, p. 13.

⁵³ F. HAMPSON & I. SALAMA, *Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia*, cit., p. 30, párr. 70.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ B. BERGER, M. D. GRIMES & E. JENSEN. (eds.), *The US Operational Law Handbook*, Charlottesville, 2004, Capítulo 3, Sección II, párr. A en línea <https://fas.org/irp/doddir/army/law2004.pdf> (consultada por última vez el 17 de enero 2019)

⁵⁶ N. LUBELL, *Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflicts*, in *Int. Rev. Red Cr.*, 2005, pp. 737-754.

⁵⁷ Para un interesante estudio de la relación (y aplicación) de ambas ramas del derecho internacional, véase O. BEN-NAFTALI, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, in *Pas de Deux*, 2011 y H. J. HEINTZE, *On the Relationship between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law*, en *Int. Rev. Red Cr.*, 2004, pp. 789-814.

cuyos derechos han sido lesionados, entra en la jurisdicción de un Estado parte, a pesar de que el acto alegado haya sido cometido fuera de su territorio nacional.

3. *La lex specialis derogat legi generali: ¿un modelo para la aplicación simultánea de dos regímenes jurídicos en una situación de conflicto armado?*

La máxima *lex specialis derogat legi generali* es una técnica generalmente aceptada para la interpretación y la solución de conflictos en derecho internacional. Conforme a esta máxima, cuando dos o más normas tratan de una misma cuestión, se deberá dar precedencia a la que sea más específica. Este principio puede aplicarse en varios contextos: entre disposiciones de un mismo tratado, entre disposiciones de dos o más tratados, entre un tratado y una norma no establecida por un tratado, y entre dos normas no establecidas por un tratado⁵⁸. La fuente de la norma (sea un tratado, la costumbre o un principio general del derecho) no es decisiva para la determinación de la norma más específica. Sin embargo, en la práctica los tratados surten a menudo efectos de ley especial en relación con el derecho consuetudinario pertinente y con los principios generales⁵⁹.

Ésta técnica (considerado principio) ha sido bien reconocido por la doctrina jurídica en materia de interpretación del derecho internacional⁶⁰. A pesar de su gran aceptación, los casos en los que tribunales internacionales han abordado este principio son limitados. Asimismo, aunque sea objeto de mención en la literatura concerniente a la interpretación de conflictos entre normas de derecho internacional, hay poco análisis en relación al mismo, siendo aún nu-

⁵⁸ Por lo que respecta a la aplicación en relación con disposiciones de un mismo tratado, véase *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, pp. 53 y ss., en particular pp. 99 y 100, párrs. 36, 38 y 39 (o bien *International Law Reports*, vol. 52 (1979), pp. 97 y ss., en particular p. 141); asunto C-96/00, *Rudolf Gabriel*, sentencia de 11 de julio de 2002, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, Parte I (2002 7), pp. 06367 y ss., en particular pp. 6398 y 6399, párrs. 35 y 36, y pp. 6404, párr. 59; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, sentencia de 26 de mayo de 1993, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 258 (1993), pp. 34 y ss., en particular p. 57, párr. 76; *De Jong, Baljet et van den Brink*, sentencia de 22 de mayo de 1984, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *ibid.*, vol. 77 (1984), pp. 6 y ss., en particular p. 27, párr. 60; *Murray c. Royaume-Uni*, sentencia de 28 de octubre de 1994, *ibid.*, vol. 300 (1995), en particular p. 37, párr. 98 y *Nikolova c. Bulgarie*, sentencia de 25 de marzo de 1999, *idem*, *Recueil des arrêts et décisions 1999-II*, pp. 203 y ss., en particular p. 225, párr. 69. En lo que concierne a la aplicación en relación con las disposiciones de un tratado y las normas de otro tipo de instrumento, véase *INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, caso no. 161, 12 de agosto de 1985, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 8, pag. 373, en particular p. 378. Por lo que atañe a la aplicación respecto de la costumbre particular y general, véase *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, *CIJ Recueil 1960*, p. 6. En este asunto, la CIJ declaró que, «Cuando, por tanto, la Corte encuentra una práctica claramente establecida entre dos Estados que ha sido aceptada por las Partes como elemento que regula las relaciones entre ellas, la Corte debe atribuir un efecto decisivo a esa práctica al objeto de determinar sus derechos y obligaciones específicos. Esa práctica particular debe tener primacía sobre las normas generales» (p. 44).

