

INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

ELIZABETH SALMÓN



Introducción al Derecho
Internacional Humanitario

Elizabeth Salmón

INTRODUCCIÓN AL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO



Introducción al Derecho internacional humanitario

Elizabeth Salmón

Primera edición: julio de 2004

Segunda edición: enero de 2008

Tercera edición: agosto de 2012

Tiraje: 3000 ejemplares

© Elizabeth Salmón, 2012

© Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012

Av. Jorge Chávez 481

Lima 18 - Perú

Teléfono: (51 1) 241-9904

Fax: (51 1) 241-9912

lim_lima@icrc.org

www.cicr.org/spa

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de este documento por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 201209962

ISBN: 997242-42-651-3

Impreso por Spondylus de Doris Efrany Ramírez García

Printed in Perú

*A mi adorado
Joaquín*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	19
INTRODUCCIÓN A LA TERCERA EDICIÓN	23
CAPÍTULO 1	
DEFINICIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	25
1.1. La función del Derecho internacional humanitario: el <i>ius ad bellum</i> y el <i>ius in bello</i>	27
1.2. La noción de conflicto armado	29
1.2.1. La definición de conflicto armado	29
1.2.2. Las clases de conflicto armado	31
1.3. Caracteres esenciales del DIH	31
1.3.1. El carácter no sinalagmático del DIH	32
1.3.2. El carácter general del DIH	36
1.3.3. El carácter imperativo del DIH	41
1.3.4. La naturaleza no autoejecutiva del DIH y la necesidad de la implementación de sus normas	45
1.3.5. La interpretación de las normas del DIH	47
1.3.5.1. El método negativo	47

INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1.3.5.2. El método positivo	48
a) Los criterios generales de interpretación	49
b) Los criterios especiales de interpretación	50
b.1) El principio <i>pro homine</i>	50
b.2) La interpretación dinámica	51
1.4. Las fuentes del DIH	53
1.4.1. Los tratados	53
1.4.2. La costumbre	54
1.4.3. Los principios rectores del DIH	56
1.5. El DIH en perspectiva histórica	62
1.6. El Derecho de La Haya, Derecho de Ginebra y Derecho de Nueva York como desarrollo del derecho aplicable en los conflictos armados	68
1.7. Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario	70
1.7.1. Convergencias entre el DIH y el DIDH	71
1.7.2. Divergencias entre el DIH y el DIDH	77

CAPÍTULO 2

EL CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL	79
2.1. Los ámbitos de aplicación del DIH: <i>ratione materiae</i> , <i>personae</i> , <i>temporis</i> y <i>loci</i>	81
2.1.1. <i>Ratione materiae</i> : la noción de CAI	81
2.1.2. <i>Ratione personae</i> : los sujetos activos y pasivos de las normas del DIH	83
2.1.3. <i>Ratione temporis</i> : la aplicación del DIH en el tiempo	86
2.1.4. <i>Ratione lugar</i> : ámbito de aplicación espacial del DIH	86
2.2. El Derecho aplicable al CAI y el régimen de las personas protegidas	87
2.2.1. Los heridos, enfermos y náufragos (HEN)	87
2.2.2. Los prisioneros de guerra	90

ÍNDICE

2.2.2.1. Clasificación	92
a) Los combatientes que participan directamente en las hostilidades	92
b) Los que participan directamente en las hostilidades pero no tienen derecho al estatuto de combatiente ni de prisionero de guerra	94
c) Los que sin ser combatientes tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra	96
2.2.2.2. El estatuto jurídico del prisionero de guerra	97
2.2.3. La población civil	98
2.2.3.1. Las mujeres	101
2.2.3.2. Las niñas y los niños	103
2.2.3.3. Los periodistas en misiones peligrosas	105
2.2.3.4. Los refugiados y desplazados internos	106
2.3. Las consecuencias del incumplimiento del DIH	108
2.3.1. Aspectos sancionadores o punitivos de sus disposiciones	108
2.3.2. Aspectos relacionados con la consecución de la paz futura: las relaciones entre el DIH y la justicia transicional	110
2.4. La relación con el Derecho interno de los Estados	113

CAPÍTULO 3

EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL 117

3.1. Diferencias entre conflicto armado de carácter no internacional y conflicto armado internacional	119
3.2. Diferencias entre conflictos armados de carácter no internacional y tensiones y disturbios interiores	121
3.3. Tipología del conflicto armado de carácter no internacional	122

INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

3.3.1. El conflicto armado de carácter no internacional del artículo 3 común	122
3.3.2. El conflicto armado de carácter no internacional del Protocolo Adicional II	125
3.4. Los ámbitos de aplicación del DIH: <i>ratione materiae, personae, temporis y loci</i>	129
3.4.1. <i>Ratione materiae</i> : un conflicto armado de carácter no internacional	129
3.4.2. <i>Ratione personae</i> : los sujetos activos y pasivos	131
3.4.3. <i>Ratione temporis</i> : aplicación en el tiempo	135
3.4.4. <i>Ratione loci</i> : aplicación en el espacio	135
3.5. Derecho aplicable	136
3.5.1. El régimen de las personas que participan directamente en las hostilidades	136
3.5.2. El régimen de las personas que no participan directamente en las hostilidades	136
3.5.2.1. Los heridos, enfermos y náufragos (HEN)	137
3.5.2.2. La población civil	140
3.6. La relación con el Derecho interno de los Estados	144

CAPÍTULO 4

EL DIH Y OTRAS FORMAS DE CONFLICTIVIDAD 149

4.1. Los conflictos armados internos internacionalizados	152
4.2. Los denominados <i>conflictos armados de tercera generación</i>	157
4.3. Los disturbios interiores y las tensiones internas	167
4.3.1. Aproximación a la noción de disturbios interiores y tensiones internas	167
4.3.2. El marco jurídico aplicable	172

BIBLIOGRAFÍA 177

PRESENTACIÓN

Introducción al derecho internacional humanitario de la doctora Elizabeth Salmón Gárate llega al público en el preciso momento en que este discute la aplicabilidad del derecho internacional humanitario (DIH) en los nuevos tipos de conflictos armados registrados en la historia reciente,

los que se caracterizan, principalmente, por ocurrir en el territorio de Estados desestructurados o por desarrollarse a través de actos terroristas perpetrados por un enemigo que muchas veces resulta difícil de identificar.

Asimismo, mucho se ha dicho sobre la frontera entre categorías, tales como “combatientes” y “población civil” o “conflicto armado no internacional” y “disturbio interno”, fronteras que para unos resultan claras y para otros, en cambio, sumamente difusas. En fin, hay quienes consideran hoy que el sistema basado en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977 ha sido sobrepasado por la realidad.

Introducción al derecho internacional humanitario nos devuelve al punto de partida del DIH, es decir, a sus principios y a su finalidad, y nos los propone como criterios de interpretación *sine qua non* frente a toda circunstancia. Recordando la lógica particular del DIH —que consiste en el equilibrio indispensable entre la necesidad militar propia de los conflictos armados y los deberes de respetar a las personas protegidas, y de escoger los medios y los métodos para la conducción de las hostilidades—, la autora retoma los temas propios de la materia, y a través de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, de Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, entre otros, nos señala la evolución doctrinaria y jurisprudencial de cada uno de ellos.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Desde esta nueva perspectiva –la aproximación al DIH desde sus principios y a través de los últimos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales–, la doctora Salmón Gárate ofrece enseguida al lector un amplio panorama de aplicación del DIH, que se extiende hasta los nuevos tipos de conflictos –Estados desestructurados, terrorismo–, sin dejar de anticipar probablemente objeciones teóricas a las que opone sólidos argumentos jurídicos en favor del respeto a las reglas esenciales del DIH en tales contextos.

En otras palabras, *Introducción al derecho internacional humanitario* es una saludable relectura del DIH, que recuerda que el ser humano ocupa el centro de la reflexión y demuestra a partir de allí la vigencia pasada, presente y futura del DIH. Esta obra constituye una herramienta jurídica y ética para todas las personas interesadas en esta materia, útil para la lectura y la comprensión de los vertiginosos hechos a los que asistimos en este globalizado mundo de hoy.

PHILIPPE GAILLARD

Delegación Regional del CICR para Bolivia, Ecuador y Perú

PRÓLOGO

El uso o amenaza del empleo de la violencia es una constante trágica en la historia de la humanidad. Luego de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional proscribió jurídicamente situaciones de guerra, de agresión que anteriormente se consideraron atributos de la soberanía del Estado-nación. A pesar de esta proscripción legal, los conflictos armados se sucedieron ininterrumpidamente, pero esta vez estuvieron determinados por su carácter intestino. Este atributo no ha disminuido el impacto fatal de los conflictos, habida cuenta de las incontables guerras fratricidas que hoy castigan al mundo.

El Perú no fue, desafortunadamente, una excepción. En las dos décadas pasadas, por un lado, sufrimos los embates de un conflicto armado interno iniciado por organizaciones que hicieron del terror sistemático una práctica sustancial de su forma de actuar. Por otro lado, el Estado no supo responder adecuadamente, pues sus respuestas no tuvieron como marco el respeto de los derechos humanos y tampoco tuvo la perspectiva de fortalecer precisamente aquello que las organizaciones subversivas buscaban destruir: el Estado de derecho. Las consecuencias estuvieron a la vista, y fueron plasmadas descarnadamente por el *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Las tareas que quedan por hacer después de producido un conflicto armado interno son múltiples. Entre ellas destacan la realización de la justicia, la reparación a las víctimas de la violencia, la reconstrucción de una historia dolorosa y el desencadenamiento de un profundo proceso de

reforma institucional que permita a las sociedades posconflicto establecer mecanismos eficaces de prevención.

La Pontificia Universidad Católica del Perú no es ajena a esta tarea. Por ello, ha constituido el Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEH-PUCP) como una propuesta que nace del ámbito universitario con los objetivos de contribuir al fortalecimiento de nuestra alicaída institucionalidad democrática y proteger mejor los derechos de todos los peruanos. Dentro de estos objetivos, la difusión del derecho internacional humanitario y su efectiva aplicación son una línea fundamental. Este cuerpo normativo busca imponer límites a los procesos de violencia a través de la restricción de ciertos medios y métodos de combate, y además procura el respeto de derechos mínimos e inderogables en todo conflicto armado. Por este motivo, es necesario difundir esta disciplina jurídica para garantizar su plena vigencia y respeto.

Así, nace la inquietud de la autora por realizar un estudio sobre esta rama del derecho que contribuya a esclarecer conceptos y permita su correcta aplicación. Esta iniciativa ha sido respaldada por el IDEH-PUCP, que tiene como objetivo el fortalecimiento de los temas que lo convocan mediante su investigación y difusión. Para la Universidad era de interés profundizar en el estudio de los procesos de violencia y el marco regulador analizando su efectividad frente a los agudos procesos de violencia que se producen en el mundo entero. Esta publicación cumple con creces y rigor académico el objetivo al plantear las nuevas formas de conflictividad.

En ese sentido, nos complace presentar este libro que analiza las nociones fundamentales del derecho internacional humanitario de manera clara y directa, y, a su vez, acuciosa y detallada, invitando al lector a la reflexión de los temas que aborda.

Esta obra es fruto de la vocación y la experiencia de la autora y; por ello, refleja tanto su labor como docente universitaria y su trabajo como directora del IDEH-PUCP, cuanto su experiencia como asesora del Comité Internacional de la Cruz Roja y del Ministerio de Defensa –entre otras instituciones–, sobre temas relacionados con el derecho internacional humanitario.

Su experiencia en la materia se manifiesta tanto en la sistematización como en la aproximación a los temas que desarrolla este libro, conjugando

PRÓLOGO

las cualidades de la precisión y la claridad: precisión en cuanto al empleo de un riguroso razonamiento y un adecuado manejo del lenguaje técnico exigido; y claridad en la exposición de las ideas que permiten que la obra sea accesible a los múltiples destinatarios a quienes va dirigida. Son estas características las que acompañan al trabajo a lo largo de sus cuatro capítulos, en los que se revisan tanto la evolución histórica del derecho internacional humanitario como las nuevas formas de conflictividad que se yerguen hoy, a la manera de nuevos desafíos, a esta dimensión esencial del mundo jurídico.

En definitiva, el estudio presentado se suma a los esfuerzos de la doctrina nacional por llenar un vacío en la investigación de una disciplina fundamental, y constituye un valioso aporte para esta por su carácter a la vez formativo e informativo. Por todo lo expuesto, consideramos que se convertirá en un elemento de suma utilidad para la postergada y urgente tarea de educar a la sociedad en el derecho internacional humanitario, aspecto del derecho que, quizá más que otros, nos habla de la realidad que nos toca vivir y, dentro de ella, de la existencia de valores superiores que no nos es permitido olvidar.

SALOMÓN LERNER FEBRES
Presidente Ejecutivo
Instituto de Democracia y Derechos Humanos
Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCIÓN

El Derecho internacional humanitario se aplica a situaciones –los conflictos armados– que no deberían existir si el Derecho fuese respetado. La aparente tensión entre combatir o regular estas situaciones se soluciona con un Derecho que, aproximándose a la lógica militar, intenta racionalizarlas y reorientarlas al único objetivo justificable en el marco de un conflicto armado: vencer al enemigo. Contexto difícil e indeseable, por tanto, aquel en el que el Derecho internacional humanitario está llamado a actuar. Su objetivo principal, garantizar un mínimo de humanidad en una situación inhumana, no lo es menos. Esto tiñe inevitablemente sus fuentes, normas y principios de interpretación agregándoles no solo dificultad, sino motivando también la crítica de aquellos que cuestionan la existencia misma del Derecho internacional humanitario.

Las páginas que siguen pretenden introducir al lector en el conocimiento de esta rama del Derecho internacional. Al hacerlo, no se ocultan las dificultades inherentes a las normas del Derecho internacional humanitario; pero, al mismo tiempo, y es bueno advertirlo, hay una opción clara y constante por no perder de vista su objetivo pionero, que no es otro que preservar la dignidad del ser humano en el marco de los conflictos armados. El tono intenta ser claro, útil y fiel reflejo de mi experiencia docente de los últimos tiempos. En virtud de esto último, los destinatarios del libro han de ser necesariamente diversos, pues deben incluirse tanto estudiantes de Derecho y abogados (a quienes probablemente está dirigido el primer capítulo), como militares y fuerzas de seguridad (que se encuentran

preparados para entender directamente los capítulos segundo y tercero), magistrados (a quienes la referencia al ordenamiento jurídico nacional les resulta esencial) y profesionales de diferentes especialidades que, siendo conscientes del terreno que pisan, pueden, con una lectura transversal y focalizada en ciertos aspectos de su interés particular (la protección del personal sanitario o la función del periodista, entre otros), acercarse a la lógica esencial del Derecho internacional humanitario.

La estructura del libro resulta, por tanto, aunque estándar en su presentación, particular en su enfoque. Por un lado, se enfatizan aspectos teóricos fundamentales y de interpretación de las normas humanitarias así como su compleja relación con las normas de derechos humanos; y, por otro, se apuesta por una definición clara de los ámbitos de aplicación de las normas que regulan los conflictos armados internacionales y de carácter no internacional, de su relación con el Derecho interno del o de los Estados involucrados así como de los aspectos sancionadores o punitivos de este Derecho. Finalmente, el cuarto capítulo intenta aproximarse, planteando diferentes interrogantes, a las nuevas formas de conflictividad y sus posibles espacios en la estructura tradicional del Derecho internacional humanitario.

Desde el punto de vista de las fuentes, este libro ha intentado, sin perder el estilo propio de un texto de divulgación, señalar algunas referencias bibliográficas esenciales que puedan seguir acompañando a los que se interesen en sus temas. La referencia a la jurisprudencia más reciente es por tanto limitada, pero sí indicadora del abundante desarrollo temático que de allí se deriva. No obstante, no quiero dejar de señalar que quizá la fuente más enriquecedora estuvo en los comentarios, preguntas y críticas de los diferentes alumnos que he tenido. Sin ellos, este orden y forma de encarar los temas no hubiera sido posible.

En este sentido, el objetivo del libro y del encargo que se me dio por parte del Comité Internacional de la Cruz Roja no es otro que plasmar la experiencia de ese diálogo en un texto que ayude a otros a seguir difundiendo el Derecho internacional humanitario. Solo el tiempo demostrará si el resultado que ahora presento estuvo a la altura de la empresa.

Agradezco, finalmente, la ayuda y confianza de varias personas. La confianza, sincera y certera, de Phillipe Gaillard, jefe del Comité

INTRODUCCIÓN

Internacional de la Cruz Roja para Perú, Bolivia y Ecuador. El auspicio del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La ayuda, valiosísima y generosa, de muchos de mis exalumnos más apreciados. Giovanna García Saavedra, referencia inevitable y destacadísima entre todos ellos. Y, como siempre, a la piedra angular de todo cuanto hago, mi familia.

ELIZABETH SALMÓN

Lima, abril de 2004

INTRODUCCIÓN A LA TERCERA EDICIÓN

Desde su primera edición, este texto ha sido utilizado en diversos escenarios y por multiplicidad de actores. La práctica ha demostrado que, a pesar de su sencillez —que preservo en esta actualización—, ha cumplido algunos de sus objetivos fundamentales, como la difusión del Derecho internacional humanitario. Deseo agradecer a la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja para Bolivia, Ecuador y Perú por su renovada confianza a lo largo de estos años y por acompañar esta nueva edición del texto.

ELIZABETH SALMÓN
Lima, junio de 2012

CAPÍTULO 1

DEFINICIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1.1. LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: EL *IUS AD BELLUM* Y EL *IUS IN BELLO*

El Derecho internacional humanitario (DIH) o *ius in bello* no permite ni prohíbe los conflictos armados –tanto internacionales como internos–, sino que, frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario. Se trata de un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate.¹ Así entendido, el DIH pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad, es decir, entre lo que es necesario para vencer al adversario y lo que simplemente denota crueldad.² En suma, oponer la “civilización” de los límites ante el desenfreno de la barbarie que pueden suponer *per se* los enfrentamientos armados.³

El vasto número de normas que conforman el DIH protege, por un lado, a las víctimas de los conflictos armados y, por otro, limita los medios y métodos de combate, es decir, busca proteger la dignidad e integridad de las personas en el marco de los enfrentamientos armados. Como estableció la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala:

¹ Cf. PICTET, Jean. “El derecho internacional humanitario: definición”. En AA. VV. *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 17-18.

² Cf. BETTATI, Mario. *Droit humanitaire*. París: Éditions du Seuil, 2000, p. 19.

³ La tensión entre civilización y barbarie apunta también a la afirmación de un núcleo inderogable de derechos humanos como muestra del consenso universal en torno al tema. Cf. SALMÓN, Elizabeth. “América Latina y la universalidad de los derechos humanos”. *Agenda Internacional*, año VI, n.º 12, 1999, pp. 123-136.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho internacional humanitario procura el respeto de derechos mínimos o inderogables en caso de conflicto armado, intenta civilizarlo mediante la aplicación de principios tales como el respeto a la población civil, la atención y cura de heridos, el trato digno a las personas prisioneras y la protección de los bienes indispensables para la supervivencia. Esta normativa, crea un espacio de neutralidad en la medida en que pretende disminuir las hostilidades, minimiza sus efectos sobre la población civil y sus bienes y busca un trato humanitario para los combatientes, heridos o prisioneros.⁴

Desprovisto, por tanto, de cualquier papel legitimador, no corresponde al DIH determinar las situaciones en las que resulta válido el recurso a la fuerza armada, es decir, el *ius ad bellum* (o derecho a hacer la guerra). En efecto, será el Derecho internacional general el que contenga tales previsiones, y la prohibirá de manera general (artículo 2 inciso 4 de la Carta de las Naciones Unidas) o la permitirá, de manera excepcional, en situaciones de legítima defensa frente a un ataque armado (artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas) o cuando el propio Consejo de Seguridad decida su uso frente a una amenaza a la paz,⁵ quebrantamiento de la paz o acto de agresión⁶ (capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas).⁷ Por su parte, será la legislación interna de los Estados la que regule las situaciones de insurgencia interna y la habilitará (por ejemplo, para la “defensa del orden constitucional” como

⁴ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO DE GUATEMALA. *Informe 1996*, capítulo II, vol. II, parágrafo 36.

⁵ Cf. las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la situación en Libia, en especial, la Resolución 1973 del 17 de marzo de 2011, mediante la cual el Consejo de Seguridad autoriza a los Estados Miembros a “tomar medidas necesarias” para la protección de civiles y de las zonas pobladas por estos.

⁶ Cf. SALMÓN, Elizabeth. *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2011, p. 22 y ss.

⁷ En el marco del Derecho internacional general, el empleo del uso de la fuerza ha sido prohibido, es decir, la comunidad internacional ha pasado del *ius ad bellum* al *ius contra bellum*. Al respecto, cf. el estudio especializado de la profesora MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen. *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en derecho internacional*. Madrid: Tecnos, 1998.

lo prescribe el artículo 46 de la Constitución Política del Perú de 1993⁸) o la prohibirá (como actos que afrentan la ley y el orden interno).

En conclusión, la situación de conflicto armado, cualesquiera sean sus causas, genera la obligación de aplicar las normas humanitarias lo que, en última instancia, equivale a aceptar que ninguna situación de conflicto armado justifica la comisión de actos de violencia contrarios a las normas del DIH.

1.2. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO

El DIH se aplica en el contexto de un conflicto armado. No obstante, ni los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 ni sus Protocolos Adicionales del 8 de junio de 1977 contienen una definición en sentido propio de este. Únicamente, en el marco del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo Adicional II), se señalan los requisitos de aplicación de dicho tratado, lo que no supone una definición general de conflicto armado ni un esquema que se deba seguir necesariamente en todos los casos de conflicto armado no internacional.

Resulta, por tanto, importante identificar los elementos que la doctrina, práctica de los propios Estados y jurisprudencia internacionales, ha considerado relevantes en la definición de conflicto armado.

1.2.1. LA DEFINICIÓN DE CONFLICTO ARMADO

En cuanto a la jurisprudencia internacional, resulta un referente ineludible la posición del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) que en el caso de Dusko Tadic planteó que existe conflicto armado cuando:

⁸ Artículo 46.- Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional. Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Se recurre a la fuerza entre Estados o hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado.⁹

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) ha señalado en al menos dos importantes casos, Akayesu y Musema, que:

El término conflicto armado en sí mismo sugiere la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida.¹⁰

Esta caracterización de conflicto armado enfatiza al menos cuatro elementos fundamentales:

- Uno definitorio esencial que es el de *fuerza o violencia armada*.
- Uno temporal que es la *prolongación* en el tiempo.
- El elemento de *organización* del grupo que participa en el conflicto.
- La inclusión del conflicto armado *entre grupos* junto al de las tradicionales nociones de conflicto armado internacional –entre Estados– o no internacional –entre la autoridad estatal y el grupo armado.

Mención aparte merece el tema de la prolongación en el tiempo. Sobre esto no parece haber consenso en la medida que los Estados, al momento de elaborar el Protocolo Adicional II, descartaron introducir expresamente este requisito temporal por el riesgo de incorporar un elemento subjetivo. No obstante, esta característica es retomada en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (CPI) para el supuesto específico de los crímenes cometidos en conflictos armados no internacionales (véase *infra* capítulo 3, apartado 3.3). Posteriormente, en la sentencia condenatoria de Thomas Lubanga Dyllo por el reclutamiento y alistamiento de niños soldados, la CPI

⁹ TPIY. Fiscal vs. Tadic a/k/a “DULE”, caso n.º IT-94-1-T, Opinión y sentencia del 7 de mayo de 1997, parágrafo 628.

¹⁰ TPIR. Fiscal vs. Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, parágrafo 620; TPIR. Fiscal vs. Musema, caso n.º ICTR-96-13-A, Sentencia del 27 de enero de 2000, parágrafo 248.

retomó los criterios señalados por el caso Tadic para interpretar el Estatuto de Roma. Al respecto, la CPI admitió que en el Estatuto se reconoce la necesidad de prolongación en el tiempo, pero descartó que se reconozcan otros elementos como la existencia de control territorial.¹¹

1.2.2. LAS CLASES DE CONFLICTO ARMADO

En el marco de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, se definen dos regímenes jurídicos diferenciados en función del carácter internacional o no del conflicto armado. De esta manera, el DIH distingue entre: un conjunto acabado y complejo de normas aplicables a los conflictos armados internacionales (compuesto principalmente por los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I) y un número menos abundante y más sencillo de normas llamadas a ejecutarse en el marco de los conflictos armados no internacionales (artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II).

Adicionalmente, y aunque no se encuentren presentes en las disposiciones positivas del DIH, existen también formas novedosas de violencia armada como son los conflictos armados internos internacionalizados y los de tercera generación que veremos en el capítulo final.

1.3. CARACTERES ESENCIALES DEL DIH

Uno de los signos principales del Derecho internacional contemporáneo es, lo que Carrillo Salcedo¹² denomina, “su proceso de humanización”. Esto significa que, a diferencia del Derecho internacional tradicional, el Derecho

¹¹ Cf. CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Thomas Lubanga. Fallo conforme al artículo 74 del Estatuto, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, parágrafo 533 y ss.

¹² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 14.

internacional de nuestros días tiene como una de sus preocupaciones fundamentales la protección y promoción de la dignidad del ser humano en la esfera internacional. El DIH es, en cierta medida, pionero en esta preocupación ya que desde sus orígenes se presenta como un Derecho que busca proteger los intereses del ser humano en situaciones límite como son los conflictos armados.

De esta manera, y aunque parte del Derecho internacional público, el DIH tiene una serie de caracteres particulares que se perciben tanto en el proceso de generación de sus normas como en su interpretación y aplicación. Asimismo, al no responder a la lógica del sinalagma contractual o equilibrio de los derechos y obligaciones, las disposiciones del DIH revisten un carácter incondicional, general y tendencialmente imperativo.

1.3.1. EL CARÁCTER NO SINALAGMÁTICO DEL DIH

El DIH y el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)¹³ comparten, a pesar de las diferencias existentes, una filosofía común que consiste en la preservación y protección del ser humano. Este hecho determina que los tratados que los contienen se asemejen en una característica esencial que, a su vez, marca la diferencia con el común de los tratados.

En efecto, los tratados de DIH, al igual que los tratados de derechos humanos, comparten todo el acervo conceptual de los tratados en general pero, a diferencia de la mayoría de los tratados, no establecen solamente obligaciones entre los sujetos que los celebran, sino que establecen obligaciones con los individuos que están sometidos o pueden estar sometidos (en caso de ocupación, por ejemplo) a la jurisdicción de aquellos.

¹³ Doctrinariamente, el DIDH se entiende como la rama del Derecho internacional que se ocupa del establecimiento y promoción de los derechos humanos y de la protección de los individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado. Cf. BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual internacional de derechos humanos*. Caracas: Jurídica Venezolana San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 9; y MEDINA, Cecilia. "El derecho internacional de los derechos humanos". En Cecilia Medina y Jorge Mera (eds.). *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 1996, p. 32.

En esta medida, no solo los Estados sino también los individuos son los beneficiarios principales de las obligaciones humanitarias.

Un principio fundamental del Derecho de los tratados es su carácter recíproco o sinalagmático. Esto quiere decir que el compromiso internacional contiene (o aspira a contener) un equilibrio de derechos y obligaciones entre sus partes. En el caso de los tratados de derechos humanos y de DIH, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) afirmó en la Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951 sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio que:

En este tipo de tratados los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no puede hablarse del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones.¹⁴

En el sistema interamericano, por su parte, y aunque refiriéndose a un tratado de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha afirmado en la Opinión Consultiva acerca del Efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75) que:

[su conclusión no está en función] de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los contratantes [...] Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹⁵

Por su parte, también en el sistema europeo de derechos humanos se ha afirmado el carácter objetivo de las obligaciones del tratado. Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló:

¹⁴ CIJ. Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, pp. 23-24.

¹⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 (El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), Serie A N.º 2, párrafo 29).

[...] que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención [Europea] son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes.¹⁶

De lo anterior se deduce que en este tipo de tratados, como afirma Carrillo Salcedo,¹⁷ se atenúa, aunque no desaparece, la dimensión contractualista de los tratados en la medida que la regulación convencional desborda la reciprocidad de derechos y deberes entre los Estados partes, al buscar estos la consecución de un interés común más que la satisfacción de intereses particulares.

En el esquema tradicional, por tanto, se ubican en la categoría de los denominados tratados multilaterales de carácter normativo (o “tratados leyes”), en la medida que tienen por finalidad formular reglas generales e impersonales. En estos tratados existe, por tanto, un carácter bivalente: por un lado, son un acuerdo de voluntades; pero, por otro lado, contienen intereses comunes de la comunidad internacional.

De esta manera, el consentimiento del Estado como principio fundamental del Derecho de los tratados (*ex consensu advenit vinculum*) permanece, lo que se manifiesta en que estos tratados, en tanto tales, solo vinculan a aquellos Estados que los acepten y no al resto (efecto relativo de los tratados) y en que la posibilidad de formular reservas o denuncia permanece en prácticamente todos ellos.¹⁸ No obstante, cabe formular al menos dos atingencias:

La primera consiste en que la denuncia no surtirá efectos jurídicos mientras la parte denunciante esté envuelta en un conflicto armado. Es

¹⁶ CEDH. *Australia vs. Italia*. Serie 788/60, *European Yearbook of Human Rights* (1961), pp. 38 y 40, citado por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-2/82 sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A N.º 2, parágrafo 29.

¹⁷ Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., pp. 93-96.

¹⁸ Sobre el tema de las reservas a los tratados de derechos humanos, cf. lo dicho por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., pp. 98-106 y, en nuestro medio, la sobresaliente tesis para obtener el título de abogado de CORDERO GALDÓS, Humberto. “Las reservas en el derecho internacional contemporáneo”. Tesis para optar el grado de licenciado en derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, cap. 4.

DEFINICIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

decir, la posibilidad de denunciar el tratado se encuentra mediatizada por un período de suspensión que posterga sus efectos jurídicos hasta el término del conflicto armado. En este sentido, se establece para conflictos internacionales que:

[...] la denuncia notificada cuando la Potencia denunciante esté implicada en un conflicto no surtirá efecto alguno mientras no se haya concertado la paz y, en todo caso, mientras no hayan terminado las operaciones de liberación y de repatriación de las personas protegidas por el presente Convenio (Artículos 63, 62, 142, 158 de los cuatro Convenios de Ginebra respectivamente).

En el caso de los conflictos internos, la disposición elimina acertadamente la referencia a las operaciones de liberación y repatriación de prisioneros de forma que:

[Si] la Parte denunciante se halla en la situación prevista en el artículo 1, la denuncia no surtirá efecto antes del fin del conflicto armado. Las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con ese conflicto seguirán no obstante beneficiándose de las disposiciones del presente Protocolo (II) hasta su liberación definitiva. (Artículo 25 del Protocolo Adicional II)

La segunda restricción se refiere a los efectos vinculados al incumplimiento de los tratados sinalagmáticos. En efecto, en los tratados de derechos humanos, el incumplimiento de estos por parte de un Estado no faculta, como sí puede hacerlo en otros tratados, al incumplimiento de ellos por los otros Estados partes. Al respecto, el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que la suspensión o eventual terminación de un tratado como consecuencia de su violación:

No se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

La naturaleza y esencia de la norma humanitaria exigen su observancia sin considerar cuál haya sido el comportamiento del adversario, porque el

respeto a la vida humana, a los principios de humanidad que la salvaguardan se impone con absoluta indisponibilidad para los contendientes.¹⁹ Como señaló la CIJ en su fallo del Estrecho de Corfú, estas normas reflejan “consideraciones elementales de humanidad, que son todavía más imperiosas en tiempo de paz que en tiempos de guerra”.²⁰

También el propio texto de los tratados de DIH refleja esta preocupación por lo que se podría denominar “cláusulas de incondicionalidad”, tales como las contenidas en el artículo 1 común que señala que estas: “Se aplican en todas las circunstancias”, el artículo 3 común que habla de “cualquier tiempo y lugar” o lo igualmente dicho en los artículos 4.1 y 4.2; 7 o 13 del Protocolo Adicional. II.

De esta manera, la antigua cláusula de reciprocidad resulta incompatible con el objeto mismo del DIH. Para Fitzmaurice, la obligación de cumplir el DIH “existe por sí y tiene fuerza absoluta e intrínseca para cada una de las Partes sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo por las demás Partes”.²¹ Esta afirmación no solo excluye del ámbito de la reciprocidad a las normas del DIH, sino que además apunta a su carácter obligatorio general.

1.3.2. EL CARÁCTER GENERAL DEL DIH

El carácter general o consuetudinario del DIH se manifiesta en sus orígenes mismos a través de la cláusula Martens. Esta cláusula señalaba:

En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes permanecen bajo la salvaguardia y el régimen de los principios del Derecho de Gentes, tales

¹⁹ Cf. ib.

²⁰ CIJ. Caso del Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania). Fondo. Sentencia del 9 de abril de 1949, p. 22.

²¹ FITZMAURICE, Gerald. CNU sobre derecho de los tratados. Doc. Of., NU 1971, p. 38, nota 117; citado por MANGAS, Araceli. *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1990, p. 144.

como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.²²

Esta cláusula se incorporó en el II Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Sin embargo, más que un propósito humanitario, obedeció a una estrategia de negociación ante la falta de acuerdo entre los representantes de los Estados participantes en la Conferencia acerca de la incorporación de las disposiciones sobre ocupación de territorio contenidas en la Declaración de Bruselas de 1874.²³ Uno de los delegados de Rusia, el señor Frédéric de Martens, fue quien, ante la discrepancia y teniendo en cuenta que podría peligrar nuevamente la adopción del Convenio, propuso la adopción de esta cláusula que hoy en día lleva su nombre,²⁴ con lo cual evitó el fracaso de la Conferencia convocada por el zar Nicolás II.²⁵ De este modo, la finalidad de la cláusula Martens era cubrir jurídicamente aquellas situaciones que pudieran surgir en el curso de las hostilidades y no estuvieran contempladas por las normas convencionales. No obstante, resulta innegable, como afirma Abi-Saab,²⁶ que

²² Preámbulo del Convenio II de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, noveno párrafo. También se encuentra en tratados posteriores como el Convenio IV de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Preámbulo; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, artículos 62, 63, 142 y 158, respectivamente; Protocolo Adicional I de 1977, artículo 1.2; y Protocolo Adicional II de 1977, Preámbulo.

²³ La delegación belga señaló que estas disposiciones otorgaban poderes excesivos a la potencia ocupante, sobre todo con respecto a la posibilidad de cambiar la legislación del territorio ocupado, y, por otro lado, señaló que esta Declaración no preveía normas respecto al derecho que asiste a los ciudadanos de los territorios ocupados a resistirse a dicha ocupación. Esta posición fue respaldada por Gran Bretaña. Sin embargo, el bloque soviético, junto con Alemania, se opuso a ella. Además, la mayoría de las potencias militares de la época –con excepción de Gran Bretaña– se mostró contraria a la posición de Bélgica.

²⁴ Cf. CASSESE, Antonio. “The Martens Clause: Half of Loaf or Simply Pie in the Sky?”. *European Journal of International Law*, vol. 11, n.º 1, 2001, pp. 193-196.

²⁵ Ello había ocurrido con la Declaración de Bruselas de 1874 que finalmente no fue adoptada como tratado.

²⁶ Cf. ABI-SAAB, George. “The Specificities of Humanitarian Law”. En Christophe Swinarski (ed.). *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes*

al hacerlo cumple también la función de garantizar la validez y aplicabilidad continuada de normas preexistentes no incluidas en los Convenios.²⁷

La cláusula Martens evidencia, por tanto, que los Estados codificaban normas consuetudinarias, ya existentes, fundadas en principios generales que mantienen su validez fuera del contexto convencional. Contemporáneamente además, esto se reafirma en que, cada vez más, las normas del DIH se consideran consuetudinarias y, en tanto tales, normas que deben aplicar todos los Estados en una base de universalidad.²⁸ También la CIJ, en la Opinión Consultiva sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, tempranamente señaló que los principios humanitarios han sido “reconocidos por las naciones civilizadas como obligando a los Estados, incluso fuera de todo vínculo convencional”²⁹ y, en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua,³⁰ afirmó, refiriéndose a los Convenios de Ginebra, que “estos constituyen en ciertos aspectos el desarrollo y, en otros, solo la expresión de dichos principios (humanitarios)”.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, como bien apunta Meron,³¹ que la consideración de estas normas como expresión de principios elementales de humanidad que reflejan, a su vez, valores fundamentales de la comunidad no conlleva necesariamente, y en todos los casos, el carácter consuetudinario de las normas humanitarias, sino más bien su afirmación

de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet. Ginebra / La Haya: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 275.

²⁷ En igual sentido, el Preámbulo del Protocolo Adicional II recuerda: “[...] que en los casos no previstos por el Derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

²⁸ Cf. MERON, Theodor. “The Humanization of Humanitarian Law”. *American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 2, 2000, p. 244.

²⁹ CIJ. Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, p. 12.

³⁰ Cf. CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos de América). Fondo. Sentencia del 27 de junio de 1986, parágrafo 218. Una crítica de esta jurisprudencia se puede encontrar en MERON, Theodor. “The Geneva Conventions as Customary Law”. *American Journal of International Law*, vol. 81, n.º 2, p. 353.

³¹ Cf. MERON, Theodor. “The Humanization of Humanitarian Law”, p. 357.

como principios fundamentales del Derecho internacional. En cualquier caso, resulta innegable que el carácter general del DIH tiene al menos dos manifestaciones.

La primera se refiere a los efectos retardados de la denuncia en caso de encontrarse participando en un conflicto armado. Esto, efectivamente, apunta al carácter autónomo del DIH y a su validez fuera de todo vínculo convencional, es decir, a la aceptación y reconocimiento de su origen consuetudinario.³²

Asimismo, y en segundo lugar, las normas del DIH son normas de carácter *erga omnes* porque los Estados han asumido una doble obligación que consiste en respetar y hacer respetar las normas del DIH (artículo 1 común a los Convenios de Ginebra). Una obligación (la de respetar) se asume en el marco del ordenamiento interno de cada Estado y; la otra (la de hacer respetar), frente a todos los Estados y a la comunidad internacional. En esta medida, los Estados juegan tanto el papel de creadores de las normas como también el de principales aplicadores o, dicho en términos de Scelle, los Estados cumplen el desdoblamiento funcional.³³ Esto implica que todo Estado tiene, por ejemplo, el deber de aceptar que, dada la existencia de un conflicto armado no internacional en su territorio, otros Estados se interesen en la aplicación de las normas mínimas humanitarias del artículo 3 común.³⁴

³² Cf. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 145. Al respecto, el propio texto de los cuatro Convenios de Ginebra señala, refiriéndose a la denuncia, que esta “No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del Derecho de gentes tal como resulta de los usos establecidos entre naciones civilizadas de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Cf. los artículos 63, 62, 142, 158 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente.

