

Introducción al Derecho Internacional Humanitario

INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Elizabeth Salmón



idehpucp

Instituto de Democracia y
Derechos Humanos

Pontificia Universidad Católica del Perú



CICR

ÍNDICE

CAPÍTULO I: DEFINICIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. La función del Derecho Internacional Humanitario:
el *ius ad bellum* y el *ius in bello*
2. La noción de conflicto armado
 - 2.1. La definición de conflicto armado
 - 2.2. Las clases de conflicto armado
3. Caracteres esenciales del DIH
 - 3.1. El carácter no sinalagmático del DIH
 - 3.2. El carácter general del DIH
 - 3.3. El carácter imperativo del DIH
 - 3.4. La naturaleza no autoejecutiva del DIH y la necesidad de la implementación de sus normas
 - 3.5. La interpretación de las normas del DIH
 - 3.5.1. El método negativo
 - 3.5.2. El método positivo
4. Las fuentes del DIH
 - 4.1. Los tratados
 - 4.2. La costumbre
 - 4.3. Los principios rectores del DIH
5. El DIH en perspectiva histórica

6. El Derecho de La Haya, Derecho de Ginebra y Derecho de Nueva York como desarrollo del Derecho aplicable en los conflictos armados.
 - 6.1. Derecho de La Haya
 - 6.2. Derecho de Ginebra
 - 6.3. Derecho de Nueva York

7. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario
 - 7.1. Convergencias entre el DIH y el DIDH
 - 7.2. Divergencias entre el DIH y el DIDH

CAPÍTULO II: EL CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

1. Los ámbitos de aplicación del DIH: *ratione materiae, personae, temporis y loci*
 - 1.1. *Ratione materiae*: la noción de conflicto armado internacional
 - 1.2. *Ratione personae*: los sujetos activos y pasivos de las normas del DIH
 - 1.3. *Ratione temporis*: la aplicación del DIH en el tiempo
 - 1.4. *Ratione lugar*: ámbito de aplicación espacial del DIH

2. El Derecho aplicable al conflicto armado internacional
 - 2.1. Los heridos, enfermos y náufragos (HEN)
 - 2.2. Los prisioneros de guerra
 - 2.2.1. Clasificación
 - 2.2.2. El estatuto jurídico del prisionero de guerra
 - 2.3. La población civil

ÍNDICE

- 2.3.1. Las mujeres
 - 2.3.2. Los niños
 - 2.3.3. Los periodistas en misiones peligrosas
 - 2.3.4. Los refugiados y desplazados internos
- 3. Las consecuencias del incumplimiento del DIH: aspectos sancionadores o punitivos de sus disposiciones
 - 4. La relación con el Derecho interno de los estados

CAPÍTULO III: EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

- 1. Diferencias entre conflicto armado de carácter no internacional y conflicto armado internacional
- 2. Diferencias entre conflicto armado de carácter no internacional y tensiones y disturbios interiores
- 3. Tipología del conflicto armado de carácter no internacional
 - 3.1. El conflicto armado de carácter no internacional del artículo 3 común
 - 3.2. El conflicto armado de carácter no internacional del Protocolo Adicional II
- 4. Los ámbitos de aplicación del DIH: *ratione materiae*, *personae*, *temporis* y *loci*
 - 4.1. *Ratione Materiae*: un conflicto armado de carácter no internacional
 - 4.2. *Ratione personae*: los sujetos activos y pasivos
 - 4.3. *Ratione temporis*: aplicación en el tiempo
 - 4.4. *Ratione loci*: aplicación en el espacio

5. Derecho aplicable
 - 5.1. El régimen de las personas que participan directamente en las hostilidades
 - 5.2. El régimen de las personas que no participan directamente en las hostilidades
 - 5.2.1. Los heridos, enfermos y náufragos (HEN)
 - 5.2.2. La población civil

6. La relación con el Derecho interno de los estados

CAPÍTULO IV: EL DIH Y OTRAS FORMAS DE CONFLICTIVIDAD

1. Los conflictos armados internos internacionalizados

2. Los denominados *conflictos armados de tercera generación*

3. Los disturbios y tensiones interiores
 - 3.1. Aproximación a la noción de disturbios y tensiones interiores
 - 3.2. El marco jurídico aplicable

*A mi adorado
Joaquín*

PRÓLOGO

El uso o amenaza del uso de la violencia es una constante trágica en la historia de la humanidad. Luego de la II Guerra Mundial, la comunidad internacional proscribió jurídicamente situaciones de guerra de agresión que anteriormente eran consideradas atributos de la soberanía del Estado Nación. A pesar de esta proscripción legal, los conflictos armados se sucedieron ininterrumpidamente, pero esta vez caracterizados 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 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 en el marco del respeto de los derechos humanos y con la perspectiva de fortalecer precisamente aquello que las organizaciones subversivas buscaban destruir: el estado de derecho. Las consecuencias están a la vista y fueron plasmadas descarnadamente por el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Las tareas que se desprenden de un conflicto armado interno son múltiples. Entre ellas destaca 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 postconflicto 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 como

una propuesta universitaria para 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. Iniciativa que ha sido respaldada por el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (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 planteado. las nuevas formas de conflictividad.

En ese sentido, nos complace presentar este libro que analiza las nociones fundamentales de DIH de manera clara y directa pero, 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 coordinadora académica del IDEHPUCP, 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 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 ella va dirigida. Son estas

PRÓLOGO

características los elementos que acompañan al trabajo a lo largo de sus cuatro capítulos en los cuales se revisan tanto la evolución histórica del DIH, como las nuevas formas de conflictividad que se yerguen hoy, a la manera de nuevos desafíos, a esta dimensión esencial del mundo jurídico.

En suma, 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 la misma por su carácter a la vez formativo e informativo. Por todo lo expuesto, consideramos que se convertirá en elemento de suma utilidad en la postergada y urgente tarea de educar a la sociedad en el DIH, aspecto del Derecho que, quizás 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
Rector
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 combatirlas o regularlas se soluciona con un Derecho que, aproximándose a la lógica militar, intenta racionalizarla y reorientarla 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 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 capí-

tulo), como militares y fuerzas de seguridad (que se encuentran preparados para entender directamente los capítulos dos y tres), 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 de Derecho Internacional Humanitario.