⁵⁹ En el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fondo, fallo (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), *CIJ Recueil 1986*). En este caso la CIJ manifestó que: «En general, como las normas convencionales son *lex specialis*, no sería apropiado que un Estado entablara una reclamación fundada en una norma de derecho consuetudinario si, en virtud de un tratado, ya ha establecido arbitrios para el arreglo de esa reclamación» (p. 137, párr. 274)

⁶⁰ A. LINDROOS, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, in *Nor. Jour. Int. Law*, 2005, p. 37.

merosas las dudas que se plantean sobre su ámbito de aplicación⁶¹. Aunque los órganos de decisión en el ámbito regional e internacional hayan dictado pocas decisiones sobre la relación entre el DIH y el DIDH⁶², algunos sí que lo han hecho. Esto puede deberse a que los órganos creados en virtud de instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos no tienen una percepción común de la relación existente entre el DIDH y el DIH en periodos de conflictos armados. Piénsese, por ejemplo, en que ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ni la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, CADHP) se han expresado hasta el momento sobre esta cuestión. De hecho, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas tampoco ha formulado una teoría completa y definitiva sobre esta relación, aunque en su Observación General n° 31 ha precisado que:

«Como se desprende implícitamente de la Observación general No 29, el Pacto es también de aplicación en las situaciones de conflicto armado a las que sean aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, en lo que atañe a ciertos derechos reconocidos en el Pacto, es posible que normas más específicas del derecho humanitario internacional sean pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos reconocidos en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes (párr. 11)»⁶³.

Aunque ninguno de esos órganos relativos a los derechos humanos se haya ocupado de la aplicación del principio de la *lex specialis* a la hora de interpretar la relación entre el DIH y el DIDH, la CIJ se ha pronunciado, por su parte, en algunas ocasiones. Ésta, se ha referido expresamente, como veremos a continuación, a este principio según el cual la relación entre ambos regímenes puede ser interpretada de dos formas. En este orden de ideas, el informe de 2006 del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho internacional relativo a la fragmentación del derecho internacional⁶⁴, así como una buena parte de la doctrina especializada⁶⁵ afirman que este principio puede ser un instrumento de interpretación de normas de DIDH a la luz del DIH y viceversa, un instrumento de resolución de conflictos con el fin de promover la primacía de un régimen sobre otro⁶⁶.

En un primer momento, la CIJ tendió a articular una teoría sobre la relación entre el DIDH y el DIH en el dictamen pronunciado en la opinión consultiva emitida el 8 de julio de 1996 sobre la ilicitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares⁶⁷. De un lado, los defensores de la ilegalidad del empleo de las armas nucleares afirman que tal utilización violaría el derecho a la vida consagrada en el artículo 6 del PDCP, así como en otros instrumentos relativos a la protección internacional de los derechos humanos⁶⁸. De otro lado, aquellos que se han mostrado a favor del empleo de las armas nucleares sostienen que dicho texto es un

⁶¹ *Ibid.*, p. 39.

⁶² *Ibid.*, pp. 37-38.

⁶³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha antiterrorista: Nota del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Doc. off. NU, 61^e sess., E/CN.4/2005/103 (2005) par. 29, que se refiere al párrafo 11 de la Observación General no. 29 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

⁶⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Conclusiones de los trabajos del Grupo de estudio sobre fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, cit., par. 2.

⁶⁵ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 339; C. MCCARTHY, *Legal Conclusion or Interpretative Process? Lex Specialis and the Applicability of International Human Rights Standards*, in R. ARNOLD & N. QUÉNIVET, (dir.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, 2008, pp. 101-105.

⁶⁶ N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., pp. 369-370.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 371.

⁶⁸ *Ibidem*; W. A. SCHABAS, *Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus ad Bellum*, en *Isr. Law Rev.*, 2007, pp. 592-594.

instrumento de protección de derechos humanos en tiempos de paz y que la cuestión relativa a la privatización arbitral de la vida en el curso de hostilidades proviene más bien del derecho aplicable a los derechos armados, es decir el DIH. Con el fin de interpretar la relación entre el derecho a la vida tal como está prevista por el DIDH y por el DIH, la CIJ se refirió al principio de la *lex specialis*⁶⁹ concluyendo que «la protection offerte par le [P]acte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre...» y que «(l)e respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités...»⁷⁰.

Esta posición adoptada por la CIJ es importante en cuanto que propone los primeros datos en cuanto a la interpretación de la relación entre los dos regímenes jurídicos. Ésta precisa la naturaleza de *lex specialis* del DIH y ofrece el primer modelo para la aplicación simultánea de dos regímenes jurídicos en una situación de conflicto armado, confiriendo una preeminencia al DIH sobre el DIDH⁷¹. Sin embargo, en su razonamiento, la CIJ parece mantener que esta presencia del DIH se hace con exclusión de instrumentos relativos a los derechos humanos.