³³ Cf. SCELLE, Georges. *Précis de droit de gens (Principes et systématiques)*. París: Centre National de la Recherche Scientifique, 1984, p. 35.

³⁴ Sobre el punto, cf. CONDORELLI, Luigi y Laurence BOISSON DE CHAZOURNES. «Quelques remarques à propos de l'obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’». En Christophe Swinarski, (ed.). *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. Ginebra / La Haya: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 17-35.

Ciertamente, la aceptación prácticamente universal de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales³⁵ parece restar efectos concretos al carácter general del DIH, dado que la gran mayoría de Estados se encuentran ya obligados por las normas humanitarias convencionales. No obstante, deben tenerse en cuenta al menos tres precisiones. La primera consiste en que, como bien pone de manifiesto la cláusula Martens, las normas humanitarias codificadas no agotan todo el espectro de normas y principios humanitarios posibles. En segundo lugar, aunque más universales que casi cualquier otro tratado, existe un número de Estados que no han ratificado los tratados de DIH (como, por ejemplo, el Protocolo Adicional I que no cuenta con la aceptación de Estados como Estados Unidos, India, Israel, Pakistán, Singapur, Somalia, Turquía, entre otros) y varias ratificaciones han sido formuladas con reservas.³⁶ Tercero, no puede ignorarse que el ámbito de posibles actores de la violencia excede a la figura del Estado.³⁷ Lo anterior, aunado a la indeterminación, siempre presente del contenido del Derecho humanitario consuetudinario, hace que la caracterización del DIH como un Derecho general obligatorio *per se* y frente a todos los involucrados en un conflicto, más allá de todo vínculo convencional, revista efectos no poco importantes al momento de exigir el respeto de, al menos, las disposiciones elementales que lo conforman.

³⁵ Los Convenios de Ginebra cuentan con 194 Estados partes mientras que el Protocolo Adicional I tiene 172 Estados partes y el Protocolo Adicional II 166 Estados partes. Solo Estados como el reciente de Sudán del Sur no constituyen aún parte de ninguno de estos tratados.

³⁶ Son 23 las reservas o declaraciones presentadas a los Convenios de Ginebra; 39, al Protocolo Adicional I; y 20, al Protocolo Adicional II.

³⁷ Precisamente uno de los retos contemporáneos al que debe hacer frente el DIH es la privatización de la violencia. Si bien la participación de empresas privadas en la dinámica de la guerra no es un fenómeno totalmente nuevo, en nuestros días ha cobrado gran notoriedad debido al gran incremento en la contratación de estos servicios. Para profundizar en la materia, cf. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 863, 2006. Por otro lado, también están las empresas comerciales que, debido a la globalización, operan en zonas afectadas por conflictos armados o de crisis gubernamental. Para profundizar sobre el tema, cf. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Empresas y derecho internacional humanitario: introducción a los derechos y las obligaciones de las empresas comerciales, de conformidad con el derecho internacional humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006.

1.3.3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL DIH

Los tratados de DIH constituyen, desde un punto de vista jurídico, normas internacionales y, como tales, tienen por definición carácter obligatorio. Es decir, el Estado que es parte de un tratado, en general, y de un tratado de DIH, en particular, incurrirá en responsabilidad internacional si incumple con las disposiciones de este.

Ahora bien, los Convenios de Ginebra destacan por encima de cualquier otro tratado en vigor por su finalidad y régimen de derechos y obligaciones pues, como ya se ha señalado, se encuentran vinculados a un objetivo indisponible para los Estados que es la protección de la persona humana en las situaciones en que más pelagra su vida y su dignidad.³⁸ En este sentido, en el caso *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, la CIJ señaló acertadamente que las normas humanitarias “por su naturaleza misma conciernen a todos los Estados [...] [y] todos los Estados pueden ser considerados como teniendo un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos”.³⁹

En cuanto a su carácter imperativo o de *ius cogens*, debe precisarse que esta cualidad solo acompaña a algunas y no a todas las normas internacionales. Si bien es cierto que la protección del individuo constituye uno de los temas en torno a cuya obligatoriedad existe consenso total en la comunidad internacional de nuestros días, desde una perspectiva jurídica, esto no significa que todas las normas del DIH (obligatorias *per se*) tengan carácter de *ius cogens*. En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se encarga de precisar que:

[...] una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que *no admite acuerdo en contrario* y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter.⁴⁰ (Las cursivas son nuestras).

³⁸ Cf. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 140.

³⁹ CIJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Segunda fase. (Bélgica vs. España). Sentencia del 5 de febrero de 1970, p. 32, citado por MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 148.

⁴⁰ Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Si aplicamos este concepto a los tratados de derechos humanos, por ejemplo, observamos que los principales instrumentos internacionales en la materia distinguen en su interior un grupo de normas mínimas no suspendibles en ninguna circunstancia ni lugar. Estas normas constituirían un verdadero *núcleo duro* de derechos humanos, absolutos e inderogables, que adquieren, desde un punto de vista jurídico, el valor de *ius cogens* o de normas imperativas de la comunidad internacional (en la medida que no admiten pacto en contrario en ningún supuesto) y también, desde una perspectiva más amplia, el carácter de *aspiración ética* del mundo de nuestros días.⁴¹

Frente a estas normas imperativas, de acuerdo con el Derecho internacional público, no cabe ninguna norma particular que pretenda alterar de forma alguna su contenido. Estas normas mínimas como el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, a no ser sometido a desapariciones forzadas, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a la no discriminación racial, entre otras, son la representación de atributos inalienables de la persona humana fundados en valores que se encuentran presentes en prácticamente todas las culturas y sistemas sociales.⁴²

Ahora bien, el núcleo duro de los derechos humanos coincide, en cuanto a su contenido, con las normas básicas que rigen los conflictos armados no internacionales, vale decir, con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. De hecho, puede decirse que esta norma es la que sirve de base a las disposiciones inderogables de los tratados de derechos humanos.⁴³ Como señaló la CIJ en su sentencia del 9 de abril de 1949 sobre el caso del canal de

⁴¹ Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 150. Cf. también DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 6.^a ed. París: Dalloz, 2002, pp. 222-234.

⁴² Cf. DUPUY, Pierre-Marie. Ob. cit., pp. 222-223. Este recuento de derechos inalienables surge básicamente del artículo 3 común a las cuatro Convenios de Ginebra (que busca la protección de la persona humana en caso de conflicto armado); del artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966; del artículo 12.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950; y del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, que coinciden en esta afirmación de ciertos derechos que deben respetarse en todo lugar y circunstancias y que no son, por tanto, susceptibles de ninguna derogación.

⁴³ Cf. DUPUY, Pierre-Marie. Ob. cit., pp. 222-223.

Corfú, se trata finalmente de reglas basadas en consideraciones elementales de humanidad.⁴⁴ En este mismo sentido, el TPIY consideró en su decisión del 7 de mayo de 1997 sobre el caso Tadic, que el artículo 3 incorpora un régimen de protección que refleja consideraciones elementales de humanidad.⁴⁵ De igual modo, la Corte IDH se ha referido a la equivalencia entre el contenido del artículo 3 común y el de las disposiciones de los instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes).⁴⁶

Asimismo, desde el punto de vista de las personas protegidas, el DIH prevé que estas “no podrán, en ningún caso, renunciar parcial ni totalmente a los derechos que les confiere”,⁴⁷ por lo que los Estados se obligan a no influir sobre el ánimo de las víctimas protegidas para que no declinen sus derechos, o a no aceptar ninguna renuncia de derechos por parte de esas personas protegidas.⁴⁸

La irrenunciabilidad de las normas del DIH significa que no se puede disponer de los derechos que ellas confieren en perjuicio de aquellos a quienes se busca proteger. Los derechos salvaguardados por estas normas constituyen, por tanto, un conjunto mínimo irrenunciable que tiene como objetivo garantizar la protección de las personas protegidas por los cuatro Convenios de Ginebra (véanse los artículos 7, 7, 7 y 8, respectivamente). De esta manera, los tratados establecen que las personas protegidas no podrán, en ninguna circunstancia, renunciar total o parcialmente a sus derechos. La ausencia de esta disposición vaciaría de contenido todo el marco de

⁴⁴ Cf. CIJ. Caso del Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania). Fondo. Sentencia del 9 de abril de 1949, p. 22; y CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos de América). Fondo. Sentencia del 27 de junio de 1986, párrafo 218. Para un comentario sobre la sentencia, cf. MERON, Theodor. “The Geneva Conventions as Customary Law”, p. 353.

⁴⁵ Cf. TPIY. Fiscal vs. Tadic, caso n.º IT-94-1-T, sentencia del 7 de mayo de 1997, párrafos 609 y 612.

⁴⁶ Cf. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C.N.º 70, párrafo 209.

⁴⁷ Artículos 7, 7, 7 y 8 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente.

⁴⁸ En igual sentido, cf. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 149.

protección, por lo que su inclusión refuerza el mecanismo de inviolabilidad instaurado en dichos Convenios tanto para los conflictos internacionales como los no internacionales.

Estas mismas disposiciones son aplicables a los derechos que confieren los Convenios de Ginebra a las víctimas de los conflictos armados que no sean de carácter internacional. En efecto, el artículo 3 común garantiza el trato y derechos reconocidos a los individuos frente a eventuales presiones de las autoridades para declinar el disfrute de las protecciones mínimas humanitarias a las que estos tendrían derecho.⁴⁹

Ciertamente, la definición de *ius cogens* apunta a que los Estados no puedan alterar el contenido de las normas, pero estas restricciones a la voluntad particular de las personas protegidas no puede sino verse como una restricción más al limitado voluntarismo que se plasma en las disposiciones humanitarias.

En opinión de Mangas,⁵⁰ el hecho de que las obligaciones del DIH no revistan carácter sinalagmático, ni su violación ni su denuncia eximan de seguir respetándolas, si son normas generales que producen obligaciones *erga omnes*, si los sujetos beneficiarios no pueden renunciar a los derechos que se les prevé, si el Estado no puede exonerarse ni encontrar causa que excluya su ilicitud, tantas salvaguardias significan claramente que nos encontramos ante normas de *ius cogens*. En igual sentido, De Visscher señala que “más allá de las objeciones de orden técnico, el *ius cogens* tiende a situar por encima del poder ciertos valores superiores, particularmente los que tienden a la instauración de un orden internacional respetuoso con los fines humanos”.⁵¹

Si bien esto es efectivamente predicable para los derechos consagrados en el artículo 3 común,⁵² no resulta posible afirmar que necesariamente todas

⁴⁹ Cf. *ib.*, p. 149.

⁵⁰ Cf. *ib.*, p. 150.

⁵¹ DE VISSCHER, Charles. “Positivism et Ius Cogens”. *Revue Générale de Droit International Public*, 1971-1, p. 11; citado por MANGAS, Araceli. *Ob. cit.*, loc. cit.

⁵² En opinión de MANGAS, Araceli. *Ob. cit.*, p. 151, serían imperativos el primer párrafo apartados 1 y 2: Trato humano y prohibición de atentados a la vida e integridad, toma de rehenes y dignidad, así como garantías judiciales y respeto y protección de heridos y enfermos. Por el contrario, solo se trataría de normas dispositivas las referidas al ofrecimiento de servicios por un organismo imparcial, acuerdos especiales y carencia de efectos sobre el estatuto jurídico de las partes contendientes.

las normas del DIH tengan el mismo carácter imperativo. No obstante, tampoco es posible ingresar a un señalamiento específico de las normas que sí tendrían esta naturaleza dado el carácter esencialmente evolutivo del Derecho internacional. En todo caso, lo que sí resulta posible identificar son los ámbitos que la voluntad de las partes en conflicto no puede alterar, tal es el caso, por ejemplo, de la prohibición de atacar a la población civil⁵³ o hacerla padecer de hambre como método de combate, o las disposiciones fundamentales referentes a los prisioneros de guerra y, en el caso de un conflicto armado no internacional, la protección de heridos y enfermos y el trato humano al adversario que haya depuesto las armas,⁵⁴ entre otros.

En cualquier caso, la naturaleza de la norma no debe confundirse con que, en los hechos, no pueda violentarse, es decir, que una norma de DIH tenga carácter imperativo no significa que nunca se viole. La noción de inviolabilidad es extraña a la norma jurídica: no hay norma jurídica que no pueda violarse, porque la posibilidad de infracción es inherente a la esencia misma de toda norma jurídica.⁵⁵

1.3.4. LA NATURALEZA NO AUTOEJECUTIVA DEL DIH Y LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE SUS NORMAS

Las normas humanitarias se encuentran ciertamente destinadas a desplegar sus efectos jurídicos en contextos de conflicto armado. No obstante, debido a la naturaleza no autoejecutiva de sus disposiciones, los Estados

⁵³ Cf. TPIY. Fiscal vs. Galic, caso n.º IT-98-29, sentencia del 5 de diciembre de 2003, parágrafo 98.

⁵⁴ Cf. “Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción” (Normas de Turku), aprobada por una reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990 y revisada después de una reunión del Instituto Noruego de Derechos Humanos celebrada en Oslo (Noruega) el 29 y el 30 de septiembre de 1994. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 51.º período de sesiones, Tema 19 del programa provisional, Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre su 46.º período de sesiones.

⁵⁵ Cf. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 151.

deberán cumplir, en tiempo de paz, con una obligación fundamental para la correcta aplicación de las normas humanitarias, cual es la obligación de implementación. En efecto, hacerse parte de los Convenios no es suficiente, sino que es necesario que el Estado colabore en la adopción de mecanismos internos de aplicación que proporcionen el marco jurídico adecuado para hacer efectivo el valor normativo y moral de las normas humanitarias.

En efecto, en el conjunto del DIH existen aspectos que requieren de desarrollo normativo e incluso institucional, como la difusión del contenido de las normas humanitarias a las fuerzas del orden y sociedad en general; la represión de todas las violaciones a los Convenios y Protocolos y, en particular, aprobar una legislación penal por la que se prohíban y se sancionen los crímenes de guerra; garantizar que las personas y los emplazamientos protegidos por los Convenios y los Protocolos sean correctamente definidos, ubicados y protegidos; tomar medidas para evitar el uso abusivo del emblema de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y de otros signos y emblemas previstos en los Convenios y en los Protocolos; lograr la protección de las garantías fundamentales y de procedimiento durante los conflictos armados; prever la designación y la formación de personal calificado en DIH, incluidos asesores jurídicos en las fuerzas armadas (encargar a órganos concretos esta tarea); prever la creación y/o el reglamento de sociedades nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y de otras sociedades de asistencia voluntarias; organizaciones para la protección civil y de oficinas nacionales de información; tener presente el DIH para la ubicación de emplazamientos militares, así como para el desarrollo de armas y la adopción de tácticas militares; prever, cuando sea necesario, la designación de zonas hospitalarias, zonas neutralizadas y zonas de seguridad, así como de zonas desmilitarizadas, entre otros aspectos.

Como puede observarse, algunas de estas medidas requerirán –como señala el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)– la aprobación de normas internas, otras de tratados educativos, reclutamiento y/o formación de personal, establecimiento de estructuras o unidades especiales y planificación e introducción de procedimientos administrativos. Pero, además, una eficaz aplicación del DIH supondrá contar con el trabajo de asesoramiento de los órganos gubernamentales competentes y otras instituciones, como las

comisiones nacionales interministeriales o interinstitucionales de aplicación del DIH, que colaboran con los Estados en esta tarea.⁵⁶

Debido a las circunstancias particulares en que las normas del DIH están llamadas a actuar, coincidimos con Sassòli y Bouvier⁵⁷ en que el momento más adecuado para implementar estas disposiciones es el tiempo de paz. En efecto, así como los aspectos militares y económicos de los conflictos se preparan en tiempos de paz, también es necesario trabajar en la adopción de estas medidas en un contexto de calma, pues “una vez que el conflicto armado, con todo el odio en el cual está basado y el cual, a su vez, crea, ha estallado, es demasiado tarde para aprender este mensaje”.⁵⁸

1.3.5. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DEL DIH

Rousseau define la interpretación como “la operación intelectual consistente en determinar el sentido de un acto jurídico, precisar su alcance y aclarar los puntos oscuros o ambiguos”.⁵⁹ Las normas humanitarias, a diferencia de algunas disposiciones del DIDH, no contienen pautas expresas sobre su interpretación. No obstante, resulta posible definir al menos dos criterios interpretativos, uno negativo y otro afirmativo o positivo, que juntos conforman un método de interpretación de las normas del DIH.

1.3.5.1. EL MÉTODO NEGATIVO

Desde una aproximación negativa, la ya señalada cláusula Martens contribuye a delinear una pauta interpretativa de la mayor importancia. En efecto, la presencia de un conjunto de disposiciones no escritas, que coexisten con las normas del Derecho convencional, impide necesariamente

⁵⁶ Cf. SALMÓN, Elizabeth. *Encuentros y desencuentros. El Perú y el derecho internacional humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001, pp. 18-19.

⁵⁷ Cf. SASSÒLI, Marco ; Antoine BOUVIER y Anne QUINTIN. *Un droit dans la guerre?* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, vol. I: *Présentation du droit international humanitaire*, pp. 272-273.

⁵⁸ *Ib.*, loc. cit.

⁵⁹ ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel, 1969, p. 631.

una interpretación al contrario de estas últimas o, dicho en otros términos, considerar la ausencia de reglas expresas como una autorización de conductas contrarias a tales normas generales.

De esta manera, como afirma Mangas, la legalidad de cualquier situación imprevista por la norma se juzgará por su conformidad con tales principios generales.⁶⁰ Resulta, por tanto, posible afirmar que en el DIH (o en el DIDH) el que algo no esté prohibido no significa que esté permitido, porque existen disposiciones generales que no solo sustentan sino que imponen límites a la actuación de los que se enfrentan.

Y es que, como afirma Meron, el lenguaje retórico y ético de la cláusula Martens se ha compensado con su contenido jurídico, algo vago e indeterminado pero conducente hacia un terreno de mayor normatividad.⁶¹ Además, la alusión a “exigencias de la conciencia pública” pone de relieve que los Estados establecieron reglas que obedecían a un sentimiento general de necesidad, lo que significa, en opinión de Mangas, un trato humanitario conforme con la dignidad humana de la víctima (en un sentido particular) y una protección de la humanidad misma y su conservación frente a actos aniquiladores del género humano (en un sentido general).⁶²

1.3.5.2. EL MÉTODO POSITIVO

Por otro lado, y desde una perspectiva más afirmativa, la influencia del DIDH, con el que el DIH comparte la finalidad protectora del ser humano, se extiende también al plano de la interpretación. En este sentido, la interpretación de las normas del DIH debe abordarse desde una doble perspectiva. Es decir, no debe agotarse en el método de interpretación general, propio del Derecho internacional, sino que además debe responder a algunos criterios hermenéuticos adicionales aplicables a los tratados de derechos humanos y que han surgido tanto de las propias disposiciones convencionales (como por ejemplo el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos), como de la jurisprudencia internacional

⁶⁰ Cf. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 146.

⁶¹ Cf. MERON, Theodor. “The Humanization of Humanitarian Law”, p. 245.

⁶² Cf. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 147.

DEFINICIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

en la materia. Estos criterios especiales se condicen con la naturaleza de las normas humanitarias y con las disposiciones de derechos humanos contenidas en los tratados de DIH (como el principio de no discriminación, el de juicio justo o el respeto del honor, entre otros), por lo que su utilización se torna un elemento indispensable para la correcta aplicación de las normas humanitarias.

A) LOS CRITERIOS GENERALES DE INTERPRETACIÓN

Como norma del Derecho internacional público, un tratado de DIH o, en lo que sea aplicable, una norma humanitaria consuetudinaria, debe seguir los criterios generales de interpretación señalados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En esta se opta *prima facie* por la voluntad declarada (el texto escrito del acuerdo), en desmedro de la denominada voluntad real o intención de las partes, por entenderse que el texto escrito encarna la manifestación más directa de la voluntad de los Estados. En esta medida, el artículo 31.1 de la Convención de Viena señala 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*. (Las cursivas son nuestras)

No obstante, la misma disposición prevé que, de manera subsidiaria a los criterios de la buena fe, el sentido corriente y el objeto y fin del tratado, y siempre que el sentido del tratado siga ambiguo o se llegue a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, se podrá recurrir a los medios complementarios de interpretación como los trabajos preparatorios del texto y las circunstancias de su celebración, bien para confirmar el sentido resultante de la aplicación de las reglas generales, bien para determinar el sentido si el texto aún no resulta claro.

B) LOS CRITERIOS ESPECIALES DE INTERPRETACIÓN

B.1) EL PRINCIPIO *PRO HOMINE*

Un criterio firmemente asentado en el propio texto de los tratados de derechos humanos⁶³ y en la jurisprudencia internacional es el principio *pro homine*, según el cual las normas que protegen los derechos de los individuos deben siempre recibir la interpretación que más favorezca a estos. En efecto, si el objeto y fin de los tratados es preservar la dignidad humana, cualquier aplicación de sus normas debe orientarse a favor de este en desmedro de toda medida que pretenda restringir o limitar, sin justificación válida, sus derechos. Esto último no solo vaciaría de contenido estas normas, sino que resultaría claramente incompatible con su objeto y fin. En este sentido, la CIDH ha afirmado como línea jurisprudencial que:

[...] el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema.⁶⁴

En el marco del DIH, esta idea significa comprender que este busca limitar los efectos excesivos de las hostilidades, por lo que resulta más acorde plantear una interpretación restrictiva de las posibilidades militares y una

⁶³ Cf. el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 23 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño o el artículo 29b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

⁶⁴ Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras, n.º G 101/81, Serie A N.º 101, párrafo 16; Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cf. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Serie A N.º 3, párrafo 36, entre otros. Para el caso del sistema universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece también la prohibición de restringir o menoscabar los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento interno de los Estados debido a que la norma internacional no reconoce o reconoce en menor grado ese derecho. Estos tratados apuestan, en consecuencia, por la interpretación más favorable al individuo incluso cuando hacerlo implique elegir la norma interna frente a la internacional. Esta característica, que se condice con el carácter siempre mínimo de los tratados de derechos humanos, representa el punto de partida y consagración convencional de la exigencia de interpretación *pro homine* de las normas de derechos humanos.

interpretación amplia o extensiva de aquellas disposiciones que establezcan protección a las personas y a sus bienes.

B.2) LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA

Como en el caso de los tratados de derechos humanos, las normas del DIH deben recibir una interpretación amplia y dinámica que haga efectivas y prácticas sus disposiciones de acuerdo con el objeto y fin de estas. En este sentido, la interpretación más adecuada de una norma humanitaria será aquella que se realice de acuerdo con el Derecho vigente en el momento en que la interpretación se lleva a cabo.

El fundamento de este principio se encuentra en que los valores protegidos por las normas humanitarias como el trato humano, la protección del prisionero de guerra frente a los insultos y la curiosidad pública, condiciones de trato igualitario entre hombre y mujer, la protección de las mujeres contra todo atentado al pudor, la protección de las personas protegidas contra actos de coacción, la asistencia con humanidad a todos los heridos, enfermos y náufragos, entre otros, son conceptos vivos, abiertos y dinámicos que pueden variar de contenido de acuerdo con los avances de la sociedad. De allí que la interpretación deba realizarse a la luz de los valores vigentes en el momento de realizarse la interpretación, siempre que se preserve el objeto y fin del tratado.

Este criterio se encuentra firmemente asentado en la jurisprudencia internacional,⁶⁵ en el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;⁶⁶ y, en nuestro continente, significó el mecanismo determinante para sustentar el carácter obligatorio de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Así, la Corte IDH afirmó:

[...] no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del *status* jurídico debe ser

⁶⁵ La CIJ afirmó este principio en su ya clásica Opinión Consultiva sobre las consecuencias legales de la presencia de Sudáfrica en Namibia a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, en el caso Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros entre Hungría y la República Eslovaca, y en el caso sobre derechos de navegación y derechos relacionados entre Costa Rica y Nicaragua.

⁶⁶ En el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Dudgeon vs. El Reino Unido*, del 27 de octubre de 1981, es quizá el más representativo de esta clara tendencia.

analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.⁶⁷

La mejor interpretación de una norma humanitaria será, por tanto, aquella que, sin desnaturalizar el sentido corriente de los términos del tratado en un marco de respeto al principio de buena fe, busque la posibilidad interpretativa más favorable al individuo como resultado de una interpretación dinámica del objeto y fin del tratado. Se trata, en definitiva, de aplicar el tratado de una forma que haga efectiva y concreta la finalidad de proteger al ser humano.⁶⁸ En cualquier caso, como señala Medina,⁶⁹ al tratarse de normas humanitarias que, por su carácter universal, están llamadas a aplicarse en diversos tiempos y lugares, se hace necesario un intérprete que haga eficaz la norma en diferentes contextos.

⁶⁷ Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A N.º 10, párrafo 37.

⁶⁸ Esta idea está presente tanto en el sistema americano como europeo. En el primero, la CIDH manifestó, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, del 21 de junio de 1987, párrafo 72, que “la Convención debe interpretarse de manera de darle un pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su efecto útil”. En el caso *Soering vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, párrafo 87, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, afirmó que el Convenio debía “ser interpretado en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”.

⁶⁹ Cf. MEDINA, Cecilia. Ob. cit., pp. 74-75.

1.4. LAS FUENTES DEL DIH

El desarrollo progresivo del DIH ha tenido lugar a partir de una serie de principios y normas consuetudinarias que se encuentran recogidos en los diversos tratados sobre la materia. Así, por ejemplo, el II Convenio de La Haya relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre (1899) establece en su artículo 1: “Las Altas Partes contratantes darán a sus fuerzas armadas de tierra instrucciones de acuerdo con el reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al presente convenio”.

No obstante, debe tenerse en cuenta la influencia que ha tenido la normativa interna de los Estados en el desarrollo de esta rama del Derecho internacional público. No se puede olvidar que uno de los instrumentos pioneros en materia de DIH, y que más ha influido en el movimiento codificador subsecuente, es el código aprobado por Lincoln en 1863 durante la guerra civil de los Estados Unidos (*Instrucciones para la conducción de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña*), conocido también como Código Lieber en honor al jurista alemán Francis Lieber, a quien se le encargó la elaboración del proyecto del código.

En cualquier caso, existe una vinculación intensa entre las distintas fuentes del DIH, lo que ha permitido que esta sea una de las ramas del Derecho internacional público que cuenta con una gran cantidad de normas que lo regulan.⁷⁰

1.4.1. LOS TRATADOS

Constituyen la fuente por excelencia del Derecho internacional en general y, por ende, del DIH. Sin embargo, su carácter estático y los procedimientos y requisitos que se exigen para su modificación presentan serias desventajas, más aún si se tiene en cuenta la materia regulada. En efecto, el avance científico armamentístico es exponencialmente mayor a la rapidez con que

⁷⁰ Sobre los instrumentos que regulan el DIH, cf. MÉNDEZ SILVA, Ricardo y Liliana LÓPEZ ORTIZ. *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, t. I y II.

se celebran los tratados para prohibir o restringir el uso de ciertas armas. En este contexto, es válida la crítica de Sassòli y Bouvier⁷¹ en el sentido que los tratados de DIH se encuentran “una guerra detrás” de los acontecimientos.

El inicio de la codificación sistemática de las normas del DIH se puede encontrar en la segunda mitad del siglo XIX, cuando los Estados reunidos en Ginebra adoptan en 1864 el Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos en campaña y, en La Haya, con el II Convenio de 1899 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre. Posteriormente, se adoptarán otros tratados como el Convenio VIII sobre la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (1907) y el Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos (1925), entre otros. De este modo, el DIH se convierte en una de las ramas de mayor antigüedad en cuanto a su codificación. Esta codificación partía de una doble necesidad: por un lado, esclarecer qué normas regulaban o deberían regular las situaciones de conflicto armado, por lo que va a recoger la práctica de los Estados en la materia; y, por otro, establecer nuevas directrices necesarias para humanizar los conflictos.

Estos tratados han sido ratificados por gran parte de los Estados que conforman la comunidad internacional, por lo que hoy en día los tratados de DIH forman uno de los cuerpos jurídico-normativos más sólidos del Derecho internacional.

1.4.2. LA COSTUMBRE

El DIH nace como un Derecho claramente consuetudinario que solo posteriormente se vuelve también convencional, de allí que se diga con acierto que la costumbre es la fuente originaria de este Derecho.⁷² Por otro lado, la evolución progresiva del DIH convencional no hubiera sido posible sin las normas consuetudinarias sobre la guerra, preexistentes a la codificación. Y, precisamente, la cláusula Martens refleja esta coexistencia

⁷¹ Cf. SASSÒLI, Marco y Antoine BOUVIER. Ob. cit., p. 137.

⁷² Cf. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis. “Fuentes del derecho internacional humanitario”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 73.

entre el DIH consuetudinario y el DIH convencional que se soluciona a favor de la opción que mejor responda a la finalidad primaria del DIH, que no es otra que la protección de las víctimas de los conflictos armados. Así entendido, el DIH consuetudinario puede cumplir una importante función colmando las lagunas del Derecho convencional que, por definición, solo vincula a los Estados que lo han ratificado.

No obstante, a diferencia de las normas humanitarias plasmadas en tratados, el contenido de las normas consuetudinarias es menos claro, pues no hay que olvidar que el Derecho consuetudinario se forja en la práctica generalizada, representativa y uniforme de los Estados y, para determinarlo, es necesario examinar amplia y detenidamente dicha práctica en un contexto de escaso cumplimiento. A pesar de esta dificultad inherente a todo el Derecho internacional consuetudinario, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de reafirmar el carácter consuetudinario y general de gran parte de las normas del DIH (véase *supra* 3.2). Así, por ejemplo Meron,⁷³ refiriéndose a los cuatro Convenios de Ginebra, señala que la mayoría de sus disposiciones son declaratorias de normas consuetudinarias e inclusive algunas de ellas alcanzan el nivel de *ius cogens*.

Un problema distinto es demostrar cuáles son y cómo es que han ido adquiriendo tal carácter. La determinación de qué normas del DIH tienen carácter consuetudinario resulta fundamental sobre todo si se tiene en cuenta que, a pesar de que la mayoría de Estados son parte de estos tratados, no lo son todas las potencias; y, por otro lado, la aceptación de estos tratados viene también acompañada de reservas formuladas por los propios Estados. Una forma de hacerlo sería tal vez atendiendo los pronunciamientos de los Estados, la adopción de manuales militares y la implementación de las normas del DIH en los ordenamientos internos.

En este sentido, se ha desarrollado en el marco del CICR una investigación sobre las normas humanitarias consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internacionales e internos que pretende, a través del conocimiento, contribuir a reforzar el respeto y eficacia del DIH en general. Este estudio consta de 161 normas que reafirman el carácter consuetudinario del

⁷³ Cf. MERON, Theodor. "The Humanization of Humanitarian Law", p. 252.

principio de distinción, la definición de objetivos militares, la prohibición de ataques indiscriminados, el principio de proporcionalidad y el deber de tomar precauciones en los ataques, entre otras. Asimismo, normas como las que establecen la obligación de respetar y proteger al personal y los bienes médicos y religiosos, así como al personal y los bienes de las organizaciones imparciales que prestan ayuda humanitaria son normas del Derecho internacional consuetudinario. Lo mismo sucede con el deber de respetar los bienes culturales y el medio ambiente, así como con las normas que regulan el trato a las personas privadas de libertad y las garantías procesales de las que gozan las personas inculadas.⁷⁴

1.4.3. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DIH

Todo el DIH se inspira en un conjunto de principios humanitarios que tienen una importancia capital pues, como afirma Pictet, “expresan la sustancia del tema” y “sirven de líneas directrices en los casos no previstos”.⁷⁵

Estos principios pueden encontrarse expresamente formulados en los tratados (como el referente a la distinción entre combatientes y población civil contenido en el artículo 48 del Protocolo Adicional I) o figurar de manera implícita (cuando el artículo 3, partiendo de la obligación de distinción, protege a las personas que no participen directamente en las hostilidades) o encontrarse en la costumbre internacional (como la cláusula Martens, presente también en el Preámbulo del Convenio de La Haya sobre medios y métodos de combate de 1907; en los artículos 63, 62, 142 y 158 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente; y en el artículo 1 del Protocolo Adicional I). En esta medida, los principios representan el mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en toda

⁷⁴ La XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en diciembre de 1995, encargó la realización de un estudio de Derecho internacional humanitario consuetudinario. El estudio estuvo a cargo de HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, vol. I: *Rules*.

⁷⁵ PICTET, Jean. *Développement et principes du droit international humanitaire*. Ginebra / París: Instituto Henry Dunant / Pédone, 1983, p. 71.

circunstancia; son válidos incluso para los Estados que no sean partes en los Convenios dado que expresan la costumbre de los pueblos.⁷⁶

Ahora bien, estos principios no pretenden reemplazar las normas convencionales, sino guiar su interpretación dándole el sentido más acorde con el objetivo mayor del DIH que no es otro que el de proteger a las víctimas de los conflictos. Tanto las normas aplicables a los conflictos internacionales como a los internos contienen principios y finalidades comunes que consisten en garantizar que todos los combates armados sean militarmente eficaces, pero sobre todo que sean librados respetando los mínimos de humanidad. La lógica del enfrentamiento armado precisa de algunas reglas elementales (como las del artículo 3 común), que se aplican a todos los conflictos armados, pero también requiere un conjunto de principios que, aceptando la lógica del conflicto –es decir, sin permitirlo ni prohibirlo–, reglamenten las hostilidades limitando sus efectos más penosos.⁷⁷

Estos principios son básicamente el de distinción y el de humanidad. El principio de *distinción*⁷⁸ establece que solamente los que participan en las hostilidades (ante la inexistencia, en el marco de los conflictos internos, del estatuto jurídico de combatiente) y los objetivos militares podrán ser objeto de ataques, no pudiendo, por ende, atacarse a la población civil que en todo tiempo y circunstancia deberá ser respetada siempre y cuando no participen directamente en las hostilidades.

⁷⁶ Cf. ib., loc. cit. Cf. también CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos de América). Fondo. Sentencia del 27 de junio de 1986, parágrafo 220.

⁷⁷ Cf. CIJ. Legalidad de la amenaza o el empleo de Armas Nucleares. Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, parágrafos 70-78; TPIY. Fiscal vs. Tadic a/k/a “DULE”, caso n.º IT-94-1-T, Decisión del 2 de octubre de 1995, parágrafo 126; TPIY. Caso Fiscal vs. Martić “RSK”, caso n.º IT-95-11-R61, Decisión del 8 de marzo de 1996, parágrafo 14; CIDH. Informe n.º 55/97 (Argentina), Caso 11.137, Juan Carlos Abella. Informe de fondo del 18 de noviembre de 1997, parágrafo 177.

⁷⁸ Cf. artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, artículos 48 y 51 del Protocolo Adicional I, artículos 4, 13.2 y 14 del Protocolo Adicional II; CIJ. Legalidad del uso o de la amenaza de uso de armas nucleares, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, parágrafo 434. Además, HENCKAERTS, Jean-Marie y Louis DOSWALD-BECK. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, vol. I: *Normas*, normas 1, 6 y 7.

Para entender y poder aplicar a cabalidad este principio es necesario comprender el concepto de “participación directa en las hostilidades”, debido a que de eso dependerá si se es susceptible o no de ser objeto de ataque. A pesar de que los civiles desempeñan un papel cada vez más importante y complejo en los conflictos armados (tanto como víctimas y como perpetradores), determinar cuándo un civil participa directamente en las hostilidades no ha sido del todo resuelto. Ello se debe a que, por un lado, las disposiciones del DIH no ofrecen una definición de este concepto y, por otro, a que no se ha logrado identificar una definición uniforme en la jurisprudencia y doctrina internacionales.

El CICR realizó un estudio que culminó con la adopción, el 26 de febrero de 2009,⁷⁹ de una *Guía de interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades*. Mediante dicha Guía se identifican tres elementos constitutivos de la noción de participación directa en las hostilidades:

- *Umbral del daño*. El acto debe ser tal que afecte negativamente las operaciones o capacidad militar de una de las partes en conflicto o, alternativamente, provoque la muerte, daño o destrucción de objetos o personas protegidas contra ataques directos.
- *Causalidad directa*. Debe existir un vínculo causal directo entre el acto realizado y el daño infligido que se derive ya sea del acto mismo o de una operación militar coordinada de la cual el acto constituya parte integral.
- *Nexo beligerante*. El acto debe haber sido diseñado específicamente para causar de modo directo el umbral del daño requerido en apoyo de una parte en conflicto y en perjuicio de otra.

Asimismo, debe notarse que, incluso durante los conflictos armados, no toda conducta forma parte de las hostilidades. En la práctica, la participación civil en las hostilidades se produce en diversas formas y grados de intensidad y en una amplia variedad de contextos geográficos, culturales, políticos y

⁷⁹ Cf. MELZER, Nils. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010.

militares. Por lo tanto, para determinar si una determinada conducta equivale a una participación directa en las hostilidades, debe prestarse atención a las circunstancias específicas del caso.

Por otro lado, y sin perjuicio del principio de distinción, debe siempre aplicarse a favor de combatientes y no combatientes el principio de *humanidad*,⁸⁰ que consiste en respetar y tratar a todas las personas con humanidad, tanto a los combatientes –a quienes no se les hará padecer sufrimientos innecesarios–, como a los no combatientes –quienes en todo momento deberán ser tratados con humanidad. Es decir, que mientras el principio de distinción separa a los que combaten de los que no; el principio de humanidad los une en una misma protección.

El principio de distinción sintetiza, a su vez, otros principios que regulan los ataques, a saber: el objetivo militar, el principio de proporcionalidad y el principio de necesidad militar. El *objetivo militar* significa que solo se podrá atacar bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar, y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrezcan una ventaja militar definida.⁸¹ El concepto es relativo en sí mismo ya que un bien puede revestir la característica de objetivo militar y luego abandonarla o viceversa. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles (tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela) se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.⁸² Así lo recuerda el Protocolo Adicional I y el TPIY cuando afirman que la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil.⁸³

Además, puede ocurrir que en la planificación de las operaciones militares se detecte que al interior de un grupo de población civil existen objetivos

⁸⁰ Cf. también CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos de América). Fondo. Sentencia del 27 de junio de 1986, parágrafo 242; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 87.

⁸¹ Cf. artículo 52, inciso 2 del Protocolo Adicional I; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 8.