La estructura del libro resulta, por tanto, aunque estándar en su presentación, particular en su enfoque. De 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, de 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 quizás 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 Internacional de

INTRODUCCIÓN

la Cruz Roja para Perú, Bolivia y Ecuador. El auspicio del Instituto 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.

Lima, abril de 2004

CAPÍTULO I

Definición de Derecho Internacional Humanitario

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, de un lado, a las víctimas de los conflictos armados y, de 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 Pictet, Jean. «El Derecho Internacional Humanitario: definición». AAVV. *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 17-18.

² 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. Véase Salmón, Elizabeth. «América Latina y la universalidad de los Derechos Humanos». *Revista Agenda Internacional*, año VI, n.º 12, enero-junio 1999, pp. 123-136.

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 que resulta válido el recurso a la fuerza armada, es decir, el *ius ad bellum* (o derecho a hacer la guerra). En efecto, es el Derecho Internacional general el que contiene tales previsiones prohibiéndola de manera general (artículo 2, inciso 4 de la Carta de las Naciones Unidas) o permitiéndola, 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 decide su uso frente a una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión (capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas).⁵ Por su parte, será la legislación interna de los estados la que regule las situaciones de insurgencia interna habilitándola (por ejemplo, para la «defensa del orden constitucional», como lo prescribe el artículo 46 de la Constitución Política del Perú de 1993⁶) o prohibiéndola (como actos que afrentan la ley y el orden interno).

⁴ Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala. Informe 1996. Capítulo II, volumen II, parágrafo 36.

⁵ 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 véase 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.

⁶ 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.

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.

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 del mismo. 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 a seguir necesariamente en todos los casos de conflicto armado no internacional.

Como señala Tomuschat, aunque generalmente resulta apropiado adoptar una interpretación flexible de los conceptos en los que descansa el DIH, debe tenerse sumo cuidado al definir conflicto armado. Si el umbral es excesivamente bajo se corre el riesgo de favorecer el bandidaje y la delincuencia común que se encuentran dentro del ámbito de acción de la policía y las leyes penales internas.⁷ Por el contrario, si el umbral es excesivamente alto se puede generar situaciones de desprotección para las víctimas de los conflictos armados.

Resulta importante, por ello, identificar los elementos que la doctrina, práctica de los propios estados y jurisprudencia internacionales han considerado relevantes en la definición de conflicto armado.

⁷ Tomuschat, Christian. *Human Rights between idealism and realism*. Oxford: Academy of European Law of the European University Institute / Oxford University Press, 2003, p. 259

2.1. LA DEFINICIÓN DE CONFLICTO ARMADO

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

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.⁸

Por su parte, el Tribunal Penal para Ruanda 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.⁹

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 en 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

⁸ Prosecutor vs. Tadic a/k/a «Dule», caso n.º IT-94-1-T, Opinión y sentencia del 7 de mayo de 1997, parágrafo 628.

⁹ Prosecutor vs. Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, parágrafo 620 y Prosecutor vs. Musema, caso n.º ICTR-96-13-A, Sentencia del 27 de enero del 2000, parágrafo 248.

crímenes cometidos en conflictos armados no internacionales (véase *infra* capítulo III, apartado 3).

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.

3. CARACTERES ESENCIALES DEL DIH

Uno de los signos principales del Derecho Internacional contemporáneo es lo que Carrillo Salcedo¹⁰ denomina su proceso de humanización. Esto significa que, a diferencia del Derecho Internacional tradicional, el Derecho 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.

¹⁰ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 14.

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 revisiten un carácter incondicional, general y que tiende a lo imperativo.

3.1. EL CARÁCTER NO SINALAGMÁTICO DEL DIH

El DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) 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. En esta medida, no solo los estados, sino también los individuos son los beneficiarios principales de las obligaciones humanitarias.

En efecto, un principio fundamental del Derecho de los Tratados es el carácter recíproco o sinalagmático de los mismos. 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 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.¹¹

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 sobre el 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.¹²

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:

[...] 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.¹³

De lo anterior se deduce que en este tipo de tratados, como afirma Carrillo,¹⁴ se atenúa, aunque no desaparece, la dimensión contractualista de los tratados en la medida en que la regulación convencional desborda la reciprocidad de derechos y deberes entre los estados partes, al buscar estos

¹¹ CIJ, Recueil, 1951, pp. 23-24.

¹² Opinión Consultiva OC-2/82 de 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]), parágrafo 29.

¹³ Comisión Europea de Derechos Humanos. Australia contra Italia. Serie 788/60, *European Yearbook of Human Rights* (1961), pp. 38 y 40, citado por la CIDH 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, parágrafo 29.

¹⁴ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Ob. cit.*, pp. 93-96.

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 en 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, de 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.¹⁵ No obstante, cabe formular al menos dos atenciones.

La primera consiste en que la denuncia no surtirá efectos jurídicos mientras la parte denunciante está envuelta en un conflicto armado. Es decir, la posibilidad de denunciar el tratado se encuentra mediatizada por un periodo 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:

¹⁵ Sobre el tema de las reservas a los tratados de derechos humanos véase 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». Capítulo IV. PUCP, 1999.

DEFINICIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

[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 P. II)

La segunda restricción se refiere a los efectos vinculados al incumplimiento de los tratados sinalagmáticos. Así, 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 los mismos por los otros estados parte. 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.

Esta condición de reciprocidad, conocida como *inandiplenti non est adimplendum*, se fundamenta en la igualdad, soberanía e independencia de los estados y ciertamente estos principios también se aplican en los cuatro Convenios de Ginebra en los que se participa con unas expectativas fundadas en el beneficio mutuo. Esto se manifiesta en el propio texto de los tratados como, por ejemplo, en el artículo 2 común que hace referencia a las «relaciones recíprocas» de los estados parte, o el artículo 4.2 del Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) que señala que: «No están protegidos por el Convenio los súbditos de un Estado que no sea parte en él». Pero, como señala Mangas, una cosa es la reciprocidad de los contenidos obligacionales y el compromiso de su cumplimiento, del que resulta el beneficio mutuo (noción de reciprocidad de la que sí participa el DIH), y otra muy distinta es la condición de reciprocidad como condición suspensiva del cumpli-

miento del convenio o como causa de terminación en caso de violación por la otra parte.¹⁶

En efecto, la naturaleza y esencia de la norma humanitaria exigen su observancia cualquiera que haya sido el comportamiento del adversario, porque el respeto a la vida humana, a los principios de humanidad que la salvaguardan, se imponen con absoluta indisponibilidad para los contendientes.¹⁷ 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».¹⁸

También el propio texto de los tratados de DIH refleja esta preocupación en lo que se podría denominar cláusulas de incondicionalidad, tales como las contenidas en el artículo 1 común, que señala que las mismas «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».¹⁹ Esta afirmación no solo excluye del ámbito de la reciprocidad a las normas del DIH, sino que además apunta a su carácter obligatorio general.