Esta opinión consultiva sobre las armas nucleares de la CIJ ha suscitado una cierta controversia entre la doctrina internacional, siendo muy distintas las reacciones que ha despertado en la doctrina. En primer lugar, algunos autores han deducido de las palabras de la Corte que el principio de *lex specialis* se ha interpretado de modo que permite una supremacía absoluta del DIH sobre el DIDH⁷². Este es el caso, entre otros, de Michael J. Dennis, quien sostiene la idea de la prevalencia general del DIH sobre los instrumentos relativos a la protección internacional de los derechos humanos en situación de conflicto armado y ocupación⁷³. Por otra parte, aunque numerosos autores han reconocido que el DIH puede constituir *lex specialis* y el DIDH la *lex generalis* en lo que concierne a violaciones de derecho a la vida cometidas en situaciones de conflicto armado, no han considerado este marco jurídico inadecuado para otras situaciones. En concreto, Louise Doswald-Beck defiende esta posición en su interpretación del asunto consultivo sobre armas nucleares de la CIJ⁷⁴.

La Comisión interamericana de derechos humanos, en el asunto *Coard v. The United States*⁷⁵ ha recurrido igualmente a este principio interpretativo a la hora de pronunciarse sobre la interacción y el solapamiento de normas de DIH y DIDH⁷⁶. Ésta ha llegado a afirmar que, en una situación de conflicto armado, el criterio que permite evaluar el respeto de un derecho concreto, como por ejemplo el derecho a la libertad, puede, en circunstancias concretas, apartarse del criterio aplicable en tiempos de paz. El fundamento de este planteamiento se encuentra, según la Comisión interamericana de Derechos Humanos, en el hecho de que la Declaración a-

⁶⁹ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 338; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation; Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Boston, 2009, p. 419.

⁷⁰ *Opinión consultiva sobre la ilicitud de la amenaza y empleo de armas nucleares*, de 8 de julio de 1996, [1996] CIJ Rec. 240, par. 25.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² A.-Y. TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, cit., p. 402.

⁷³ M. J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, en *Am. Jour. Int. Law*, 2005, pp. 141.

⁷⁴ L. DOSWALD-BECK, *Le droit international humanitaire et l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, en *Rev. int. Croix Rouge*, 1997, p. 54.

⁷⁵ *Coard et al. v. The United States* (1999), Inter-Am Comm HR, No 109/99, 10.951.

⁷⁶ A.-Y. TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, cit., p. 421.

mericana fue redactada en términos generales y no comprende disposiciones específicas referentes a su aplicabilidad en situaciones de conflicto⁷⁷.

Este dictamen pronunciado en la opinión consultiva sobre armas nucleares, así como el asunto *Coard v. The United States* reflejan el rol tradicional de la *lex specialis*, teoría derivada de un principio de interpretación profundamente enraizado en derecho romano⁷⁸ y que expresa la idea según la cual, cuando una regla específica rige una situación particular, ésta prevalece sobre la regla más general⁷⁹. Por tanto, conforme a este principio cuando dos normas regulan una situación de la misma forma, se debe dar prioridad a la norma más específica. Y es que, ésta última, por lo general, es más concreta y tiene más en cuenta las particularidades del contexto en el que debe ser aplicada⁸⁰. Este principio figura en los escritos de algunos autores clásicos como Grocio⁸¹ o Vattel, explicando este último la principal función del principio de la *lex specialis* de la siguiente forma: «De deux Loix, ou de deux Conventions, toutes choses d'ailleurs égales, on doit préférer celle qui est la moins générale, et qui approche le plus de l'affaire dont il s'agit. Parce que ce qui est spécial souffre moins d'exceptions que ce qui est général; il est ordonné plus précisément, et il paroît qu'on l'a voulu plus fortement»⁸².

4. *La lex specialis en tanto que instrumento de interpretación.*

El principio de la *lex specialis* puede, por tanto, considerar una norma específica como la aplicación de una norma más general en circunstancias concretas. En este caso, la regla específica debe ser interpretada a la luz de la regla general sin que se haya reconocido ningún conflicto entre las dos⁸³. Esta segunda función del principio de la *lex specialis* refleja en cierta manera la teoría de la complementariedad estudiada precedentemente y que se aproxima al principio inscrito en el artículo 31 (3) c) de la Convención de Viena y ello a pesar de que aquél no está expresamente mencionado⁸⁴. Según esta segunda función, la norma especial puede ser utilizada para aplicar, precisar o incluso modificar el derecho general, aunque su aplicación no dé lugar a la extinción de la norma general⁸⁵. Ésta última permanece válida y continua en armonía con la norma específica, orientada a la interpretación de esta última⁸⁶.