⁸² Cf. artículo 52, inciso 3 del Protocolo Adicional I.

⁸³ Cf. artículo 50, inciso 3 del Protocolo Adicional I; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 5.

militares. Ante estas situaciones, lo que se debe evaluar es la ventaja militar que se obtendría en caso de ataque y los daños colaterales que un eventual ataque podría causar, toda vez que la presencia de objetivos militares y de personas que participan en las hostilidades en un lugar determinado no convierten a este ni a sus pobladores en objetivos lícitos.

En cualquier caso, cuando se atacan objetivos militares debe respetarse además el principio de *proporcionalidad*⁸⁴ que exige que la afectación a bienes y personas civiles sea menor a la ventaja militar que se busca obtener. En efecto, cuando son atacados objetivos militares, las personas civiles y los bienes de carácter civil deben preservarse lo más posible de daños incidentales y estos además no deben ser excesivos con respecto a la directa y concreta ventaja militar esperada de cualquier ataque contra un objetivo militar.⁸⁵

Este principio, a su vez, se encuentra ligado con el principio de *necesidad militar*, que justifica aquellas medidas de violencia militar que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos.⁸⁶ Es decir, que en el transcurso de las operaciones militares solo se deben tomar las medidas necesarias para obtener el objetivo propuesto.⁸⁷

⁸⁴ Cf. VERRI, Pietro. *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 2008, letra P. Complementario como es del principio de distinción, la proporcionalidad lleva a considerar ataques prohibidos, por indiscriminados, aquellos en los que es de prever que se causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil o ambas cosas que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Cf. CIJ. Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, párrafos 36-85; artículos 51 y 57, inciso 2.b del Protocolo Adicional II; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 14.

⁸⁵ Cf. ROGERS, Anthony y Paul MALHERBE. *Derecho al objetivo. Modelo de manual acerca del derecho de los conflictos armados para las fuerzas armadas*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001, p. 22.

⁸⁶ Cf. CIDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párrafos 61 y 65.

⁸⁷ Este principio se encuentra en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868. Figura también en el artículo 23g del Reglamento de La Haya de 1907. Cf. artículos 35, 57.3 y 58 del Protocolo Adicional I; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 8.

Junto con los principios antes enunciados, existen otros que se refieren concretamente a la conducción de hostilidades, derivados sin duda del principio de humanidad. El principio de *limitación*⁸⁸ establece que el derecho a elegir los métodos y medios de combate no es ilimitado, sino que deben atenderse razones humanitarias.⁸⁹ De este mismo principio se deriva el de *prohibición de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios*,⁹⁰ que tiene por finalidad prohibir las armas pensadas para ocasionar efectos innecesarios en relación con el fin de dejar a los enemigos fuera de combate.⁹¹ Otro principio ligado a los anteriores antes enunciados, consiste en la *protección del medio ambiente natural*.⁹² Este principio deriva del carácter limitado de la elección de los métodos de combate por las partes y, partiendo del hecho de que todo conflicto armado daña el medio ambiente natural, se busca impedir que se utilice la destrucción de este como método de combate.⁹³

⁸⁸ Cabe resaltar que fue Grocio en su obra *Del derecho de la guerra y de la paz* de 1625 quien resalta la necesidad de colocar límites al poder destructor de las armas (*temperamenta belli*). Cf. artículo 35.1 del Protocolo Adicional I, art. 22 del Reglamento de La Haya de 1907.

⁸⁹ Cf. SALINAS, Hernán. "Principios del derecho internacional humanitario en materia de conducción de hostilidades". En María Teresa Caffi (comp.). *Uso de la fuerza y derecho internacional humanitario*. Serie de publicaciones especiales, n.º 77. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1995, p. 21.

⁹⁰ Surge del Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 en la cual se plasma la idea de que es suficiente poner al enemigo fuera de combate prohibiendo utilizar armas que agravarían inútilmente el sufrimiento del enemigo. Posteriormente, ha sido recogido en los artículos 22 y 23.e del Reglamento de La Haya de 1907 así como en el artículo 35.2 del Protocolo Adicional I. Este principio es la base de varios tratados sobre prohibición o restricción de medios de guerra como, por ejemplo, la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, el Protocolo sobre prohibiciones no localizables, entre otros. Cf. HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 70.

⁹¹ Cf. ROGERS, Anthony y Paul MALHERBE. Ob. cit., p. 22.

⁹² Cf. artículo 35.3 del Protocolo Adicional I.

⁹³ La degradación del medio ambiente apareció como tema de interés en el ámbito internacional hacia fines de los sesenta, pero el factor detonante para su inclusión en el marco del DIH fue la deforestación a gran escala llevada a cabo durante la guerra de Vietnam como método de combate. Cf. KALSHOVEN, Frits y Liesbeth ZEGVELD. *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario*. 3.ª ed. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001, p. 107.

1.5. EL DIH EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

Si bien los orígenes inmediatos de lo que hoy en día se conoce como DIH están en el siglo XIX, sus antecedentes más remotos se ubican en tiempos ancestrales debido a que el fenómeno de la guerra ha coexistido con el hombre. A lo largo de la historia, se libraron infinidad de enfrentamientos bélicos, unos con más crueldad que otros, por lo que no pasó mucho tiempo para que se lograran reglamentar algunos aspectos en cuanto a la conducción de las hostilidades. Sin embargo, tal como señalan Sassòli y Bouvier,⁹⁴ en algunos casos esta reglamentación no obedecía tanto a un propósito humanitario como a uno puramente táctico o económico, aunque en última instancia lograra también un efecto humanitario. Así, por ejemplo, la prohibición de matar a los prisioneros de guerra, establecida en tiempos de los antiguos romanos, podría tener como objetivo garantizar la disponibilidad de futuros esclavos antes que respetar la vida de estos combatientes capturados.

La regulación sobre la guerra tiene larga data. Ya en la época de los sumerios se señalaba que la guerra era un estado gobernado por la ley, y se exigía una declaratoria para su inicio así como un acuerdo de paz que le pusiera término. En Babilonia, en tiempos del rey Hammurabi (1728-1686 a. C.), se garantizaba la protección de los más débiles; los hititas garantizaban el respeto a la población civil del enemigo y, al igual que los sumerios, exigían una declaratoria de guerra para el inicio de esta y un acuerdo de paz para concluirla. Así, en el año 1269 a. C., firmaron un acuerdo de paz con los egipcios mediante el que daban fin a la guerra entre estos pueblos. En Persia, Ciro I (700 a. C.) ordenó que los heridos de guerra del enemigo fuesen tratados como sus propios soldados heridos; y en la India destaca la Ley de Manú (400 a. C.), documento avanzado para su época que prohíbe el uso de ciertas armas envenenadas, prohíbe atacar al adversario rendido y establece algunas disposiciones para la protección de los bienes del enemigo, entre otros.⁹⁵

⁹⁴ Cf. SASSÒLI, Marco y Antoine BOUVIER. Ob. cit., p. 127.

⁹⁵ Cf. GREENWOOD, Christopher. "Historical Development and Legal Basis". En FLECK, Dieter (ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press, 1995. pp. 12-13.

Cabe destacar que estos hechos no solo reflejan la antigüedad y generalidad de estas normas, sino que cuestionan el supuesto carácter eurocéntrico del DIH. En efecto, estos antecedentes, entre otros, demuestran que aunque las normas modernas de DIH no son universales en cuanto a su nacimiento (ya que su codificación y adopción, sobre todo por las potencias europeas, es posterior), son universales por naturaleza, toda vez que los principios que han sido codificados pueden encontrarse en sistemas no europeos⁹⁶ como los antes señalados.

Ahora bien, a lo largo del desarrollo del DIH, distintas teorías religiosas y pensamientos filosóficos van a influir en su formación. En este sentido, se pueden observar, como sostiene Draper,⁹⁷ corrientes nuevas como las de Grocio que alertan acerca de que la guerra justa no dependía solo del deber de observar las normas de la guerra y, en su libro *De iure belli ac pacis* (1625), parece anunciar el enfoque humanitario del Derecho de la guerra al señalar que: “[...] en cuanto las armas hablan, no hay ya respeto alguno del Derecho, divino o humano. Todo ocurre como si, en virtud de un decreto general, la furia públicamente desenfrenada permitiera todos los crímenes”. Más adelante, Rousseau retoma esta idea en su *Contrato social* (1725), en el que señalaba que “la guerra no es en modo alguno una relación de hombre a hombre, sino una relación de Estado a Estado en la que los individuos solo son enemigos accidentalmente”, por lo que, “como la finalidad de la guerra es la destrucción del Estado enemigo, se tiene derecho a matar a los defensores siempre que tengan las armas en la mano; pero, en cuanto las deponen y se rinden, dejan de ser enemigos y vuelven a ser simplemente hombres, y ya no se tiene derecho sobre sus vidas”.⁹⁸ Sin embargo, no es en estas ideas que reside el principio humanitario que inspira las normas modernas de DIH, ya que para Grocio el fundamento de su teoría provenía de sus creencias religiosas; mientras que para Rousseau provenía de la razón más que de la compasión.

⁹⁶ Cf. SASSÒLI, Marco y Antoine BOUVIER. Ob. cit., p. 128.

⁹⁷ Cf. DRAPER, G. I. A. D. “Orígenes y aparición del derecho humanitario”. En *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*. Madrid: Instituto Henry Dunant / Tecnos / UNESCO, 1990, pp. 81-83.

⁹⁸ DRAPER, G. I. A. D. Ob. cit., p. 82.

En efecto, serán los distintos acontecimientos ocurridos en el siglo XIX los que darán lugar al DIH tal como se le conoce en la actualidad. Por una parte, los horrores de la batalla de Solferino (1859) llevarán al banquero suizo Henry Dunant a proponer en su obra *Recuerdo de Solferino* la adopción de dos medidas para aliviar el sufrimiento de quienes se enfrentan en batalla. En primer lugar, la fundación en cada país de sociedades privadas de socorro cuya finalidad sería colaborar con los servicios sanitarios militares (y que constituye los orígenes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja), y, en segundo lugar, la aprobación de un tratado para facilitar el trabajo de esas organizaciones y garantizar que los heridos reciban un tratamiento apropiado.⁹⁹

Precisamente esta última propuesta, apoyada por el Gobierno suizo que convoca a los Estados a participar en una Conferencia, dará lugar a la adopción del primer tratado de DIH en 1864, el Convenio para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña, y con ello el nacimiento del llamado Derecho de Ginebra que busca proteger a las víctimas de los conflictos armados.

Por otro lado, en 1868 se promulga la Declaración de San Petersburgo que prohíbe el uso de ciertos proyectiles, dando origen al Derecho de La Haya que limita el uso de ciertos métodos y medios de combate. Este esfuerzo codificador va a continuar, y en 1899 y 1907 se celebran las Conferencias de Paz de La Haya en las que se elaboraron un total de diecisiete convenios limitando la utilización de ciertos métodos y medios de combate. Así, en 1899, se aprueba el Convenio II relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y su anexo (Reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre), donde se señala que las partes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios de combate¹⁰⁰ y se recoge la llamada cláusula Martens; y en 1907 se aprueban, entre otros instrumentos, el Convenio IV relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, el Convenio VIII sobre colocación de minas submarinas automáticas de contacto y el Convenio IX relativo al bombardeo por fuerzas navales en tiempos de guerra, convirtiéndose la

⁹⁹ Cf. KALSHOVEN, Frits y Liesbeth ZEGVELD. Ob. cit., p. 30.

¹⁰⁰ Cf. artículo 22.- Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo.

guerra marítima en un punto de interés fundamental de esta Conferencia. En materia de guerra aérea, por su parte, se adoptó en 1899 la Declaración IV relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde lo alto de globos o medios análogos, la cual se sustituye en 1907 por la Declaración XIV relativa al lanzamiento de proyectiles y explosivos desde lo alto de globos.¹⁰¹

Otro factor importante en el desarrollo del DIH son las ya señaladas *Instrucciones para la conducción de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña*,¹⁰² también conocidas como Código Lieber. Este código, a pesar de ser una norma interna, tuvo una influencia enorme por su contenido, que va desde normas que restringen el uso de ciertos métodos y medios de combate (la sección I se refiere a la jurisdicción militar y prohíbe la perfidia y el uso de armas envenenadas) hasta normas que buscan proteger a las víctimas de los conflictos armados (la sección II se refiere a la propiedad pública y privada del enemigo; protección de personas y especialmente de mujeres, de la religión, las artes y las ciencias) recogiendo el principio de necesidad militar.

Este movimiento codificador continuó durante el siglo XX, en el que sus dos guerras mundiales dieron lugar a la adopción de numerosos tratados que se complementan entre sí. De esta manera, no solo se ampliaron las categorías de víctimas a quienes debía protegerse y se señalaron mayores límites a los métodos y medios de combate, sino que además se establecieron mecanismos para determinar la responsabilidad de quienes transgredan las normas del DIH.

Ciertamente, las Conferencias de Paz de fines del siglo XIX e inicios del XX no pudieron evitar el desencadenamiento de la Primera Guerra Mundial. Los enfrentamientos producidos entre 1914 y 1918 pusieron de manifiesto las múltiples deficiencias del DIH,¹⁰³ en respuesta a lo cual se incrementaron

¹⁰¹ Sin perjuicio de las dos Declaraciones citadas, los anexos de las Convenciones de La Haya II y IV de 1899 y 1907, respectivamente, hacen también una breve referencia a la guerra aérea. En los artículos 29 y 53 la referencia es explícita, y en los artículos 25 al 27, esta es implícita.

¹⁰² Para un mayor desarrollo de este tema, cf. CARNAHAN, Burrus. "Lincoln, Lieber and the Law of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity". *American Journal International Law*, vol. 92, n.º 2, 1998, pp. 213-231.

¹⁰³ Cf. DRAPER, G. I. A. D. Ob. cit., p. 90.

las normas sobre la materia adoptándose el Protocolo sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, en 1925, y los Convenios de Ginebra relativos al trato de prisioneros de guerra y para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña de 1929. Sin embargo, las Reglas sobre la Guerra Aérea elaboradas en La Haya (1923) fracasaron al no ser aprobadas con carácter vinculante.

No obstante, solo diez años después de la adopción de esta última regulación, estalló nuevamente una segunda conflagración bélica de resultados nefastos e insospechados. La Segunda Guerra Mundial (1939-1945) trajo consigo serios cuestionamientos sobre la conducta de las partes durante las hostilidades que produjo casi inmediatamente una respuesta de la comunidad internacional. Esta vez no solo se adoptaron nuevos tratados con el fin de mejorar y complementar las normas existentes, sino que se establecieron mecanismos de represión criminalizando las conductas que trasgredían las normas humanitarias.

Es así que en 1949 se adoptan en Ginebra cuatro Convenios para proteger a distintas víctimas de los conflictos armados: Convenio I para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), Convenio II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III) y Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (Convenio IV). Adicionalmente, se instalaron los tribunales de Núremberg y Tokio para sancionar a quienes habían violado el *ius in bello* entonces vigente.

Otra consecuencia importante para el avance del DIH tras la Segunda Guerra Mundial es la formación de la Organización de las Naciones Unidas. Si bien en un principio esta entidad no se interesó por regular los conflictos armados, estos irían cobrando un rol cada vez más importante por los acontecimientos que continuaron sucediéndose a nivel internacional. Esta organización va a tratar temas como el respeto de los derechos humanos en el marco de los conflictos armados, la instauración de mecanismos internacionales para sancionar estas violaciones, llegando inclusive a auspiciar tratados para limitar ciertos medios y métodos de

combate. Todo este marco jurídico es el que se va a conocer luego como el Derecho de Nueva York.

Los Convenios de Ginebra regularon dos temas que concitaron el mayor interés y suponían una ventaja respecto de sus predecesores.¹⁰⁴ Por un lado, incluyeron entre sus disposiciones un artículo 3 común aplicable en caso de conflictos armados que no sean de índole internacional y, por otro lado, introdujeron disposiciones que requieren que los Estados partes adopten medidas penales, disciplinarias y de procedimiento para sancionar las infracciones y otras violaciones de los Convenios.

Posteriormente, ambos aspectos van a ser tratados en forma más detallada con la adopción, en 1977, de los dos Protocolos Adicionales a estos cuatro Convenios de Ginebra, los cuales no solo completan y desarrollan las normas antes mencionadas, sino que van a significar también la unión de normas sobre limitación de medios y métodos de combate (Derecho de La Haya) y normas sobre protección de las víctimas de los conflictos armados (Derecho de Ginebra).

No podemos cerrar este punto sin señalar que este esfuerzo codificador no es un proceso culminado, sino que, hasta la fecha, sigue teniendo en cuenta la naturaleza de los distintos conflictos y el avance armamentístico. En ese sentido, uno de los avances más notables es el Estatuto de Roma, que establece la CPI, adoptado por los Estados y que crea una jurisdicción internacional aplicable, entre otros crímenes, a los crímenes de guerra cometidos tanto en caso de conflicto armado internacional como de conflicto armado no internacional, e incluso comprendiendo las formas más contemporáneas de violencia como los conflictos desestructurados.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Cf. *ib.*, p. 32.

¹⁰⁵ Para un estudio más profundo sobre este tema cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (coord.). *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000 y, en el ámbito latinoamericano, SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Instituto de Estudios Internacionales, 2001b.

1.6. EL DERECHO DE LA HAYA, DERECHO DE GINEBRA Y DERECHO DE NUEVA YORK COMO DESARROLLO DEL DERECHO APLICABLE EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

A lo largo del desarrollo histórico del DIH, hemos podido observar la aparición de una serie de normas que comprenden temas que han concitado el interés de la comunidad internacional ante el desencadenamiento de un conflicto armado. Por un lado, están aquellas normas que buscan proteger a las víctimas de los conflictos armados conocidas como Derecho de Ginebra. Esta rama del DIH alcanza su mayor desarrollo tras la Segunda Guerra Mundial con la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977.¹⁰⁶ No obstante, se origina en el siglo XIX con la celebración en 1864 del Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña, que recoge el principio de no discriminación en la protección de los heridos. Estas disposiciones se reiteran en 1899 para los heridos, enfermos y náufragos del mar y, posteriormente, ante los horrores de la Primera Guerra Mundial, los Estados adoptaron un nuevo Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña en 1929.

Por otro lado, están las normas que buscan limitar el uso de ciertos métodos y medios de combate denominadas comúnmente Derecho de La Haya. Esta rama del DIH se encuentra compuesta por las normas que limitan los distintos métodos y medios de combate. Los primeros comprenden

¹⁰⁶ Más recientemente, fue adoptado el Protocolo III a los Convenios de Ginebra durante una Conferencia Diplomática que tuvo lugar en Ginebra, del 5 al 8 de diciembre de 2005, mediante el cual se reafirman y completan las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos Adicionales, relativas a los signos distintivos, a saber la cruz roja, la media luna roja y el león y sol rojos. Con la finalidad de superar las críticas recaídas en los mencionados símbolos por afirmarse que contienen connotaciones políticas o religiosas que dificultan una verdadera neutralidad, este instrumento reconoce un emblema adicional, compuesto de un marco rojo cuadrado sobre fondo blanco, colocado sobre uno de sus vértices y que, por lo general, se denomina el cristal rojo. Con ello, antes que reemplazar los signos distintos existentes anteriormente, se busca ofrecer una alternativa más universal.

las distintas formas de cómo se pueden conducir las hostilidades (así, por ejemplo, se prohíbe el terror como método de combate o las represalias contra las personas protegidas); mientras que los medios se refieren a los instrumentos que se utilizarán (por ejemplo, balas dum dum, armas incendiarias, entre otras). Este Derecho parte del principio fundamental de que las partes no tienen un derecho ilimitado para escoger los métodos y medios de hacer la guerra.¹⁰⁷ Con ello se busca evitar sufrimientos innecesarios y males superfluos dado que el objetivo durante las hostilidades consiste en debilitar las fuerzas del enemigo, lo que, a su vez, constituye norma fundamental desde los inicios de la regulación de este tema.¹⁰⁸

Finalmente, se encuentran aquellas normas que se orientan a la adopción de mecanismos efectivos para sancionar el incumplimiento de las normas del DIH conocidas como Derecho de Nueva York. Esta última corriente comprende además algunas otras normas que restringen el uso de ciertos métodos y medios de combate adoptadas bajo los auspicios de Naciones Unidas. En ese sentido, su objetivo es la realización, aplicación y puesta en conformidad de los comportamientos individuales y colectivos con las normas del DIH. A diferencia de las otras vertientes, donde fueron principalmente los esfuerzos del CICR los que permitieron su desarrollo, en esta, Naciones Unidas desempeña un papel fundamental, toda vez que es bajo sus auspicios que se van a elaborar una serie de normas en la materia.¹⁰⁹

Si bien en un inicio cada una de estas vertientes obedecía a tratados particulares que contenían disposiciones específicas sobre cada uno de estos temas, hoy en día la línea que divide estas distintas vertientes del DIH ha sido erosionada. En efecto, ya en 1977 con la adopción de los Protocolos Adicionales se puede observar que el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya son recogidos

¹⁰⁷ Cf. artículo 35.1 del Protocolo Adicional I.

¹⁰⁸ Cf. Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y artículo 35.2 del Protocolo Adicional I.

¹⁰⁹ Cabe destacar que, si bien en sus inicios Naciones Unidas no se había interesado en regular los conflictos armados por considerar que ello sería contradictorio con el principio de prohibición de uso de la fuerza plasmado en su Carta, el interés por mantener la paz y respetar los derechos humanos, así como por los conflictos que siguieron suscitándose, la llevaron a prestar mayor atención al DIH.

en un mismo texto.¹¹⁰ Pero el punto culminante se alcanzará con el Estatuto de la CPI que pone de manifiesto de manera más clara la convergencia no solo del Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya, sino también el Derecho de Nueva York al instalar un mecanismo de represión internacional.

1.7. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El DIH y el DIDH constituyen dos ramas de una misma vertiente, a saber, el Derecho internacional público, las cuales si bien tienen orígenes distintos, hoy en día se encuentran íntimamente vinculadas. Ambas ramas tienen como denominador común el principio de humanidad, toda vez que es sobre la base de este que se erige la protección de la dignidad del ser humano y se reconocen los derechos que le asisten en los tratados en materia de DIDH;¹¹¹ y, en el marco del DIH, sirve de inspiración para su desarrollo normativo encontrándose recogido en la cláusula Martens que, como señala Meron,¹¹² tiende un puente entre este y el DIDH. Así lo ha entendido la jurisprudencia más reciente del Tribunal para la ex-Yugoslavia al señalar que:

La esencia de todo el *corpus* del derecho internacional humanitario, así como de los derechos humanos descansa en la protección de la dignidad humana de toda persona, cualquiera sea su género. El principio general de respeto a la dignidad humana [...] es la principal *raison d'être* del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.¹¹³

¹¹⁰ Incluso la CIJ hace notar que la división de estas dos ramas resultaba más bien artificial y que son dos expresiones de un solo derecho al señalar: “Estas dos ramas del Derecho aplicable en conflictos armados mantienen una relación tan estrecha que se considera que gradualmente han formado un solo sistema complejo, conocido hoy como DIH”. CIJ. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, parágrafo 75.

¹¹¹ Cf. GASSER, Hans-Peter. “Humanitarian Law and Human Rights Law”. *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, p. 155.

¹¹² Cf. MERON, Theodor. “The Protection of the Human Person under Human Rights Law and Humanitarian Law”. *Bulletin of Human Rights* 91/1, 1992, pp. 36-37.

¹¹³ TPIY. Fiscal vs. Furundzija, caso n.º IT-95-17/I-T, Sentencia del 10 de diciembre de 1998, parágrafo 183.

Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que el desarrollo de ambos cuerpos normativos no se encontró relacionado, sino hasta 1968, con la declaración de Teherán. En efecto, aunque los instrumentos en materia de DIDH posteriores a la Carta de Naciones Unidas se adoptan en forma casi paralela a los tratados de DIH para la protección de las víctimas de los conflictos armados, no existía mayor conexión entre ambos procesos. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dejó de lado la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado; mientras que los Convenios de Ginebra de 1949 tampoco abordaron los derechos humanos.¹¹⁴

En ese sentido, existen una serie de divergencias entre ambas ramas que responden a las diferentes aproximaciones que tienen a la protección del ser humano. Por una parte, el DIDH está relacionado con el goce de los derechos del ser humano, su promoción y protección general; y, por otro lado, el DIH está pensado para situaciones excepcionales de conflicto armado que ameritan atender, por ejemplo, la regulación de medios y métodos de combate para evitar sufrimientos innecesarios o dictar normas específicas para el caso de ocupación territorial.

En cualquier caso, si bien cada uno de ellos sirve a un propósito distinto en materia de protección del ser humano, existirá también cierto grado de convergencia, lo cual se tratará a continuación.

1.7.1. CONVERGENCIAS ENTRE EL DIH Y EL DIDH

Tradicionalmente, se suele afirmar que las normas del DIDH se aplican en tiempos de paz y las de DIH en situaciones de conflicto armado. No obstante, lo cierto es que, por una parte, algunas disposiciones del DIH, aquellas que requieren su difusión e implementación, son de aplicación en tiempos de paz y, por otra parte, existen disposiciones de DIDH que no se pueden suspender ni siquiera en situaciones de conflicto armado. De

¹¹⁴ Cf. KOLB, Robert. “Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos: reseña histórica de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y de los Convenios de Ginebra (1949)”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 23, n.º 147, año XXIII, 1998, pp. 444-448.

este modo, frente a una posición tradicional que postula la exclusión o paralelismo entre el DIH y el DIDH, hoy no cabe duda de que la relación entre ellas es más bien de complementariedad.

En efecto, las disposiciones no derogables de derechos humanos, recogidas en los diversos tratados y que conforman el núcleo duro de estos derechos, no pueden ser materia de suspensión. Por su parte, el contenido del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra aplicable en todo conflicto armado garantiza la protección de derechos que convergen con las normas del núcleo duro de derechos humanos, como señala Carrillo Salcedo:

[...] el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra expresa un mínimo jurídico basado en consideraciones elementales de humanidad, [...] la más importante aportación de dichas Convenciones a la evolución del Derecho internacional estriba en la afirmación de la existencia de un núcleo duro de derechos fundamentales que los Estados tienen la obligación de respetar en toda circunstancia.¹¹⁵

Por otro lado, el reconocimiento de garantías fundamentales en los Protocolos Adicionales de 1977, sobre todo el artículo 75 del Protocolo Adicional I, marca también un punto de convergencia, toda vez que se reconocen las garantías mínimas de las que gozan las personas en términos casi idénticos a los de los tratados en materia de DIDH.¹¹⁶

De esta manera, se produce una coincidencia en cuanto al ámbito material de aplicación de las normas del DIH y DIDH, sin desconocer que, en atención a las necesidades generadas por el conflicto armado, determinados derechos recibirán atención especial por el DIH, a través de una regulación más detallada y precisa (por ejemplo, los derechos a favor del niño). Así, se garantiza la complementariedad entre ambas ramas ampliándose el margen de protección en beneficio de la persona humana.

Asimismo, el que ambas ramas posean raíces históricas y doctrinales distintas no ha impedido que compartan ciertos principios elementales.

¹¹⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, p. 63.

¹¹⁶ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2001, p. 221.

Pictet, por ejemplo, logra identificar tres, a saber: a) *inviolabilidad*, que se refiere a los atributos inseparables de la persona (vida e integridad física y psíquica); b) *no discriminación*, que significa que todos deberán ser tratados sin distinción desfavorable de ningún tipo; y c) *seguridad*, alude a la seguridad personal, por lo que se adoptan medidas de salvaguardia (como, por ejemplo, garantías judiciales).¹¹⁷

En el ámbito normativo, encontramos también muestras claras de esta dinámica relación. Bajo los auspicios de Naciones Unidas, se han emitido una serie de resoluciones en materia de derechos humanos y DIH, siendo la más importante la Resolución XXIII que trata sobre los derechos humanos en conflictos armados, adoptada en Teherán el 12 de mayo de 1968. Asimismo, el CICR ha adoptado disposiciones referidas a derechos humanos como la Resolución XIV sobre tortura adoptada por la XXIII Conferencia de 1977 y la Resolución II sobre desapariciones forzadas adoptada en la XXIV Conferencia de 1981.¹¹⁸ De igual modo, los derechos humanos han influido notoriamente en la formación de las normas consuetudinarias del DIH,¹¹⁹ lo cual ha dotado de un fuerte sustento moral a las normas humanitarias.

En el plano hermenéutico, los instrumentos de DIH revisten un carácter especial dado que tienen por objetivo proteger al individuo, lo cual trae consigo consecuencias directas en materia de interpretación y aplicación. Por lo que los criterios que regulan la interpretación de ambos sistemas jurídicos van más allá del principio de buena fe y los demás recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, siendo aplicables criterios de interpretación *pro homine* y dinámicos que permitan una aplicación acorde con la naturaleza de estos tratados.

Por otro lado, los mecanismos de aplicación y supervisión del DIDH han estimulado su complementariedad con el DIH, contribuyendo de este modo a llenar el vacío existente en cuanto a organismos de control

¹¹⁷ Cf. PICTET, Jean. *Développement et principes du droit international humanitaire*, pp. 78-83.

¹¹⁸ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio., Ob. cit., pp. 219-220.

¹¹⁹ Cf. MERON, Theodor. "International Law in the Age of Human Rights". En *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2003*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004, p. 26.

del DIH. Ciertamente, el DIDH cuenta con un sistema de peticiones individuales ante órganos internacionales, además de los informes que se presentan ante órganos de supervisión creados por los tratados de derechos humanos. Por su parte, para el cumplimiento del DIH, se cuenta con órganos de control como la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, la figura de la Potencia protectora o los propios Estados. Como consecuencia de la inaplicación práctica de estos dos primeros mecanismos, recae finalmente en los órganos del propio Estado el control del cumplimiento de las normas del DIH, tarea que con no poca frecuencia se incumple dadas las dificultades intrínsecas que presenta. La creación de tribunales ad hoc y de una Corte Penal Internacional que cuente con facultades para sancionar, entre otras cosas, a los individuos que cometan crímenes de guerra, representa la respuesta de la comunidad internacional ante este vacío.

En cualquier caso, conviene anotar que hoy en día algunos órganos creados para vigilar el cumplimiento de las normas del DIDH se han ocupado también de problemas humanitarios a partir de casos concretos que se han encargado de dotar de una orientación pro derechos humanos a la aplicación práctica del DIH¹²⁰ (entre otros, *La Tablada* ante la Comisión Interamericana de derechos humanos;¹²¹ y los casos *Las Palmeras vs. Colombia*,¹²² *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*,¹²³ *Masacres de Ituango*

¹²⁰ Al respecto, cf. MOIR, Lindsey. “Decommissioned? International Humanitarian Law and Inter-American Human Rights System”. *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n.º 1, 2003, pp. 182-213. También cf. MERON, Theodor. “The Humanization of Humanitarian Law”, pp. 270-273.

¹²¹ Cf. CIDH. Informe n.º 55/97 (Argentina), Caso 11.137, Juan Carlos Abella. Informe de fondo del 18 de noviembre de 1997, parágrafo 16 y ss.

¹²² Cf. Corte IDH. Caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 4 de febrero de 2000. Serie C N.º 67, párrafos 32-33.

¹²³ Cf. Corte IDH. Caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134, párrafos 114, 153, 172-179 y 238.

vs. Colombia,¹²⁴ Masacre de La Rochela vs. Colombia¹²⁵ y Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala,¹²⁶ entre otros, resueltos por la Corte Interamericana de derechos humanos; progresivamente, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene pronunciándose sobre la protección de las personas frente a la violencia de los conflictos armados, tal como se desprende del caso Varnava y otros vs. Turquía,¹²⁷ Al-Jedda vs. Reino Unido¹²⁸ y Janowiec y otros vs. Rusia¹²⁹).

La creciente convergencia del DIH y el DIDH responde en parte al proceso de humanización que caracteriza al Derecho internacional contemporáneo. Aunque una completa humanización del conflicto supondría quizá la inexistencia de este, es indudable que cada vez más la normatividad, aplicación y supervisión del DIH presenta rasgos más humanos. En efecto, mientras que solo tres de las quince disposiciones de la Convención de La Haya de 1907 se refieren a la integridad física, y las restantes a la protección de la propiedad, normas más avanzadas del DIH obligan al Estado a asumir la responsabilidad activa para asegurar el bienestar de la población que se encuentra bajo su control.¹³⁰

¹²⁴ Cf. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2006 Serie C N.º 148, parágrafo 179 y ss.

¹²⁵ Cf. Corte IDH. Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Serie C N.º 163, parágrafo 303.

¹²⁶ Cf. Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C N.º 211, parágrafo 191.

¹²⁷ Cf. TEDH. Caso Varnava y otros vs. Turquía. Sentencia del 18 de septiembre de 2009, parágrafo 185.

¹²⁸ Cf. TEDH. Caso Al-Jedda vs. Reino Unido. Sentencia del 7 de julio de 2011, parágrafo 107.

¹²⁹ Cf. TEDH. Caso Janowiec y otros vs. Rusia. Sentencia del 16 de abril de 2012, párrafos 139-142.

¹³⁰ Por ejemplo, el artículo 55 del Convenio IV de Ginebra y el artículo 69.1 del Protocolo Adicional I obligan al Estado a abastecer de bienes esenciales a la población que se encuentra en su poder, lo cual incluye víveres, productos médicos, ropa de vestir, entre otros.

Irónicamente, la excesiva humanización de la guerra puede generar ciertas consecuencias indeseables, por ejemplo, en su duración o en la legitimidad de las normas del DIH. En relación con lo primero, en ciertas ocasiones, hacer la guerra más humana puede contribuir a la aceptación e incluso la prolongación desmedida del conflicto. Precisamente, en el Código Lieber parece partirse de esta idea cuando se afirma que el hecho de que las guerras sean llevadas a cabo con gran vigorosidad puede resultar beneficioso para la humanidad, puesto que las guerras más mordaces suelen ser más breves.¹³¹ No obstante, es necesario relativizar esta afirmación pues, como advierte Meron, ello supondría que la destrucción sea tan masiva, indiscriminada y sangrienta como para convertirse en política y moralmente inaceptable.¹³² Por otro lado, la humanización excesiva de las normas del DIH puede sobrepasar los límites aceptables por las fuerzas y grupos armados en conflicto, socavar la credibilidad de sus reglas y provocar con ello su resistencia a cumplirlas. Muestra de ello se encuentra en el preámbulo del IV Convenio de La Haya, en el cual se afirma el “deseo de disminuir los males de la guerra, en cuanto lo permitan las necesidades militares”.¹³³ De este modo, la humanización debe ser tal que resulte compatible con la realidad de los conflictos armados.

En todo caso, una mayor sensibilización sobre la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados y una mayor exigencia de transparencia y de responsabilización (*accountability*) en las operaciones militares pueden propiciar una mejor protección de ciertos derechos en el DIH. Quedará por ver cómo ambas ramas del Derecho, que no fueron concebidas originalmente para estar en contacto tan estrecho, podrán convivir en armonía en el marco más amplio del Derecho internacional. Pero algo está muy claro, y es que no hay retroceso posible a una separación completa de ambos Derechos.

¹³¹ Textualmente, se dispone en el apartado 29 del Código Lieber lo siguiente: “The more vigorously wars are pursued, the better it is for humanity. Sharp wars are brief”.

¹³² Cf. MERON, Theodor. “The Protection of the Human Person under Human Rights Law and Humanitarian Law”, pp. 36-37.

¹³³ Párrafo 5 del preámbulo del Convenio IV de la Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre del 18 de octubre de 1907.

1.7.2. DIVERGENCIAS ENTRE EL DIH Y EL DIDH

Las divergencias se ubican, principalmente, en las condiciones de aplicación de ambas vertientes.

Así, en cuanto a su objetivo,¹³⁴ el propósito del DIDH es garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos sociales, políticos, económicos y personales, por lo que constituiría un derecho “promocional” de la persona humana. En cambio, el DIH sigue siendo una normativa de protección que tiene como fin supremo posibilitar que un ser humano se ampare contra las violaciones o graves amenazas derivadas del conflicto armado, por lo que se trata de un derecho de excepción. En tal sentido, este sistema busca “preservar” a la persona humana más que proporcionarle mejores condiciones de vida.

Por otro lado, el DIDH admite restricciones, mientras que el DIH no admite restricciones ni suspensiones.¹³⁵ En efecto, los instrumentos de derechos humanos se encuentran sujetos a una serie de derogaciones o suspensiones frente a determinados supuestos excepcionales; mientras que el DIH adoptado para regir conflictos armados no se encuentra sujeto a suspensión ni derogación alguna, excepto en los casos limitados previstos en el artículo 5 del Convenio IV y el artículo 45.3 del Protocolo Adicional I (referidos a la comunicación de personas que han tomado parte en las hostilidades, pero que no tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra).

Otro de los aspectos que marca diferencia entre ambos sistemas jurídicos radica en el órgano garante de cada uno de ellos. Así, mientras que el DIDH recibe el respaldo de Naciones Unidas (además del apoyo de organizaciones regionales); el DIH es apoyado y promovido fundamentalmente por el

¹³⁴ Cf. SWINARSKI, Christophe. “Las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”. En *Estudios básicos de derechos humanos II*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, pp. 177-178.

¹³⁵ No obstante, el mayor problema del DIH radica en la negativa de los Estados a aplicarlos por considerar que no se ha producido una situación de conflicto en los términos de los tratados, con lo que se soslaya el principio de no admitir suspensiones o derogaciones de estas normas.

CICR. No obstante, como señala Meron,¹³⁶ una separación tan estricta en este punto sería artificial, toda vez que existen esfuerzos compartidos para maximizar la protección efectiva del ser humano; así, por ejemplo, Naciones Unidas ha trabajado para garantizar la protección de los derechos humanos apoyándose en las normas del DIH en los territorios bajo ocupación israelí, afgana, entre otras.

Finalmente, y en relación con lo anterior, se puede observar que el DIH ha tenido un desarrollo universal; mientras que el DIDH ha tenido un desarrollo universal y regional debido a los órganos de aplicación con que cuenta esta última rama. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que los órganos regionales se pronuncien también respecto al respeto del DIH.

¹³⁶ Cf. MERON, Theodor. ““The Protection of the Human Person under Human Rights Law and Humanitarian Law”, p. 40.

CAPÍTULO 2

EL CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

La regulación mayor de las normas del DIH se dirige al conflicto armado internacional (CAI). Si bien hoy esta atención particular no parece reflejar más la realidad de la violencia, lo cierto es que al momento de elaborarse, por ejemplo, los Convenios de Ginebra, la mayoría de conflictos había sido básicamente interestatal. Esto, aunado a la escasa voluntad política de permitir la regulación internacional de asuntos considerados internos, explica la profusa normatividad del CAI.