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

¹⁶ Mangas, Araceli. *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1990, p. 141.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ CIJ, Recueil, 1949, p. 22.

¹⁹ Fitzmaurice, Gerald. *CNU sobre Derecho de los Tratados*. Doc. of., NU 1971, p. 38, nota 117, citado por Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 144.

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 como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.²⁰

Esta cláusula se incorporó en el II Convenio de La Haya, de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Antes que a 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. 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, de 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 opusieron a la misma. Además, la mayoría de las potencias militares de la época —con excepción de Gran Bretaña— se mostró contraria a la posición de Bélgica.

Precisamente uno de los delegados de Rusia, el señor Frédéric de Martens, fue quien, ante esta discrepancia y teniendo en cuenta que podría peligrar nuevamente la adopción del convenio —lo que ya había ocurrido con la Declaración de Bruselas de 1874, que finalmente no fue adoptada como tratado—, lo cual hubiera significado el fracaso de la Conferencia convocada por el zar Nicolás II, propuso la adopción de esta cláusula que lleva hoy en día su nombre.²¹

²⁰ Preámbulo del II Convenio 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 IV Convenio 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 63, 62, 142 y 158 respectivamente); Protocolo Adicional I de 1977, artículo 1(2); y Protocolo Adicional II de 1977, Preámbulo.

²¹ Cassese, Antonio. «The Martens Clause: Half of Loaf or Simply Pie in the Sky?». *EJIL*, vol. 11, n.º 1, 2001, pp. 193-196.

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,²² que al hacerlo cumple también la función de garantizar la validez y aplicabilidad continuada de normas preexistentes no incluidas en los Convenios.²³

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 las normas del DIH son cada vez más consideradas como consuetudinarias y, en tanto tales, como normas que deben ser aplicadas por todos los estados en una base de universalidad.²⁴ También la CIJ, en la Opinión Consultiva sobre la Validez de Ciertas Reservas a la Convención para la Prevención y 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»²⁵ y, en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua²⁶ afirmó, refiriéndose a los Convenios de Ginebra, que «estas 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,²⁷ que la consideración de las mismas como expresión de principios elementales

²² Abi-Saab, George. «The Specificities of Humanitarian Law». En: Swinarski, Christophe (ed.). *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. Geneve / The Hague: CICR / Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 275.

²³ 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».

²⁴ Meron, Theodor. «The Humanization of Humanitarian Law». *AJIL*, vol. 94, n.º 2, 2000, p. 244.

²⁵ CIJ, Recueil, 1951, p. 12.

²⁶ CIJ, Recueil, 1986, parágrafo 218. Una crítica de esta jurisprudencia se puede encontrar en Meron, Theodor. «The Geneva Conventions as Customary Law». *AJIL*, vol. 81, n.º 2, p. 353.

²⁷ Meron, Theodor. «The Humanization...», p. 357.

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 como principios fundamentales del Derecho Internacional.

En cualquier caso, resulta innegable que el carácter general del DIH se manifiesta en al menos dos caracteres.

El primero 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.²⁸ En este sentido, 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».

Asimismo, y en segundo lugar, las normas de 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 el de principales aplicadores o, dicho en términos de Scelle, los estados cumplen el desdoblamiento funcional.²⁹ 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.³⁰

²⁸ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 145.

²⁹ Scelle, Georges. *Précis de droit de gens (Principes et systématiques)*. París: CNURS, 1984. p. 35.

³⁰ Sobre el punto véase Condorelli, Luigi y Laurence Boisson de Chazournes. «Quelques remarques a propos de l'obligation des Etats de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"». En Swinarski, Christophe (ed.). *Ob. cit.*, pp. 17-35.

Ciertamente la aceptación prácticamente universal de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales³¹ parece restar efectos concretos al carácter general del DIH, dado que la gran mayoría de estados se encuentra ya obligada por las normas humanitarias convencionales. No obstante, debe tenerse en cuenta al menos dos 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,³² existe un número de estados que no ha ratificado los tratados de DIH (como, por ejemplo, el Protocolo Adicional I, que no cuenta con la aceptación de estados como Estados Unidos, India, Irak, Japón, Israel, Pakistán, Somalia y Turquía, entre otros), varias ratificaciones han sido formuladas con reservas y, finalmente, no puede ignorarse que el ámbito de posibles actores de la violencia excede la figura del Estado. Esto 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.

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 del mismo.

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

³¹ Los Convenios de Ginebra cuentan con 191 estados partes mientras que el Protocolo Adicional I tiene 161 estados partes y el Protocolo Adicional II 156 estados partes. Solo estados como Islas Marshall o Nauru no constituyen parte de ninguno de estos tratados.

³² Solo la Convención sobre los Derechos del Niño con 192 estados partes supera a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

indisponible para los estados que es la protección de la persona humana en las situaciones en que más peligran su vida y su dignidad.³³ En este sentido, la CIJ en el caso de Barcelona Traction 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».³⁴

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 de 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. (La cursiva es nuestra.)

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 en 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.³⁵ Frente a estas normas imperativas, de acuerdo con el Dere-

³³ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 140.

³⁴ CIJ, Recueil, 1970, p. 32 citado por Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 148.