⁷⁷ *Coard et al. v. The United States case*, cit., par. 42.

⁷⁸ A.-Y. TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, cit., p. 415.

⁷⁹ N. PRUD'HOMME, *Lex Specialis: Oversimplifying*, cit., p. 367; J. D'ASPREMONT & E. TRANCHEZ, *The Quest for Non-Conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the Lex specialis Principle?*, in R. KOLB & G. GAGGIOLI (dir.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, 2013, p. 225.

⁸⁰ *Ibid.* par.7; A.-Y. TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, cit., p. 415.

⁸¹ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis libri tres*, Washington, D.C., Carnegie Institution of Washington, 1913-1925, livre II, Chapitre XVI, Sect. XXIX: «Among agreements which are equal in respect to the qualities mentioned, that should be given preference which is most specific and approaches most nearly to the subject in hand; for special provisions are ordinarily more effective than those that are general».

⁸² E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou, Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. Washington, D.C., Carnegie Institution of Washington (1916), livre II, Chap. XVII, par. 316.

⁸³ A.-Y. TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, cit., p. 417.

⁸⁴ C. MCCARTHY, *Legal Conclusion or Interpretative Process? Lex Specialis and the Applicability of International Human Rights Standards*, cit., p. 104.

⁸⁵ CDI, *Conclusiones de los trabajos del Grupo de estudio sobre fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Doc. off. NU, 58^e ses., A/61/10 [2006] par. 8-9.

⁸⁶ *Ibid.*

Es sobre todo esta segunda función de la *lex specialis*, en esta ocasión avanzada por la CIJ en su opinión consultiva «sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado», sobre la que de nuevo se plantea la cuestión de la articulación de la relación entre el DIH y el DIDH. En esta opinión la CIJ rechazó la posición de Israel, contraria a la aplicación de tratados relativos a la protección de los derechos humanos en territorios ocupados y se mostró a favor de la aplicación de dos regímenes jurídicos en su razonamiento⁸⁷. En concreto, la Corte sostuvo que

«As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible solutions: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law»⁸⁸.

De este modo, la Corte confirmó la posición ya mantenida en 1996 en «la opinión consultiva, relativa a la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares», mostrándose una vez más a favor de la aplicación de DIDH en situación de conflictos armados. En este caso, a diferencia del anterior, la cuestión no se limitaba al derecho a la vida, sino que se extendía sobre todo a situaciones de ocupación⁸⁹ y, en concreto, a la ocupación de territorios palestinos por Israel. En su opinión la CIJ propone una aproximación en cierta medida diferente del anterior en cuanto a la articulación entre el DIH y el DIDH se refiere⁹⁰ al afirmar que

«(...) dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire»⁹¹.

De este modo, la CIJ reitera su referencia al principio de la *lex specialis* sin que, en esta ocasión, la aplicación del DIDH se haga con exclusión de normas de DIH como parece sugerir en su «la opinión consultiva, relativa a la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares» sobre armas nucleares⁹². A pesar de la prueba de la existencia clara de un solapamiento entre los dos regímenes jurídicos, los jueces no ofrecen ninguna directriz específica en cuanto a la separación del DIH y de DIDH en esas categorías⁹³. En este orden de ideas, la CIJ ha tratado una vez más la relación entre los dos regímenes jurídicos en el asunto concerniente a las «actividades armadas en el territorio del Congo (República

⁸⁷ *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión consultiva de 9 de julio de 2004, CIJ Rec. 136, par.106; N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., p. 376.

⁸⁸ *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión consultiva de 9 de julio de 2004, CIJ Rec. 136, par. 106

⁸⁹ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, 2009, p. 86.

⁹⁰ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p.p 335-336 and N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., p. 377.

⁹¹ *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión consultiva de 9 de julio de 2004, CIJ Rec. 136, par.106.

⁹² *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la amenaza o empleo de armas nucleares*. Opinión consultiva de 8 de julio 1996, [1996] CIJ Rec. 240, par. 25

⁹³ N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., p. 377.