Para su estudio comenzaremos con la definición de los ámbitos de aplicación material, personal, temporal y espacial de las disposiciones del DIH. Luego se analizará el Derecho aplicable al CAI para posteriormente tratar las consecuencias del incumplimiento de las normas del DIH, es decir, los aspectos sancionadores o punitivos de este Derecho y concluir con la relación que estas normas guardan con el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

2.1. LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL DIH: *RATIONE MATERIAE, PERSONAE, TEMPORIS Y LOCI*

2.1.1. *RATIONE MATERIAE*: LA NOCIÓN DE CAI

Tanto el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra como el artículo 1 del Protocolo Adicional I establecen los tres supuestos del CAI. Si bien en 1949 los Estados solo se encontraban dispuestos a incluir en tal noción el enfrentamiento entre pares, es decir, entre sujetos estatales, en 1977 la irrupción a la vida independiente de un gran número de Estados descolonizados determinó que también la lucha de los pueblos por su libre determinación fuera considerada un CAI.

Dos factores influyeron decididamente en esta inclusión. El primero tiene que ver con la fuerza del principio que lo sustenta, el principio de la libre determinación de los pueblos, que ya había sido expresado en la Resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960 que contiene la “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales” y en la Resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970 que recoge la “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas” que cristalizaron prontamente no solo dicho principio, sino consensos en torno a su carácter imperativo.¹ Lo que se produce en un proceso de descolonización es ciertamente el enfrentamiento entre dos naciones distintas dentro de las que la estatalidad de una impide ese carácter en la otra. El segundo factor es de orden más pragmático: hacia 1977, quedaban muy pocos territorios sometidos a colonización, por lo que el viejo y muy realista temor de Churchill en el sentido de que “no habían ganado una guerra para perder un imperio”² no significaba más un freno a la inclusión de la lucha por la descolonización como uno de los supuestos del CAI.³

En cualquier caso, debe enfatizarse que el verdadero criterio identificador de los CAI es la calidad de los sujetos que se enfrentan más que el ámbito territorial de este (es decir, si se lleva a cabo en un solo territorio o en más de uno) o su prolongación en el tiempo o el número de bajas y daños que genere.

¹ En este sentido, cf. CASSESE, Antonio. “Self-determination Revisited”. En *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1994, vol. 1, pp. 229-240; cf. también CASSESE, Antonio. “Self-determination of Peoples and the Recent Break-Up of USSR and Yugoslavia”. En Ronald St. John Macdonald (ed.). *Essays in Honour of Wang Tieya*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 131-144.

² Citado por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El derecho internacional en perspectiva histórica*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 91.

³ De hecho, tras su inclusión en 1977, solo se van a verificar algunos casos relevantes como los de Djibouti (1977) o Namibia (1990).

De esta manera, de acuerdo con el DIH, son tres las situaciones a las que debe aplicarse el régimen jurídico del CAI:

- El enfrentamiento entre dos o más Estados (ya sea que se haya declarado la guerra o incluso cuando esta no se reconozca).
- Los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque no se encuentre resistencia militar.
- La lucha de un pueblo contra la dominación colonial y/o la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación.

2.1.2. *RATIONE PERSONAE*: LOS SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LAS NORMAS DEL DIH

Las normas del CAI se encuentran dirigidas básicamente a los Estados o Movimientos de Liberación Nacional (MLN), en el marco de un conflicto contra una dominación colonial, racista o extranjera. Los Estados no son solo los principales actores de un conflicto internacional, sino que además han concurrido con su consentimiento (en el caso de las normas convencionales) y con su práctica o anuencia (en el caso de las normas consuetudinarias) a la configuración del régimen aplicable. En este sentido, los Estados son los destinatarios principales de las disposiciones del DIH, se encuentran obligados por ellas e incurrirán en responsabilidad internacional por el incumplimiento de estas. Los MLN que ejercen el derecho a la libre determinación, por su parte, si bien no han suscrito estas disposiciones (anteriores en varios casos a su propia existencia), deben también cumplir con el DIH en la medida que el ámbito subjetivo de aquellas los involucra directamente. En la práctica, además, tienden a invocarlo y cumplirlo, aunque esto último con diferentes intensidades.

No obstante, en el marco de un CAI puede concurrir también la presencia de organizaciones internacionales u otros actores internacionales, que bien realizan tareas de interposición (como, por ejemplo, las Fuerzas de Paz de Naciones Unidas), labores de asistencia humanitaria (como, por

ejemplo, el CICR) o labores de seguridad (como las empresas militares o de seguridad privada). Resulta necesario, en especial en el primer caso, que también estas organizaciones se encuentren comprometidas con las normas del DIH. En este sentido, Naciones Unidas suscribió un compromiso por el que los componentes de los Cascos Azules y la propia organización, en última instancia, se obligan a respetar las normas del DIH sin importar el contexto del conflicto en el que actúen.⁴ Por su parte, la Organización del Atlántico Norte (OTAN) no cuenta con una resolución general, pero en el caso de Kosovo la Asamblea Parlamentaria emitió una resolución mediante la que instaba a los Estados miembros de la OTAN a ratificar los Protocolos Adicionales.⁵ Además, debido a que en los últimos diez años las partes en el conflicto han recurrido cada vez más a las empresas militares o de seguridad privadas (EMSP), el Departamento de Asuntos Exteriores suizos⁶ y el CICR desarrollaron una iniciativa para promover el respeto del DIH y el DIDH en tales operaciones.⁷ Finalmente, los propios individuos deben también cumplir con las disposiciones del DIH. En esa medida, su incumplimiento, como se verá más adelante, no solo genera responsabilidad para el Estado del que forman parte, sino también para ellos mismos, individualmente considerados, a través de un sistema punitivo particular. En resumen, se

⁴ Cf. Boletín del Secretario General de Naciones Unidas sobre la observancia por parte de las fuerzas de Naciones Unidas del DIH. NU Doc. ST/SGB/1999/ 13, 6 de agosto de 1999, en vigor desde el 12 de agosto de 1999 y Boletín del Secretario General de Naciones Unidas sobre las medidas especiales de protección contra la explotación y el abuso sexual. Doc. ST/SGB/2003/ 13, 9 de octubre de 2003, en vigor desde el 15 de octubre de 2003. Cf. también BENVENUTI, Paolo. “Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: la circulaire du Secrétaire General”. *Revue Générale de Droit International Public*, t. 105, n.º 2, 2001, p. 371.

⁵ Cf. Resolución n.º 287, adoptada el 15 de noviembre de 1999.

⁶ Asimismo, el Código de conducta internacional para proveedores de servicios de seguridad privada, por el Departamento Federal de Asuntos Exteriores suizo. Para el 2010, 60 proveedores aprobaron el Código y, desde entonces, muchas otras se han adherido.

⁷ Cf. Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados, A/63/467-S/2008/636, 6 de octubre de 2008.

encuentran obligados a cumplir con las normas humanitarias todos aquellos que, sin excepción, pueden participar en un CAI.

Desde un punto de vista pasivo, resultan sujetos beneficiarios de las normas del DIH tanto las personas que no participan directamente en las hostilidades como las que, haciéndolo, deben verse libradas de un daño o sufrimiento innecesario. En cuanto a las personas que no participan directamente en las hostilidades, se incluye a la población civil, a los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto (incluso individualmente) las armas, y a las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa. Adicionalmente, y entendido en el contexto de la lógica militar, el DIH también brinda protección a los propios combatientes. En este caso, se trata de conciliar la necesidad militar con el principio de humanidad llegándose, por ejemplo, a prohibir el daño innecesario al adversario, es decir, el daño que va más allá de la necesidad militar como el uso del proscrito láser cegador, entre otras armas.

En cuanto a la responsabilidad por el respeto de estas disposiciones, desde el punto de vista estatal, corresponde al Estado la obligación de asegurar el cumplimiento de estas normas. En el caso de ocupación, por ejemplo, es el Estado ocupante el que deberá restablecer y asegurar el orden público y la seguridad en el territorio bajo su autoridad. Desde el punto de vista particular, el DIH hace uso de la propia estructura militar para asignar, en el caso de la ocupación de un territorio, a los jefes militares en el terreno la prevención y represión de actos que vayan contra los derechos de las personas que se encuentran bajo su control o sometidas a su autoridad.⁸

En cualquier caso, esta aproximación general no es incompatible con el régimen particular de los conflictos internacionales que recurre a la categoría de personas protegidas para organizar la protección de las normas humanitarias. En este sentido, se habla de los heridos, enfermos y náufragos, prisioneros de guerra y población civil que dan lugar a los Convenios de Ginebra de 1949 y que veremos líneas abajo.

⁸ Cf. artículo 43 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de La Haya de 1907.

2.1.3. *RATIONE TEMPORIS*: LA APLICACIÓN DEL DIH EN EL TIEMPO

En la sentencia del caso Tadic, el TPIY señaló que: “el alcance temporal y geográfico de un conflicto armado se extiende más allá del momento y lugar exacto de las hostilidades”.⁹ Esta aseveración resulta importante si se tiene en cuenta que las normas existentes no prevén nada específico sobre el tema.

Desde un punto de vista temporal y teniéndose en cuenta que el conflicto armado implica necesariamente violencia armada, la aplicación del DIH comienza con la apertura de hostilidades (y no con la amenaza de hacerlo) y termina después del cese de hostilidades, cuando concluyan las operaciones militares —es decir, la ocupación misma—, de existir. Ahora bien, esto último es relativo en sí mismo dado que se prevé, en el caso del CAI, que mientras se produzca la liberación, repatriación o reasentamiento de las personas protegidas, a estas se les aplicará los beneficios del DIH (artículos 5.5, 118 y 6 de los Convenios I, II y III, respectivamente). Hay, por tanto, una vocación extensiva en el tiempo que evita dejar sin protección a las personas involucradas en un conflicto incluso cuando este, en términos generales, pueda haber concluido. Este tema no es poco importante si se tiene en cuenta, por ejemplo, la situación de los prisioneros de guerra que esperan la repatriación y a los que les es aún aplicable el DIH a pesar de que hayan cesado las hostilidades.

2.1.4. *RATIONE LOCI*: ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DEL DIH

Tampoco, en cuanto al ámbito de aplicación espacial del DIH, se encuentran disposiciones específicas. La aseveración del TPIY tiene, por tanto, mucha importancia y abunda en que la aplicación espacial de la norma depende más bien del contenido de la propia norma, es decir, que su aplicación bien puede estar conectada directamente al espacio geográfico en que se desarrollan las hostilidades (por ejemplo, disposiciones sobre la conducción de hostilidades), pero bien puede referirse a todo el territorio de la parte en conflicto (como el régimen de prisioneros, donde sea que estos se encuentren, o la población civil en poder del enemigo). En cualquier caso,

⁹ TPIY. Fiscal vs. Tadic a/k/a “DULE”, caso n.º IT-94-1-T, Decisión del 2 de octubre de 1995, párrafo 67.

en el supuesto de un CAI, la aplicación del DIH se extiende por definición a todo el territorio del Estado en conflicto.

2.2. EL DERECHO APLICABLE AL CAI Y EL RÉGIMEN DE LAS PERSONAS PROTEGIDAS

El cuerpo jurídico que regula el CAI resulta de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I, el artículo 3 común a los Convenios, los principios del DIH y las Reglas de La Haya sobre medios y métodos de combate. Estas normas definen el régimen de las personas protegidas y también el de las normas aplicables a la conducción de hostilidades. En todas ellas se identifica la naturaleza protectora del DIH, pero también su comprensión por la lógica militar consustancial al conflicto armado. En resumen, la tensión entre el principio de humanidad y la necesidad militar.

Expresamente, los Convenios de Ginebra se refieren a cuatro regímenes aplicables al conflicto internacional. El Convenio I trata de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio II, de los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio III, sobre el trato debido a los prisioneros de guerra; y el Convenio IV, sobre la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

2.2.1. LOS HERIDOS, ENFERMOS Y NÁUFRAGOS (HEN)

El régimen general de protección del DIH hacia los heridos y enfermos, que fue el primer grupo objeto de protección por las normas modernas del DIH, comprende la situación particular de los náufragos. Se considera heridos y enfermos a toda persona militar o civil que a causa de enfermedad, traumatismo u otro trastorno físico o psíquico precise cuidado médico.¹⁰ En

¹⁰ Cf. OTERO SOLANA, Vicente. “La protección de los heridos, enfermos y náufragos, del personal sanitario y religioso y de los medios auxiliares”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 280.

igual sentido, se considerará náufrago a toda persona militar o civil que, a causa del infortunio propio de su nave o aeronave, esté en el agua en peligro y necesite ayuda.¹¹ En ambos casos, esta sola circunstancia no da lugar a la aplicación del régimen sino que, como resulta del principio de necesidad militar, tales HEN deberán abstenerse de realizar actos hostiles contra la fuerza que les auxilia. De no hacerlo, no solo se convertirán en objetivo militar, sino que perderán el derecho a gozar de los beneficios jurídicos acordados.

La protección a los HEN debe realizarse siguiendo tres líneas fundamentales que, a su vez, se sustentan en los derechos humanos: a) el principio de no discriminación,¹² por lo que todo tratamiento debe respetar el principio de humanidad y el de no hacer distinciones desfavorables por razón de edad, sexo, raza, creencia religiosa, nacionalidad u opinión política; b) la única prioridad es la urgencia médica; y c) el derecho a la integridad personal, por lo que se encuentran prohibidos los atentados contra la vida, los malos tratos y la tortura, los experimentos de cualquier tipo, el exterminio, la inasistencia médica o la exposición al contagio o infección premeditados. Si bien la salud física y mental de estas personas se encuentra garantizada a partir de esta última prohibición, existen situaciones excepcionales en las que se admite la intervención quirúrgica, como es el caso de donaciones voluntarias de sangre o de piel que respondan a fines terapéuticos.

Por otro lado, en el marco jurídico de protección de los HEN se imponen también obligaciones respecto de los muertos en combate, quienes deberán ser recogidos y sometidos al examen médico correspondiente antes de su entierro o incineración.¹³ Esta última está permitida solamente por razones de higiene o motivos religiosos.

No obstante, la protección de los HEN no se agota en una obligación de no hacer, sino que implica también un compromiso, a cargo de cada una de las partes, de “buscar y recoger” a los HEN para brindarles la asistencia

¹¹ Cf. *ib.*, p. 280.

¹² Cf. artículo 12 del Convenio I; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, vol. I: *Normas*, norma 110.

¹³ Cf. artículo 16 del Convenio I y artículos 19 y 20 del Convenio II.

necesaria.¹⁴ Dadas las particulares condiciones por las que atraviesan estas personas, esto último se torna en un elemento indispensable para el cumplimiento de la protección. A tal efecto, se puede recurrir inclusive al apoyo de voluntarios civiles para esta tarea.¹⁵

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la protección de los HEN se reduciría a la nada si no se estableciera un conjunto de beneficios para el personal sanitario y religioso que la lleva a cabo. Por esta razón, el personal sanitario y religioso goza también de un régimen de protección que se centra en su no calificación de combatiente con lo que detentan, en consecuencia, exención de captura.¹⁶ Comentario aparte merece la protección del personal, que sin estar incorporado a la estructura militar, brinda también ayuda a los HEN. Se trata del personal sanitario civil que, al no perder su condición de civil, sigue siendo acreedor al régimen general de protección a los civiles por lo que, en principio, no se les debería capturar. Por el contrario, a este personal sanitario civil se le debe también respetar y proteger, lo que significa, por un lado, que no debe ser objeto de ataques y, por otro, que debe recibir apoyo y protección en el cumplimiento de sus labores.

De igual manera, conviene señalar que las labores de asistencia a los HEN las realizan también las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y otras sociedades nacionales voluntarias de socorro reconocidas por las partes en conflicto, a las que también les asiste la protección garantizada al personal sanitario, toda vez que se entiende que forman parte de este.¹⁷

¹⁴ Cf. artículo 15 del Convenio I y artículo 18 del Convenio II. Cf. también en SANDOZ, Yves. Protocolo I. Artículo 8 - Terminología. SANDOZ, Yves y otros (eds.). *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff, 1987, parágrafo 446, p. 146.

¹⁵ Cf. artículos 15 y 18.1 del Convenio I y Convenio II, respectivamente; y el artículo 10 del Protocolo Adicional I.

¹⁶ De acuerdo con los Convenios, sin embargo, sí podrían ser objeto de una retención parcial para atención preferente de los prisioneros de guerra de su misma nacionalidad, pero con la garantía de no ser obligados a realizar tareas incompatibles con su misión humanitaria. Cf. el artículo 28 del Convenio I.

¹⁷ Cf. artículo 8.c del Protocolo Adicional I.

Asimismo, y casi tan importante como lo anterior, resulta brindar protección a las unidades y transportes sanitarios que acompañan al personal sanitario y religioso en el cumplimiento de su función, entendiéndose por transporte sanitario todo medio militar o civil que sirve exclusivamente para transportar por tierra, agua o aire a los heridos, enfermos y náufragos.¹⁸ De acuerdo con el DIH, estos se encuentran exentos de ataques y cualquier requisita de ellos debería responder a criterios de limitación, es decir, a criterios de razonabilidad. Esto no solo para la parte adversa en el momento del combate, sino también para los que no participan en las hostilidades e incluso como criterio rector en el diseño de la actividad normativa estatal en la que se debería prever la prohibición de captura de estas unidades por dedicarse a una función exclusivamente humanitaria. En este sentido, estas unidades y medios de transporte deberán dedicarse únicamente al cumplimiento de estas tareas y evitar ubicarse cerca de objetivos militares o servirles de protección, y no deberán realizar actos perjudiciales contra alguna de las partes.

2.2.2. LOS PRISIONEROS DE GUERRA

Ciertamente, tomar prisioneros de guerra resulta una acción propia del enfrentamiento, pues lo contrario supondría afirmar que los combatientes no deben sobrevivir, incluso si se han rendido o están heridos. De allí surgen prohibiciones tan puntuales como la orden de “no dar cuartel” (es decir, que no haya sobrevivientes) que constituye un crimen de guerra.¹⁹ No obstante, el estatuto jurídico de prisionero de guerra (y de combatiente) solo se reconoce en el marco de un CAI, lo cual no supone negar la existencia de detenidos en el marco de un conflicto interno, sino reservar aquel régimen jurídico al enfrentamiento internacional.

Se considera prisionero de guerra a todo combatiente que, en el marco de un CAI, cae en poder de la parte adversa. De esta manera, se hace necesario saber que se considerará combatientes, de forma general, a las

¹⁸ Cf. artículo 8.f del Protocolo Adicional I.

¹⁹ Cf. artículo 8.2.b) xii del Estatuto de Roma.

personas que tienen derecho a combatir, es decir, a participar directamente en las hostilidades, siendo sujetos activos y pasivos de la acción hostil. Los combatientes están obligados tanto a distinguirse de la población civil (ya sea a través del uso de uniforme o de cualquier signo distintivo que permita su diferenciación) como a observar las normas del DIH durante la conflagración bélica. Deben además cumplir con determinados requisitos de acción e identificación. En efecto, desde un punto de vista colectivo, estas personas responden a un mando responsable y observan las leyes y costumbres de la guerra y, desde un punto de vista individual, deben portar un signo distintivo fijo y llevar las armas de manera franca y ostensible. Ahora bien, el incumplimiento de estas normas amerita la sanción correspondiente, pero no hace que estas personas pierdan el estatuto de combatientes y, de caer en poder del enemigo, el de prisioneros de guerra.

En cuanto a su clasificación, deben distinguirse al menos tres supuestos. En primer lugar, los que participan directamente en las hostilidades como combatientes y que en caso de caer en poder del enemigo ostentan el estatuto de prisioneros de guerra. En segundo término, los que, a pesar de participar en las hostilidades, no se les considera combatientes ni prisioneros de guerra. Y finalmente, los que sin ser considerados combatientes tienen, en el caso de ser capturados, el derecho al estatuto de prisionero de guerra.²⁰ Con lo cual, se puede afirmar que todos los combatientes tienen el estatuto de prisioneros de guerra, pero que no todos los prisioneros de guerra son combatientes. En cualquier caso, y, en un supuesto de duda, se opta por una presunción de titularidad del estatuto hasta que un tribunal competente determine la situación concreta del detenido.

²⁰ La calificación de “combatientes ilegítimos” utilizada por Estados Unidos para referirse a los detenidos en Guantánamo no se deriva de los Convenios de Ginebra. Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó, en su pronunciamiento del 12 de marzo de 2002, que se determine ante órganos judiciales (con el consiguiente respeto del debido proceso) su situación jurídica recordando lo previsto en el artículo 5 del Convenio III.

2.2.2.1. CLASIFICACIÓN

- A) LOS COMBATIENTES QUE PARTICIPAN DIRECTAMENTE EN LAS HOSTILIDADES
- **Las Fuerzas Armadas de las partes en conflicto, con excepción del personal sanitario y religioso.** Este órgano es el que representa *stricto sensu* a las partes en situaciones de conflicto armado. Se incluye dentro de estas a las milicias y las fuerzas voluntarias que las integren.²¹ Las Fuerzas Armadas deberán cumplir además los siguientes requisitos: a) contar con un mando responsable y b) someterse a un régimen disciplinario interno que haga cumplir *inter alia* las normas del DIH. Un ejemplo de la participación de las Fuerzas Armadas es el conflicto entre Irak y Estados Unidos de América, donde las tropas de este último Estado ocupan actualmente el territorio de Irak.
 - **Las milicias u otros cuerpos voluntarios** incluidos movimientos de resistencia organizados pertenecientes a alguna de las partes en conflicto y siempre que reúnan las siguientes condiciones: a) mando responsable; b) uso de uniforme o signo distintivo fijo; c) llevar las armas de manera franca y ostensible; y d) respetar las leyes y costumbres de la guerra.²² Un ejemplo de este tipo de combatientes se puede encontrar en la Resistencia Francesa durante la Segunda Guerra Mundial.
 - **Un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público** que se haya incorporado a las Fuerzas Armadas. Cuando ello ocurre existe el deber de notificarlo a la otra parte en conflicto. Un ejemplo de ello existiría en la República Federal Alemana donde los Comandos de la Guardia Federal de Frontera –que incluyen las formaciones y unidades de guardias de frontera así como la Escuela Federal de Guardias de Frontera– formarán parte de las Fuerzas Armadas cuando estalle un conflicto armado.
 - **Los miembros de las Fuerzas Armadas regulares que sigan las**

²¹ Cf. artículo 4.1 del Convenio III y artículo 43.1 del Protocolo Adicional I.

²² Cf. artículo 4.2 del Convenio III.

instrucciones de un Gobierno o autoridad no reconocidos por la Potencia detentora. Así, por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial, luego de firmado el armisticio entre Francia y Alemania (1940), la guerra continuó por parte de cierto sector de las Fuerzas Armadas bajo la dependencia del Gobierno en exilio sin aceptar al gobierno de Vichy.²³

- **Los miembros de un grupo armado que combaten mediante la llamada “guerra de guerrillas”** y que, por tanto, no pueden distinguirse de la población civil.²⁴ Esto, mientras estén tomando parte en el despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que van a participar, siempre que lleven sus armas abiertamente durante todo el enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sean visibles para el enemigo. En efecto, si bien los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil, la inclusión de estas personas en la categoría de combatientes es una excepción a la regla y en ese sentido debe interpretarse. Sin embargo, ha sido objeto de críticas tanto por parte de la doctrina, que considera que al extender el concepto de combatiente a los guerrilleros se ha puesto en riesgo a la población civil,²⁵ como por algunos Estados partes en el Protocolo Adicional I, como España y Alemania, que optaron por hacer una declaración interpretativa al texto del Protocolo al momento de ratificar dicho instrumento señalando que esta excepción solamente es aplicable en territorios ocupados y que la expresión “despliegue militar” significa cualquier movimiento hacia el lugar desde el que o hacia el que va a ser lanzado un ataque.²⁶ De esta manera, al puntualizar explícitamente el ámbito de aplicación de la norma se restringe esta a los casos de territorios ocupados, y se imponen mayores

²³ Cf. DOMÉNECH, José Luis. “Los sujetos combatientes”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 159.

²⁴ Cf. artículo 44.3 Protocolo Adicional I.

²⁵ Cf. DOMÉNECH, José Luis. Ob. cit., p. 156.

²⁶ Cf. IPSEN, Knut. “Combatants and Non-combatants”. En Dieter Fleck (ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 77-78.

cargas al individuo para considerarlo combatiente, toda vez que bajo esta interpretación el despliegue militar incluiría también los preparativos por tratarse de “cualquier movimiento”.

- **Los combatientes circunstanciales**, es decir, la población que se levanta en masa para oponerse al invasor enemigo en un marco de desorganización y espontaneidad en el accionar armado.²⁷ Debe destacarse que, a diferencia de todos los supuestos antes mencionados, en los que existe una constante que es la autorización a combatir de la parte en el CAI y por lo que se puede observar un cierto grado de organización en estos grupos, este es el único supuesto reconocido por el DIH en que se trata de combatientes que espontáneamente y por iniciativa propia toman las armas y participan en las hostilidades.

B) LOS QUE PARTICIPAN DIRECTAMENTE EN LAS HOSTILIDADES PERO NO TIENEN DERECHO AL ESTATUTO DE COMBATIENTE NI DE PRISIONERO DE GUERRA

Se trata de individuos que participan activamente en las hostilidades pero sin que se les considere combatientes y sin recibir, por tanto, el estatuto protector de prisioneros de guerra en caso de captura. Estos son los espías y mercenarios expresamente recogidos en los tratados sobre la materia.²⁸

- Se considera *espía*²⁹ al individuo que obra clandestinamente o con pretextos falsos y recoge o trata de recoger informaciones en la zona de operaciones con la intención de tratar de comunicar esto a la parte contraria.
- En segundo lugar, se considerará *mercenario*³⁰ a toda persona

²⁷ Cf. artículo 4.a, 6 del Convenio III; DOMÉNECH, José Luis. Ob. cit., p. 160.

²⁸ Cf. artículos 46 y 47 del Protocolo Adicional I; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 108.

²⁹ Figura definida en el artículo 88 del Código de Lieber, el artículo 19 de la Declaración de Bruselas y en el artículo 29 del Reglamento de la Haya de 1907. Actualmente, se encuentra codificado en el artículo 46.2 Protocolo Adicional I.

³⁰ A pesar de encontrarse recogido en el artículo 47.2 del Protocolo Adicional I, artículo 3 de la Convención de la Organización de la Unidad Africana sobre la eliminación del mercenarismo en África y el artículo 1 de la Convención Internacional contra el

ajena al conflicto armado, especialmente reclutada para tomar parte en este. Ciertamente, el mercenario participa directamente en las hostilidades, pero lo hace por un interés privado (ánimo de lucro) y no como nacional de los Estados partes en el conflicto, ni como residente en un territorio controlado por alguna de las partes, tampoco se trata de un miembro de las Fuerzas Armadas o de un enviado en misión oficial. Así, por ejemplo, durante las luchas por la descolonización del Congo participaron mercenarios que fueron denominados *Les Afreaux* (Los Terribles) por sus crueles actos durante el combate.³¹

- Finalmente, la doctrina añade otros supuestos como los de *francotiradores*³² o sabotadores,³³ que tampoco se considerarán combatientes ni gozarán del estatuto protector de prisioneros de guerra. El *francotirador* (*sniper*) es aquel que no forma parte de las Fuerzas Armadas (por lo que no se trata del “tirador

reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de Naciones Unidas, resulta complicado aplicarlos debido a que los seis requisitos que se establecen son acumulativos y es muy difícil probar el ánimo de lucro. Sin embargo, cabe señalarse que la Convención de la ONU, a diferencia de los otros documentos, no exige como requisito la participación directa en las hostilidades, ampliando las posibilidades de aplicación.

³¹ Actualmente, se presenta un supuesto interesante con la aparición del fenómeno llamado “privatización de la guerra” con el que han irrumpido una serie de ejércitos privados a modo de empresas que ofertan sus servicios en el mercado. Son las denominadas “Transnational Security Companies”, entre las que figuran Executive Outcomes; Military Professional Resources, Inc; Gurkha Security Guards; y Sandline International. Esta última participó en el conflicto en Sierra Leona y firmó un contrato con el Gobierno de Papúa Nueva Guinea para acabar con una rebelión en la isla de Boungaville. Pero el fenómeno no se limita a lo mercenario. Las actividades de las empresas internacionales de seguridad responden a una necesidad más amplia, y van desde el análisis del “riesgo-país” para inversores, hasta el asesoramiento de los Gobiernos en materia de organización militar, de compra de equipamientos y hasta de entrenamiento de sus fuerzas (incluso para combate), pasando por el apoyo logístico de operaciones humanitarias o de fuerzas de las Naciones Unidas. Sin embargo, estas no calzarían en la definición de mercenarios.

³² Cf. DOMÉNECH, José Luis. Ob. cit., pp. 164-165.

³³ Cf. SASSÒLI, Marco; Antoine BOUVIER y Anne QUINTIN. *Un droit dans la guerre?* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, vol. I: *Présentation du droit international humanitaire*, p. 157.

selectivo” o experto en disparos de las Fuerzas Armadas), ni grupo ni movimiento organizado. Se trata más bien de personas que actúan en el curso de un conflicto armado hostilizando a una de las partes a título individual. El *saboteador* (*saboteurs*), por su parte, es aquel que sin usar uniforme o signo distintivo alguno se inserta secretamente en el territorio controlado por el enemigo con el propósito de continuar la guerra destruyendo la propiedad o atentando contra la vida de personas.³⁴

c) LOS QUE SIN SER COMBATIENTES TIENEN DERECHO AL ESTATUTO DE PRISIONERO DE GUERRA

Se trata de personas que, a pesar de no contar con el estatuto de combatientes, una vez detenidas, gozarán por lo menos de las mismas ventajas que los prisioneros de guerra.

- Es el caso del **personal sanitario y religioso**³⁵ cuya protección excede la garantizada a los propios prisioneros de guerra dado que este es un estándar mínimo de protección.
- Por otro lado, tenemos a las **personas que acompañan a las Fuerzas Armadas** que, sin ser combatientes sino civiles, gozan del estatuto protector de prisioneros de guerra. Ello se debe a que estas personas guardan un vínculo particular con las Fuerzas Armadas formando parte de su organización civil o brindando apoyo técnico o logístico. Así, tenemos a los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, los corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares. Además, hay personas que sin tener una vinculación directa con las Fuerzas Armadas gozarán también del estatuto protector de prisioneros de guerra, como son los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones,

³⁴ Este caso se discutió, por ejemplo, ante la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Estados Unidos vs. Cox, Provost Marshall en 1942 tras los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial. En SASSÒLI, Marco; Antoine BOUVIER y Anne QUINTIN. *Un droit dans la guerre?*, vol. II: *Cas et documents*, pp. 894-897.

³⁵ Cf. artículo 28 del Convenio I, 4.c y 33 del Convenio III.

pilotos y grumetes de la marina mercante y la tripulación de la aviación civil de las partes en conflicto.

2.2.2.2. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL PRISIONERO DE GUERRA

El estatuto jurídico del prisionero de guerra está compuesto por un conjunto de obligaciones que, en líneas generales, pueden entenderse, por un lado, como negativas o de abstención; pero también, por otro, como positivas o de hacer. En efecto, dentro de las primeras, se trata de brindar un tratamiento al prisionero de guerra que responda a un principio de humanidad y de no discriminación basada en sexo, raza, nacionalidad u opinión política. Asimismo, se establece la obligación de respetar a la persona y dignidad del prisionero, por lo que este no será asesinado o torturado, mutilado u objeto de experimentos científicos que no respondan a necesidades médicas; tampoco se le podrá causar un grave peligro para su salud y se le deberá proteger de todo acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública.³⁶ De igual manera, no se podrá obligar a un prisionero a declarar más que su nombre, número de identificación y graduación.³⁷ Pero también, y desde una perspectiva positiva, se establece el derecho de los prisioneros a la asistencia religiosa y médica,³⁸ así como a disfrutar, en caso de trabajar, de un mínimo de condiciones laborales (salario, salubridad, etc.)³⁹ y de comunicación con sus familiares.⁴⁰ En realidad, todas estas medidas, incluso las de no hacer, implican siempre una acción positiva del Estado dado que, por ejemplo, la tortura de los prisioneros de guerra puede ser desalentada a través de su tipificación en la legislación que corresponda.

En general, el régimen del prisionero de guerra está compuesto por un sistema que cautela, en última instancia, derechos individuales. Esto no supone desconocer que se trata del derecho solo de cierta categoría de personas (los combatientes o no combatientes que tengan derecho al

³⁶ Cf. artículo 13 del Convenio III.

³⁷ Cf. artículo 17 del Convenio III.

³⁸ Cf. artículos 30 y 34 del Convenio III.

³⁹ Cf. artículos 49, 50 y 51 del Convenio III.

⁴⁰ Cf. artículo 71 del Convenio III; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 125.

régimen) y no necesariamente de todas las personas detenidas (lo que se desprendería del carácter universal de los derechos humanos); pero la afirmación sirve para sustentar que se trata de mínimos irrenunciables que deben respetarse como tales por la Potencia detenedora. Es decir, que esta podrá siempre aumentar los beneficios, pero no disminuir lo establecido por el DIH, manifestándose una vez más las limitaciones que este Derecho impone a la voluntad de las partes.

El régimen además se sustenta en que el combatiente no ha cometido otro “delito” que el de luchar por su Estado. No se trata, en consecuencia, de un delincuente que requiera la labor “resocializadora” de las cárceles, sino de brindar protección a personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad y que podrían terminar sufriendo en carne propia la rabia de los pueblos que se enfrentan. De todo esto se desprende que, salvo que haya cometido crímenes de guerra, el primer derecho del prisionero será el de ser liberado y repatriado al final del conflicto, temas sobre los que el DIH prevé un conjunto de obligaciones generales que se prolongan incluso después de finalizado el conflicto, e incluso después de realizada la denuncia de los Convenios.

2.2.3. LA POBLACIÓN CIVIL

La afectación de los civiles y sus bienes (incluyendo el recurso al agua o la electricidad) contraviene un principio fundamental del DIH que es el de distinción. No obstante, en la actualidad, la población civil y sus bienes resultan los principales afectados en el marco de las guerras.⁴¹ Esto resulta alarmante porque parece apuntar a una disyuntiva dramática: o bien la tecnología no es capaz de atacar “inteligentemente” los objetivos militares, o bien se ha producido una transformación perversa en la que el concepto

⁴¹ En efecto, se calcula que en el marco de la Primera Guerra Mundial la proporción de combatientes muertos era de doscientos por cada civil fallecido; en la Segunda Guerra Mundial, la proporción era de uno a uno y, en el conflicto en Vietnam, se habla de la baja de un militar por cada veinte civiles muertos. Cifras de la Oficina Federal Suiza para la Protección de la Población Civil. Cf. SASSÒLI, Marco; Antoine BOUVIER y Anne QUINTIN. *Un droit dans la guerre?*, vol. I: *Présentation du droit international humanitaire*, p. 178.

mismo de objetivo militar incluye a los que no participan directamente en las hostilidades. Esto último debe descartarse.

En cuanto a los civiles, el DIH protege a la población civil, de manera amplia, a través del principio de distinción pero también, de manera restringida, a través del Convenio IV que específicamente diseña el régimen de la población civil que se encuentra en poder del Estado enemigo.

La protección de la población civil constituye parte de la piedra angular del DIH y se manifiesta, por ello, en el principio de distinción que precisamente impone la obligación de diferenciar entre los combatientes y la población civil, es decir, entre aquello que puede considerarse lícitamente objetivo militar y lo que no debe ser atacado en el fragor del enfrentamiento. Aquí “población civil” tiene un contenido amplio que se define, bien por su no pertenencia a las Fuerzas Armadas, bien (criterio fundamental) por su no participación activa en las hostilidades. La población civil como categoría general y, especialmente la que habita en el territorio de un Estado que va a ser atacado, se vuelve objeto de protección privilegiada del DIH.

En un sentido más restringido, para efectos de aplicar el régimen de personas protegidas al que la población civil tiene derecho, se considerará parte de esta a toda persona que no pertenezca a las Fuerzas Armadas o que no participe directamente en las hostilidades “y que se encuentra en poder de una Parte contendiente de la cual no es súbdita”.⁴²

La inmunidad garantizada a los civiles –que no debe interpretarse en forma absoluta– incluye en el marco de la conducción de hostilidades la prohibición de usar civiles como escudos humanos, así como la de colocar objetivos militares en áreas donde haya gran cantidad de población civil. En efecto, los civiles no pueden usarse con miras a obtener una ventaja militar frente al adversario ni pueden ser objeto de represalias, penas colectivas o actos terroristas. En tal sentido, los artículos 57 y 58 del Protocolo Adicional I imponen la obligación de tomar una serie de precauciones en el ataque, encaminadas precisamente a ahorrar a la población civil sufrimientos innecesarios o excesivos al punto de abstenerse de realizar un ataque “cuando

⁴² Artículo 4 del Convenio IV.

sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista”.

En el marco del Convenio IV, se establecen una serie de principios que responden al objetivo común de protección a los civiles de los efectos de la guerra por lo que no cabría, por ejemplo, discriminación alguna por motivos de raza, nacionalidad, religión u opinión política.⁴³ Asimismo, la población civil tiene derecho al respeto a su persona, a su honor, a sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y costumbres.⁴⁴ Por esta razón, se deben impartir órdenes estrictas para preservar la vida de las personas, pero también medidas particulares de protección (dirigidas a mujeres, niños, ancianos, etc.), a fin de evitar desplazamientos injustificados, matanzas, ejecuciones, violencia sexual, saqueos, etc. La responsabilidad por el aprovisionamiento de víveres, medicinas y vestuarios, el funcionamiento administrativo y judicial del territorio y el respeto de las reglas de internamiento corresponden, de acuerdo con el DIH, a la Potencia ocupante.

Cabe destacar que, en atención a la naturaleza protectora del régimen, el DIH prevé, en caso de duda, una presunción de civilidad aplicable tanto a personas como a bienes.⁴⁵ En cualquier caso, no debe olvidarse que la protección a la población civil está íntimamente relacionada con la protección de los bienes civiles.