³⁵ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Ob. cit.*, p. 150. Véase también Dupuy, Pierre-Marie. *Droit international public*. 6.^a ed. París: Dalloz, 2002, pp. 222-234.

cho 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 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.³⁶

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.³⁷ Asimismo, el propio artículo 3 común prevé la figura de los «acuerdos especiales» entre las partes en conflicto con el único propósito de mejorar y no perjudicar el trato a las víctimas, con lo que el mínimo contemplado no admite derogaciones sino que ostenta el carácter de compromiso absoluto para el Estado.³⁸

También 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»,³⁹ 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.⁴⁰

³⁶ Dupuy, Pierre-Marie, *Ob. cit.*, pp. 222-223. Este recuento de derechos inalienables surge básicamente del artículo 3 común a los 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 de 16 de diciembre de 1966; del artículo 12.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; y del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, que coinciden en esta afirmación de ciertos derechos que deben ser respetados en todo lugar y circunstancias y que no son, por tanto, susceptibles de ninguna derogación.

³⁷ Dupuy, Pierre-Marie. *Ob. cit.*, pp. 222-223.

³⁸ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 150.

³⁹ Véase artículos 7, 7, 7 y 8 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente.

⁴⁰ En igual sentido MANGAS, Araceli. *Ob. cit.*, p. 149.

La irrenunciabilidad de las normas de 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 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 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.⁴¹

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 ser vista como una restricción más al limitado voluntarismo que se plasma en las disposiciones humanitarias.

En opinión de Mangas⁴² 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

⁴¹ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 149.

⁴² Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 150.

tienden a la instauración de un orden internacional respetuoso con los fines humanos».⁴³

Si bien esto es efectivamente predicable para los derechos consagrados en el artículo 3 común,⁴⁴ no resulta posible afirmar que necesariamente todas las normas de 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 población civil o hacer padecer de hambre a la misma 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,⁴⁴ entre otros.

En cualquier caso, la naturaleza de la norma no debe confundirse con que, en los hechos, no pueda ser violentada, 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 ser violada porque la posibilidad de infracción es inherente a la esencia misma de toda norma jurídica.⁴⁶

⁴³ De Visser, Charles. «Positivism et Ius Cogens». En RGDIP, 1971-1, p. 11, citado por Mangas, Araceli. *Ob. cit., loc. cit.*

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Véase 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.

⁴⁶ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 151.

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 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 forma-

ción 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.⁴⁷

Debido a las circunstancias particulares en que las normas de DIH están llamadas a actuar, coincidimos con Sassòli y Bouvier⁴⁸ 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 son preparados 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».⁴⁹

3.5. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE 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».⁵⁰ 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.

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 efec-

⁴⁷ Salmón, Elizabeth. *Encuentros y desencuentros. El Perú y el Derecho Internacional Humanitario*. Lima: CICR, 2001, pp. 18-19.

⁴⁸ Sassòli, Marco y Antoine Bouvier. *Un Droit dans la Guerre? Présentation du Droit international humanitaire*. Vol. I. Ginebra: ICRC, 2003, pp. 272-273.

⁴⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁰ Rousseau, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel, 1969, p. 631.

to, la presencia de un conjunto de disposiciones no escritas, que coexisten con las normas del Derecho convencional, impide necesariamente una interpretación a 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.⁵¹ 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.⁵² 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 a 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).⁵³

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 de 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

⁵¹ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 146.

⁵² Meron, Theodor. «The Humanization...», p. 245.

⁵³ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 147.

convencionales —como, por ejemplo, el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos— como de la jurisprudencia internacional 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 de la Convención de Viena señala que:

1. 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*.

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 humanos⁵⁴ 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. De esta manera, 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 cualquier 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.^{55, 56}

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

⁵⁴ Véanse 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 de derechos humanos, entre otros.

⁵⁵ CIDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras, n.º G 101/81, considerando 16; CIDH. Opinión consultiva sobre restricciones a la pena de muerte, considerando 26; entre otros.

⁵⁶ Por su parte, 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 las mismas. En este sentido, la interpretación más adecuada de una norma humanitaria será aquella realizada de acuerdo con el Derecho vigente al 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 ese momento, siempre que se preserve el objeto y fin del tratado.

Este criterio se encuentra firmemente asentado en la jurisprudencia internacional,⁵⁷ en el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁸ 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 Interamericana 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 analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento ac-

⁵⁷ 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 y en el caso Gabcikovo-Nagymaros entre Hungría y la República Eslovaca de 25 de septiembre de 1997.

⁵⁸ En el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso Dudgeon vs. Reino Unido, del 27 de octubre de 1981, es quizá el más representativo de esta clara tendencia.

tual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.⁵⁹

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.⁶⁰ En cualquier caso, como señala Medina,⁶¹ al tratarse de normas humanitarias que, por su carácter universal, están llamadas a ser aplicadas en diversos tiempos y lugares se hace necesario un intérprete que haga eficaz la norma en diferentes contextos.

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

⁵⁹ CIDH. Opinión consultiva n.º 10. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Nota 120.

⁶⁰ Esta idea está presente tanto en el sistema americano como europeo. En el primero, la CIDH manifestó, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 21 de junio de 1987, parágrafo 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, parágrafo 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».

⁶¹ Medina, Cecilia. «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos». En Medina Cecilia y Jorge Mera (eds.). *Sistema jurídico y derechos humanos. El Derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, pp. 74-75.

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 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 de 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.⁶²

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.

Por Ello, el avance científico armamentístico es exponencialmente mayor a la rapidez con que se celebran los tratados para prohibir o restringir el uso de ciertas armas. En este contexto, es válida la crítica de Sassòli y Bouvier⁶³ 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 de 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 suer-

⁶² Sobre los instrumentos que regulan el DIH véase Méndez Silva, Ricardo y Liliana López Ortiz. *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*. Tomos I y II. México D.F.: UNAM / CICR, 2003.

⁶³ Sassòli, Marco y Antoine Bouvier. *Ob. cit.*, p. 137.

te 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. De 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, de 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.

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.⁶⁴ De 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 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

⁶⁴ 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.