Democrática del Congo v. República de Uganda)» de 2005, en el marco de la ocupación de una parte del territorio congolés por las tropas de Uganda. En esta sentencia, la CIJ retomó las reflexiones vertidas en la «opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado», omitiendo sin embargo toda referencia al principio de la *lex specialis*⁹⁴. En este caso la CIJ no da ninguna explicación sobre esta omisión, razón por la que no podemos afirmar si su declaración constituye un cambio deliberado de posición⁹⁵. Sin embargo, en su fallo, no menciona la posibilidad de un conflicto entre los dos regímenes, tratándolos más bien como complementarios⁹⁶. Al final, los pronunciamientos de la CIJ no parecen ofrecer suficiente contenido como para comprender mejor la aplicación simultánea de los dos regímenes jurídicos referidos y articular el principio de la *lex specialis* en situación de conflicto armado y ocupación. Podría decirse que la CIJ parece haber fracasado a la hora de proporcionar un marco jurídico capaz de clarificar la relación entre el DIH y el DIDH en sus opiniones consultivas⁹⁷. Podría decirse, incluso, que ésta puede haber dejado abiertas de forma voluntaria todas estas dudas con el fin de no verse comprometida por un esquema que comprometa su futura libertad de decisión. Según Schabas, la CIJ no ha aplicado realmente el principio de la *lex specialis* en ninguno de los casos mencionados anteriormente. En el asunto sobre las armas nucleares, a pesar de que la CIJ parece reconocer un cierto conflicto entre las normas de DIH y de DIDH relativas al derecho a la vida, ésta invoca la *lex specialis* de forma que deja de lado el debate relativo al artículo 6 del PDCIP y lo desplaza hacia el ámbito del DIH. En la opinión consultiva sobre el muro y en el asunto «de las actividades armadas sobre el territorio del Congo», la CIJ ha tratado más bien los dos regímenes como si fueran complementarios sin considerar en ningún momento si uno debería tener prevalencia sobre el otro.

En otro orden de ideas, conviene señalar que, aunque el principio de la *lex specialis* ha sido aplicado por los tribunales con el fin de intentar articular la relación entre el DIH y el DIDH, la doctrina sigue dividida en cuanto a la oportunidad de aplicarlo a la hora de regular la relación entre estos regímenes jurídicos. Cabe preguntarse pues, si éste es el mejor principio de interpretación a la hora de analizar la aplicación simultánea de ambos en situación de conflictos armados y de ocupación beligerante⁹⁸. Asimismo, conviene reflexionar sobre si éste principio está bien adaptado al sistema jurídico internacional.

4.1 *El principio de la lex specialis y su pertinencia para interpretar la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.*

Algunos autores, principalmente Prud'homme y Lindroos, sostienen que el principio de la *lex specialis* no puede regir adecuadamente la compleja relación que une el DIH y el DIDH. Dichos autores describen en concreto el sistema jurídico internacional como un sistema fragmentado y descentralizado basado sobre una lógica y una estructura diferente de los sistemas nacionales⁹⁹. En efecto, en la esfera internacional no existe un legislador centralizado y, además,

⁹⁴ *Asunto sobre actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda)*, de 19 de diciembre 2005, [2005] CIJ Rec. 69, par. 216.

⁹⁵ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 338.

⁹⁶ W. A. SCHABAS, *Lex Specialis? Belt and Suspenders?*, cit., p. 597.

⁹⁷ N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., p. 378.

⁹⁸ Para un estudio sobre este tema véase V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO, *La aplicación extraterritorial del Derecho internacional de los derechos humanos en casos de ocupación beligerante*, en *Rev. elec. est. int.*, 2018, pp. 1-31.

⁹⁹ A. LINDROOS, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System*, p. 28.

las normas son creadas más bien por los sujetos del derecho internacional a través de una pluralidad de instancias independientes las unas de las otras. Por otra parte, ningún sistema generalizado de relaciones jerárquicas ha sido definido al interior de este sistema que tiene una tendencia a desarrollarse en numerosas direcciones especializadas, creando de este modo una serie de sub-regímenes autónomos aparentemente distintos e independientes¹⁰⁰, como ha sido el caso del DIDH en relación con los sistemas jurídicos nacionales. Los autores citados más arriba mantienen que estos regímenes se encuentran regularmente basados en diferentes lógicas jurídicas, lo que les lleva a ofrecer soluciones opuestas al mismo problema o a incluso a interpretar una misma situación de forma distinta¹⁰¹. Las relaciones entre las normas de estos regímenes son a menudo indefinidas, dando lugar de este modo a dificultades en la aplicación del principio de la *lex specialis*¹⁰². Es bien difícil, incluso imposible, identificar la norma específica y la norma general en un sistema jurídico fragmentado, donde no existe alguna relación lógica entre los regímenes y sus normas¹⁰³. De este modo, la *lex specialis* hace frente a algunas dificultades en su aplicación por lo que se refiere a la relación entre el DIH y el DIDH¹⁰⁴. Según estos autores, ésta carece claramente de contenido y el proceso de toma de decisión puede depender de consideraciones completamente fuera del campo de aplicación de la *lex specialis*¹⁰⁵. La CIJ, en su opinión sobre armas nucleares y en el asunto sobre el muro, habría podido dar respuestas a algunos interrogantes y cubrir las lagunas existentes, aunque parece finalmente haber fracasado a la hora de ofrecer un marco preciso de aplicación de este principio. Más allá de emplearlo de forma algo mecánica, la CIJ no ha proporcionado ninguna directriz relativa al funcionamiento de este principio¹⁰⁶. Además, en esta relación entre el DIH y el DIDH, puede considerarse fácilmente los dos regímenes específicos y la *lex specialis* no es capaz de proporcionar una solución práctica cuando ciertas normas de estos regímenes entran en conflicto¹⁰⁷. Como indica Lindroos, todo apunta a que los dos regímenes protegen a los individuos en circunstancias diferentes y que la guerra puede ser considerada como una circunstancia particular. Sin embargo, los dos regímenes tienen objetivos y disposiciones específicas bien distintas, indicar cuál de los dos es la más específicas plantea una cuestión bien compleja¹⁰⁸.