En materia de bienes civiles, de acuerdo con el artículo 52.1 del Protocolo Adicional I, estos se definen como todos aquellos que no son objetivos militares. De ello se puede concluir que esta incorporación de bienes civiles no obedece a un afán definitorio, sino que más bien tiene el propósito de limitar las operaciones militares restringiendo los ataques a aquello que se considere objetivo militar. En ese sentido, señala Urbina⁴⁶ que la finalidad de la norma ha sido extender la protección al mayor número posible de bienes

⁴³ Cf. artículo 13 del Convenio IV.

⁴⁴ Cf. artículo 27 del Convenio IV.

⁴⁵ Cf. artículo 52.3 del Protocolo Adicional I.

⁴⁶ Cf. URBINA, Julio. *Derecho internacional humanitario. Conflictos armados y conducción de operaciones militares*. Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones, 2000, p. 116.

considerando que una definición positiva sería siempre más restrictiva en la medida que no permitiría abarcar todos los supuestos.

La protección que se garantiza a los bienes civiles en el marco de un CAI es una protección general contra cualquier ataque dirigido deliberada y directamente contra estos. Pero, además, se impone a las partes en conflicto la obligación de tomar todas las medidas que sean necesarias para evitar los efectos de las operaciones militares y se prohíbe toda represalia contra estos.⁴⁷ Adicionalmente, habrá bienes que por sus particulares características se consideran además objeto de protección especial, como son los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil⁴⁸ y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.⁴⁹

Sin perjuicio del marco jurídico que protege a la población civil en general –así como a quienes se encuentran en poder de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante–, existen casos particulares que ameritan una especial protección en la medida que se trata de grupos de personas particularmente vulnerables por su condición en sí o por la actividad que desarrollan ante el desencadenamiento del conflicto armado.⁵⁰ En ese sentido, dentro de estos grupos especialmente protegidos tenemos a las mujeres, los niños, los periodistas que desempeñan misiones peligrosas, los refugiados y desplazados internos.

2.2.3.1. LAS MUJERES

Es evidente que el sufrimiento humano resulta consustancial a la fuerza. Durante todo conflicto armado se presenta un entorno de violencia generalizada que afecta inevitablemente tanto a hombre como a mujeres.

⁴⁷ Cf. artículo 52.1 del Protocolo Adicional I.

⁴⁸ Cf. artículo 54 del Protocolo Adicional I.

⁴⁹ Cf. artículo 56 del Protocolo Adicional I; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 42.

⁵⁰ Cabe notar que ello no constituye una violación al principio de no discriminación, entendido como distinción no desfavorable, toda vez que esto significa que en determinadas circunstancias y dependiendo de las necesidades especiales de algunos grupos de víctimas, puede y debe dárseles un trato preferente. Cf. PEJIC, Jelena. “No discriminación y conflicto armado”. *Revista Internacional de la Cruz Roja. Selección de artículos 2001*, vol. 83, n.º 841, 2002, p. 59.

Sin embargo, en estos escenarios, las mujeres y las niñas son víctimas no solo de la violencia que conlleva cualquier tipo de enfrentamiento, sino que son particularmente vulnerables ante formas de violencia que se dirigen contra ellas específicamente en virtud de su género. Las violaciones sexuales, la esclavitud sexual y los embarazos forzados sistemáticos son graves vulneraciones relacionadas con patrones históricos de discriminación y violencia estructural, social y de género.

A pesar de que las mujeres siempre han sido víctimas directas e indirectas de las guerras y las campañas de persecución a través de la historia, estos hechos no siempre han sido vistos, impidiéndose con ello su adecuada regulación y sanción.⁵¹ Ciertamente, el tratamiento jurídico de la violencia sexual ha ido cambiando notablemente a través de la historia, desde su negación y naturalización, su posterior regulación en las normas del DIH y su actual juzgamiento como crímenes internacionales por parte de tribunales ad hoc y la CPI.

En efecto, encontramos en los Convenios de Ginebra de 1949 una protección respecto a los actos de violencia sexual que afectan a las mujeres dentro de la protección general que merece la vida y la integridad corporal de la población civil en los Convenios I, II y III. Únicamente, el artículo 27 del Convenio IV hace una referencia explícita al prohibir de modo directo la “violación, la prostitución forzada y todo atentado contra su pudor”. Asimismo, en el Convenio IV se establecen disposiciones particulares en atención a las condiciones especiales en que podrían encontrarse las mujeres, como es el caso de las mujeres embarazadas o que tengan hijos de corta edad, que se encuentran privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado.⁵² Frente a ellas, por ejemplo, no cabe la ejecución de la pena de muerte. Las protecciones establecidas en este tratado se refuerzan por aquellas medidas consagradas en el Protocolo Adicional I.⁵³

No obstante, en los Convenios de Ginebra no se llega a reconocer el alcance ni la gravedad de esta práctica, ya que no se encuentra incorporada

⁵¹ Cf. CHINKIN, Christine. “Rape and Sexual Abuse of Women in International Law”. *European Journal of International Law*, vol. 5, n.º 3, 1994, p. 327 y ss.

⁵² Cf. artículos 14, 16, 23 y 28.5, 50 del Convenio IV.

⁵³ Cf. artículos 70, 75.5, 76 del Protocolo Adicional I.

en la categoría de infracciones graves del DIH, lo cual supondría el paso al ámbito sancionatorio. Fue recién con la creación de los tribunales ad hoc para la ex-Yugoslavia y para Ruanda que estos crímenes contra las mujeres fueron contemplados como crímenes internacionales. El desarrollo jurisprudencial de dichos tribunales constituye un aporte sumamente valioso para la introducción de una perspectiva de género al análisis de los conflictos armados,⁵⁴ e incluso jugó un papel determinante en la inclusión de crímenes de violencia sexual en el Estatuto de Roma que establece la CPI. A pesar de estos notables avances, el acceso a la justicia por parte de las mujeres sigue siendo aún un camino colmado de obstáculos en contextos de conflicto o posconflicto en los que patrones históricos se suman a dificultades propias del conflicto.⁵⁵

2.2.3.2. LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

La protección que brinda el DIH a las niñas y los niños⁵⁶ que se encuentran en situaciones de enfrentamientos bélicos puede diferenciarse en tres niveles.⁵⁷ Por un lado, se benefician de la protección general estipulada en

⁵⁴ Cf. TPIR. Fiscal vs. Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafos 597, 620 y 688; TPIY. Fiscal vs. Furundžija, caso n.º IT-95-17/1-T, Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrafos 267.i y 295; TPIY. Fiscal vs. Mucic y otros (“Campo Celebici”), caso n.º IT-96-21, Sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafo 941; TPIY. Fiscal vs. Furundžija, caso n.º IT-95-17/1-T, Sentencia del 10 de febrero de 2001, párrafos 488 y 501, TPIY. Fiscal vs. Kunarac, Kovac y Vukovid (“Foca”). Caso IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Sentencia del 22 de febrero de 2001, párrafos 21, 452, 464 y 883. Igualmente, cf. LINDSEY, Charlotte. *Las mujeres ante la guerra*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002.

⁵⁵ Cf. CIDH. Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia, OEA/Ser/L/V/II. 124/Doc.6, 18 de octubre de 2006, párrafos 19,30, 46, 140 y 204.

⁵⁶ Cabe notar que, si bien el DIH no señala una definición de “niño”, puede recurrirse a la definición propuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 1 dispone que niño es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Cf. HERNÁNDEZ, Sonia. “La protección especial del niño”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 365-366.

⁵⁷ Cf. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Protección jurídica de los niños en los conflictos armados*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003. Disponible en: <[http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MJB/\\$FILE/Ninos.pdf](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MJB/$FILE/Ninos.pdf)>.

favor de las personas civiles que no participan en las hostilidades y, como tales, deben recibir un trato humano.

En segundo lugar, los niños y niñas gozan de una protección especial, que no pierden aun cuando participen en las hostilidades. La premisa fundamental de esta protección radica en que las niñas y los niños se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad en relación con los adultos.⁵⁸ Las cifras dan cuenta de ello pues, según el CICR, tres de cada cinco víctimas de guerra asistidas por personal de este organismo son niños o niñas.⁵⁹ En general, se prevén normas de asistencia humanitaria a favor del menor, inclusive disposiciones especiales a favor de niños que hayan quedado huérfanos a causa del conflicto, normas sobre envío de socorro para niños menores de 15 años, normas de protección de su educación y tradiciones, reglas sobre el cuidado de su identidad para niños menores de 12 años, normas sobre evacuación de niños de zonas sitiadas o acorraladas o especialmente expuestas a las hostilidades, detención e internamiento, entre otras.⁶⁰

Pero, lo que concita mayor atención son las normas que limitan la participación activa de los niños en las hostilidades,⁶¹ siendo este el tercer nivel de protección. En el marco de los CAI, el DIH insta a las partes a tomar todas las medidas posibles para evitar que los menores de 15 años participen activamente en los conflictos y a abstenerse de reclutarlos en las Fuerzas Armadas, estableciéndose además que en caso de que se reclute a mayores de 15 años pero menores de 18, se aliste en primer lugar a los niños de mayor edad.⁶² Ahora bien, con la adopción del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de

⁵⁸ Cf. SANDOZ, Yves y otros (eds.). Ob. cit., párrafos 4544-4555, pp. 1377-1379.

⁵⁹ Cf. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Overview of Operations 2010*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009, p. 14.

⁶⁰ Cf. artículos 14, 17, 23, 24, 38.5, 50 del Convenio IV, y los artículos 70, 77 y 78 del Protocolo Adicional I.

⁶¹ Cada vez más, las cifras sobre participación de menores en conflictos armados resulta alarmante. En el 2003, según cifras de UNICEF, se estima que entre 300.000 y 500.000 niños fueron utilizados en conflictos armados como porteadores, mensajeros, criados, espías, entre otros.

⁶² Cf. artículo 51 del Convenio IV y el artículo 77.2 del Protocolo Adicional I.

Niños en Conflictos Armados, la edad mínima para el reclutamiento forzoso de menores en las Fuerzas Armadas se ha elevado a 18 años;⁶³ no obstante, queda abierta la posibilidad de la participación indirecta y el alistamiento voluntario.⁶⁴

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el reclutamiento o la utilización de menores de 15 años en los conflictos armados han sido tipificados como crímenes de guerra en el Estatuto de Roma que crea la CPI.⁶⁵ En cuanto a la edad, este instrumento ha recogido el parámetro del Protocolo Adicional I en vez del recogido por el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (que habla de 18 años). En la condena de Thomas Lubanga Dyllo, la CPI entendió que la prohibición de la “participación activa en las hostilidades” comprende diversos actos relacionados con la participación directa en las hostilidades en los que se vean involucrados los niños menores de 15 años como, por ejemplo, el uso de niños soldados en operaciones militares. Asimismo, pueden darse supuestos de participación indirecta en las hostilidades como la exposición de niñas y niños frente a ataques potenciales (por ejemplo, la colocación de las niñas y los niños como escudos humanos o el uso de las niñas como esclavas sexuales).⁶⁶

2.2.3.3. LOS PERIODISTAS EN MISIONES PELIGROSAS

Los periodistas que realicen misiones peligrosas en las zonas de conflicto armado son considerados civiles y, en tanto tales, se encuentran protegidos por las normas que favorecen a los civiles en general. Estos no deben confundirse con los “corresponsales de guerra” que son periodistas

⁶³ Cf. artículos 3.1 y 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados.

⁶⁴ Cf. HERNÁNDEZ, Sonia. Ob. cit., pp. 375-376.

⁶⁵ Cf. artículo 8.2.b) xxvi y 8.2.e) vii del Estatuto de Roma.

⁶⁶ Cf. CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Thomas Lubanga. Fallo conforme al artículo 74 del Estatuto, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párrafos 622-627 y 628; CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Thomas Lubanga. Decisión sobre la condena conforme al artículo 76 del Estatuto, ICC-01/04-01/06-2901, 10 de julio de 2012, párrafo 38.

acreditados ante las Fuerzas Armadas de un Estado y, como tales, sí tienen el derecho al estatuto de prisionero de guerra.

El término “periodistas” no se encuentra definido en los tratados del DIH, por lo que se debe recurrir al sentido corriente del término, entendiéndose por periodista a todo corresponsal, reportero, fotógrafo, camarógrafo y sus ayudantes técnicos de cine, radio y televisión, que tenga habitualmente cualquiera de estas actividades como ocupación principal.⁶⁷ Por otra parte, la misión profesional peligrosa es aquella actividad ejercida en la zona donde se libra el combate y comprende todas las actividades que desarrolla normalmente un periodista, como desplazarse a un sitio, hacer entrevistas, tomar notas, tomar fotografías o filmar, realizar grabaciones sonoras, etc.⁶⁸

De esta manera, y a pesar de ubicarse en el teatro de operaciones, a los periodistas que participan en misiones peligrosas no se les puede considerar objetivo militar. No obstante, deberán portar una tarjeta de identidad que acredite su condición y procurar ser distinguibles, así como evitar acercarse demasiado a los objetivos militares lícitos pues, de lo contrario, se estarían exponiendo a un ataque por su propia cuenta y riesgo.

2.2.3.4. LOS REFUGIADOS Y DESPLAZADOS INTERNOS

Cuando se desata un conflicto armado se producen desplazamientos en la población civil que tiende a escapar a fin de evitar ser víctima, ya sea incidentalmente, de las consecuencias fatídicas de los ataques de las partes enfrentadas. No obstante, habrá casos en que dichos movimientos signifiquen una transgresión de los derechos que asisten a la población civil.⁶⁹

⁶⁷ Cf. GASSER, Hans-Peter. “Protocolo Adicional I. Artículo 79.- Medidas de protección de periodistas”. En Yves Sandoz y otros (eds.). Ob. cit., párrafo 3260, p. 1291.

⁶⁸ Cf. ib., párrafo 3264, p. 1291.

⁶⁹ Actualmente, existen cerca de 26 millones de personas desplazadas a causa de conflictos armados que se encuentran en 23 países del mundo. Aquellos con mayores índices de desplazados son: Colombia con 3 millones; Irak con 2,6 millones; y Somalia y Sudan con 1,2 millones, respectivamente. Únicamente en África se encuentran más de 10 millones de personas desplazadas, por lo que constituye un tema prioritario para el continente. Consecuentemente, el 22 de octubre de 2009, fue aprobada por los jefes de Estado de la Unión Africana (UA), en Uganda, una Convención para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en África. Dicho instrumento,

En efecto, en el caso de territorios ocupados se prohíbe el desplazamiento forzado de la población civil. Sin embargo, la Potencia ocupante podrá recurrir a esta medida si así lo requieren la propia seguridad de la población o imperiosas razones militares; pero, tan pronto como cesen las hostilidades, la población evacuada deberá ser devuelta a sus hogares.⁷⁰

Por su parte, se denomina “desplazados internos” a aquellas personas que abandonan el lugar donde residen habitualmente, pero que permanecen dentro de las fronteras de su propio país.⁷¹ Es precisamente debido a su particular condición que el DIH busca garantizar a estas personas el envío de medicamentos, víveres y ropa indispensables para su supervivencia.

Por otro lado, a diferencia de los desplazados internos, los refugiados son aquellos que se encuentran fuera de su territorio y son protegidos como civiles víctimas de las hostilidades, siempre que hayan salido con motivo del CAI en el que su Estado está involucrado, y de acuerdo con lo señalado en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados del 28 de julio de 1951 y el Protocolo del Estatuto de Refugiados del 31 de enero de 1967, que resultan también de aplicación. Además, aquellos a quienes se considera refugiados antes del inicio del conflicto armado se encuentran también protegidos por el DIH.⁷²

Es de señalar que se ha previsto que estas personas protegidas no sean trasladadas a un país donde puedan temer persecuciones a causa de sus opiniones religiosas o políticas, recogándose de esta manera el principio de no devolución que asiste a los refugiados (*non refoulment*) en el marco de un CAI.⁷³

que requiere la ratificación de 15 Estados para entrar en vigor, constituye el primer instrumento regional de carácter convencional en materia de protección de personas desplazadas. Fuente de las cifras: ACNUR. Disponible en: <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646c146.html>>.

⁷⁰ Cf. artículo 49 del Convenio IV.

⁷¹ Cf. PONTE, María Teresa. *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2000, pp. 238-243.

⁷² Cf. artículo 73 del Protocolo Adicional I.

⁷³ Cf. artículo 45 del Convenio IV.

2.3. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DIH

2.3.1. ASPECTOS SANCIONADORES O PUNITIVOS DE SUS DISPOSICIONES

El DIH tiene como una de sus características más importantes la de imponer un régimen de represión penal universal aplicable a las que denomina infracciones graves de sus disposiciones.⁷⁴ Tradicionalmente, se ha entendido que esta obligación solo se circunscribe a los hechos ocurridos en el marco de un CAI, pero en la actualidad, y a partir de su inclusión en el Estatuto de Roma que crea la CPI, existe consenso en que también es posible la comisión de crímenes de guerra en el marco de los conflictos armados no internacionales.

En el marco de un CAI, las Convenciones de Ginebra hacen una distinción entre *infracciones graves* y *actos contrarios* al DIH. La obligación de reprimir incluso a través de la jurisdicción universal –es decir, la posibilidad de castigar no solo las infracciones cometidas en el territorio del Estado o por sus nacionales o contra estos– solo se impone en relación con las infracciones graves previstas en los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I.⁷⁵ De hecho, este Protocolo agrega precisión al régimen –denominando a las

⁷⁴ Sobre el bajo nivel de cumplimiento de esta obligación internacional por parte del Estado peruano puede verse SALMÓN, Elizabeth. *Encuentros y desencuentros. El Perú y el derecho internacional humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001, pp. 76-99.

⁷⁵ Los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios señalan, respectivamente, que: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes”. Por su parte, el Protocolo Adicional I en su artículo 86 establece que: “Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar”.

infracciones graves “crímenes de guerra” – pero no lo modifica. En esta clase de conflictos se impone un triple deber. Uno consiste en emitir legislación penal que permita la persecución de estas conductas en el marco de un principio de proporcionalidad entre la severidad del castigo y la gravedad de la ofensa. El segundo, se relaciona con la idea de un “deber activo” que se aplica tan pronto como el Estado parte conoce que hay en su territorio una persona que ha cometido tal infracción y que consiste en asegurarse de que esa persona sea detenida y acusada. Asimismo, la necesaria acción policial debe tomarse espontáneamente y no solamente cuando otro Estado la requiera.⁷⁶ Y, finalmente, un deber de juzgar a la persona salvo que se le envíe a los tribunales de otro Estado interesado.

Por su parte, en relación con los *actos contrarios* al DIH que no son considerados infracciones graves, existe la obligación general de tomar las medidas oportunas para que estos cesen, como se establece respectivamente en el tercer párrafo de los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra:

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los *actos contrarios* a las disposiciones del presente Convenio. (Las cursivas son nuestras)

Si se tiene en cuenta que esta obligación se enmarca en el deber general de “respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias” (Artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I), se puede deducir que existiría una obligación implícita de reprimir tales *actos contrarios* puesto que es a través de la imposición de sanciones penales en el Derecho interno que se cumple el compromiso de impedirlos.⁷⁷ No cabe duda de que el primer objetivo de este tercer párrafo es

⁷⁶ Cf. PICTET, Jean. *Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick y Armed Forces in the Field*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952, pp. 362-370.

⁷⁷ Este es el sentido del comentario de PICTET, Jean. Ob. cit., pp. 367-368. Cf. también SANDOZ, Yves. “Penal Aspects of International Humanitarian Law”. En Cherif Bassiouni (ed.). *International Criminal Law*. Nueva York: Transnational Publishers, 1998, vol. I: *Crimes*, p. 412.

la represión (como figura en la versión inglesa) de todos los actos contrarios (con las consecuentes sanciones judiciales y disciplinarias que su trasgresión conlleva).⁷⁸ Y que, en todo caso, este camino no excluiría ni impediría otras opciones secundarias, de carácter distinto al penal, si estas cumplen también con la misma finalidad.⁷⁹

2.3.2. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CONSECUCCIÓN DE LA PAZ FUTURA: LAS RELACIONES ENTRE EL DIH Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Como se ha visto, el ámbito de aplicación del DIH no comprende la situación previa al desencadenamiento del conflicto armado ni los efectos que se generan una vez concluido este. No obstante, resulta innegable que existe una vinculación intensa entre cómo se comportan los actores dentro de un conflicto armado y las posibilidades reales de consecución de la paz y reconciliación tras la finalización de las hostilidades.⁸⁰ La justicia transicional es precisamente el proceso de transición política que enfrentan sociedades salidas de períodos de violencia en que se han cometido graves violaciones de los derechos humanos y en las que se busca llegar a una reconciliación

⁷⁸ El tercer párrafo de la versión inglesa señala textualmente: “Cada una de las Altas Partes Contratantes debe tomar las medidas necesarias para suprimir todos los actos contrarios a las disposiciones de la presente Convención distintas a las infracciones graves definidas en el siguiente artículo”. Cf. PICTET, Jean. Ob. cit., p. 367.

⁷⁹ Entre las infracciones graves sancionables en el marco de un CAI, tenemos: el homicidio intencional, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario, entre otros (cf. artículos 50, 51, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente). Por otro lado, entre los actos contrarios tenemos, por ejemplo, el no instalar bodegas o cantinas en un campo de prisioneros de guerra, tal y como está previsto en el artículo 28 del Convenio III.

⁸⁰ Cf. SALMÓN, Elizabeth. “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 88, n.º 862, 2006, p. 2.

nacional.⁸¹ La posible relación del DIH con los procesos transicionales puede enfocarse desde dos momentos.

El primero corresponde a una etapa anterior al conflicto y está relacionado con el rol preventivo de este ordenamiento. El Estado tiene la obligación de garantizar la implementación de las normas del DIH a nivel nacional,⁸² lo que ayudará a prevenir violaciones graves de sus disposiciones durante el conflicto, permitiendo que el proceso transicional posterior a las hostilidades sea mucho más viable. Es evidente pues que el perdón se logrará más fácilmente en contextos en los que las partes en conflicto respetaron las normas del DIH. Ya en 1795 Kant advertía en su obra *La paz perpetua* que: “Ningún estado en guerra con otro debe permitir tales hostilidades que hagan imposible la confianza mutua en la paz futura, como el empleo en el otro Estado de asesinos, envenenadores, el quebrantamiento de capitulaciones y la incitación a la traición”.⁸³

El segundo enfoque se relaciona con el momento posterior al conflicto, es decir, con el proceso transicional mismo. En esta etapa, las normas relevantes del DIH serán las sancionadoras, que establecen la obligación de poner fin a todas las violaciones del DIH y buscar y enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del DIH en conflictos armados internacionales.⁸⁴ El cumplimiento de estas obligaciones podría verse como un obstáculo del proceso transicional, en la medida en que los grupos que aún retienen cuotas de poder ven en su aplicación una razón para no ceder

⁸¹ En el marco de las Naciones Unidas, el concepto de la justicia de transición comprende la totalidad de los procesos y mecanismos relacionados con los esfuerzos de una sociedad por reconciliarse con una herencia de violaciones graves cometidas en el pasado, a fin de asegurar la responsabilización, la administración de justicia y la reconciliación. Esos procesos pueden comprender mecanismos judiciales y no judiciales, con diferentes niveles de participación internacional (incluso ninguna) y enjuiciamientos individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, verificación de antecedentes, despidos, o una combinación de estos. Cf. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/619, 3 de agosto de 2004, p. 4.

⁸² Cf. artículo común 1 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

⁸³ Cf. KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 9-10.

⁸⁴ Cf. artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

en el proceso reconciliatorio. Precisamente, como respuesta a esto, es que varios Estados latinoamericanos dieron las denominadas leyes de amnistía –o, más bien, autoamnistía– que constituyeron sinónimo de impunidad.

Una ley de amnistía puede resultar válida en la medida que genere una reconciliación capaz de establecer bases sólidas y duraderas para la construcción de una sociedad democrática y no signifique la mera impunidad de los involucrados. Más allá de la conveniencia o no de dictar una ley de amnistía, el DIH sirve para determinar el ámbito de aplicación material de la norma, es decir, los delitos a los que se podría aplicar sin violentar las obligaciones internacionales del Estado. En este sentido, la amnistía debería referirse a delitos propios del conflicto, tales como los actos de rebelión, sedición, o todas aquellas violaciones conexas leves –como arrestos arbitrarios o malos tratos leves.⁸⁵

El DIH impone ciertos límites y las amnistías que promueve no se aplican a los crímenes de guerra.⁸⁶ De este modo, las amnistías no son *per se* contrarias al DIH, sino que su ámbito material deberá restringirse a la comisión de delitos políticos o delitos comunes conexos no graves. De hecho, esta preocupación por la reconciliación, si bien no es objetivo expreso del DIH, no pasó inadvertida por quienes redactaron sus normas, ya que el artículo 6 (5) del Protocolo Adicional II establece que “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

⁸⁵ Cf. MÉNDEZ, Juan. “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”. En *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p. 530 y ss.

⁸⁶ Cf. Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915, del 4 de octubre de 2000, parágrafo 22, en el que se señala que: “la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del Derecho internacional humanitario”. Cf. también, Resolución 2583 (1969) y Resolución 3074 (1973) de la Asamblea General y Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad, así como los Estatutos de los Tribunales para la ex-Yugoslavia (artículo 29) y Ruanda (artículo 28).

2.4. LA RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS

La relación del DIH con el ordenamiento jurídico interno del Estado puede verse desde dos perspectivas. La primera, es la obligación general de todos los Estados parte de los Convenios de Ginebra de adecuar su legislación interna a estas normas.⁸⁷ La segunda, es la relación que, en concreto, tiene el ordenamiento jurídico de un Estado participante en un conflicto internacional con las normas del DIH. Sobre este segundo punto es que nos centramos en las líneas que siguen.

No es este un aspecto que concite gran atención por parte de los Convenios. En el CAI, la relación con el Derecho interno, no obstante, se manifiesta directamente en el conjunto de obligaciones que surgen con la ocupación y, en particular, con la población civil. De esta manera, se establece que, una vez producida la ocupación, corresponde al Estado ocupante la obligación de restablecer y asegurar el orden público y la seguridad en el territorio bajo su autoridad,⁸⁸ pero también la obligación de no alterar el ordenamiento jurídico del Estado ocupado, salvo por razones imperiosas de seguridad.

Con respecto a lo primero, la población civil del territorio ocupado detenta una serie de derechos como a su honor, derechos familiares, a realizar sus convicciones y prácticas religiosas y a que sus hábitos y sus costumbres sean respetados.⁸⁹ Se establece también que será tratada con humanidad y protegida especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública y que, en aplicación del principio de no discriminación, “será tratada por la Parte en conflicto en cuyo poder

⁸⁷ Sobre el tema de la implementación, nos permitimos señalar el diagnóstico peruano en SALMÓN, Elizabeth. *Encuentros y desencuentros. El Perú y el derecho internacional humanitario*.

⁸⁸ Cf. artículo 43 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de La Haya de 1907. El Convenio IV establece obligaciones en relación con la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, tales como: proveer cuidados médicos, transporte, bienes básicos para su supervivencia, como alimentos, agua potable, etc., que necesariamente requieren de un mínimo de organización y seguridad en el territorio ocupado.

⁸⁹ Cf. artículo 27 del Convenio IV.

estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas”. El respeto de estos derechos supone necesariamente un tipo de organización y seguridad que podría también traducirse en una serie de elementos normativos.

En cuanto al marco jurídico, el artículo 64 del Convenio IV establece como criterio que la legislación penal del territorio ocupado permanecerá en vigor, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. Asimismo, esta norma establece que “la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante, sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice”. Lo que se complementa con la previsión de que solo cuando la Potencia ocupante “considere necesario, por razones imperiosas, tomar medidas de seguridad con respecto a las personas protegidas, podrá imponerles, como máximo, una residencia forzosa o internarlas”. Esto con la prohibición expresa de coacción, tortura y otras formas de brutalidad (artículos 31 y 32) y de cualquier forma de expulsión de su territorio.

Estas limitaciones se justifican porque la autoridad de la Potencia ocupante es, por definición, provisional y está limitada a la prestación de asistencia y protección en la situación de emergencia generada por la guerra. En esta medida, no le está permitido, por ejemplo, modificar el ordenamiento jurídico ni realizar reformas radicales que incluso podrían ser necesarias para adecuar un sistema judicial determinado a los estándares del debido proceso. Tampoco podría modificar el estatuto de los jueces y los funcionarios públicos, dado que los tribunales existentes han de seguir desempeñando su función y continuarán teniendo competencia respecto de los delitos comprendidos en el Derecho penal interno cometidos por habitantes del territorio ocupado. Solo en caso de ausencia de un sistema judicial operativo, la Potencia ocupante puede establecer sus propios

tribunales para desempeñar las funciones del poder judicial ordinario, siempre que aplique la legislación nacional existente. Finalmente, tampoco está permitido a la Potencia ocupante disponer de los recursos naturales del Estado ocupado que deben respetarse. En este sentido, el Reglamento de La Haya obliga a la Potencia ocupante a respetar la “propiedad privada” (artículo 46), y dispone que la Potencia ocupante “no debe considerarse sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas” (artículo 55). De no hacerlo, incurriría en una violación del DIH.

CAPÍTULO 3

EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Desde 1949, el DIH regula los conflictos armados que no sean de carácter internacional (CANI) a través de una única norma contenida en el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra. Veintiocho años después, con la adopción en 1977 del Protocolo Adicional II, este tipo de conflictos adquiere una regulación más extensa en un cuerpo normativo cuyo propósito fundamental es la protección de las víctimas de estos conflictos.

El presente capítulo tiene precisamente como objetivo analizar el régimen jurídico aplicable al CANI, para lo cual diferenciaremos primero este tipo particular de conflicto respecto del CAI y otras formas de violencia interna como son los disturbios y tensiones. Luego, se estudiarán los tipos de CANI existentes según el grado de intensidad y, posteriormente, el ámbito de aplicación material, personal, espacial y temporal de las normas del DIH sobre esta materia. Finalmente, se profundizará sobre el Derecho aplicable, para luego abordar la relación de estas normas del DIH con el ordenamiento interno de los Estados.

3.1. DIFERENCIAS ENTRE CONFLICTO ARMADO DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL Y CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

A diferencia del CAI donde se enfrentan Estados y, eventualmente, pueblos que luchan contra la dominación colonial, racista u ocupación extranjera (véase *supra* capítulo 2), en el caso del CANI se enfrentan grupos de un mismo Estado. En efecto, podría tratarse de luchas entre las propias Fuerzas Armadas, por rebelión en su seno, o de estas contra grupos armados o de grupos de población que se enfrentan entre sí. Por ello, coincidimos con Mangas cuando señala que el verdadero criterio diferenciador entre

el conflicto internacional y el interno es la calidad de los sujetos que se enfrentan.¹ Esto va a determinar que el propio conflicto, más que afectar o encontrarse prohibido por el orden internacional, sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado por alterar su orden interno.

En efecto, el *ius ad bellum* prohíbe el uso de la fuerza entre Estados pero no el uso de la fuerza al interior de un Estado. De esta manera, el CANI no resulta ser ilegal respecto al Derecho internacional público, pero sí lo será respecto del Derecho interno del Estado donde se verifique esta situación. Será, por tanto, el ordenamiento interno del Estado el que condene duramente la rebelión toda vez que no puede permitir una acción autodestructiva siendo, por el contrario, su prohibición garantía del mantenimiento de la paz y del orden.² En cualquier caso, lo que sí se encuentra prohibido por el DIH de manera general, sea en el marco de un conflicto internacional o interno, es la comisión de violaciones de sus disposiciones fundamentales, supuesto en el que se aplica la faceta sancionadora de este.³

No son, por tanto, ni la extensión territorial (por cuanto el conflicto internacional también podría tener como escenario el territorio de un solo Estado) ni la intensidad del conflicto (como bien demuestra la práctica de los últimos años) factores que puedan marcar la diferencia con el CAI. Sin embargo, la intensidad del enfrentamiento sí va a incidir decididamente en el régimen jurídico aplicable a las hostilidades internas.

En efecto, si en el marco de un CAI resulta irrelevante jurídicamente la intensidad de las operaciones porque siempre será aplicable el conjunto del DIH, en el marco de un CANI, por el contrario, la intensidad determinará el régimen jurídico aplicable a tal punto que los cambios en el devenir de este pueden generar el “tránsito de regímenes jurídicos”.⁴ De esta manera,

¹ Cf. MANGAS, Araceli. *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999, p. 57, quien, a su vez, recoge la posición del representante del CICR al presentar el artículo 1 del Protocolo Adicional II, CDDH/I/SR.22, 14 de marzo de 1975, vol. VIII, parágrafo 13, p. 210.

² Así, por ejemplo, cf. artículo 473 del Código Penal de España, artículo 467 del Código Penal de Colombia, artículo 141 del Código Penal de Uruguay, artículo 226 del Código Penal de Argentina, artículo 346 del Código Penal del Perú, entre otros.

³ Cf. *supra* capítulo 2, apartado 2.4.

⁴ MANGAS, Araceli. *Ob.cit.*, p. 57.

habrá conflictos internos (la mayoría) que serán regulados exclusivamente por el artículo 3 común; y otros (la minoría), en los que existe un elemento de control territorial y nivel de enfrentamientos armados abiertos y continuados, a los que se les aplicará el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II.

3.2. DIFERENCIAS ENTRE CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL Y TENSIONES Y DISTURBIOS INTERIORES

El DIH excluye expresamente de su ámbito de regulación algunas formas de violencia interna como son las tensiones y disturbios, y se limita a regular aquellas situaciones de violencia interna que alcanzan cierto grado de intensidad para ser consideradas CANI. En efecto, conforme lo ha señalado la jurisprudencia internacional más reciente, la intensidad del conflicto y la organización de las partes constituyen los criterios distintivos al momento de analizar si una situación de violencia interna califica o no como un CANI.⁵

Las tensiones políticas y sociales no conllevan acciones hostiles, es decir, armadas y con un carácter colectivo y organizado.⁶ Por otra parte, si bien los disturbios conllevan actos de violencia de cierta gravedad o duración,⁷ e incluso un cierto nivel de enfrentamiento, no alcanzan, en sentido estricto, un nivel de organización suficiente, por lo que ninguna de estas figuras ha sido incluida dentro de las normas que regulan el CANI. Antes bien, estas situaciones se encuentran comprendidas en las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos y en la propia legislación nacional que normalmente preverá la declaratoria de estados de excepción.

⁵ Cf. TPIR. Fiscal vs. Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, parágrafo 620.

⁶ Cf. MANGAS, Araceli. Ob.cit., p. 68.

⁷ Cf. ABI-SAAB, Rosemary. "Le droit humanitaire et les troubles internes". En Laurence Boisson de Chazournes y Vera Growland-Debbas. *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*. Los Países Bajos: Kluwer Law International, 2001, p. 480.

3.3. TIPOLOGÍA DEL CONFLICTO ARMADO DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL

Tal como lo señaláramos, existen dos cuerpos normativos que regulan el CANI: por un lado, el artículo 3 común, que es en sí un “miniconvenio”⁸ y, por otro lado, el Protocolo Adicional II.

Estas normas guardan una relación que puede calificarse de asimétrica. Por un lado, el Protocolo Adicional II establece un conjunto de disposiciones que apuntan a una regulación más completa del conflicto (por ejemplo, estableciendo la protección especial para las víctimas de los conflictos o el compromiso de procurar la concesión de amnistía al final de este); pero señala, sin embargo, un umbral de aplicación alto y estricto, semejante al de una “guerra civil”, que muy pocos conflictos superan.⁹ Por su parte, el artículo 3 común no establece condiciones precisas de aplicación, sino que sus disposiciones apuntan solo a los excesos mayores de la violencia interna estableciendo normas mínimas de respeto.

3.3.1. EL CONFLICTO ARMADO DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL DEL ARTÍCULO 3 COMÚN

El artículo 3 común se refiere a la existencia de un conflicto armado que no sea de carácter internacional y que se desarrolle en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes. En cuanto a lo primero, se trata, de manera general, del uso de la violencia armada, vale decir, de una acción hostil, que presenta un carácter colectivo y un mínimo de organización. Como puede deducirse, la motivación, normalmente política, pero también social,

⁸ Cf. SWINARSKI, Christophe. *Introducción al derecho internacional humanitario*. San José de Costa Rica / Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984, p. 47.

⁹ La secesión americana (1861-1865) o la española (1936-1939) parecen encajar en este instrumento. Otros ejemplos serían los de El Salvador, Eritrea, Filipinas, Yugoslavia y Georgia.

étnica o incluso religiosa, cede frente al hecho definitorio y objetivo que es el enfrentamiento armado y organizado.

En cuanto al aspecto territorial, la única condición es que el conflicto armado se desarrolle en el territorio de un Estado parte de los Convenios de Ginebra, pero no se exige un control territorial determinado o duradero ni un número específico de operaciones militares o de víctimas. La aplicación de esta norma “no depende de ninguna declaración o de un cumplimiento correlativo, porque se fundamenta en principios humanitarios y no en la existencia previa de otros requisitos ni en la capacidad de los contendientes para observarlos: su aplicación es incondicional, inmediata y no recíproca”.¹⁰

Ahora bien, en cuanto a su contenido esencial, el artículo 3 común contiene disposiciones que constituyen reglas básicas de convivencia que no deben romperse ni siquiera en un contexto de conflicto armado, sea este interno o internacional.¹¹ En efecto, plasma principios humanitarios que “constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional”,¹² y reviste además un claro carácter consuetudinario por cuanto refleja las exigencias elementales de humanidad que deben respetarse en toda circunstancia¹³ y que han adquirido valor de reglas imperativas o *jus cogens* en la comunidad internacional.¹⁴

¹⁰ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO DE GUATEMALA. *Guatemala Memoria del Silencio. Informe 1996*. Guatemala: UNOPS, 1999, vol. II, cap. II, párrafo 1693.

¹¹ Cf. CIJ. Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, *Nicaragua vs. Estados Unidos de América*, Sentencia de méritos del 27 de junio de 1986, párrafo 98.

¹² Preámbulo del Protocolo Adicional II. Cf., además, cf. PICTET, Jean. *Développement et principes du droit international humanitaire*. Ginebra / París: Instituto Henry Dunant / Pédone, 1983, pp. 75-86.

¹³ Cf. TPIY. *Fiscal vs. Tadic*, caso n.º IT-94-1-T, Sentencia del 7 de mayo de 1997, párrafos 611- 612.

¹⁴ De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una norma de *jus cogens* o imperativa de derecho internacional general es “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

En ese sentido, el referido artículo 3 común establece fundamentalmente dos obligaciones. Por una parte, impone la obligación de tratar con humanidad a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que ya no pueden participar en estas y, por otro lado, dispone que los heridos y enfermos deben ser asistidos y recogidos. Sin embargo, no contiene ninguna referencia explícita a conductas de las partes contendientes durante el combate, ya que este precepto ofrece protección únicamente a los que no participan directamente en las hostilidades, si bien se inspira en principios de humanidad.