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,⁶⁵ 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*. También Sassòli y Bouvier,⁶⁶ refiriéndose a los Protocolos Adicionales, sostienen:

De un análisis general de la práctica, se puede encontrar que, por ejemplo, una norma de los dos Protocolos Adicionales de 1977 corresponderá actualmente al derecho consuetudinario, obligatorio para los estados y las partes enfrentadas, ya sea porque codifica (*stricto sensu*) una norma de derecho internacional previamente existente, cuando traduce una práctica previamente existente en una norma, porque combina, interpreta o especifica principios o reglas existentes, porque concluye el desarrollo de una norma de derecho internacional consuetudinario, o finalmente porque era un catalizador para la creación de una norma consuetudinaria de derecho internacional humanitario a través de una práctica subsecuente y los múltiples consentimientos de los estados a ser obligados por el tratado. Es por tanto incontrovertible que gran parte de las disposiciones, pero ciertamente no todas, de los dos Protocolos Adicionales de 1977 constituyen hoy en día la formulación de normas paralelas de Derecho Internacional consuetudinario.

Un problema distinto es demostrar cuáles son y cómo es que han ido adquiriendo tal carácter. La determinación de qué normas de 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, de otro lado, la aceptación de estos tratados viene

⁶⁵ Meron, Theodor. «The Humanization...», p. 252.

⁶⁶ Sassòli, Marco y Antoine Bouvier. *Ob. cit.*, p. 141.

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 de 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. Esta investigación confirma que el 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 son parte del Derecho Internacional consuetudinario, con independencia de la naturaleza del conflicto bélico. 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 pertenecen al 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.⁶⁷

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».⁶⁸

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 participan directamente en las hosti-

⁶⁷ XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2-6 de diciembre de 2003. 03/IC/14, Ginebra, 2003, p. 7.

⁶⁸ Pictet, Jean. *Développement et principes du droit international humanitaire*. Ginebra/París: Instituto Henry Dunant/Pédone, p. 71.

lidades) 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 circunstancia, válidos incluso para los estados que no sean partes en los Convenios dado que expresan la costumbre de los pueblos.⁶⁹

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 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.⁷⁰ Así lo han entendido el Tribunal para la Ex Yugoslavia, la CIJ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, la Cámara de Apelación en el caso Tadic sostuvo que «la esencia general de estas reglas —y no la reglamentación detallada— (refirién-

⁶⁹ *Ibid., loc. cit.* Véase también CIJ. Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, junio de 1986, parágrafo 220.

⁷⁰ En el caso Tadic, el Tribunal de la Ex Yugoslavia, parágrafo 100, señala que con la guerra civil española comienza una etapa en la que los gobiernos confrontados a una guerra civil aceptan la aplicabilidad de ciertas normas propias del DIH aplicado a los conflictos armados de carácter internacional, como la prohibición del bombardeo intencionado de civiles, la prohibición de atacar objetos no militares o la norma que exige la adopción de precauciones para atacar objetivos militares para evitar daños colaterales a civiles. Esto va a ser posteriormente recogido en la Declaración de Taormina, de 7 de abril de 1990, que recoge las «Normas del Derecho Internacional Humanitario relativas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales» y en la Declaración de Turku, «Declaración sobre las normas humanitarias mínimas», del 2 de diciembre de 1990.

dose a las leyes y costumbres de la guerra) es aplicable a los conflictos armados internos».⁷¹

Por su parte, la CIJ, en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, se ha referido, aparte de los principios generales de base contenidos en el artículo 3 común, a otros principios igualmente básicos denominados «principios cardinales», que proceden del denominado Derecho de La Haya (véase *infra* apartado 6) y que son el principio de *distinción* (entre personas y bienes de carácter civil y objetivos militares), la prohibición de usar *armas de efectos indiscriminados*, la prohibición de causar *daños superfluos o sufrimientos innecesarios* a los combatientes y, en un plano más general, la *negación del carácter ilimitado del derecho de los estados a elegir los medios de hacer la guerra*.⁷² Estos principios, según la CIJ, son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y para las consideraciones elementales de humanidad que han sido aceptados de forma amplia y ello sin perjuicio de poder constatar, a su vez, que tales reglas fundamentales se imponen a todos los estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que las expresan, porque constituyen «principios intransgredibles del Derecho Internacional consuetudinario».⁷³

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió, frente al ataque de un cuartel en el norte de Argentina por parte de un grupo de estudiantes, que:

Además del artículo 3 común, los principios del Derecho consuetudinario aplicables a todos los conflictos armados exigen que las partes contendientes se abstengan de atacar directamente a la población civil y a civiles en forma individual, y que al fijar sus objetivos distinguan entre los civiles y los *combatientes* y otros objetivos militares legítimos. Para amparar a los civi-

⁷¹ Prosecutor vs. Tadic a/k/a «DULE», caso n.º IT-94-1-T, decisión del 2 de octubre de 1995, parágrafo 126. También véase el caso Prosecutor vs. Milan Martić, caso n.º IT-95-11-R61, sentencia del 8 de marzo de 1996, parágrafo 10, transcripción en página 134, parágrafos 14-17.

⁷² CIJ. Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, 1996, parágrafo 78.

⁷³ *Ibid.*, parágrafo 70.

les de los efectos de las hostilidades, otros principios del Derecho consuetudinario exigen que la parte atacante tome precauciones para evitar minimizar la pérdida de vidas civiles o daños a la propiedad de civiles, incidentales o colaterales a los ataques contra objetivos militares.⁷⁴

Estos principios son básicamente el de distinción y el de humanidad. El principio de *distinción* 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. Sin perjuicio de ello, debe siempre aplicarse a favor de combatientes y no combatientes el principio de *humanidad* 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.⁷⁵ El concepto es relativo en sí mismo ya que un bien puede revestir la característica de objetivo militar y luego abandonarla o viceversa. Por ejemplo, las viviendas y los bloques de apartamentos civiles no son objetivos militares a no ser que se empleen con fines militares, por ejemplo si son utilizados como cuartel general militar, o almacenes o puestos de francotiradores o de observación.⁷⁶ También los que participan en las hostilidades pierden los

⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 55/97, Informe anual 1998, parágrafo 177.

⁷⁵ Artículo 52, inciso 2 del Protocolo Adicional I.