La imprecisión del principio de la *lex specialis* genera serias dudas en cuanto a su pertinencia y su capacidad de clarificar e interpretar la aplicación simultánea del DIH y el DIDH¹⁰⁹. Esta interpretación pueda ser considerada, sin embargo, como una ventaja, ya que permite la aplicación de la *lex specialis* en diferentes situaciones, lo que a su vez constituye una de sus principales debilidades¹¹⁰. Examinando las características de este principio, algunos autores llegan a la conclusión de que es claramente inaplicable a la articulación de la relación entre el DIH y el DIDH¹¹¹. Es precisamente a causa de las dificultades de aplicación de la *lex specialis* en el sistema jurídico internacional fragmentado y de su naturaleza difusa por lo que éstos consideran ineficaz clarificar la interacción entre el DIH y el DIDH. Según Milanovic, la *lex specialis* no es

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 31.

¹⁰² *Ibid.*, p. 39; N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., pp. 379-380.

¹⁰³ N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., pp. 380-381.

¹⁰⁴ A. LINDROOS, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System*, p. 41.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 42.

¹⁰⁶ N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., pp. 378 y 382.

¹⁰⁷ A. LINDROOS, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System*, p. 42.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁹ N. PRUD'HOMME, *Les Specialis: Oversimplifying*, cit., pp. 381-382.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 383.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 384.

más que una sub-especie de principio de interpretación armoniosa¹¹² y solo puede servir para apoyar la interpretación de términos generales de normas de DIH y de DIDH, en relación con normas más precisas de otro régimen. Éste afirma, incluso, que la

«[I]lex specialis can do no more than that. It cannot create hierarchies where they do not exist. Precisely because the use of the term *lex specialis* to describe the relationship between IHRL and IHL creates a false impression of facility, its use should be avoided»¹¹³.

5. Límites de la *lex specialis* en su aplicación práctica.

A pesar de todas las lagunas del principio de la *lex specialis* en la compleja relación entre el DIH y el DIDH, algunos autores proponen incluso su utilización para resolver las dificultades de una aplicación simultánea de estos regímenes¹¹⁴. En efecto, a pesar de que según ciertos autores este principio carece de precisión en cuanto a la decisión de la norma que debe ser considerada como la más específica (lo que puede dar lugar a una decisión más política que jurídica o incluso basada en elementos de valor¹¹⁵), Droege afirma que la aplicación de la *lex specialis* no debe ser puesta en cuestión en lo que se refiere a estos dos regímenes jurídicos¹¹⁶.

Para esta autora el régimen jurídico que debe prevalecer debe decidirse en función del contexto, siendo el DIH el que debe tener preferencia en situaciones de ocupación beligerante, cuando las hostilidades continúan¹¹⁷. En efecto, el DIH, gracias a su naturaleza de ley específica, prevalece sobre el DIDH en virtud del principio de la *lex specialis*¹¹⁸. Dinstein confirma que esta aplicación no se hace con exclusión de derechos humanos y que, de hecho, el primero debe servir de filtro a la aplicación del DIDH en situación de conflictos armados y de ocupación beligerante¹¹⁹.

Algunos autores, sin rechazar necesariamente la aplicación del principio de la *lex specialis*, reconocen los límites y las lagunas de este principio, pero afirman a pesar de ello que éste puede servir para articular la relación entre el DIH y el DIDH. Según Harris, la *lex specialis* constituye el medio más razonable para conciliar los dos regímenes, ya que puede proporcionar un marco más completo a través del cual es posible integrar disposiciones divergentes. Sin embargo, el autor no deja de reconocer que su eficacia está limitada en lo que concierne la ocupación beligerante¹²⁰. En tal escenario, el DIDH trata más bien como un suplemento ocasional y sirve únicamente para completar las lagunas del DIH. Según Harris, es inadmisibles reconocer que el DIDH se aplica a situaciones de ocupación y que sea, a continuación, utilizado exclusivamente para cubrir las lagunas que deja el régimen del DIH. Esto tendría como consecuencia ignorar

¹¹² M. MILANOVIC, *A Norm Conflict Perspective on the Relationship*, cit., p. 476.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ N. PRUD'HOMME, *Lex Specialis: Oversimplifying*, cit., p. 384.