Por lo demás, el contenido del artículo 3 común coincide con las disposiciones inderogables incluso en tiempo de “guerra, peligro público de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” (artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) o “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación” (artículo 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos) –el denominado *núcleo duro* de los derechos humanos– de las principales convenciones internacionales sobre derechos humanos. En efecto, este incluye derechos como la vida o a la integridad física, por señalar algunos sobre los que existe un innegable consenso universal.

Por otro lado, teniendo en cuenta que las normas contenidas en el artículo 3 común constituyen un estándar mínimo de protección, al adoptarse esta disposición se confirió a las partes la posibilidad de elevar dicho estándar a través de la adopción de acuerdos especiales o humanitarios que permitan poner en vigor, total o parcialmente, el resto de disposiciones de los Convenios de Ginebra.¹⁵ Cabe notar que ni la adopción de estos acuerdos

¹⁵ Esta posibilidad de acordar un régimen humanitario tan amplio como el que regula al CAI, de acuerdo con Mangas, estaba pensada especialmente para aquel CANI que revistiera las características de un enfrentamiento generalizado e intenso. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 85.

Un ejemplo de este tipo de acuerdos es el suscrito por Bosnia-Herzegovina, Croacia y el representante del Partido Democrático Serbio (SDS, por sus siglas en serbio), el 22 de mayo de 1992. De conformidad con dicho acuerdo, las partes se comprometieron a respetar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, así como algunas disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra que regulan los CAI, como las de conducción de hostilidades, heridos, enfermos y náufragos.

ni la aplicación del artículo 3 común significan un reconocimiento de un estatuto jurídico a las partes enfrentadas, por cuanto el propósito de este artículo es brindar, por razones humanitarias, protección a las víctimas de los conflictos.

3.3.2. EL CONFLICTO ARMADO DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL DEL PROTOCOLO ADICIONAL II

El enfrentamiento armado regulado por el Protocolo Adicional II debe, como el supuesto general, desarrollarse en el territorio de un Estado parte –aunque las fuerzas podrían haber partido de un territorio extranjero vecino– pero, a diferencia de aquel, debe: a) necesariamente involucrar entre sus actores a sus Fuerzas Armadas que pueden enfrentarse bien con Fuerzas Armadas disidentes, bien con grupos armados organizados; b) este grupo adverso debe tener un mando responsable; c) un control territorial; d) realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y e) tener capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II.¹⁶

- a) **Las partes que se enfrentan.** Este Protocolo se va a aplicar en la medida que participen en las hostilidades las Fuerzas Armadas contra Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados. Este requisito representa una de las mayores deficiencias del Protocolo Adicional II toda vez que restringe su ámbito de aplicación, a diferencia del artículo 3 común, a un tipo limitado de conflictos.¹⁷ La alusión directa a las Fuerzas Armadas del

¹⁶ En el caso del conflicto armado entre el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional y el Salvador, el Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza señaló en 1986 que sí se cumplían con todos los requisitos para aplicar el PA.II. Cf. SASSÖL, Marco; Antoine BOUVIER y Anne QUINTIN. *How Does Law Protect in War?* 3.ª ed. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2011, p. 1330.

¹⁷ Por ejemplo, no será de aplicación en aquellos casos en que, a pesar de la intensidad de las hostilidades, las partes enfrentadas sean grupos alzados en armas sin ninguna participación directa de las Fuerzas Armadas del Estado. Estas situaciones no son ajenas a la realidad, más aún gran parte de los conflictos de estos últimos tiempos han respondido a esta característica, por ejemplo, aquellos donde existe un Gobierno que resulta demasiado débil para intervenir o cuando el Gobierno hubiese desaparecido.

Estado descarta del ámbito de aplicación material del Protocolo Adicional II, por un lado, los conflictos en los que solo participen las fuerzas policiales y, por otro, los enfrentamientos que se lleven a cabo únicamente entre grupos como los denominados conflictos desestructurados que serán vistos en el último capítulo.

- b) **Mando responsable.** En cuanto a la referencia a un mando responsable, esta apunta a un nivel no poco importante de organización de las tropas y a la existencia de disciplina al interior de estas. No obstante, no se trata aquí de imponer a todas las partes enfrentadas los patrones jerárquicos de organización militar, sino de la existencia de una organización suficiente que, como señala Junod,¹⁸ permita concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho.
- c) **Control territorial.** El control territorial no es uno preestablecido sino que dependerá de las circunstancias del terreno y del conflicto mismo, debiendo este permitir, en todo caso, el desarrollo de operaciones militares sostenidas y concertadas y la aplicación del Protocolo Adicional II (por ejemplo, el tratamiento exigido a la población civil que se encuentra en el territorio controlado). En cualquier caso, se debe tener en cuenta que en muchos conflictos armados se observa una gran movilidad en el teatro de operaciones, pudiendo ocurrir que el control territorial cambie rápidamente de manos, por lo que el dominio en sí es relativo. Sin embargo, lo que sí resulta necesario es cierta estabilidad en el control de una porción del territorio que, aunque sea modesta, permita aplicar efectivamente el Protocolo Adicional II.¹⁹ No hay que olvidar que el objetivo último de todas estas disposiciones es que las partes enfrentadas puedan brindar el

Asimismo, la referencia a las Fuerzas Armadas excluiría a otros grupos como la fuerza policial, la guardia nacional y cualquier otro grupo similar. Cf. JUNOD, Sylvie-Stoyanka en SANDOZ, Yves y otros (eds.). *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff, 1987, parágrafo 4461, p. 1351.

¹⁸ Cf. ib., parágrafo 4463, p. 1352.

¹⁹ Cf. ib., parágrafo 4467, pp. 1352-1353.

máximo de protección a los que no participan directamente en las hostilidades.²⁰

- d) **Operaciones militares sostenidas y concertadas.** El carácter sostenido y concertado de las operaciones da a entender, por un lado, que los actos aislados de violencia se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Protocolo Adicional II y, por otro lado, que no es suficiente un acto particular o individual sino que se requiere cierta organización a fin de acordar las líneas de los ataques. En efecto, se trata de operaciones militares concebidas y preparadas por grupos armados organizados.²¹ Si bien resulta difícil señalar cuándo determinados actos son duraderos o revisten la suficiente intensidad, no es menos cierto, como bien anota Moir,²² que los términos “sostenido” y “concertado” se encuentran sujetos a interpretación, siendo los Estados libres de determinar si las operaciones realizadas por los grupos alzados en armas tienen esas características.
- e) **Capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II.** Una vez cumplidos los requisitos antes descritos, se espera que las Fuerzas Armadas disidentes y los grupos alzados en armas se encuentren en condición de aplicar el Protocolo Adicional II. De esta manera, la aplicación de este cuerpo normativo responde a la aparición conjunta de los elementos materiales que este señala. La racionalidad de estos elementos se centra en que el grupo que se enfrenta controle, de manera efectiva y no esporádica o instantánea, una porción definible del territorio que le permita el despliegue de operaciones militares sostenidas y concertadas (para lanzar ataques y para detener a los adversarios) y aplicar las normas humanitarias del Protocolo Adicional II (como, por ejemplo, las condiciones de internamiento, entre otras). Implica, por tanto, un movimiento de rebelión dotado de cierto aparato burocrático y organización militar.²³

²⁰ Cf. MOIR, Lindsay. “Decommissioned? International Humanitarian Law and Inter-American Human Rights System”. *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n.º 1, 2003, p. 108.

²¹ Cf. JUNOD, Sylvie-Stoyanka en SANDOZ, Yves y otros (eds.). Ob. cit., parágrafo 4469, p. 1353.

²² Cf. MOIR, Lindsay. Ob. cit., p. 107.

²³ JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. “La calificación y regulación jurídica internacional

Ahora bien, si a pesar de la presencia de todos los elementos materiales estos grupos alzados o disidentes optan por no aplicar las disposiciones del Protocolo Adicional II, esto no faculta al Estado a incumplir las obligaciones asumidas en el marco de dicho Protocolo, toda vez que el DIH no se funda en un principio de reciprocidad, como lo ha señalado el TPIY al referirse a la naturaleza de estas disposiciones: “el Derecho humanitario no se basa en un sistema de relaciones bilaterales sino que establece un conjunto de obligaciones absolutas e incondicionales, por lo que el principio de reciprocidad resulta irrelevante”.²⁴

Por otro lado, cabe siempre para el Estado la posibilidad de aplicar el Protocolo Adicional II incluso si el grupo armado o las fuerzas disidentes no cumplen con todos los requisitos aquí señalados. En efecto, tratándose de una caracterización que contiene exigencias máximas, los Estados bien podrían decidir aplicar el régimen del Protocolo Adicional II a pesar del incumplimiento de alguno de los requisitos.²⁵

En lo que se refiere a su contenido, no puede desconocerse que el Protocolo Adicional II, por un lado, “desarrolla y completa el artículo 3 común” –aunque “sin modificar sus actuales condiciones de aplicación” (artículo 1)–, lo que abundaría en su carácter *indisociable*;²⁶ y, por otro, que varias de sus disposiciones pueden considerarse normas consuetudinarias o principios aplicables para un mejor entendimiento de las disposiciones

de las situaciones de violencia interna”. *Quórum. Revista de Pensamiento Iberoamericano*, n.º 1, 2000, p. 15. Disponible en: <<http://dspace.uah.es/dspace/handle/10017/11045?show=full>>.

²⁴ TPIY. Fiscal vs. Kupreškić y otros (“Valle de Lašva”), caso n.º IT-95-16-T, Sentencia del 14 de enero de 2000, parágrafo 517.

²⁵ Cf. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995 (Revisión constitucional del “Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”), parágrafo 25. Tal fue la actitud de Colombia en 1997 cuando señaló que “El Gobierno de Colombia considera que las normas del PII de 1977 son aplicables en el territorio nacional [...] Por lo tanto, es la voluntad política del Gobierno de Colombia que las normas del Protocolo II se apliquen, con independencia de que se den o no en la realidad las condiciones de aplicación establecidas en el artículo 1 del mismo Protocolo”. Doc. NUE/CN.4/87/Add.1. Observación del Gobierno de Colombia del 28 de febrero de 1997, parágrafo 47.

²⁶ Cf. JUNOD, Sylvie-Stoyanka en SANDOZ, Yves y otros (eds.). Ob. cit., p. 1350 y ss.

del artículo 3 común.²⁷ Asimismo, este Protocolo plasma también algunos principios humanitarios esenciales como la *inmunidad de la población civil* (al no poder ser objeto de ataque) y, estrechamente vinculado a esto, la *obligación de distinguir* entre la población civil y los que participen directamente en las hostilidades (artículo 13). Además, su adopción ha significado una mejora en cuanto al establecimiento de una definición precisa de las garantías judiciales, la determinación de las condiciones de privación de libertad, la adopción de reglas diferenciadas sobre protección de los niños y el establecimiento de un marco diferenciado de protección de bienes civiles.

No obstante, existen ciertas desventajas como son la sujeción de los médicos y personal sanitario a la legislación nacional, el tratamiento de las personas civiles detenidas que resulta ser idéntico al del contendiente capturado quebrándose la distinción entre ellos, las organizaciones de socorros están sujetas a toda clase de sospechas.²⁸ Pero el mayor problema radica en las condiciones de aplicación del Protocolo Adicional II antes descritas, que poco pueden aportar a una eficaz protección de las víctimas de un CANI contemporáneo, toda vez que presentan un umbral alto y una protección todavía reducida.

3.4. LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL DIH: *RATIONE MATERIAE, PERSONAE, TEMPORIS Y LOCI*

3.4.1. *RATIONE MATERIAE*: UN CONFLICTO ARMADO DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL

De acuerdo con lo antes señalado, el CANI se encuentra regulado expresamente tanto por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra

²⁷ Por ejemplo, el artículo 4 inciso 2 no hace más que reiterar la prohibición de atentar “contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas” que son derechos plasmados en el artículo 3 común, así como unánimemente en los tratados internacionales universales y regionales de derechos humanos.

²⁸ Cf. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 170.

como por el Protocolo Adicional II, según la intensidad de este. No obstante, ninguna de estas disposiciones normativas propone definición alguna de CANI.

En efecto, el artículo 3 común se limita a establecer obligaciones que las partes deben seguir *en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional*. El texto del artículo 3 común no contiene una definición de CANI, sino que se limita a señalar su existencia como requisito de autoaplicación. Esta fórmula circular y, a su vez abierta, refleja no solo la falta de consenso en cuanto a una definición única de CANI, sino que puede entenderse como una opción que facilitó, sobre todo, la emisión del artículo y la regulación pionera, con ello, de un aspecto que se encontraba tradicionalmente sometido a la soberanía de los Estados.²⁹ Por otro lado, el Protocolo Adicional II establece en su artículo 1 únicamente las condiciones para su aplicación. Es decir, un listado de requisitos que caracterizan un CANI de mayor intensidad. En cualquier caso, la existencia de un CANI dependerá de la presencia de una serie de elementos, toda vez que se trata de una situación de hecho y no de una calificación jurídica, como podría ser la antigua beligerancia.³⁰

Ante la falta de una definición normativa, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de construir una definición a partir de los elementos que configuran un CANI. Es así que la doctrina ha señalado entre las características de un CANI: a) las partes en conflicto no son Estado[s]; b) los enfrentamientos armados se realizan en el territorio de un Estado; c) hostilidades abiertas deben tener un mínimo de

²⁹ Un estudio detenido de las ventajas de no contar con la definición puede verse en ABI-SAAB, Rosemary. *Droit humanitaire et conflits internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*. Ginebra / París: Institut Henry Dunant, Pédone, 1986, p. 68.

³⁰ No obstante, los Estados son renuentes a reconocer la existencia de un CANI por una serie de razones que van desde el temor de injerencias extranjeras, por la debilidad manifiesta de su propia administración civil y militar, y el protagonismo endémico que han desempeñado en su historia los movimientos centrifugos, las rebeliones y la violencia social en general; así como por el cuestionamiento a su autoridad que significa *per se* un conflicto, pues ciertamente implica una “impotencia momentánea” del Estado de mantener el orden. Cf. JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. Ob. cit., pp. 12-13.

organización; y d) los enfrentamientos armados deben tener cierta intensidad.³¹

El CICR, por su parte, intenta precisar aún más estos elementos a través de la observación de la jurisprudencia y práctica en la materia. De este modo, ha señalado algunos elementos que, entre otros, sirven de base para considerar el criterio de organización como: “existencia de una estructura de mando, de normas y mecanismos de disciplina dentro del grupo armado, un centro de operaciones, la capacidad de procurarse, transportar y distribuir armas, la capacidad del grupo de planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares, incluidos los movimientos de las tropas y la logística, capacidad para negociar y pactar acuerdos, por ejemplo un alto el fuego o un acuerdo de paz”. Por su parte, los elementos para determinar la intensidad serían: “el número de enfrentamientos y la duración e intensidad de cada uno de ellos, el tipo de armas y de otros material militar utilizado, el número y el calibre de las municiones utilizadas, el número de personas y los tipos de fuerzas que participan en los enfrentamientos, el número de bajas, la extensión de la destrucción material y el número de civiles que huyen de las zonas de combate”.³²

3.4.2. *RATIONE PERSONAE*: LOS SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

Las obligaciones que impone el DIH, y el artículo 3 común en específico, están dirigidas a “cada una de las partes en conflicto” y no exclusivamente al Estado, como eventualmente podría ser en el caso de las normas de derechos humanos.³³ Es decir, que el grupo levantado en armas (incluso en su lucha

³¹ Cf. JUNOD, Sylvie-Stoyanka en SANDOZ, Yves y otros (eds.). Ob. cit., parágrafos 4339 -4341, pp. 1319-1320.

³² XXXI Conferencia Internacional del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. “El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos”, octubre de 2011, p. 10.

³³ No obstante, resulta interesante señalar que para la Comisión de la Verdad de El Salvador, Informe 1993, p. 3, debe reconocerse que “cuando los insurgentes asumen el papel de gobierno en los territorios sometidos a su control, puede pedírseles que respeten ciertas obligaciones en materia de derechos humanos que son exigidas a los Estados en el Derecho internacional”.

con otros grupos y no solo contra el Estado) se encuentra obligado por estas normas y, en esa medida, su cumplimiento le resulta plenamente exigible.

Ahora bien, en las normas que regulan el CANI encontramos la alusión a una participación directa en las hostilidades, bien por parte de las Fuerzas Armadas del Estado, las Fuerzas Armadas disidentes o cualquier grupo alzado en armas. En términos generales, esta participación directa en las hostilidades está referida a los “actos que están encaminados a causar daño real y material (*actual harm*) al enemigo”³⁴ y que “implica un nexo directo de causa a efecto entre la actividad ejercida y los golpes asestados al enemigo en el momento y en el sitio donde esa actividad se ejerce”.³⁵

Como puede apreciarse, el abanico de posibilidades en lo que se refiere a participación directa en las hostilidades es sumamente amplio. El tema no ha sido solucionado en la práctica por lo que el DIH no prohíbe a los Estados contar con una legislación que penalice la participación en las hostilidades, sea directa o indirecta. Todo lo que se puede decir es que las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades de un CANI gozan de protección contra el ataque; mientras que las personas que participan directamente en las hostilidades pueden ser objeto de un ataque válido.

Como afirman Sassòli y Bouvier,³⁶ esto es necesario no solo porque las víctimas deben ser también protegidas de las fuerzas rebeldes, sino porque, de no respetarse este principio de igualdad entre los beligerantes, el DIH tendría menores posibilidades de ser respetado por las fuerzas gubernamentales (porque no se verían protegidas por las normas humanitarias) o por las fuerzas rebeldes (porque podrían no sentirse obligadas por estas).

En la práctica, Naciones Unidas también lo ha entendido así desde que, por ejemplo, en los conflictos de Somalia, Bosnia-Herzegovina, Liberia, Camboya, Angola, Ruanda, Georgia, etc., el Consejo de Seguridad se

³⁴ TPIR. Fiscal vs. Musema, caso n.º ICTR-96-13-A, Sentencia del 27 de enero de 2000, parágrafo 279.

³⁵ DE PREUX, Jean. “Artículo 43.- Fuerzas armadas”. En Yves Sandoz y otros (eds.). Ob. cit., parágrafos 1679, p. 516.

³⁶ Cf. SASSÒLI, Marco; Antoine BOUVIER y Anne QUINTIN. *Un droit dans la guerre?* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, vol. I : *Présentation du droit international humanitaire*, p. 265.

dirigía directamente “a todas las partes, a todos los movimientos y a todas las facciones” o a “todas las partes” para que facilitaran el desplazamiento de asistencia humanitaria a las víctimas. Incluso antes de los Convenios de Ginebra, el Consejo de Seguridad se dirigía a la Agencia judía en Palestina o al Alto Comité Árabe para solicitarles detener las hostilidades y poner fin a los “actos de violencia, terrorismo y sabotaje”.

En igual sentido, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, basándose en la obligación de cumplir y hacer cumplir *en toda circunstancia* lo contenido en estas normas, señaló que:

[...] tanto los miembros del Ejército, como las organizaciones guerrilleras, tenían la obligación jurídica de respetar las normas del derecho humanitario durante todo el transcurso del conflicto armado, sin tomar en consideración la intensidad de las operaciones militares, ni la época o el lugar donde ocurrieron, ni la naturaleza de las hostilidades.³⁷

Adicionalmente, debe entenderse que las normas humanitarias no solo se dirigen a los miembros de las Fuerzas Armadas o de los grupos, sino también a aquellos que les brindan apoyo. En efecto, todos los que actúan en nombre de una parte, incluyendo a todo el personal del Estado, deben cumplir con el DIH en el ejercicio de sus funciones. Esto es así porque las garantías judiciales, dirigidas a jueces, o las reglas del trato médico, dirigidas al personal de los hospitales, no tendrían el efecto deseado si este personal no fuese considerado parte de las fuerzas que combaten.

Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, las violaciones del DIH pueden ser cometidas por cualquier persona (o grupo de personas), es decir, que los eventuales autores no han de reunir o poseer ninguna condición especial, por cuanto se trata de prohibir actos que atentan contra principios esenciales de humanidad. De esta manera, se podría considerar tanto a los que se enfrentan al Estado como a los que actúen en nombre de este, vale decir, personal militar. Incluso, y de manera más contemporánea, el TPIR ha entendido que también pueden cometer violaciones del DIH las personas

³⁷ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO DE GUATEMALA. Ob. cit., parágrafo 51.

que forman parte de la población civil o que no participan directamente en las hostilidades.³⁸

Además, conviene señalar que no existe un solo artículo en las normas que regulan el CANI donde se utilice la expresión “combatiente” para referirse a aquellos que participen en las hostilidades, y ello es así porque de esta forma se trata de evitar cualquier reconocimiento de un derecho a combatir que sí asiste a aquellos que participan en un CAI.

Tal “derecho a combatir” no se predica, en modo alguno, respecto de los rebeldes o insurgentes que se levantan en armas contra un Gobierno en el interior del territorio de un Estado, porque estos se considerarán en principio delincuentes y podrán, en consecuencia, ser juzgados como tales.³⁹

En consecuencia, tampoco se reconoce en el marco de un CANI una inmunidad jurídica especial o el estatuto de prisionero de guerra a los que resulten detenidos en el marco del enfrentamiento.

En relación con los sujetos pasivos de estas violaciones, no estamos propiamente ante lo que en el marco del CAI se denomina estatuto de *personas protegidas*. En el caso del CANI, siguiendo lo establecido en el artículo 3 común, se menciona de manera general a todas las “personas que no participan directamente en las hostilidades” que incluye también a: a) los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto (incluso individualmente) las armas y b) las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

Estas personas deben ser tratadas de acuerdo con el *principio de no discriminación*, es decir, “sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo”.⁴⁰

³⁸ Cf. TPIR. Fiscal vs. Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafos 630-634. En esta sentencia, el TPIR establece que el burgomaestre del municipio de Taba, una persona que no formaba parte de las Fuerzas Armadas ruandesas, debía observar las disposiciones del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II e incluso podría ver comprometida su responsabilidad internacional.

³⁹ Cf. SUÁREZ, David. “Los conflictos armados internos”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 466.

⁴⁰ Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

3.4.3. *RATIONE TEMPORIS*: APLICACIÓN EN EL TIEMPO

En cuanto al aspecto temporal, se debe señalar que estas normas se aplican desde la apertura o inicio de las hostilidades y terminan con el cese de las hostilidades y hasta que se haya restablecido la paz. No obstante, su aplicación se mantendrá, aunque el conflicto haya terminado, si existieran víctimas detenidas por motivos relacionados con el conflicto. En efecto, los artículos 2.1, 2.2 y 25 del Protocolo Adicional II prevén que “este Protocolo se aplicará [...] a todas las personas afectadas por un conflicto armado” y que los detenidos con ocasión del conflicto “seguirán no obstante beneficiándose de las disposiciones del presente Protocolo hasta su liberación definitiva”. De esta manera, el ámbito de aplicación temporal de estas normas excede claramente las hostilidades propiamente dichas.⁴¹

3.4.4. *RATIONE LOCI*: APLICACIÓN EN EL ESPACIO

No se encuentran disposiciones específicas referidas al ámbito de aplicación espacial del DIH. No obstante, la jurisprudencia del TPIY ha señalado que la aplicación espacial de la norma depende más bien del contenido de la propia norma, es decir, que su aplicación bien puede estar conectada directamente al espacio geográfico en que se desarrollan las hostilidades (por ejemplo, disposiciones sobre la conducción de hostilidades), pero bien puede referirse a todo el territorio de la parte en conflicto (como el régimen de la población civil en poder del enemigo).

Por ejemplo, en el caso *Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*, se menciona que en caso de conflicto armado no internacional, la aplicación del artículo 3 común será para todo el territorio del Estado:

La cuestión de la aplicabilidad *ratione loci* en los conflictos armados no internacionales, cuando se aplica el artículo 3 común, debe ser entendido de la misma forma, es decir, el artículo debe aplicarse en todo el territorio del Estado involucrado en el conflicto.⁴²

⁴¹ Cf. TPIY. *Fiscal vs. Tadic*, caso n.º IT-94-1-T, Sentencia del 2 de octubre de 1995, párrafo 69.

⁴² TPIR. *Fiscal vs. Akayesu*, caso n.º ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 635.

3.5. DERECHO APLICABLE

El Derecho aplicable ante una situación de CANI dependerá de la intensidad del conflicto. En efecto, algunos conflictos estarán regulados por el artículo 3 común, principios y costumbres; mientras que los de mayor intensidad, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 1 del Protocolo Adicional II, se regirán por dicho cuerpo normativo en su integridad, además del artículo 3 común, los principios y costumbres que resulten aplicables.

3.5.1. EL RÉGIMEN DE LAS PERSONAS QUE PARTICIPAN DIRECTAMENTE EN LAS HOSTILIDADES

Al igual que en el caso del CAI, el DIH también brinda protección a los que participan directamente en las hostilidades en el marco de cualquier clase de CANI. El objetivo es similar: buscar un punto de equilibrio entre la necesidad militar y el principio de humanidad llegándose, por ejemplo, a prohibir el daño innecesario al adversario, es decir, el daño que va más allá de la necesidad militar como el uso de ciertas armas indiscriminadas o métodos como el de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil. Se trata, por tanto, de la aplicación de los principios del Derecho de La Haya al supuesto específico de un CANI, lo que encuentra amplio sustento tanto en las normas positivas (como el artículo 8, 2 e del Estatuto de Roma que penaliza ciertos incumplimientos de este Derecho en el caso específico de un CANI) como en la jurisprudencia y la doctrina internacionales.⁴³

3.5.2. EL RÉGIMEN DE LAS PERSONAS QUE NO PARTICIPAN DIRECTAMENTE EN LAS HOSTILIDADES

La protección de esta categoría de personas parte de la obligación de trato humano y es aplicable tanto en un CANI de alta como de baja intensidad. Esta obligación exige la prohibición, en todo tiempo y lugar, de los atentados a la vida y a la integridad física o mental, por lo que, además del homicidio,

⁴³ Cf. *supra* capítulo 1, apartado 1.4.3.

están prohibidas también las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y toda forma de pena corporal. Además, constituyen actos prohibidos la toma de rehenes en general, los actos de terrorismo y los castigos colectivos, así como la violación de las garantías mínimas procesales.⁴⁴

Por otro lado, el respeto a las garantías fundamentales que impone tanto el Protocolo Adicional II como el artículo 3 común se deriva también del trato humano, porque las autoridades gubernamentales podrían verse tentadas a llevar a cabo acciones expeditivas contra los rebeldes. Así, se prohíbe condenar y ejecutar a los rebeldes o a cualquier persona sin previo juicio por un tribunal regular con medios de defensa adecuados.

Ahora bien, esta disposición está esencialmente pensada para regular la conducta de autoridades civiles y militares, pues no es tan fácil que el mando rebelde pueda disponer de estos tribunales, salvo que controlasen poblaciones importantes y los jueces de estas actuaran aplicando las normas dictadas por autoridades rebeldes. En todo caso, los rebeldes estarían obligados, en los mismos términos que las autoridades, a no llevar a cabo una ejecución o imponer una pena privativa de la libertad sin previo juicio.

Partiendo de este régimen general, se establecen también una serie de disposiciones específicas destinadas a los distintos grupos de personas que forman parte de las categorías de personas que no participan directamente en las hostilidades, las cuales estudiaremos a continuación.

3.5.2.1. LOS HERIDOS, ENFERMOS Y NÁUFRAGOS (HEN)

La obligación de recoger y respetar a los HEN responde a una exigencia de humanidad, toda vez que esta categoría de personas amerita una protección diferenciada debido a su particular condición. En efecto, se trata de personas que necesitan asistencia médica o asistencia para salir de un grave peligro (véase *supra* capítulo 2, apartado 2.3). Pero no basta con estar incluidos dentro de esta categoría de personas para ser beneficiarios de esta protección especial, sino que deberán además abstenerse de realizar actos hostiles contra quienes les brindan auxilio, de lo contrario se convertirían en objetivos militares lícitos.

⁴⁴ Cf. artículo 3 común y artículos 4 y 6 del Protocolo Adicional II.

Ahora bien, esta obligación de respetar y proteger a los HEN implica “obligaciones de hacer” y “de no hacer” respecto de estos. En cuanto a lo primero, se trata de prestar asistencia médica, protegiéndolos de nuevos combates y conduciéndolos a zonas seguras y, tratándose de las obligaciones de no hacer, la fuerza que brinda auxilio no podrá llevar a cabo actos que agraven su estado (actos de violencia, intimidatorios o impropios a la dignidad humana).

La protección de los HEN deberá realizarse siguiendo los mismos principios que en el caso de un CAI. De tal manera que no interesa la actividad anterior de la persona que necesita la asistencia, prohibiéndose cualquier discriminación por motivos ideológicos, sociales o raciales. La única distinción admisible es aquella basada en criterios médicos,⁴⁵ debiendo recibir los cuidados médicos “en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve”. Por otra parte, para dispensar cuidados médicos a los heridos y enfermos y para salvar a los náufragos será preciso que las partes lleven a cabo tareas de búsqueda y recojo de los HEN especialmente después de un combate⁴⁶ (artículo 8 del Protocolo Adicional II).

Adicionalmente, esta protección brindada a los HEN requiere de la correlativa protección al personal sanitario y religioso a su servicio, pues, de lo contrario, esta se vaciaría de contenido.⁴⁷ Ahora bien, a pesar de que el artículo 3 común no menciona expresamente la protección del personal sanitario que los atiende, no debe entenderse como un desamparo autorizado pues esas personas deben ser respetadas, lo que implica a su vez respetar el principio del secreto médico y la neutralidad de la medicina. En tal sentido, no se puede imponer medidas personales ni administrativas o de otro género contra el personal sanitario por haber cuidado a las personas protegidas en el artículo 3 común. En efecto, perseguir al personal sanitario o restringir

⁴⁵ Cf. artículo 7.2 del Protocolo Adicional II.

⁴⁶ Cf. artículo 8 del Protocolo Adicional II; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge / Ginebra: Cambridge University Press / Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005, vol. I: *Normas*, norma 109.

⁴⁷ Cf. artículos 9 y 10 del Protocolo Adicional II; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., normas 25-30.

la venta y libre circulación de medicamentos utilizados exclusivamente con fines terapéuticos reduciría prácticamente a la nada la protección conferida por dicho artículo.

Esta protección se ve ampliada por lo dispuesto en el Protocolo Adicional II. Es así que la laguna grave del artículo 3 común ha sido colmada por el Protocolo Adicional II que comprende dentro de su ámbito de protección, tanto al personal civil como al militar al servicio de las partes en conflicto, ya sean adscritos permanentemente (en el caso de las Fuerzas Armadas) o temporalmente, así como el personal que asegura el funcionamiento y administración de las unidades y medios de transporte sanitarios.⁴⁸ Más aún, el personal sanitario precisa que se le proteja no solo durante los combates, o mientras cuida a los heridos y enfermos, dado que el riesgo mayor tiene lugar después de prestados sus servicios y auxilios médicos, pues existe la tentación de calificar sus actos como “colaboración” que sostiene el esfuerzo⁴⁹ de una de las partes en conflicto.

En ese sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional II impone dos obligaciones. Por un lado, la inmunidad incluso después de haber prestado el servicio y, por otro lado, prohíbe obligar al personal sanitario a realizar actos contrarios a la deontología (como experimentos o actividades hostiles) u obligarlos a abstenerse de prestar auxilios exigidos por normas deontológicas y médicas. Así, este personal goza de neutralidad en el ejercicio de sus funciones, por lo que no se le podrá obligar a realizar tareas que sean incompatibles con su misión humanitaria (prohibición de coacción) ni tampoco a dar información sobre sus pacientes (confidencialidad del servicio médico).

No obstante, esta confidencialidad al igual que la no penalización garantizadas a su favor se encuentran subordinadas a la legislación nacional, lo cual llevó a algunos Estados a sostener, durante las negociaciones del Protocolo Adicional II, que en realidad no tenía sentido suscribir un instrumento convencional cuya aplicación quedase subordinada a la legislación nacional de cada parte. En ese sentido se pronunció el delegado

⁴⁸ Cf. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 105.

⁴⁹ Cf. ib., p. 106.

de Noruega al señalar que “tal disposición está en contradicción con la esencia misma del DI y encierra graves peligros para el conjunto del DIH”.⁵⁰

3.5.2.2. LA POBLACIÓN CIVIL

El ataque a la población civil significa una transgresión a uno de los principios fundamentales del DIH como es el principio de distinción. Es por ello que el Protocolo Adicional II dedica a este principio todo un capítulo. No obstante, de las seis disposiciones normativas contenidas en este, solamente dos son sobre personas civiles y las cuatro restantes sobre bienes y organización de los socorros.

La protección dispensada a la población civil comprende a toda persona que no sea miembro de las Fuerzas Armadas o grupos armados, tanto las personas civiles individualmente consideradas, como el conjunto de estas que deben ser protegidas de las hostilidades.⁵¹ Conviene señalar que la presencia de miembros del grupo armado en la población civil no priva a esta de su protección frente a ataques militares.

Esta protección garantizada a la población civil en el marco de un CANI se confiere además en la medida que los civiles no participen directamente en las hostilidades, así quienes participen directamente en estas no podrán valerse de la inmunidad propia de los civiles y podrían ser objeto de ataque. No obstante, tal y como señalamos anteriormente, no es una solución fácil determinar si existe o no una participación directa. En efecto, con frecuencia autoridades y grupos armados suelen calificar como actividades hostiles cualquier gesto de simpatía o apoyo ideológico o económico, en forma de donación de víveres, o la pertenencia a partidos políticos próximos a la actividad guerrillera. No obstante, coincidimos con Mangas en que “la calidad de persona que participa directamente en las hostilidades debe reservarse a los actos que por su naturaleza o su objetivo están destinados a alcanzar concretamente al personal y al material de las fuerzas armadas adversas”.⁵²

⁵⁰ HAMBRO. CDDH/II/SR.46 (4 de abril de 1974), vol. XI, parágrafo 2, p. 537 citado por MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 108.

⁵¹ Cf. artículos 8 y 50 del Protocolo Adicional I.

⁵² MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 114.

Otra de las protecciones garantizadas a la población civil es la prohibición de desplazamientos forzados.⁵³ El principio en la materia es la prohibición dirigida a las autoridades de las partes en conflicto de ordenar y ejecutar desplazamientos forzados. Es así que el artículo 17 del Protocolo Adicional II regula las causas y condiciones en que se podría, e incluso resulta aconsejable, desplazar. En efecto, podrían darse estos desplazamientos por seguridad de las personas civiles (en la práctica es seguridad del Estado) o por razones militares imperiosas. Este desplazamiento debe entenderse siempre dentro del territorio nacional y no hacia el extranjero. Sin embargo, el cumplimiento de este precepto está muy alejado de la realidad (los refugiados en masa constituyen un argumento fáctico de este incumplimiento). Así, se abusa de los desplazamientos utilizándolos como un método de combate frente a la “guerrilla” para privar a esta del “apoyo logístico político e informativo” que encuentra entre la población civil.

En lo que se refiere a la protección de los bienes civiles, a diferencia de las normas que regulan el CAI, en el marco del CANI no se confiere una protección general a todos los bienes civiles de forma expresa y con una definición de estos –aunque la definición del CAI es simplemente por oposición a los objetivos militares–, sino que, por el contrario, se hace una enunciación de aquellos bienes que se encuentran sujetos a protección.

En primer lugar, se encuentran los *bienes indispensables para la supervivencia de la población civil* cuya protección se garantiza en el artículo 14 del Protocolo Adicional II, que prohíbe como método de combate hacer padecer de hambre a las personas civiles atacando, destruyendo, cometiendo pillaje o inutilizando bienes indispensables para aquellas. Dentro de estos bienes cuya destrucción se encuentra prohibida, se pueden encontrar artículos alimenticios, zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y las reservas de agua potable y las obras de riego.

Por otro lado, el artículo 15 del Protocolo Adicional II confiere una inmunidad limitada a *las obras e instalaciones que contienen fuerzas*

⁵³ Cf. HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., norma 129.b.

peligrosas precisando con carácter exhaustivo los bienes que aun pudiendo ser objetivos militares deben ser respetados, como son las presas, los diques y las centrales nucleares. Estos bienes no podrán ser atacados si su destrucción conlleva pérdidas importantes en la población civil.

Pero si bien existe una prohibición de atacar estos bienes en los términos antes señalados, en contrapartida existe también la obligación de no colocar objetivos militares cerca de estas obras.⁵⁴ El último grupo de bienes protegidos son los *bienes culturales y lugares de culto*. El artículo 16 del Protocolo Adicional II que garantiza su protección es similar al artículo 63 del Protocolo Adicional I aplicable al CAI, porque en realidad el patrimonio cultural y espiritual corre el mismo riesgo y su protección interesa por igual a todas las partes en tales conflictos.⁵⁵

El patrimonio cultural ha recibido además una protección especial y diferenciada en la Convención de La Haya de 1954, cuyo artículo 19⁵⁶ contiene una invitación a las partes para, mediante acuerdos especiales, poner en vigor el resto de las disposiciones del tratado, prevé ofrecimiento de servicios de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y deja a salvo que la aplicación de tal precepto tenga consecuencia alguna en el estatuto jurídico de las partes en conflicto. Las obligaciones básicas exigidas a las partes por este tratado

⁵⁴ Cf. el artículo 56.5 del Protocolo Adicional I que señala que sí se autorizan las instalaciones construidas con el único propósito de defender contra los ataques las obras o instalaciones protegidas, siempre que no se utilicen en las hostilidades; salvo en las acciones defensivas necesarias para responder a los ataques contra las obras o instalaciones protegidas y si el armamento se limita a armas que solo pueden servir para repeler acciones hostiles contra las referidas obras e instalaciones protegidas.

⁵⁵ Cf. HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. Ob. cit., normas 38-39.