⁷⁶ Véase artículo 52 del Protocolo Adicional I que recoge expresamente este principio. Asimismo, véase Rogers, Anthony y Paul Malherbe. *Derecho al objetivo. Modelo de Manual acerca del Derecho de los conflictos armados para las fuerzas armadas*. Ginebra: CICR,

beneficios acordados a los civiles en actitud pacífica,⁷⁷ aunque en casos de duda sobre la condición de una persona se presume que esta es civil.⁷⁸

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.⁷⁹ Así lo recuerdan el Protocolo Adicional I y el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia 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.⁸⁰

Además puede ocurrir que en la planificación de las operaciones militares se detecte que al interior de un grupo de población civil existen objetivos militares. Ante estas situaciones, lo que se debe evaluar es la ventaja militar a ser obtenida en caso de ataque y los daños colaterales que un

2001, p. 185. En igual sentido, la Resolución 2675 (XXV) que se aplica a todos los conflictos armados, estipula (parágrafo 5) que «las viviendas y otras instalaciones usadas solo por poblaciones civiles no deberán ser objeto de operaciones militares». En virtud del principio de la necesidad militar, solo se puede atacar un bien civil o requisarlo con miras a su empleo con finalidades militarmente necesarias. Finalmente, la Declaración de Taormina apunta que (artículo A6) «La norma general que prohíbe lanzar ataques contra la población civil implica, como corolario, la prohibición de atacar viviendas u otras instalaciones que solo sean utilizadas por la población civil».

⁷⁷ En el caso de La Tablada, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 55/97. 98.º Periodo de Sesiones del 17 de febrero al 6 de marzo de 1998, parágrafo 178, entendió que «cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de *combatientes* (sic) al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada perdieron los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados acordados a los civiles en actitud pacífica».

⁷⁸ Artículo 50, inciso 1 del Protocolo Adicional I. Véase además SANDOZ, Yves y otros (eds.). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*. Tomo I. Ginebra/Santa Fe de Bogotá: CICR/Plaza & Janés, p. 245.

⁷⁹ Artículo 52, inciso 3 del Protocolo Adicional I.

⁸⁰ Artículo 50, inciso 3 del Protocolo Adicional I.

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*⁸¹ que exige que el efecto entre los medios y métodos de combate escogidos y utilizados no sea desproporcionado con la ventaja militar que se busca obtener. Esto significa que queda prohibida toda forma de violencia que no sea indispensable para someter a la contraparte en conflicto. En efecto, cuando son atacados objetivos militares, las personas civiles y los bienes de carácter civil deben ser preservados 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.⁸²

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.⁸³ Es decir que en el transcurso de las operaciones militares solo se deben tomar las medidas necesarias para obtener el objetivo propuesto.⁸⁴

⁸¹ Verri, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados*. Letra P. Complementaria como es del principio de distinción, la proporcionalidad lleva a considerar ataques prohibidos, por indiscriminados, aquellos en los que es de prever que se causarían 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. Véase artículos 51 y 57, inciso 2 b del Protocolo Adicional I.

⁸² Rogers, Anthony y Paul Malherbe. *Ob. cit.*, p. 22.

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derecho Internacional Humanitario. AG/RES/1906 (XXXII-0/02) de 4 de junio de 2002, p. 37, parágrafo 65.

⁸⁴ El principio de necesidad militar se encuentra en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868, «el único objetivo legítimo que los estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo» y «a este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres». Figura también en el artículo 23g del Reglamento de La Haya de 1907, según el cual está prohibido «destruir o apoderarse de las propiedades enemigas, excepto en el caso en que estas destrucciones o apropiaciones sean imperiosamente reclamadas por las necesidades de la guerra».

Pero juntamente con los principios antes enunciados habrán otros que se refieren concretamente a la conducción de hostilidades, derivados sin duda del principio de humanidad. El principio de *limitación*,⁸⁵ recogido por la CIJ en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares establece que el derecho a elegir los métodos y medios de combate no es ilimitado, sino que deben atenderse razones humanitarias. Este principio rechaza el recurso a la necesidad militar para justificar un interés militar absoluto, limitando estrictamente la libertad de los beligerantes en la elección de los medios y métodos de combate en sus operaciones.⁸⁶

De este mismo principio se deriva el de *prohibición de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios*,⁸⁷ 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.⁸⁸ En efecto, en el marco de las operaciones militares debe haber un equilibrio entre el daño causado, el sufrimiento infligido al enemigo y la eficacia militar.

A nivel de la práctica estatal, este principio ha tenido hasta tres interpretaciones principalmente. La primera de ellas, seguida por Estados Unidos, señala que las armas que causan sufrimiento innecesario pueden solo ser determinadas a la luz de la práctica de los estados; la segunda interpretación, planteada por Alemania, sostiene que es necesario hacer un análisis de proporcionalidad para determinar si la utilización de un arma es lícita; y la tercera interpretación, propuesta por Japón, sostiene que es necesario hacer una comparación entre los efectos de una determinada arma con aquellas que han sido objeto de una determinada prohibición.⁸⁹

Otro principio, ligado a los anteriores antes enunciados, consiste en la *protección del medio ambiente natural*.⁹⁰ La degradación del medio ambien-

⁸⁵ Artículo 35.1 del Protocolo Adicional I.

⁸⁶ Salinas, Hernán. «Principios del Derecho Internacional Humanitario en materia de conducción de hostilidades». En Caffi, María Teresa (comp.). *Uso de la fuerza y Derecho Internacional Humanitario*. Serie de publicaciones especiales, n° 77. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1995, p. 21.

⁸⁷ Artículo 35.2 del Protocolo Adicional I.

⁸⁸ Rogers, Anthony y Paul Malherbe. *Ob. cit.*, p. 22.

⁸⁹ Salinas, Hernán. *Ob. cit.*, pp. 21-22.

⁹⁰ Artículo 35.3 del Protocolo Adicional I.

te apareció como tema de interés en el ámbito internacional hacia fines de la década de 1960, 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.⁹¹ 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 la utilización de la destrucción de este como método de combate.

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 lograra reglamentar algunos aspectos en cuanto a la conducción de las hostilidades. Sin embargo, tal como señalan Sassòli y Bouvier,⁹² 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 Hamurabi (1728-1686 a. de 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,

⁹¹ Kalshoven, Frits y Liesbeth Zegveld. *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. 3.a ed. Ginebra: CICR, 2001, p. 107.