¹¹⁵ A.-Y. TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, cit., p. 418.

¹¹⁶ C. DROEGE, *The Interplay between International*, cit., p. 340.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 346.

¹¹⁸ Y. DINSTEIN, *The International Law*, cit., p. 85.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 86. *Le procureur v. Dragoljub Kunarac*, IT-96-23-T & IT-96-23/1 -T, Jugement 22 février 2001 [2001], para. 471 (IPIY, Chambre de première instance). See <http://www.icty.org> (visitada por última vez 18 enero 2019).

¹²⁰ G. T. HARRIS, *Human Rights, Israel and the Political Realities of Occupation*, in *Isr. Law Rev.*, 2008, p. 131.

completamente el espíritu y el objetivo del DIDH y no colmaría sin duda a los fervientes defensores de los derechos humanos¹²¹.

A pesar de que se puede afirmar que, en ciertas circunstancias, el DIH se aplica adecuadamente como *lex specialis* en situaciones en las que las normas son aplicables y que ese principio puede constituir un planteamiento práctico de la articulación entre el DIH y el DIDH, no cabe duda de dicho planteamiento está muy lejos de ser completo¹²². Aunque la aplicación de la *lex specialis* puede en ocasiones proporcionar un medio relativamente simple entre normas, la simplicidad superficial de este concepto disimula a menudo su complejidad práctica¹²³. Harris presenta ciertos ejemplos de esta complejidad que obliga a la potencia ocupante bien a abstenerse de adoptar ciertas medidas permitidas por el derecho de ocupación pero que contravendrían el DIH, bien a poner en marcha cambios fundamentales prohibidos por el DIH con el fin de respetar y proteger los derechos de la población en territorio ocupado¹²⁴.

Uno de esos ejemplos se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales de la población civil, derechos que no pueden ser limitados sino «sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática»¹²⁵. En virtud de las normas relativas a la ocupación beligerante, una potencia ocupante puede instaurar ciertas medidas de seguridad en los territorios ocupados¹²⁶. Sin embargo, como afirma Harris, esas medidas en ocasiones tienen por efecto limitar la población civil que se encuentra sobre el territorio ocupado, afectando por este hecho mismo a numerosos de los derechos garantizados por el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹²⁷.

Por ejemplo, Israel ha instaurado en los territorios palestinos ocupados, ciertas medidas de seguridad y, en particular, toques de queda, controles de carretera y puntos de control de seguridad. Esas medidas obstaculizan en gran medida el ejercicio y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de la población de esos territorios y en particular su acceso al trabajo, al agua, a la asistencia sanitaria, a la educación o a la alimentación¹²⁸. Esta situación preocupa en gran medida al Comité Económico y Social de Naciones Unidas lo que nos lleva a cuestionarnos sobre el régimen que debería tener preferencia en tal caso. ¿Deberían prevalecer las normas del DIH en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales de la población de un territorio ocupado o deberíamos dar preferencia a esos derechos sin considerar suficientemente la necesidad del ocupante de adoptar ciertas medidas de seguridad?

Dado que la *lex specialis* no parece ser capaz de articular adecuadamente la relación entre el DIH y el DIDH, parte de la doctrina propone modelos de interpretación diferentes. Uno de estos modelos, la teoría de la armonización ha sido defendida por Prud'homme, quien sostiene

¹²¹ *Ibid.*, p. 129.

¹²² C. MCCARTHY, *Legal Conclusion or Interpretative Process? Lex Specialis and the Applicability of International Human Rights Standards*, cit., p. 117.

¹²³ *Ibid.*; V. KOUTROULIS, *The Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situation of Prolonged Occupation: Only a Matter of Time?*, en *Int. Rev. Red Cr.*, 2012, p. 196.

¹²⁴ G. T. HARRIS, *Human Rights, Israel and the Political Realities of Occupation*, cit. Voir également S. VITÉ, *L'articulation du droit de l'occupation et des droits économiques, sociaux et culturels: les exemples de l'alimentation, de la santé et de la propriété*, in *Rev. int. Croix-Rouge*, 2008, pp. 5-6.

¹²⁵ Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, art. 4; G. T. HARRIS, *Human Rights, Israel and the Political Realities of Occupation*, cit. p. 119.