⁵⁶ Artículo 19.- 1. En caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que haya surgido en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de esta Convención, relativas al respeto de los bienes culturales. 2. Las Partes en conflicto procurarán poner en vigor, mediante acuerdos especiales, todas las demás disposiciones de la presente Convención o parte de ellas. 3. La Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. 4. La aplicación de las precedentes disposiciones no producirá efecto alguno sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

consisten en:⁵⁷ a) abstenerse de usar estos bienes para fines que pudieran exponerlos a destrucción o deterioro; b) abstenerse de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes; c) prohibir, impedir o hacer cesar cualquier acto de robo, pillaje, ocultación o apropiación o vandalismo; y d) no llevar a cabo actos de represalias.⁵⁸

En lo que se refiere a las organizaciones de socorro, su inclusión no estuvo ajena a ciertas críticas por parte de algunos Estados, por considerar que ello sería un pretexto para la intervención en asuntos internos del Estado. El artículo 18 del Protocolo Adicional II regula su tratamiento de manera tal que para su intervención se requiere la aceptación del Estado, así las sociedades de socorro pueden ofrecer sus servicios mas no existe la obligación del Estado de aceptar. Estas organizaciones realizan actividades relacionadas “con el desempeño de sus funciones tradicionales en relación con las víctimas del conflicto” (se trata de manera general de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja u organizaciones civiles y religiosas de socorro). Estas actividades no son solo médicas sino también de salvamento, suministro de comida y vestido, reunión de familias, recogida y transmisión de información sobre las víctimas. Ello no obsta para que el CICR pueda ofrecer también sus servicios, toda vez que así lo señala el artículo 3 común a toda clase de CANI.

De acuerdo con la posición del CICR, estarían justificadas acciones de socorro exteriores si las partes en conflicto no pudieran garantizar a la población civil, como sería su responsabilidad, el suministro de los medios necesarios para su supervivencia. En cualquier caso, las partes tienen responsabilidad de autorizar y facilitar el paso de socorros aunque puedan poner ciertas condiciones como que estén vigilados por un organismo imparcial.

⁵⁷ Cf. artículo 4 de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954.

⁵⁸ La debilidad de la referida Convención ha sido reconocer que esas obligaciones podrían ceder en caso de necesidad militar que impida de manera imperativa su cumplimiento. Pero, en el artículo 16 del Protocolo II de esta Convención, se garantiza en forma absoluta la inmunidad de patrimonio cultural y espiritual prohibiéndose la destrucción de monumentos históricos, obras de arte y lugares de culto; además de prohibirse la utilización de estos en apoyo del esfuerzo militar.

El consentimiento que se exige es el del Estado, pero en la medida que existe la obligación de suministrar ayuda por parte de otros Estados y organizaciones internacionales u organizaciones no gubernamentales, los Estados no podrán rechazar injustificadamente la ayuda si es imprescindible para la supervivencia de la población civil. No obstante, Mangas⁵⁹ señala que el consentimiento no solo podría venir de los Estados, sino también de los rebeldes en territorios controlados por estos, posición esta última que resulta válida sobre todo si se tiene en cuenta que el actuar de las organizaciones de socorro requiere también de ciertas garantías que, dado el caso, solamente podrían brindarlas quienes detentan el control en la zona. Si bien no se especifica el respeto y protección del personal y medios de las sociedades de socorro, resulta coherente que, si se les permite actuar a favor de las víctimas, no pueden ser objeto de ataque ni ser perseguidos judicialmente ni detenidos.

Finalmente, dentro de los aspectos cuya regulación no ha sido contemplada en el marco del CANI, se encuentran los servicios de protección civil. Se trata de los servicios que se brindan para proteger a la población civil contra los peligros de las hostilidades y de las catástrofes y para ayudarla a recuperarse de sus efectos inmediatos, así como para facilitar las condiciones necesarias para su supervivencia. Estos no cuentan con una protección diferenciada, siendo de aplicación, en la medida correspondiente, las normas generales.⁶⁰ Otro aspecto no regulado es el relativo al registro e información sobre las víctimas, labor que suele realizar el CICR en beneficio de las personas afectadas por las hostilidades.

3.6. LA RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS

Las normas que regulan el CANI se relacionan con el ordenamiento interno de los Estados tanto en lo que se refiere a la obligación general de adecuar la legislación interna de los Estados a estas normas como en lo que respecta a la relación que, en concreto, mantiene el ordenamiento jurídico del Estado

⁵⁹ Cf. MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 125.

⁶⁰ Cf. artículos 61 al 67 del Protocolo Adicional II.

participante en el conflicto con las normas de DIH, aspecto este último que desarrollaremos.

En el marco de los conflictos internos, los Estados asumen soberanamente el compromiso de que para luchar contra un grupo de rebeldes en su territorio solo recurrirán a “medios legítimos” y que los imperativos de la seguridad del Estado no podrán justificar las violaciones de las normas humanitarias. Pero esto no significa una renuncia a la legítima función estatal de restablecer el orden interno frente a una situación de violencia, ya que el DIH tiene una finalidad exclusivamente humanitaria que no pretende ese objetivo ni deroga, en consecuencia, las disposiciones punitivas internas.

En efecto, quienes se enfrentan a las fuerzas gubernamentales no se encuentran exentos de comprometer su responsabilidad penal de acuerdo con el Derecho interno del Estado concernido o incluso, al igual que las fuerzas estatales, del propio DIH si, de acuerdo con la visión contemporánea, se cometieran actos calificados como crímenes de guerra.

Al respecto, Mangas señala que:

El combatiente no queda exento de verse imputados los más graves delitos conforme a la ley interna, incluso aunque haya respetado todas las normas internacionales sobre conducción de las hostilidades y las de carácter humanitario pero si se le aplica –por acuerdo humanitario– el III Convenio no podrá ser objeto de acusación alguna y tendrá una suerte honorable como combatiente.⁶¹

En este sentido, el propio artículo 3 común establece en su último párrafo que la aplicación de este “no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto”. Esta disposición resulta esencial porque subraya que:

[...] el hecho de aplicar el artículo 3 no constituye en sí mismo ningún reconocimiento de poder alguno a la parte adversa; no limita de ningún modo su derecho –que le confiere su propia ley– a reprimir una rebelión por todos los medios, incluido el uso de las armas; no afecta en nada a

⁶¹ MANGAS, Araceli. Ob. cit., p. 94.

su derecho a perseguir judicialmente, juzgar y condenar a sus adversarios por sus crímenes, de conformidad con la propia ley.⁶²

De igual manera, el inciso 1 del artículo 3 del Protocolo Adicional II precisamente establece:

No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos.

Si a esto se agrega el hecho de que en el Derecho de los conflictos armados (o en el Derecho de los derechos humanos) el que algo no esté prohibido no significa que esté permitido, resulta necesario trazar una línea entre el control de la actividad criminal y terrorista, que se rige por el Derecho interno del Estado concernido, y la función de plasmar límites a la violencia, propia del DIH.⁶³ Y es que si bien es cierto que la violencia contra personas y destrucción de la propiedad son inherentes al conflicto, el DIH ni otorga una *carta blanca* a las partes para recurrir a cualquier forma concebible de violencia (como, por ejemplo, *aterrorizar* a la población civil),⁶⁴ ni pretende sustraer la competencia estatal de preservar el orden al interior de un Estado.

Por ello, si la situación equivale a un CANI, se aplican las disposiciones normativas nacionales y también el Derecho internacional humanitario.⁶⁵ No hay pues sustitución de la ley nacional por la norma internacional humanitaria sino una aplicación simultánea, lo que significa el reconocimiento expreso por todos los Estados de que la autoridad del Estado para restablecer la ley y el orden interno tiene un límite; los Estados no son libres de tratar a sus

⁶² JUNOD, Sylvie-Stoyanka en Yves Sandoz y otros (eds.). Ob. cit., párrafo 4441, p. 1344.

⁶³ Cf. GASSER, Hans-Peter. "Acts of Terror, "Terrorism" and International Humanitarian Law". *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 84, n.º 847, 2002, pp. 547-570.

⁶⁴ Cf. ib., p. 554.

⁶⁵ Cf. DAVID, Eric. *Principes de droit des conflits armés*. Bruselas: Bruylant, 1994, p. 28.

ciudadanos de cualquier manera en período de CANI ni pueden disponer de medios ilimitados para sofocar la rebelión.

En resumen, en el marco de un CANI, se sigue aplicando el Derecho interno pero también las normas del DIH. Estas, como se ha visto, solo apuntan a señalar los límites del enfrentamiento (es decir, las conductas no permitidas ni siquiera en el marco de un conflicto). No pretenden restringir el poder punitivo del Estado, que tiene como deber fundamental preservar la ley y el orden, la unidad nacional y la integridad territorial, ni tampoco legitimar al grupo que se levanta en armas.

CAPÍTULO 4

EL DIH Y OTRAS FORMAS DE CONFLICTIVIDAD

Desde un punto de vista formal, el ámbito de aplicación material del DIH se encuentra claramente circunscrito a las dos formas de conflictividad antes señaladas. De hecho, tanto el artículo 2 común a los Convenios, para el caso del CAI, como el propio artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, para el caso del CANI, se encargan de excluir de manera general toda situación que no calce en lo que estas normas describen. Además, en el caso de un CANI, se inserta la exclusión expresa de las “disturbios y tensiones internas” que se reafirma, en el ámbito de la responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra, en los artículos 8(2)(c) y 8(2)(f) del Estatuto de Roma que crea la CPI.

No obstante, en un contexto en que el conflicto armado se presenta como un verdadero camaleón,¹ la práctica de los últimos años no parece reflejar la supuesta claridad de las normas positivas, ya que no solo se torna complicado definir claramente las situaciones incluidas en el DIH (especialmente el CANI planteado en el artículo 3 común), sino que la violencia y los atentados contra la seguridad humana revisten formas insólitas que requieren alguna respuesta por parte del DIH. En efecto, no parece lógico que los Estados hayan aceptado restricciones humanitarias para enfrentar las mayores amenazas a su seguridad nacional e internacional y que no se encuentren vinculados, por la razón de ser de estas normas, en situaciones que no alcanzan tal nivel de gravedad.

Ciertamente, los conflictos armados constituyen una de las peores amenazas a la seguridad humana,² pero junto a la amenaza tradicional que

¹ Cf. VON CLAUSEWITZ, Carl. *On War*. Citado por MUNKLER, Herfried. “The Wars of the 21st Century”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 85, n.º 849, 2003, p. 7.

² Cf. RAMÓN CHORNET, Consuelo. “Nuevos conflictos, nuevos riesgos para la seguridad humana”. En RAMÓN CHORNET, Consuelo (coord.). *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*. Valencia: Tirant

provenía de otros Estados o de grupos armados más o menos organizados que pretendían, al interior de un Estado, hacerse con el poder, ahora coexiste y cobra importancia la capacidad desestabilizadora de agentes no estatales que bien se enfrentan entre ellos, o bien, ligados a veces a redes internacionales, se enfrentan al Gobierno de turno. Todo esto ha desembocado en la aparición de nuevas formas de violencia conocidas genéricamente como conflictos de tercera generación. Asimismo, fenómenos como el de la globalización hacen que muchas amenazas a la seguridad como las hambrunas, los conflictos étnicos, la desintegración social, el terrorismo, la contaminación y el tráfico de drogas no se limiten a las fronteras de un Estado, sino que, al extenderse, se encuentren en la base del desencadenamiento de otros múltiples conflictos.³ Al mismo tiempo, las protestas sociales, producto de la crisis económica o política, entre otras causas, no cesan, generando violencia en los denominados disturbios interiores y tensiones internas que normalmente van acompañados de declaratorias de estados de excepción y que plantean una verdadera zona gris entre el DIDH y el DIH al momento de resguardar, de la mejor manera, la dignidad y seguridad de la persona humana.

4.1. LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS INTERNACIONALIZADOS

Un CANI no es ajeno a las influencias de los actores extranjeros y las políticas de terceros Estados o incluso entidades distintas de las estatales. De hecho, de acuerdo con el Programa de Conflictos y Construcción de Paz de la Escola de Pau, más del 50% de los conflictos actuales han sido objeto de internacionalización,⁴ situación preponderante también durante

Monografías, n.º 251, 2002, p. 355.

³ Cf. *ib.*, p. 359.

⁴ Cf. ESCOLA DE CULTURA DE PAU. *Informe Alerta 2012!* Barcelona: Icaria, 2012, p. 31 y ss. Disponible en: <<http://escolapau.uab.cat/img/programas/alerta/alerta/12/alerta12e.pdf>>. De acuerdo con este informe “[e]ntre los factores de internacionalización destacó la implicación militar de terceros actores, ya fueran otros Estados [...] o misiones o fuerzas internacionales [...] Otros elementos son la creciente ampliación del campo de acción de grupos con un origen localizado [...] motivando la participación de los

la Guerra Fría. El grado de participación de estas entidades foráneas podrá tener consecuencias jurídicas en la calificación del conflicto armado llegándose a configurar lo que se denomina conflicto armado interno internacionalizado, el cual se define como aquella situación en que “uno o más Estados extranjeros intervienen con sus propias fuerzas armadas a favor de una de las partes”.⁵ Sobre el punto es necesario plantearse, primero, el nivel de participación requerida para la internacionalización del conflicto y, en segundo lugar, el régimen jurídico aplicable a este.

En relación con la participación de terceros actores, la Sala de Apelación del TPIY⁶ ha señalado que cuando el conflicto tiene lugar en el territorio de un solo Estado puede considerarse que el conflicto es internacional si otro Estado interviene por medio de sus tropas o si alguno de los participantes en el conflicto interno actúa *por cuenta* de ese otro Estado. Es decir, por un lado, si se verifica la participación directa de un Estado en el territorio de otro (por ejemplo, a través de la presencia de tropas norteamericanas en Irak), pero, por otro lado, el Tribunal admite la posibilidad de que la situación sea un conflicto armado internacional cuando hay personas que pueden ser consideradas agentes de otro Estado o actúan en nombre de aquel.

El DIH no es ajeno a esta última noción, sino que antes bien recoge el “test del control” para poder así atribuir responsabilidad por los incumplimientos del Convenio. De esta manera, el Convenio III señala en su artículo 4 las condiciones para considerar combatientes a las fuerzas paramilitares exigiéndose, bien que estas sean parte de las Fuerzas Armadas de una parte en el conflicto, bien que se encuentren *bajo el control* de una parte en el conflicto.

Adicionalmente, el TPIY entiende que los Convenios de Ginebra no son tratados basados en postulados formales que apunten a que solo los órganos del Estado pueden comprometer la responsabilidad de este, sino

Gobiernos de dichas zonas en los enfrentamientos y en la persecución de estos grupos”.

⁵ VERRI, Pietro. *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 2008, letra C, p. 26.

⁶ Cf. TPIY. Fiscal vs. Tadic, caso n.º IT-94-1-T, Sentencia del 15 de julio de 1999, párrafo 84.

que, por el contrario, se basan en el principio de efectividad para evitar el máximo de violaciones posibles. En efecto, las propias normas generales del Derecho internacional recogen la actuación de hecho por cuenta del Estado imputándole “el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por instrucciones de ese Estado o bajo la dirección y control de ese Estado al llevar a cabo ese comportamiento”.⁷

En opinión del TPIY,⁸ dicho artículo solo exige un control del Estado sobre los individuos, que dependerá de las circunstancias del caso:

- Si se trata de un particular o un grupo de ellos, sería necesaria la existencia de órdenes específicas para cometer los actos en territorio de otro Estado o que, al menos, el primer Estado aprobara retroactivamente el comportamiento del particular.
- Situación distinta es la de los individuos organizados en grupos con estructura jerárquica, como unidades militares o, en el caso de conflictos internos, grupos de rebeldes. En este caso, solo se exige un control general o global del Estado sobre el grupo. Cabe señalarse que este último tipo de situación equipara a los grupos organizados con órganos del Estado.⁹

De lo dicho se desprende que, de manera independiente a la formulación de instrucciones precisas o concretas de cometer actos específicos, un grupo

⁷ Artículo 6 del Proyecto de artículos aprobado por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho internacional. A/CN.4/L.600.

⁸ Cf. TPIY. Fiscal vs. Tadic, caso n.º IT-94-1-T, Sentencia del 15 de julio de 1999, párrafos 118-123.

⁹ Cf. TPIY. Fiscal vs. Tadic, caso n.º IT-94-1-T, Sentencia del 15 de julio de 1999, párrafo 117. El Tribunal hace una interpretación del artículo 8 del Proyecto de tratado sobre responsabilidad estatal elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y señala sobre este que: “La razón detrás de esta norma es prevenir que los Estados escapen de su responsabilidad internacional contratando individuos particulares para realizar tareas que no podrían o no deberían realizar representantes (funcionarios) estatales o argumentando que esos individuos, que de hecho participan actualmente en el gobierno, no son considerados como órganos del Estado bajo la legislación nacional y que, por tanto, no comprometen su responsabilidad”.

organizado puede terminar generando la responsabilidad de un Estado en la medida que exista un control general sobre la actividad del grupo o sobre la planificación o coordinación de sus actividades militares.¹⁰

Ciertamente, en este punto, el TPIY se aparta de lo dicho por la CIJ en el caso Nicaragua. En efecto, en Nicaragua se exigió un grado de control muy alto —el criterio del control específico—¹¹ frente al control general del caso Tadic para la imputación de responsabilidad estatal. No obstante, el test de Nicaragua no parece estar en consonancia con la práctica judicial de los Estados. En casos relativos a grupos militares y paramilitares, los tribunales han utilizado criterios distintos al de Nicaragua. De esta manera, se deduce de la jurisprudencia que el control con respecto al grupo organizado debe sustentarse en que el Estado ha tenido un cierto papel en la organización, coordinación o planeamiento de las acciones militares del grupo, además de la financiación, equipamiento, entrenamiento o ayuda operacional a este.¹²

En el caso de Tadic, el TPIY entendió que se daban los requisitos de control exigidos. Consideró que ambos ejércitos (el de Serbia Montenegro y la JNA (Yugoslav Peoples Army, conocida luego como la VJ) compartían objetivos, aun incluso después del 19 de mayo de 1992, fecha de la separación formal de ambos ejércitos. De hecho, Serbia y Montenegro seguían pagando los salarios del Ejército serbo-bosnio y muchos de sus mandos procedían del Ejército yugoslavo. La Sala de Apelación considera que la creación del Ejército serbo-bosnio no implicó una renuncia de la República Federativa de Yugoslavia a su política en la zona, sino la creación de un mecanismo a través

¹⁰ Cf. TPIY. Fiscal vs. Tadic, caso n.º IT-94-1-T, Sentencia del 15 de julio de 1999, parágrafo 122: “[...] La misma lógica se debe aplicar a la situación en cuestión. Como se ha señalado antes, la situación de un grupo organizado es distinta a la de un individuo particular que realiza un acto específico a nombre de un Estado. En el caso de un grupo organizado, el grupo normalmente se involucra en una serie de actividades. Si es bajo el control general de un Estado, debe acarrear la responsabilidad de ese Estado por sus acciones, *ya sea que cada una de ellas le haya sido específicamente impuesta, solicitada o dirigida por el Estado o no*”.

¹¹ Cf. CIJ. Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Sentencia de méritos del 27 de junio de 1986, parágrafo 115.

¹² Cf. TPIY. Fiscal vs. Tadic, caso n.º IT-94-1-T, Sentencia de apelación del 15 de julio de 1999, parágrafo 137 y ss., Fiscal vs. Naletilic & Martinović, caso n.º IT-98-34-T, Sentencia del 31 de marzo de 2003, parágrafo 198.

del cual perpetuarla. Examina asimismo los acuerdos de Dayton,¹³ no como prueba, pero sí como indicio de la relación que existía entre la República Federativa de Yugoslavia y el Ejército serbo-bosnio antes de estos. De ellos, deduce un control general en el período 1992-1995, y por ello califica el conflicto incluso después del 19 de mayo de 1992 como internacional.

Ahora bien, consecuencia necesaria de lo anterior es que el régimen jurídico aplicable a los conflictos que revisten la internacionalización así entendida debe ser el aplicable a los conflictos armados internacionales. Los Estados, por tanto, deben prever que su participación en un conflicto interno que se desarrolla en otro Estado, bien apoyando al grupo de rebeldes o incluso al propio Estado al que aquellos se enfrentan, puede conllevar la internacionalización de este y la consecuente aplicación de las normas humanitarias pertinentes. Lo contrario, es decir, aplicar el régimen de protección en función de las personas, supondría una fragmentación de regímenes al interior de un mismo conflicto que podría llevar, en el supuesto de dos actores extranjeros, a la existencia de hasta cuatro posibles relaciones:¹⁴ a) la de los rebeldes y el Estado del cual son nacionales; b) la de los rebeldes y el Estado que apoya al Estado al que se enfrentan; c) la de las fuerzas armadas del Estado que padece el conflicto y los que actúan apoyando al grupo rebelde por cuenta del otro Estado; y d) la de los que actúan por cuenta de otro Estado y el Estado que brinda apoyo al Estado que padece el conflicto en su territorio.¹⁵

Esta multiplicidad de regímenes jurídicos aplicables en función de las personas que se enfrentan no se condice con el papel protector del DIH que busca sobre todo la protección de las víctimas de los conflictos armados por

¹³ Los acuerdos de paz fueron concluidos en Dayton, de ahí su nombre, pero firmados en París el 14 de diciembre de 1995.

¹⁴ Debe señalarse que una forma de conflictividad común en la Guerra Fría consistía precisamente en la reproducción del macroconflicto bipolar en conflictos aparentemente internos llevados a cabo en el territorio de un Estado distinto.

¹⁵ Cf. BIERZANEK, Remigiuz. "Quelques remarques sur l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés aux conflits internes internationalisés". En Christophe Swinarski (ed.). *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. Ginebra / La Haya: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 281-290.

razones humanitarias. Ciertamente, y a pesar de las dificultades prácticas que esta posición puede conllevar, el conflicto inicialmente interno se torna internacional por la presencia de un tercer actor que no es ninguna de las partes directamente implicadas, por lo cual no habría razón para impedir la aplicación de las normas destinadas precisamente a regular los conflictos en los que hay un elemento internacional. En cualquier caso, no se trata de una aplicación al detalle de cada una de las disposiciones del CAI, sino de una adaptación de la razón de ser de esas disposiciones a un conflicto donde coexisten motivaciones y actores no necesariamente compatibles.

4.2. LOS DENOMINADOS CONFLICTOS ARMADOS DE TERCERA GENERACIÓN

Las formas contemporáneas de conflictividad, entendidas por algunos como “un retorno de las antiguas guerras que precedieron a la aparición de los Estados naciones”,¹⁶ parecen, al menos desde el punto de vista formal, desbordar la tipología tradicional de conflictos armados en que se centran las normas de DIH. Su esencia, sin embargo, sustentada en la protección de las víctimas de los conflictos y en la limitación, por razones humanitarias, de los medios y métodos de combate, no resulta cuestionada por los denominados conflictos de tercera generación en los que, por un lado, proliferan los actores no estatales y, por otro, se traspasa las fronteras de un Estado para tornarse un fenómeno complejo de violencia transnacional.

Precisamente, Hobsbawn¹⁷ ha señalado que estas formas de conflictividad constituyen un signo característico del siglo XXI en que “las guerras ya no serán solo entre Estados, sino entre Estados y organizaciones no estatales suficientemente ricas y fuertes”. De hecho, los conflictos internos de la última década del siglo XX como el de Sierra Leona, Liberia, Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Somalia, etc., no fueron internacionales

¹⁶ GRUNEWALD, Francois. “Antes, durante y después de la urgencia. La experiencia del CICR en perspectiva”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 20, n.º 129, 1995, p. 290.

¹⁷ En una entrevista a Eric Hobsbawn sobre el ataque del 11 de septiembre en los Estados Unidos. Disponible en: <http://www.geocities.com/cajaeditora/News/Hobsbawn_01.txt>.

en sentido estricto, ni respondieron, en todos los casos, a las características tradicionales de un CANI.

Parece haberse producido un cambio cualitativo en los conflictos armados que, por una parte, retornan al modelo de enfrentamientos civiles y, por otra, y esto es quizá lo más relevante desde el punto de vista de la seguridad humana, apuntan al terrorismo internacional como paradigma de ese nuevo tipo de conflictos máximamente lesivos para la seguridad humana global. En este contexto, se trata de luchar contra un adversario que es invisible, o, si se prefiere, difícilmente identificable y que, por otro lado, no se atiene a las estrategias convencionales ni a las “reglas de la guerra”. Por esto, se plantea una nueva táctica que debe ser básicamente preventiva en lugar de puramente enfrentacional.¹⁸

De esta manera, los conflictos de tercera generación van a tener tres posibles manifestaciones:¹⁹

a) La primera está constituida por los *conflictos de identidad o étnicos* en los que una parte tiene como objetivo excluir y eliminar, bien a través de desplazamientos forzados, bien con su exterminio, mediante lo que llaman “limpieza étnica”, a un grupo de la población del mismo Estado. Pensemos, por ejemplo, en el caso de Bosnia-Herzegovina en que el objetivo de Serbia era eliminar a la población musulmana y buscar la homogeneidad étnica. Quizá este conflicto, que tenía el elemento étnico como una de sus principales características, haya sido precisamente uno de los más importantes de fines del siglo pasado.

b) La segunda manifestación comprende los llamados *conflictos desestructurados*. El concepto de conflicto desestructurado, en el que asistimos a enfrentamientos generalizados entre diversos grupos, sin que ninguno de ellos represente al Estado, tiene que ver con una noción propia del Derecho internacional que es la del “Estado fallido” o *“failed State”*, caracterizado por el debilitamiento o incluso la desaparición de las estructuras estatales.

¹⁸ Cf. RAMÓN CHORNET, Consuelo. Ob. cit., p. 360.

¹⁹ Cf. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Derecho internacional humanitario. Preguntas y respuestas*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004, p. 20.

Los Estados desintegrados presentan un nuevo reto para todo el sistema internacional de Estados pues no se trata de un golpe de Estado, caracterizado por ser un asalto violento del poder, sino de una situación mayor en la que no hay Gobierno o una estructura establecida o, lo que es lo mismo, un monopolio de la fuerza y el poder.

Como señala Thürer,²⁰ los Estados fallidos son producto del colapso de las estructuras de poder que proveían de base política al Derecho y al orden, lo que genera el colapso de las instituciones del Estado, especialmente la Policía y el Poder Judicial, lo cual resulta en una parálisis de gobierno, un rompimiento del Derecho y el orden y el bandidaje y caos generalizado.²¹

Desde un punto de vista jurídico, y debido a su mayor incidencia en la práctica, los conflictos desestructurados son los que han recibido una mayor atención por parte de la doctrina y de las normas internacionales. Esto responde, por un lado, a que esta categoría puede incluir los conflictos de identidad y, por otro, a que los denominados conflictos asimétricos involucran el problema del terrorismo internacional que, por su amplitud y complejidad, escapa a los solos linderos del DIH.²²

Como se ha señalado, los conflictos desestructurados, surgidos más bien en contextos de subdesarrollo, responden a modelos de debilidad institucional crónica ocasionada por factores culturales, económicos, religiosos o étnicos diversos. En este punto, el componente étnico –que define los llamados *conflictos de identidad*– puede también y de hecho acompaña en la práctica de estos años el desencadenamiento de esta clase de conflictos, aunque ciertamente no irá en todos los casos de la mano con un proceso de descomposición del Estado.

²⁰ Cf. THÜRER, Daniel. “The Failed State and International Law”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 81, n.º 836, 1999, p. 732.

²¹ Concluding statement by the United Nations Secretary General BOUTROS GHALI of the United Nations Congress on Public International Law: Towards the Twenty-First Century: International Law as a language for International Relations (13-17 de marzo de 1995, New York), Documents, p. 9 citado por THÜRER, Daniel. Ob. cit., p. 732.

²² Cf. SASSÒLI, Marco. “La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”. *Lecciones y Ensayos. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, n.º 78, 2003, pp. 549-583; en especial pp. 575-581.

En cualquier caso, lo característico es que existe un repliegue hacia un nacionalismo étnico o religioso como identidad residual y viable,²³ y que diversos grupos armados aprovechan el vacío político para intentar hacerse del poder. Por ejemplo, el caso de Ruanda con el enfrentamiento entre los hutus y los tutsis; el caso de Somalia con los denominados “señores de la guerra”; o el caso de Sierra Leona o Liberia²⁴ en donde encontramos grupos desarticulados que pugnaban por el poder sin necesariamente buscar, sino, más bien, ocasionar la desaparición de las estructuras estatales. Adicionalmente, en estos grupos no es posible identificar un mando único o responsable, lo que hace difícil identificar un orden jerárquico claramente establecido pues no existe un control efectivo de las tropas y, en el contexto estatal, desaparece el monopolio del uso de la fuerza que es una característica indisoluble del concepto de Estado.

En estas circunstancias de desorden, crueldad, caos y uso descentralizado de la fuerza, resulta muy difícil hacer efectiva la ayuda humanitaria, que requiere interlocutores válidos para llevarse a cabo, y más bien las organizaciones humanitarias han terminado desempeñando en el terreno un papel sustitutorio más que meramente asistencial (como en los casos de Somalia, Sudán o en el Kurdistán iraquí).²⁵ Adicionalmente, si el concepto de imparcialidad, que constituye uno de los principios de acción del CICR, resulta difícil de entender en contextos más comunes, se torna casi incomprensible en una situación de enfrentamiento generalizado en que cada grupo pugna por el poder y donde incluso los alimentos se utilizan como un argumento para la captación de adeptos. Por otro lado, estas situaciones generan un gran reto para el cuerpo mismo del DIH porque principios fundamentales de su accionar, como el de distinción entre combatiente y

²³ Cf. Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado. Documento preparatorio del CICR para la primera reunión periódica sobre el Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, 19-23 de enero de 1998.

²⁴ En este caso, por ejemplo, llegan a identificarse hasta siete facciones armadas. Samuel Kanyon Doe se encontraba en la presidencia y pudo hacer uso del ejército para defender sus intereses y su posición en el poder, mas no los intereses generales del Estado.

²⁵ Cf. Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado. Documento preparatorio del CICR para la primera reunión periódica sobre el Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, 19-23 de enero de 1998.

no combatiente, o el principio de la protección de la población civil, van a ser sumamente difíciles de aplicar en estos contextos donde la estrategia consiste en mezclarse con la población.

De allí que el complejo supuesto del conflicto desestructurado se caracterice al menos por tres rasgos esenciales:²⁶

- Desde el punto de vista geográfico y territorial, este conflicto se desarrolla en un territorio estatal determinado. Los grupos pueden poseer además el control sobre una parte del territorio del Estado ya que gozan de determinada popularidad por la pertenencia a un determinado grupo étnico.
- Desde el punto de vista de los actores, existen diversos grupos armados, ninguno de los cuales representa al Estado, no poseen necesariamente ningún tipo de organización, ni se encuentran necesariamente bajo un mando responsable. Además, el régimen económico de cada facción es, en su mayor parte, autárquico y; por lo tanto, hay una mayor tendencia al recurso de bandidaje y criminalidad.
- Desde el punto de vista político, se asiste a la caída total o inminente de las estructuras que garantizan la ley y el orden y la crisis de legitimidad de los valores que los fundamentaban. De esta manera, no hay órganos capaces de representar al Estado (en la negociación, representación y cumplimiento de normas humanitarias, por ejemplo) aun cuando formalmente puedan seguir contando con un nivel de reconocimiento internacional. En todo caso, y desde el punto de vista jurídico, el Estado retiene su capacidad internacional, pero ha perdido, en los hechos, su habilidad para ejercerla.

De hecho, el desarrollo mismo de cualquier CANI supone, como señalamos antes, una cierta impotencia temporal del Estado para mantener el orden en su territorio; pero, en el caso de la desintegración, se asiste a una descomposición e implosión de la estructura estatal y de la autoridad

²⁶ Cf. THÜRER, Daniel. Ob. cit., pp. 733-734.

que no es más capaz de ejercer las actividades que le son propias. En este sentido, la desintegración de las estructuras del Estado, o Estado fallido, no es equivalente a su desaparición física, sino que se produce cuando este pierde su tercer elemento constitutivo, o sea, un Gobierno que garantice un control efectivo.

Desde la teoría del Derecho internacional, la desintegración puede producirse en diversos grados de intensidad que no son necesariamente consecutivos. De esta manera, se puede estar ante una *desintegración mínima*, en que el Estado sigue desempeñando funciones, pero solo ejerce un escaso control en cuanto a población y territorio. En segundo lugar, se habla de una *desintegración elevada* en que ciertas estructuras quedan fuera de funcionamiento (por ejemplo, la descomposición progresiva del ejército regular acompañada de la proliferación de verdaderos ejércitos privados y de compañías de seguridad que frecuentemente son solo ramas de conglomerados con intereses económicos que escapan a todo control por parte de los Estados), pero el Estado sigue legítimamente representado ante la comunidad internacional. Finalmente, la *desintegración mayor* implica la implosión total de las estructuras gubernamentales de manera que el Estado ya no se encuentra representado ante la comunidad internacional. El caos generalizado y el alto índice de criminalidad (ya ampliamente presentes en fases anteriores), con la consiguiente lucha de facciones sobre las que no hay posibilidad de ejercer control efectivo, constituyen signos adicionales de esta fase de la desintegración estatal.²⁷

En este contexto, el riesgo de violaciones de normas que contienen derechos elementales de las personas es muy alto. Por un lado, los instrumentos de derechos humanos tienen un limitado impacto práctico, puesto que su aplicación depende en gran medida de la existencia de órganos estatales con una autoridad efectiva; y, por otro, las normas de DIH se aplican a supuestos preestablecidos en los que esta clase de conflictos encuentra un espacio menor.

²⁷ Cf. Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado. Documento preparatorio del CICR para la primera reunión periódica sobre el Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, 19-23 de enero de 1998.

En efecto, las normas de DIH actúan en un contexto de dificultades intrínsecas (por la atomización de las facciones y la falta de organización) y de ausencia de voluntad de aplicación innegables. Adicionalmente, el conflicto mismo no responde a los parámetros del conflicto armado internacional, pero tampoco al modelo del Protocolo Adicional II, por la necesaria participación de las Fuerzas Armadas del Estado, por lo que el Derecho aplicable se centra –pero no limita– en el artículo 3 común. Esto es importante porque se ha visto que estos nuevos conflictos armados tienen para la población civil unas consecuencias mucho más perniciosas. Por su parte, y en relación con la figura del CANI, resulta de la práctica que los conflictos desestructurados surgen de contextos de conflictos internos, por lo que probablemente puedan verse como un próximo paso en el desarrollo de este último si las situaciones de descontento que lo suscitan no se controlan a tiempo.

El artículo 3 común solo precisa la existencia de un conflicto armado, que sin duda, por el intenso grado de hostilidades, se produce en estos casos, y de la calidad de “parte en el conflicto”. Esto último se encuentra plenamente reconocido en diversas resoluciones del Consejo de Seguridad en que se ha llamado a las “partes en conflicto” en Somalia o Liberia al respeto de las normas humanitarias.²⁸ Asimismo, la aplicación de las normas contenidas en el artículo 3 común van acompañadas de los principios del DIH que las sustentan y adicionalmente de un mecanismo de sanción penal individual. Esto último se plasma en el Estatuto de Roma (artículo 8.2. e) que penaliza las violaciones graves de “las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados [...] que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o *entre tales grupos*” (las cursivas son nuestras). La disposición es triplemente importante porque no solo señala

²⁸ Cf., a título de ejemplo, las Resoluciones 814 del 26 de marzo de 1993 en el caso de Somalia, y la Resolución 788 del 19 de noviembre de 1992 para Liberia. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en los conflictos de Somalia, de Bosnia-Herzegovina, de Liberia, de Camboya, de Ruanda y de Georgia, en muchas ocasiones se ha dirigido a “Todas las partes, a todos los movimientos y a todas las facciones” de esos países a fin de “cesar los combates, de facilitar el desplazamiento de la ayuda humanitaria a favor de las víctimas y de respetar rigurosamente las disposiciones del derecho internacional humanitario”.

la obligatoriedad de respetar “las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos” (léase Derecho de La Haya y artículo 3 común), sino que además codifica la existencia misma del conflicto desestructurado y, en un contexto propenso a la impunidad, se erige como un importante disuasivo a la comisión de crímenes de guerra. Finalmente, no puede dejar de señalarse que también en los conflictos desestructurados los Estados se encuentran comprometidos por la obligación general de prevenir y de “respetar y hacer respetar el DIH en todas las circunstancias”.

Hoy en día los Estados fallidos, o en proceso de debilitamiento, representan un asunto de gran preocupación a nivel internacional. Ciertamente no faltan motivos para ello, pues su falta de capacidad para hacer frente a la situación hace que las consecuencias del conflicto sean proclives a sobrepasar el territorio del Estado. Más aún, su débil o inexistente estatalidad convierte a estos Estados en escenarios muy atractivos para las redes de terrorismo internacional y organizaciones criminales internacionales.²⁹ Ante este riesgo, la comunidad internacional parece estar inclinándose por asumir las funciones de mantenimiento del orden temporalmente con la finalidad de mantener en un nivel tolerable la amenaza percibida. Los esfuerzos actuales para reprimir la piratería en la costa de Somalia evidencian esto último.³⁰

c) La tercera manifestación, clase menos estudiada pero sí más presente en los conflictos de tercera generación, son los denominados *conflictos asimétricos* que se producen cuando un Estado, por más poderoso que sea, es atacado por actos terroristas globalizados. Aquí no es solamente un grupo terrorista que actúa frente a un Estado, sino un grupo terrorista que tiene alcances globales, con redes en diferentes partes del planeta y que se confabula para atacar a un Estado. El problema principal de este tipo de

²⁹ Cf. SCHNECKENER, Ulrich. *How Transnational Terrorists Profit from Fragile States*. SWP Research Paper: Berlín: German Institute for International and Security Affairs (SWP), 2004, p. 30. Disponible en: <http://www.swpberlin.org/en/common/get_document.php?asset_id=2406>.

³⁰ Cf. GEIß, Robin. “Armed Violence in Fragile States: Low-intensity Conflicts, Spillover Conflicts, and Sporadic Law Enforcement Operations by Third Parties”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 91, n.º 873, 2009, pp. 131- 132.

conflictos es precisamente la falta de un enemigo identificable. El profesor Condorelli³¹ grafica acertadamente, con la figura del gran pulpo de mil tentáculos, la complejidad de la situación que cuenta con los eventos del 11 de septiembre y Al Qaeda como su peor exponente.

En este caso particular, el conflicto toma la forma de un vasto conjunto de ataques terroristas y de operaciones antiterroristas en distintos Estados.³² De este modo, se ha situado en el debate si la suma de estos actos terroristas y antiterroristas puede considerarse un conflicto global que supera los límites de Estados concretos y al cual resulte aplicable el DIH. Esta posición ha sido cuestionada en la medida en que la forma de operar de Al Qaeda lo excluye de que se le considere un grupo armado que encaje en la definición de parte en un conflicto armado, acercándose más bien a una red terrorista clandestina. Sin embargo, algunos expertos consideran que no es imposible que un conflicto entre uno o más Estados y un grupo armado transnacional alcance tal nivel algún día.³³

Nos inclinamos a pensar, más bien, que la guerra contra el terrorismo no es en sí una guerra en términos jurídicos, a la cual le sea aplicable *per se* el DIH, sino que la expresión describe la política llevada a cabo por Estados Unidos para hacer frente a este fenómeno. Ello no obsta a que el desenvolvimiento de esta política pueda implicar enfrentamientos armados, como lo demuestra la invasión de Afganistán o Irak. En estos casos, la guerra

³¹ Cf. CONDORELLI, Luigi. “Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le Droit international?”. *Revue Générale de Droit International Public*, t. 105, n.º 4, 2001, p. 829.