¹²⁶ Convention de Ginebra IV, art. 78.

¹²⁷ G. T. HARRIS, *Human Rights, Israel and the Political Realities of Occupation*, cit. p. 119.

¹²⁸ ECOSOC- Israel Doc. Off UN, supra note 34, para. 19.

que la *lex specialis* debería ceder su lugar a otro modelo de interpretación basado en una serie de criterios predeterminados que equilibraría la realidad del conflicto con el respeto a los derechos fundamentales y la dignidad del individuo. Tal modelo debería acercar los dos regímenes jurídicos mencionados, reconociendo las especificidades de cada uno. De este modo, la teoría de la armonización rechaza una fusión total del DIH y del DIDH y aboga más bien por la necesidad de mantener dos regímenes distintos, aunque complementarios¹²⁹. Según Prud'homme, la teoría de la armonización podría clarificar la interacción entre el DIH y el DIDH englobando ciertos criterios fijos, relativos en particular a la naturaleza del conflicto, las personas protegidas o incluso los derechos implicados, con el fin de impedir todas las manipulaciones potenciales de la ley¹³⁰.

6. Conclusiones.

La teoría de la complementariedad ha sido utilizada con frecuencia y ha sido regularmente utilizada para interpretar la relación entre el DIH y el DIDH. Esta teoría que, parece encontrar su fundamento en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, afirma que ambas ramas del derecho, incluso si tienen raíces y funciones distintas, pueden influirse recíprocamente y reforzarse, ya que se basan en los mismos principios de protección del individuo¹³¹. Se trata pues de una teoría mantenida por numerosos órganos e instituciones internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, así como por tribunales internacionales en otros ámbitos del derecho. En este orden de ideas, todo apunta a que el carácter abierto de las reglas consagradas en la Convención de Viena de 1969 permite que puedan incorporarse nuevas reglas, según evolucione esta disciplina, lo que garantiza su adecuación a futuras realidades y permanente perfeccionamiento. En este sentido, la jurisprudencia y la práctica de los Estados tendrán particular importancia en este desarrollo.

Por otra parte, parece quedar probado que la comunidad internacional acepta la aplicación de la protección DIDH en situaciones de conflictos armados y ocupación militar. Planteamiento éste al que ha contribuido significativamente la Asamblea General de Naciones Unidas con sus resoluciones y el Comité de Derechos humanos con sus dictámenes y observaciones. En este sentido, es significativa la jurisprudencia de la CIJ (piénsese en las opiniones consultivas «sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, sobre consecuencias de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado y sobre las actividades armadas en el territorio del Congo, República Democrática del Congo contra Uganda»).

La *lex specialis* es utilizada como principio en derecho internacional y ampliamente aceptada en la interpretación jurídica como técnica de resolución de conflictos entre normas. Es, por el contrario, difícil de calificarla como una regla con contenido específico, pudiendo ser concebida más bien como una técnica que dirige la atención de los responsables hacia una reglamentación más apropiada. Aunque el principio de la *lex specialis* sea tradicionalmente concebido como un instrumento de resolución de conflictos entre dos normas, su campo de aplicación ha sido con el tiempo ampliado de tal forma que, para aplicar este principio, es suficiente

¹²⁹ N. PRUD'HOMME, *Lex Specialis: Oversimplifying*, cit., p. 387.

¹³⁰ *Ibid.*, at 390-391.

¹³¹ H.-J. HEINTZE, *Theories on the Relationship*, cit., p. 57.

que dos normas estén en relación, es decir, que tengan las mismas características y que la norma especial complete una de las características de aquellas considerada como general.

Aunque algunos autores continúan aplicando el principio de la *lex specialis* a la interacción entre los dos regímenes jurídicos, parte de la doctrina se muestra contraria a esta utilización sistemática, ya que contiene numerosas lagunas. Esto explica que, para algunos autores, sea necesario proponer otros modelos de interpretación. La aplicación de este principio por la CIJ en su opinión consultiva «sobre la construcción de un muro en Palestina» ha sido, según ciertos autores, muy superficial y no ha ayudado a esclarecer las zonas oscuras de la *lex specialis*.

Con el fin de clarificar la relación compleja que une el DIH y el DIDP, así como su aplicación simultánea en situación de ocupación beligerante, es necesario que los tribunales internacionales y los órganos relativos a los derechos humanos se pronuncien de forma más precisa en el futuro. Entendemos, pues que tan solo a través de un análisis de cada caso concreto podremos se podrá clarificar (y avanzar) en la relación entre ambos regímenes. Serán pues, los tribunales internacionales los que podrán contribuir con su jurisprudencia a una mejor y mayor comprensión de los métodos y principios de interpretación analizados.