³² Una clara muestra de ello se encuentra en las entregas extraordinarias o *extraordinary renditions*. Mediante esta práctica Estados Unidos lleva a cabo la detención arbitraria de una persona sospechosa de terrorismo, tras lo cual es secuestrada, transferida contra su voluntad a un tercer Estado o a zonas desconocidas, para ser mantenida fuera del escrutinio de los tribunales competentes. Supone, además, un sistema legal, o paralegal, establecido por Estado Unidos con apoyo de otros Estados para llevar adelante estos actos y limitar su responsabilidad internacional.

³³ Cf. SASSÒLI, Marco. “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”. *Occasional Paper Series*, Harvard University, n.º 6, 2006, p. 9. Citado por: VITÉ, Sylvian. “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 91, n.º 873, 2009, p. 93.

contra el terrorismo adquiere una naturaleza bélica y el DIH es plenamente aplicable.³⁴ El CICR coincide con esta postura cuando señala que:

Cuando se utiliza la violencia armada fuera del contexto de un conflicto armado en el sentido jurídico, o cuando una persona sospechosa de realizar actividades terroristas no es detenida en relación con un conflicto armado, no se aplica el Derecho humanitario, sino las leyes nacionales, el derecho penal internacional y el derecho de los derechos humanos.³⁵

Finalmente, cabe notar lo afirmado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*, caso que se refiere al antiguo chofer de Osama Bin Laden capturado por fuerzas militares estadounidenses durante el conflicto armado entre Estados Unidos y Afganistán en el 2001, quien fue trasladado en junio de 2002 a la prisión de Guantánamo. Frente a la negación del Gobierno norteamericano de aplicar el DIH por considerar que Hamdan fue capturado en un contexto de conflicto entre el grupo Al Qaeda y Estados Unidos, la Corte Suprema consideró que, al margen de la naturaleza del presente conflicto, existe al menos una norma aplicable: el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, pues dicho artículo se refiere, no a las Altas Partes Contratantes, sino a “cada una de las Partes en conflicto”, por lo que incluiría a los miembros de Al Qaeda.³⁶

³⁴ Cf. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo. 01-01-2011PMF. Disponible en: <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6fsjl7.htm>>. De forma general y para un análisis detallado de este, cf. SATTERTHWAITTE, Margaret. “Render Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law”. New York University Public Law and Legal Theory Working Paper, Paper 43, 2006.

³⁵ Ib.

³⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Hamdan vs. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), Sentencia del 29 de junio de 2006, p. 66 y ss. Disponible en: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>>. “The Court of Appeals thought, and the Government asserts, that Common Article 3 does not apply to Hamdan because the conflict with al Qaeda [...] does not qualify as a ‘conflict not of an international character’. [...] That reasoning is erroneous. The term ‘conflict not of an international character’ is used here in contradistinction to a conflict between nations. [...] Common Article 3, then, is applicable here and, as indicated above”.

4.3. LOS DISTURBIOS INTERIORES Y LAS TENSIONES INTERNAS

4.3.1. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE DISTURBIOS INTERIORES Y TENSIONES INTERNAS

Los disturbios interiores y tensiones internas no son un supuesto de conflicto armado, pero no existe, sin embargo, ningún documento internacional que defina claramente su contenido. En este sentido, el Protocolo Adicional II ilustra a título de ejemplo los casos de “motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos”,³⁷ fórmula que también repite el Estatuto de Roma que crea la CPI para precisamente excluir de sus respectivos ámbitos de acción los disturbios y tensiones internos. Tampoco los tratados de derechos humanos, que suelen prever la derogación de obligaciones internacionales en casos de “guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”³⁸ o “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”,³⁹ establecen criterios que ayuden en la definición. De tal manera, que va a ser la práctica de las organizaciones humanitarias, como el CICR, la doctrina y la jurisprudencia, las que aporten elementos para identificar la situación.

Como afirma Gasser, las situaciones de disturbios interiores y tensiones internas se caracterizan por la aparición de un grado de violencia que sobrepasa aquello que es inherente al tiempo “normal” entendiéndose por este, por ejemplo, la criminalidad ordinaria de todos los días o las medidas de represión corrientes ejercidas por el aparato policial en un marco de respeto a las limitaciones de la ley.⁴⁰ Se trata más bien de un conjunto de situaciones que se caracterizan por constituir fenómenos de violencia entre

³⁷ SANDOZ, Yves y otros (eds.). *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff, 1987, parágrafo 4474, p. 1354.

³⁸ Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁹ Artículo 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

⁴⁰ Cf. GASSER, Hans-Peter. “Un minimum d’humanité dans les situations de troubles et tensions internes: proposition d’un Code de conduite”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, año 70, n.º 769, 1988, p. 42.

las fuerzas del Estado y los opositores al régimen o entre ellos, generados por diversas causas (étnicas, raciales, religiosas, ideológicas, económicas, sociales o incluso consecuencia de contextos de violaciones de derechos humanos) y con las que concurren, a su vez, violaciones de derechos humanos.⁴¹ Esto último se manifiesta en cuadros de arrestos masivos, malos tratos a los detenidos, medidas exageradas de represión, desaparición de personas, actos de terrorismo, ejecuciones sumarias en el contexto de una declaración del Estado de sitio, entre otras.

Ahora bien, decíamos antes que la situación de disturbios interiores y tensiones internas no equivale a la de un conflicto armado al menos por dos notas características de este: la intensidad de las hostilidades y el nivel de organización del grupo. En efecto, la diferencia radica en que en los disturbios interiores y tensiones internas no existe un grado de intensidad en las hostilidades que implique la existencia de un grupo organizado que tiene los medios para enfrentarse a las fuerzas del orden (policiales y/o armadas) que se convocan, sino que más bien asistimos a una situación de violencia interna que involucra a diferentes actores sociales más o menos organizados en una revuelta de carácter esencialmente temporal. Es decir, crisis esporádicas de violencia que pueden estallar de forma coyuntural y aislada en una situación general de paz social.⁴²

Por estas razones, la Conferencia del CICR de 1971 consideró que se presenta una situación de *disturbios interiores* cuando “sin que haya conflicto armado propiamente dicho, dentro de un Estado, se produce un enfrentamiento que presente cierta gravedad o duración que implique actos de violencia”. Estos actos pueden ser de formas variables, desde los actos espontáneos de rebelión hasta la lucha entre sí de grupos más o menos organizados, o contra las autoridades que están en el poder. En tales situaciones, que no degeneran necesariamente en una lucha abierta en la que se enfrentan dos partes bien identificadas (como en un CANI), las autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales, incluso a las Fuerzas Armadas para restablecer el orden, ocasionando con ello

⁴¹ Cf. *ib.*, p. 43.

⁴² Cf. *ib.*, p. 41.

muchas víctimas y haciendo necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias”.⁴³ La sola participación de las Fuerzas Armadas no convierte una situación de tensión o disturbio interior en un conflicto armado como bien ha señalado el TPIR al afirmar que “Los disturbios y tensiones internas caracterizadas por actos de violencia aislados o esporádicos no constituyen conflictos armados incluso si el Gobierno se ve forzado a recurrir a las fuerzas policiales o incluso a las fuerzas armadas con el fin de restablecer el Derecho y el orden.”⁴⁴

Por tanto, la diferencia radica en que en los disturbios interiores y tensiones internas no existe un grado de intensidad en las hostilidades que implique la existencia de un grupo organizado que tiene los medios para enfrentarse a las fuerzas del orden (policiales y/o armadas) que se convocan, sino que más bien asistimos a una situación de violencia interna que involucra a diferentes actores sociales más o menos organizados en una revuelta de carácter esencialmente temporal. Es decir, crisis esporádicas de violencia que pueden estallar de forma coyuntural y aislada en una situación general de paz social.⁴⁵

Las tensiones internas, por su parte, se ubican en un grado menor de gravedad y se trata de situaciones donde hay una situación de tensión grave de origen político, religioso, racial, social, económico, etc., o las secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores.⁴⁶ Se trata, en consecuencia, de dos situaciones que aspiran, en la teoría, a una calificación cuantitativa del problema; pero que, en los hechos, se pueden confundir entre ellas, con el origen de un CANI y, desde luego, con un escaso nivel de protección a los derechos de las personas que generan un gran número de víctimas. En efecto, si bien las consecuencias que generan situaciones como las descritas

⁴³ Conferencia de expertos gubernamentales. Documento presentado por el CICR, vol. V, Protección de víctimas de conflictos armados no internacionales, 1971, p. 78. Citado en “Activités de protection et d’assistance du CICR dans les situations non couvertes par le droit international humanitaire”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, año 70, n.º 769, 1988, p. 12.

⁴⁴ Cf. TPIR. Fiscal vs. Musema, caso n.º ICTR-96-13-A, Sentencia del 27 de enero de 2000, parágrafo 248.

⁴⁵ Cf. GASSER, Hans-Peter. Ob. cit., p. 41.

⁴⁶ Cf. Conferencia de expertos gubernamentales. Documento presentado por el CICR, p. 13.

pueden ser de orden político o jurídico, económico o social, siempre se verificarán efectos humanitarios en tanto que estas situaciones afectan, en mayor o menor medida, al individuo en su vida, integridad y dignidad.⁴⁷

En los últimos años, como prueba del carácter siempre evolutivo de este tipo de situaciones, identificamos algunos desafíos que dificultan una lectura unívoca del tema. Al respecto, podemos resaltar tres tipos de escenarios.

Uno primero es la intensidad de la protesta social con las consecuencias que tanto en términos de daños humanos como de infraestructura pueden originar. En Bolivia, por ejemplo, entre enero y abril de 2000, miles de personas realizaron diversas protestas en Cochabamba, la tercera ciudad más grande del país, en la denominada “guerra del agua”. De esta manera, los manifestantes irrumpieron en las calles oponiéndose al alza de las tarifas de agua potable y alcantarillado, frente a la concesión de tales servicios públicos por cuarenta años a la multinacional Aguas del Tunari en septiembre de 1999. Sin embargo, y a pesar de los efectos que estas acciones puedan generar, la intensidad no es un elemento que por sí solo configure una situación de CANI y las normas que deben regular esas situaciones serán las de derechos humanos y las reglas de la utilización del uso de la fuerza.⁴⁸

Otro escenario complejo es el de la criminalidad organizada. El crimen organizado se entiende como: “todas las actividades ilícitas llevadas a cabo por organizaciones criminales y bandas territoriales, incluidas las actividades

⁴⁷ Pueden presentarse una o más de las características siguientes: arrestos masivos; número elevado de detenidos por razones de seguridad; detención administrativa por períodos largos; existencia probable de malos tratos, torturas o condiciones materiales o psicológicas de detención; medidas represivas contra miembros de las familias o parientes de las personas privadas de libertad; suspensión de garantías judiciales fundamentales por la promulgación de estados de excepción o por situaciones de hecho; instauración en gran escala de medidas limitativas de la libertad como la detención, exilio, desplazamientos, denuncias de desapariciones forzadas, multiplicación de actos de violencia que ponen en peligro a personas sin defensa (tales como secuestros o toma de rehenes) o propalan el terror entre la población civil. Cf. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, año 70, n.º 769, 1988, p. 3.

⁴⁸ Cf. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 17 de diciembre de 1969 y los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de 7 de setiembre de 1990.

que tienen como consecuencia el recurso a la violencia armada”.⁴⁹ Muchos de estos grupos pueden, además, contar con armas pesadas y ocasionar un alto número de bajas y de daños a la infraestructura.⁵⁰ Frecuentemente, por su parte, el Estado recurre a las Fuerzas Armadas (bien de manera autónoma o bien en apoyo de las fuerzas policiales) para enfrentar la situación. Esto, lejos de ayudar, puede en muchos casos complejizar aún más la situación debido a la lógica propia del enfrentamiento militar frente al papel de mantenimiento del orden público que guía a las fuerzas policiales. ¿Configura esta situación un disturbio o tensión o más bien un CANI? Creemos que la respuesta debe orientarse nuevamente a la identificación de los elementos de intensidad y organización, y que la motivación delincinencial del grupo no puede descartar por sí sola una calificación en ese sentido. Al respecto, un caso paradigmático es el de la violencia de los cárteles de la droga en México. Hasta el 2010, el Estado mexicano registró 15.273 muertes asociadas al narcotráfico; mientras que, entre enero y septiembre de 2011, la Procuraduría General de la República ha registrado 12.903 homicidios.⁵¹ De acuerdo con estos datos, Ciudad Juárez ha sido la ciudad mexicana de mayores índices de violencia en los últimos años como consecuencia del enfrentamiento entre Los Zetas y el Cártel de Sinaloa.

El tercer escenario es la coexistencia de un conflicto armado no internacional con la actividad de grupos delincuenciales que pueden incluso cooperar, a cambio de protección u otros acuerdos, con el grupo armado. En estos casos, debe tenerse en cuenta si las bandas criminales participan o no directamente en las hostilidades y, a partir de ello, determinar la normatividad aplicable. En cualquier caso, tanto el DIH como las normas

⁴⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”. Documento de trabajo oficial de la XXXI Conferencia Internacional de Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2011, p. 12.

⁵⁰ Cf. HAUCK, Pierre y Sven PETERKE. “El crimen organizado y la violencia de las pandillas en el Derecho nacional e internacional”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 92, n.º 878, 2010, p. 429 y ss.

⁵¹ Procuraduría General de la República de México. Total de Fallecimientos por Presunta Rivalidad Delincinencial 2011 (enero-septiembre). Disponible en: <<http://www.pgr.gob.mx/temas%20relevantes/estadistica/estadisticas.asp>>.

de los derechos humanos brindan protección a los civiles en estos escenarios. Finalmente, permanecen plenamente vigentes la posibilidad de utilizar la fuerza conforme a los estándares de mantenimiento del orden público (*law enforcement*), la capacidad de enfrentamiento propia del DIH y ciertamente la potestad punitiva o sancionadora del Estado frente a esta situación.⁵²

4.3.2. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE

Al no constituir supuestos de conflicto armado, los disturbios interiores y tensiones internas deben, en principio, regularse por las disposiciones del propio Derecho interno en consonancia con el DIDH. No obstante, a pesar del consenso sobre la existencia de obligaciones generales por parte de los Estados para la protección de la persona, dichas obligaciones no parecen haber conseguido en esas situaciones límite el grado de aplicación y eficacia acordes con el citado desarrollo normativo y con su más que probable cristalización consuetudinaria.⁵³ El resultado es una insuficiente protección internacional de las víctimas de los disturbios interiores y las tensiones internas que genera una verdadera zona gris en la que el recurso a las normas del DIH debe enriquecer y clarificar el estándar de protección.

Como afirma Meron, “la persona humana está interesada en el contenido y no en el nombre del sistema normativo de protección”⁵⁴ y, en la misma línea, el propio DIH tiene por finalidad una aproximación humanitaria que necesariamente está orientada a la situación concreta de la víctima que se trata de proteger y cuidar.⁵⁵ Por otro lado, resulta innegable que las normas del DIDH registran insuficiencias al momento de aplicarse en contextos de conflicto, pero también en situaciones de violencia generalizada que,

⁵² Cf. DROEGE, Cordula. “¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 90, n.º 871, 2008, p. 25 y ss.

⁵³ Cf. JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. “La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna”. *Quórum. Revista de Pensamiento Iberoamericano*, n.º 1, 2000, p. 14. Disponible en: <<http://dspace.uah.es/dspace/handle/10017/11045?show=full>>.

⁵⁴ MERON, Theodor. “The Protection of the Human Person under Human Rights Law and Humanitarian Law”. *Bulletin of Human Rights* 91/1, 1992, p. 33.

⁵⁵ Cf. GASSER, Hans-Peter. Ob. cit., p. 43.

aunque temporales, requieren disposiciones de protección específicas. Por ejemplo, la prohibición de ciertos métodos o medios de enfrentamiento que pueden terminar vulnerando el derecho a la vida o la necesaria distinción que ha de hacerse en relación con la población civil que no está tomando parte en los hechos de violencia o incluso las restricciones legítimas a la libre circulación que no podrían, entre otras medidas, incluir el desplazamiento de la población civil más que por su propia seguridad o por “razones militares imperiosas”, disposiciones todas que se encuentran en el DIH.

Más allá de que la lógica misma mande que las reglas del artículo 3 común deban ser *a fortiori* aplicables a los disturbios interiores y tensiones internas o del cuestionamiento a la adecuación de las disposiciones inderogables a estas situaciones,⁵⁶ lo cierto es que hay un conjunto de disposiciones del DIH que coinciden materialmente con el denominado núcleo duro de los derechos humanos, aplicable en estos casos. Esta coincidencia se plasma en el referido artículo 3 que viene a representar, desde el punto de vista del DIH, su propio núcleo duro con todas las características de imperatividad y referente consuetudinario que ello implica. No debe además olvidarse que, como afirmó la CIJ, las consideraciones elementales de humanidad contenidas en esta disposición resultan más exigibles en tiempo de paz que en el de guerra,⁵⁷ por lo que podríamos estar en una situación en la que, como afirma Swinarski, las necesidades de protección de las víctimas amplían el ámbito real de aplicación a situaciones que no figuran formalmente en este, sino de reglas, al menos de los principios de DIH.⁵⁸

Ahora bien, no se trata de excluir la aplicación de las reglas de los derechos humanos, ni de elaborar nuevas disposiciones, sino de complementar aquellas con las disposiciones fundamentales del DIH con la única finalidad de brindar una más eficaz protección al ser humano. A este objetivo

⁵⁶ Cf. ib., pp. 46-47.

⁵⁷ Cf. CIJ. Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Nicaragua vs. Estados Unidos de América, sentencia de méritos del 27 de junio de 1986, parágrafo 215. Cf. además CIJ. Caso del Estrecho de Corfú, Recueil, 1949, p. 22.

⁵⁸ Cf. SWINARSKI, Christophe. *Introducción al derecho internacional humanitario*. San José de Costa Rica / Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984, p. 56.

precisamente responde la “Declaración sobre las normas humanitarias mínimas” o Declaración de Turku de 1990.⁵⁹ Este instrumento busca reunir un conjunto de medidas fundamentales ya existentes en el plano convencional, consuetudinario y de los principios generales que no pueden ser violentados, en ninguna circunstancia, sin afectar la conciencia universal.

En este sentido, la Declaración de Turku significa un esfuerzo para potenciar los puntos de encuentro, y no de desencuentro, entre el DIDH y el DIH y, al mismo tiempo, para clarificar la zona gris de la violencia interna donde usualmente los derechos humanos son suspendidos por razones de excepción y el DIH cuestionado porque no se ha alcanzado su umbral de aplicabilidad.⁶⁰

Ciertamente, esta conjunción no puede verse como una suerte de reducción del contenido de ambos órdenes jurídicos, lo que iría en contra del carácter siempre progresivo de estas disposiciones, sino antes bien como señal de la convergencia del DIDH y del DIH; en buena cuenta, como un ejercicio de sinergia, simplicidad y desarrollo jurídico. En consecuencia, como afirma Meron,⁶¹ el estándar mínimo constituye sobre todo “una red mínima de normas humanitarias y un irreductible núcleo de derechos humanos que debe ser aplicado en todo tiempo y lugar”.

⁵⁹ Declaración de normas humanitarias mínimas, aprobada por la reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990. En su resolución 1995/29, del 3 de marzo de 1995, la Comisión de Derechos Humanos, habiendo tomado nota de la resolución 1994/26 de la Subcomisión, del 26 de agosto de 1994, en que la Subcomisión decidió transmitir a la Comisión el texto de la Declaración de Normas Humanitarias Mínimas (E/CN.4/Sub.2/1991/55), con miras a su ulterior desarrollo y a su posible aprobación, pidió al Secretario General que presentase un informe sobre este asunto a la Comisión de Derechos Humanos en su 52.º período de sesiones (E/CN.4/1996/80).

⁶⁰ El texto de la Declaración puede encontrarse en el anexo al documento E/CN.4/1996/80. Cf. también el Informe de la Sub Comisión para la Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías. Normas mínimas humanitarias del 2 de enero de 1998, E/CN.4/1998/87/Add.1 y EIDE, A. “The Need for a Declaration on Standards of Humanity”. En Boutros Boutros-Ghali. *Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, Développement, Démocratie*. Bruselas: Bruylant, 1998, pp. 1019 y ss.

⁶¹ Cf. MERON, Theodor. Ob. cit., p. 45.

Por lo demás, su aplicabilidad no está condicionada a la declaratoria del estado de excepción por parte del Estado, sino que los disturbios interiores y tensiones internas constituyen una situación en que este ejercicio jurídico de convergencia define y enriquece el estándar jurídico a respetar. En este sentido, la Declaración de Turku prevé la protección de derechos como el derecho a la vida (artículo 8.1), la obligación de no utilizar armas y demás materiales o métodos prohibidos en los conflictos armados internacionales (artículo 5.3), derecho a permanecer en paz en su propio hogar y en su lugar de residencia, con lo que se prohíben los desplazamientos forzados (artículo 7.1), derecho a las garantías judiciales (artículo 9), derechos del niño (artículo 10), entre otros.

Finalmente, un tema en el que también se hace patente la necesidad de complementar los regímenes es la participación del CICR en contextos de disturbios interiores o tensiones internas. Al respecto, cabe tener en cuenta, como punto de partida, que los Estados permiten regularmente el ingreso del CICR (prueba de ello es que el CICR ha podido visitar lugares de detención en más de noventa países sin que tales visitas constituyan parte de una obligación asumida por el Estado anfitrión⁶²) en estas situaciones, lo que apunta claramente a la aplicabilidad del DIH a circunstancias no consideradas convencionalmente.

En cualquier caso, sí cabe destacar que los disturbios interiores han estado siempre específicamente mencionados en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (y en la actualidad también las tensiones), que son aprobados por los Estados en conferencias internacionales y que han asignado al CICR un derecho a ofrecer sus servicios humanitarios al Estado donde estas situaciones se presenten. Además, mucho antes de que dichos Estatutos fueran aprobados por la Conferencia Internacional que se reunió en La Haya en 1928, el CICR ya había ejercido el derecho de iniciativa humanitaria en numerosas situaciones en ausencia de cualquier disposición de un tratado internacional. De hecho, la primera vez que el CICR ofreció sus servicios en situaciones de disturbios y tensiones fue en 1919 en Hungría.⁶³ Esta inclusión

⁶² Cf. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, año 70, n.º 769, 1988, p. 6.

⁶³ “Activités de protection et d’assistance du CICR dans les situations non couvertes par le droit international humanitaire”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, año 70, n.º 769, 1988, pp. 11 y 13-18.

estatutaria,⁶⁴ a pesar de no ir acompañada con la obligación estatal de aceptar tal ofrecimiento, reviste un carácter claramente consuetudinario que tiene el efecto inmediato de que tal iniciativa no pueda considerarse un acto de injerencia en los asuntos internos de un Estado. Conviene, sin embargo, resaltar que en la práctica la acción humanitaria en estos casos ha estado básicamente vinculada, no a las confrontaciones en sí mismas, sino a las consecuencias humanitarias de estas situaciones especialmente relacionadas con los detenidos y sus familiares.⁶⁵ No obstante, los mandatos del CICR se refieren a varias categorías de víctimas como la población civil y sus diferentes subgrupos, tales como los refugiados, las mujeres y los niños, las víctimas de torturas, los detenidos o los desaparecidos.

Lo que la extensión material del DIH implica en estos casos no es más que la manifestación práctica de que no hay circunstancias válidas que excluyan el cumplimiento de ciertas disposiciones elementales de humanidad. Por ello, incluso en el ejercicio legítimo del poder y en el marco del mantenimiento del orden, el recurso a la fuerza debe limitarse a lo estrictamente necesario para neutralizar al enemigo.⁶⁶

⁶⁴ Estatutos y Reglamento del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja adoptados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Ginebra, el mes de octubre de 1986 y enmendado por la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Ginebra, el mes de diciembre de 1995. Artículo 5.- El Comité Internacional de la Cruz Roja.- 2.d) hacer siempre lo posible, como institución neutral cuya actividad humanitaria se despliega especialmente en casos de conflicto armado –internacionales o de otra índole– o *de disturbios interiores*, por lograr la protección y la asistencia a las víctimas militares y civiles de dichos acontecimientos y de sus consecuencias directas; 3. El Comité Internacional puede tomar las iniciativas humanitarias que correspondan a su cometido de institución y de intermediario específicamente neutrales e independientes y estudiar las cuestiones cuyo examen incumba a tal institución.

⁶⁵ Cf. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, año 70, n.º 769, 1988, p. 5.

⁶⁶ Cf. *ib.*, p. 27.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, George. “The Specificities of Humanitarian Law”. En Christophe Swinarski (ed.). *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. Ginebra / La Haya: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 17-35.
- ABI-SAAB, Rosemary. *Droit humanitaire et conflits internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*. Ginebra / París: Institut Henry Dunant, Pédone, 1986.
- “Le droit humanitaire et les troubles internes”. En Laurence Boisson de Chazournes y Vera Growlland-Debbas. *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*. Los Países Bajos: Kluwer Law International, 2001, pp. 477-493.
- BASSIOUNI, Cherif (ed.). *International Criminal Law*. 3.^a ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- BENVENUTI, Paolo. “Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: la circulaire du Secrétaire General”. *Revue Générale de Droit International Public*, t. 105, n.º 2, 2001, pp. 355-372.
- BETTATI, Mario. *Droit humanitaire*. París: Éditions du Seuil, 2000.
- BIERZANEK, Remigiuz. “Quelques remarques sur l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés aux conflits internes internationalisés”. En Christophe Swinarski (ed.). *Études et essais*

sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet. Ginebra / La Haya: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 281-290.

BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual internacional de derechos humanos*. Caracas: Jurídica Venezolana / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

BUGNION, François. *Le Comité International de la Croix- Rouge et la protection de victims de la guerre*. 2.^a ed. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2001.

CARNAHAN, Burrus. "Lincoln, Lieber and the Law of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity". *American Journal International Law*, vol. 92, n.º 2, 1998, pp. 213-231.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El derecho internacional en perspectiva histórica*. Madrid: Tecnos, 1991.

——— *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 2001.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (coord.). *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

CASSESE, Antonio. "Self-determination Revisited". En *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1994, vol. 1, pp. 1129-1158.

——— "Self-determination of Peoples and the Recent Break-Up of USSR and Yugoslavia". En Ronald St. John Macdonald (ed.). *Essays in*

BIBLIOGRAFÍA

- Honour of Wang Tieya*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 131-144.
- “The Martens Clause: Half of Loaf or Simply Pie in the Sky?”. *European Journal of International Law*, vol. 11, n.º 1, 2001, pp. 187-216.
- CASSESE, Antonio; Paola GAETA y John JONES (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- CHINKIN, Christine. “Rape and Sexual Abuse of Women in International Law”. *European Journal of International Law*, vol. 5, n.º 3, 1994, pp. 326-341.
- COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO DE GUATEMALA. *Guatemala Memoria del Silencio. Informe 1996*. Guatemala: UNOPS, 1999.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Protección jurídica de los niños en los conflictos armados. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2011. Disponible en: <[http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MJB/\\$FILE/Ninos.pdf](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MJB/$FILE/Ninos.pdf)>.
- *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 88, n.º 863, 2006.
- *Empresas y derecho internacional humanitario: introducción a los derechos y las obligaciones de las empresas comerciales, de conformidad con el derecho internacional humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006.
- *Overview of Operations 2010*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009.
- *Derecho internacional humanitario. Preguntas y respuestas*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004.

— “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”. Documento de trabajo oficial de la XXXI Conferencia Internacional de Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2011.

CONDORELLI, Luigi. “Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le Droit international?”. *Revue Générale de Droit International Public*, t. 105, n.º 4, 2001, pp. 829-848.

CONDORELLI, Luigi y Laurence BOISSON DE CHAZOURNES. «Quelques remarques à propos de l’obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’». En Christophe Swinarski (ed.). *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*. Ginebra / La Haya: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

CORDERO GALDÓS, Humberto. “Las reservas en el derecho internacional contemporáneo”. Tesis para optar el grado de licenciado en derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

DAVID, Eric. *Principes de droit des conflits armés*. Bruselas: Bruylant, 1994.

DETTER, Ingrid. *The Law of War*. 2.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

DINSTEIN, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

DOMÉNECH, José Luis. “Los sujetos combatientes”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 191-216.

DRAPER, G. I. A. D. “Orígenes y aparición del derecho humanitario”. En *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*. Madrid: Instituto Henry Dunant / Tecnos / UNESCO, 1990, pp. 81-104.

BIBLIOGRAFÍA

- DROEGE, Cordula. “¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 90, n.º 871, 2008, pp. 1-51.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 6.^a ed. París: Dalloz, 2002.
- EIDE, Asbjørn. “The Need for a Declaration on Standards of Humanity”. En Boutros Boutros-Ghali. *Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, Développement, Démocratie*. Bruselas: Bruylant, 1998, pp. 1019-1039.
- FLECK, Dieter (ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- GASSER, Hans-Peter. “Un minimum d’humanité dans les situations de troubles et tensions internes: proposition d’un Code de conduite”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, año 70, n.º 769, 1988, pp. 39-61.
- . “Acts of Terror, “Terrorism” and International Humanitarian Law”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 84, n.º 847, 2002, pp. 547-570.
- . “Humanitarian Law and Human Rights Law”. *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 149-162.
- GEIß, Robin. “Armed Violence in Fragile States: Low-intensity Conflicts, Spillover Conflicts, and Sporadic Law Enforcement Operations by Third Parties”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 91, n.º 873, 2009, pp. 127-142.
- GREENWOOD, Christopher. “Historical Development and Legal Basis”. En FLECK, Dieter (ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 1-43.
- GRUNEWALD, Francois. “Antes, durante y después de la urgencia. La experiencia del CICR en perspectiva”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 20, n.º 129, 1995, pp. 288-308.

- HAUCK, Pierre y Sven PETERKE. “El crimen organizado y la violencia de las pandillas en el Derecho nacional e internacional”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 92, n.º 878, 2010, pp. 407-436.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, vol. I: *Rules*.
- *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, vol. I: *Normas*.
- HERNÁNDEZ, Sonia. “La protección especial del niño”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 615-631.
- IPSEN, Knut. “Combatants and Non-combatants”. En Dieter Fleck (ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 79-117.
- JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. “La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna”. *Quórum. Revista de Pensamiento Iberoamericano*, n.º 1, 2000. Disponible en: <<http://dspace.uah.es/dspace/handle/10017/11045?show=full>>.
- KALSHOVEN, Frits y Liesbeth ZEGVELD. *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario*. 3.^a ed. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001.
- KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1998.
- KOLB, Robert. “Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos: reseña histórica de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y de los Convenios de Ginebra (1949)”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 23, n.º 147, año XXIII, 1998, pp. 441-451.
- *Ius in bello: le droit international des conflits armés*. Basilea: Helbing & Lichtenhahn, 2003.

BIBLIOGRAFÍA

- LINDSEY, Charlotte. *Las mujeres ante la guerra*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002.
- MANGAS, Araceli. *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1990.
- MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen. *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en derecho internacional*. Madrid: Tecnos, 1998.
- MEDINA, Cecilia. “El derecho internacional de los derechos humanos”. En Cecilia Medina y Jorge Mera (eds.). *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 1996, pp. 1-70.
- MELZER, Nils. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010.
- MÉNDEZ, Juan. “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”. En Martín Abregú y Christian Courtis (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 517-540.
- MÉNDEZ SILVA, Ricardo y Liliana LÓPEZ ORTIZ. *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, t. I y II.
- MERON, Theodor. “The Geneva Conventions as Customary Law”. *American Journal of International Law*, vol. 81, n.º 2, 1987, pp. 348-370.
- . “The Protection of the Human Person under Human Rights Law and Humanitarian Law”. *Bulletin of Human Rights* 91/1, 1992, pp. 33-44.

- “The Humanization of Humanitarian Law”. *American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 2, 2000, pp. 239-278.
- *International Law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law*. Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2003. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.
- MOIR, Lindsey. “Decommissioned? International Humanitarian Law and Inter-American Human Rights System”. *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n.º 1, 2003, pp. 182-212.
- MUNKLER, Herfried. “The Wars of the 21st Century”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 85, n.º 849, 2003, pp. 7-22.
- OTERO SOLANA, Vicente. “La protección de los heridos, enfermos y náufragos, del personal sanitario y religioso y de los medios auxiliares”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- PEJIC, Jelena. “No discriminación y conflicto armado”. *Revista Internacional de la Cruz Roja. Selección de artículos 2001*, n.º 841, 2001, pp. 183-194.
- PICTET, Jean. *Développement et principes du droit international humanitaire*. Ginebra / París: Instituto Henry Dunant / Pédone, 1983.
- “El derecho internacional humanitario: definición”. En AA. VV. *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*. Madrid: Tecnos, 1990.
- PICTET, Jean (ed.). *Commentary I Geneva Convention for The Amelioration of The Condition of The Wounded and Sick in Armed Forces in The Field*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952.
- *Commentary IV Geneva Convention Relative to The Protection of Civilian Persons in Time of War*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958.

BIBLIOGRAFÍA

- *Commentary II Geneva Convention for The Amelioration of The Condition of The Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1960.
- *Commentary III Geneva Convention Relative to The Treatment of Prisoners of War*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1960.
- PONTE, María Teresa. *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2000.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo. “Nuevos conflictos, nuevos riesgos para la seguridad humana”. En RAMÓN CHORNET, Consuelo (coord.). *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*. Valencia: Tirant Monografías, n.º 251, 2002, pp. 355-370.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis. “Fuentes del derecho internacional humanitario”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 54-71.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- ROGERS, Anthony y Paul MALHERBE. *Derecho al objetivo. Modelo de manual acerca del derecho de los conflictos armados para las fuerzas armadas*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel, 1969.
- SALINAS, Hernán. “Principios del derecho internacional humanitario en materia de conducción de hostilidades”. En María Teresa Caffi (comp.). *Uso de la fuerza y derecho internacional humanitario*. Serie

de publicaciones especiales, n.º 77. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1995, pp. 3-32.

SALMÓN, Elizabeth. “América Latina y la universalidad de los derechos humanos”. *Agenda Internacional*, año VI, n.º 12, 1999, pp. 123-136.

——— *Encuentros y desencuentros. El Perú y el derecho internacional humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001.

——— “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 88, n.º 862, 2006, pp. 1-30.

SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto de Estudios Internacionales, 2001.

——— *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2011.

SANDOZ, Yves y otros (eds.). *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja / Martinus Nijhoff, 1987.

SANDOZ, Yves. “Penal Aspects of International Humanitarian Law”. En Cherif Bassiouni (ed.). *International Criminal Law*. Nueva York: Transnational Publishers, 1998, vol. I: *Crimes*, pp. 209-232.

SASSÒLI, Marco. “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 84, n.º 846, 2002, pp. 401-434.

BIBLIOGRAFÍA

- “La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”. *Lecciones y Ensayos. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, n.º 78, 2003, pp. 549-583.
- SASSÒLI, Marco ; Antoine BOUVIER y Anne QUINTIN. *Un droit dans la guerre?* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, 2 vols.
- *How Does Law Protect in War?* 3.ª ed. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2011.
- SATTERTHWAITE, Margaret. “Render Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law”. New York University Public Law and Legal Theory Working Paper, Paper 43, 2006.
- SCELLE, Georges. *Précis de droit de gens (Principes et systématiques)*. París: Centre National de la Recherche Scientifique, 1984.
- SCHNECKENER, Ulrich. *How Transnational Terrorists Profit from Fragile States*. SWP Research Paper: Berlín: German Institute for International and Security Affairs (SWP), 2004. Disponible en: <http://www.swpberlin.org/en/common/get_document.php?asset_id=2406>.
- SUÁREZ, David. “Los conflictos armados internos”. En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SWINARSKI, Christophe. *Introducción al derecho internacional humanitario*. San José de Costa Rica / Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984.
- “Las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”. En *Estudios básicos de derechos humanos II*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, pp. 169-185.

- THÜRER, Daniel. “The Failed State and International Law”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 81, n.º 836, 1999, pp. 731-761.
- URBINA, Julio. *Derecho internacional humanitario. Conflictos armados y conducción de operaciones militares*. Santiago de Compostela: Tórculo Edicions, 2000.
- VERRI, Pietro. *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 2008.
- VITÉ, Sylvian. “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 91, n.º 873, 2009, pp. 69-94.
- WILLS Siobhán. *Protecting Civilians: The Obligation of Peacekeepers*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Introducción al Derecho Internacional Humanitario,
se terminó de imprimir en el taller de Spondylus
ediciones en la calle Roma 441, Miraflores,
en agosto de 2012

Este libro pretende, a través de un análisis que es exhaustivo y profundo en su simplicidad, introducir al lector en el conocimiento de las nociones fundamentales del derecho internacional humanitario. Este derecho al que la situación actual exige remitirnos con lamentable frecuencia, no permite ni prohíbe los conflictos armados –sean internacionales o internos–, sino que frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario.

El estilo es claro, útil y fiel reflejo de la experiencia docente de la autora. En virtud de esto último, los destinatarios del libro han de ser necesariamente diversos, y su lectura debería convocar tanto a estudiantes de derecho y abogados (a quienes probablemente está dirigido el primer capítulo sobre la definición del derecho internacional humanitario), como a militares y fuerzas de seguridad (que se encuentran preparados para entender directamente los capítulos sobre conflictos armados internacionales e internos), a magistrados (a quienes la referencia al ordenamiento jurídico nacional les resulta esencial) y a profesionales de diferentes especialidades que, siendo conscientes del terreno que pisan, pueden, con una lectura transversal y focalizada en ciertos aspectos de su interés particular (la protección del personal sanitario o la función del periodista, entre otros), acercarse a la lógica esencial del derecho internacional humanitario.

Elizabeth Salmón no oculta las dificultades inherentes a las normas del derecho internacional humanitario, pero al mismo tiempo, y es bueno advertirlo, tiene una opción clara y constante por no perder de vista su objetivo pionero, que no es otro que preservar la dignidad del ser humano en el marco de los conflictos armados.



CICR