⁹² Sassòli, Marco y Antoine Bouvier. *Ob. cit.*, p. 127.

exigían una declaratoria de guerra para el inicio de la misma y un acuerdo de paz para concluirla, así en el año 1269 a. de C. firmaron un acuerdo de paz con los egipcios dando fin a la guerra entre estos pueblos. En Persia, Ciro I (700 a. de 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. de 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 otras.⁹³

Cabe destacarse 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 europeos⁹³ 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 puede observar, como sostiene Draper,⁹⁵ corrientes nuevas, como la 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 indi-

⁹³ 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.

⁹⁴ Sassòli, Marco y Antoine Bouvier. *Ob. cit.*, p. 128.

⁹⁵ Draper, G.I.A.D. «Orígenes y aparición del derecho humanitario». En *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*. Madrid: Tecnos/UNESCO, 1990. pp. 81-83.

viduos 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». ⁹⁶ Sin embargo, no es en estas ideas donde 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.

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. ⁹⁷

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 comba-

⁹⁶ Draper, G.I.A.D.. *Ob.cit.*, p. 82.

⁹⁷ Kalshoven, Frits y Liesbeth Zegveld. *Ob. cit.*, p. 30.

te. 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 combate⁹⁸ 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 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.⁹⁹

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»¹⁰⁰ conocidas como el Código de Lieber y promulgadas en 1863 mediante Orden n.º 100 por Abraham Lincoln durante la guerra civil de los Estados Unidos de América. 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.

⁹⁸ Artículo 22.- Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo.

⁹⁹ 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, implícita.

¹⁰⁰ Para un mayor desarrollo de este tema véase Carnahan, Burrus. «Lincoln, Lieber and the Law of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity». *AJIL*, vol. 92, n.º 2, 1998, pp. 213-231.

Este movimiento codificador continuó durante el siglo XX, cuyas 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 ser protegidas y se señalaron mayores límites a los métodos y medios de combate, sino que además se establecieron mecanismos para determinar la responsabilidad de quienes transgreden las normas de 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,¹⁰¹ en respuesta a lo cual se incrementaron 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. Esto 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 transgredían 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 II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra. Adicionalmente, se instalaron los tribunales de Núremberg y Tokio para sancionar a quienes habían violado el *ius in bello* entonces vigente.

¹⁰¹ Draper, G.I.A.D. *Ob. cit.*, p. 90.

Otra consecuencia importante para el avance del DIH tras la segunda guerra mundial es la formación de la Organización de Naciones Unidas. Si bien en un principio esta entidad no se interesó por regular los conflictos armados, este tema va a ir 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 a los derechos humanos en el marco de los conflictos armados y 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.¹⁰² 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 sigue hasta la fecha 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 Corte Penal Internacional (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 compren-

¹⁰² *Ibid.*, p. 32.

diendo las formas más contemporáneas de violencia como los conflictos desestructurados.¹⁰³

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; por otro lado, las normas que buscan limitar el uso de ciertos métodos y medios de combate denominadas comúnmente Derecho de La Haya; y finalmente aquellas normas que se orientan a la adopción de mecanismos efectivos para sancionar el incumplimiento de las normas de 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 las Naciones Unidas.

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 en un mismo texto, 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, en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares,¹⁰⁴ que:

¹⁰³ Para un estudio más profundo sobre este tema véase 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 PUCP/IDEI, 2001.

¹⁰⁴ CIJ. Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la Legalidad del Uso o de la Amenaza de Uso de Armas Nucleares, parágrafo 75.

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.

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.

6.1. 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 las distintas formas como 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 a ser utilizados (por ejemplo, balas dum dum y armas incendiarias, entre otros).

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.¹⁰⁵ Con ello se busca evitar causar 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.¹⁰⁶ Asimismo, aparece también como objetivo de este Derecho de La Haya evitar causar daños al medio ambiente natural¹⁰⁷ teniendo en cuenta su importancia para la supervivencia de la humanidad en su conjunto.

Ahora bien, las normas sobre la materia van a prohibir el uso de ciertos medios y métodos de combate en forma absoluta (por ejemplo la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil), pero también habrá casos en los que esta prohibición será más bien relativa (es el caso de la

¹⁰⁵ Véase artículo 35.1 del Protocolo Adicional I.

¹⁰⁶ Véase Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo (1868) y artículo 35.2 del Protocolo Adicional I.

¹⁰⁷ Véase artículo 35.3 del Protocolo Adicional I.

necesidad militar imperiosa que justifica el incumplimiento de la obligación de no realizar desplazamientos forzosos) en tanto que dependerá de ciertas circunstancias el recurso a tales medidas.

En cuanto al origen de esta rama del DIH, si bien su nombre nos remite a la ciudad de La Haya, geográficamente podríamos ubicar su origen en las ciudades de Washington y San Petersburgo. En efecto, la primera codificación de estas normas, aunque a nivel interno, se puede encontrar en el Código de Lieber (1863). Y, más tarde en 1868, a propuesta de Rusia, se reunió una Comisión militar internacional con el propósito de examinar la prohibición de ciertos proyectiles en tiempos de guerra que dio lugar a la Declaración de San Petersburgo. Este instrumento, el primero en el plano internacional sobre la materia, prohíbe el uso de proyectiles inferiores a 400 gramos sobre la base del principio que prohíbe causar daños superfluos a la contraparte.¹⁰⁸

Posteriormente se llega a las Conferencias de Paz en La Haya, en 1899 y 1907, donde se adoptaron sendos tratados sobre la materia. No obstante se produciría luego la primera guerra mundial y con ello la necesidad de prohibir el uso de ciertas armas que habían sido utilizadas durante esta guerra con consecuencias devastadoras. Es así que en 1925 se firma el convenio que prohíbe el uso de gases asfixiantes, tóxicos o similares.

Pero esto no sería suficiente, la humanidad entera se vio conmovida nuevamente con los horrores que trajo consigo el desencadenamiento de la segunda guerra mundial y, una vez más, los estados se percataron de que la imaginación del ser humano es infinita cuando se trata de causar sufrimientos, por lo que en la segunda mitad del siglo XX se va a producir un incremento de normas en materia de limitación de medios y métodos de combate. Así se adoptaron, entre otros instrumentos, los siguientes: la Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (1972); la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de

¹⁰⁸ Este principio se recoge en el cuarto párrafo del Preámbulo de esta Declaración que establece: «Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuera inevitable». En Méndez Silva, Ricardo y Liliana López Ortiz. *Ob. cit.*, p. 63.

ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y sus Protocolos (1980), así como su enmienda de 2001; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993), entre otras.

6.2. DERECHO DE GINEBRA

El Derecho de Ginebra comprende las normas que buscan la protección internacional de las víctimas de los conflictos armados. 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. 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.

El Derecho de Ginebra adquiere mayor vigor con la adopción de cuatro convenios que mejoraron y complementaron las normas existentes. Estos convenios se estructuraron para la protección de distintas categorías de personas protegidas: los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; los prisioneros de guerra; y las personas civiles. Por su parte, y con veintiocho años de por medio, los dos Protocolos de 1977 complementan sus disposiciones, llenando algunas lagunas de dichos instrumentos, sobre todo en materia de conflictos armados de carácter no internacional.

6.3. DERECHO DE NUEVA YORK

Este Derecho abarca tanto las normas que se refieren a mecanismos para compatibilizar el comportamiento de los sujetos con las normas de DIH como a aquellas que limitan ciertos métodos y medios de combate. De ahí

que, como señala Bettati,¹⁰⁹ dicha denominación no obedezca a un origen geográfico sino más bien designa a una categoría de reglas sustanciales. En ese sentido, su objetivo es la realización, aplicación y puesta en conformidad de los comportamientos individuales y colectivos con las normas de DIH.

A diferencia de las otras vertientes, donde son principalmente los esfuerzos del CICR los que permitieron su desarrollo, en esta las Naciones Unidas desempeñan un papel fundamental, toda vez que es bajo sus auspicios que se van a elaborar una serie de normas en la materia. En efecto, si bien en sus inicios las Naciones Unidas no se habían 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 el mantenimiento de la paz y el respeto de los derechos humanos, así como los conflictos que siguieron suscitándose, las llevaron a prestar mayor atención al DIH.

Así, 1968 marcaría el inicio de su participación activa en la regulación de los conflictos armados. Ese año se celebra en Teherán la Conferencia Internacional de Derechos Humanos donde se aprueba la Resolución XXIII sobre derechos humanos en los conflictos armados,¹¹⁰ en la que se pide a la Asamblea General encomendar al Secretario General el estudio de las medidas que podrían tomarse para la aplicación plena en todos los conflictos armados de las reglas y convenciones humanitarias vigentes y la necesidad de concertar convenciones adicionales o revisar las ya existentes. Esta resolución será respaldada por la Asamblea General, la cual adopta en diciembre de ese mismo año la Resolución 2444 (XXIII) sobre respeto de los derechos humanos en los conflictos armados.¹¹¹

A partir de ese momento, los distintos órganos de las Naciones Unidas fueron adoptando diversas medidas sobre este tema. Por un lado, la Secretaría General, que tenía a su cargo la elaboración del estudio de las normas humanitarias y las medidas adoptadas por los estados para su aplicación, y,

¹⁰⁹ Bettati, Mario. *Ob. cit.*, p. 201.

¹¹⁰ Resolución XXIII respecto de los derechos humanos en los conflictos armados. Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968, Naciones Unidas. En <www.icrc.org>.

¹¹¹ Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 19 de diciembre de 1968. En <www.icrc.org>.

por otro lado, la Asamblea General, que aprobó sendas resoluciones sobre ciertas materias como la protección de mujeres y niños, la condición de los combatientes en las guerras de liberación nacional, la situación de los periodistas, y la limitación del uso de ciertas armas.¹¹²

Pero además las Naciones Unidas empezaron a patrocinar la celebración de tratados para prohibir o restringir el uso de ciertos métodos y medios de combate como la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (1976) o la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción (1997).

En cuanto a los mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de las normas de DIH, en el marco del Derecho de Nueva York se han adoptado tres tipos de medidas: medidas no represivas, medidas que atribuyen responsabilidad penal individual a quienes trasgredan estas normas y medidas que comportan el empleo del uso de la fuerza.¹¹³

Las medidas no represivas corresponden a las medidas clásicas del Derecho Internacional, representadas por la obligación de los estados de «respetar y hacer respetar» las disposiciones sobre la materia. En efecto, los estados partes deben cumplir, en base al principio de buena fe y del *pacta sunt servanda*, con los tratados que suscriben, así como hacer cumplir los mismos a través de la adopción de medidas que garanticen el cumplimiento de estas normas.

En cuanto a los mecanismos que permiten determinar la responsabilidad individual, estos pueden ser de distintos tipos. Por un lado, los estados comprometidos a adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir los tratados humanitarios pueden imponer, a través de sus legislaciones internas, sanciones administrativas y penales y, de otro lado, las normas internacionales pueden también crear mecanismos adecuados para vigilar el cumplimiento de las normas de DIH e imponer sanciones, como es el caso de la CPI.

Finalmente, las medidas que importan el uso de la fuerza son aquellas amparadas en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que permitiría las acciones humanitarias decididas por el Consejo de Seguridad.

¹¹² Kalshoven, Frits y Liesbeth Zegveld. *Ob. cit.*, pp. 35-36.

¹¹³ Bettati, Mario. *Ob. cit.*, p. 201.

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 reconoce los derechos que le asisten en los tratados en materia de DIDH;¹¹⁴ y, en el marco del DIH, sirve de inspiración para su desarrollo normativo encontrándose recogido en la Cláusula Martens que, como señala Meron,¹¹⁵ 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.¹¹⁶

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 las 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; mien-

¹¹⁴ Gasser, Hans-Peter. «Humanitarian Law and Human Rights Law». *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002. p. 155.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Prosecutor vs. Furundzija, caso n.º IT-95-17/I-T, Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrafo 183.

tras que los Convenios de Ginebra de 1949 tampoco abordaron derechos humanos.¹¹⁷

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.

7.1. CONVERGENCIAS ENTRE EL DIH Y EL DIDH

A nivel normativo se suele afirmar que las normas de 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, de otro lado, existen disposiciones de DIDH que no se pueden suspender ni siquiera en situaciones de conflicto armado (véase: artículo 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; artículo 15 del Convenio Europeo de derechos humanos y libertades fundamentales; y el artículo 27 Convención Americana de derechos humanos). 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:¹¹⁸

¹¹⁷ 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)». *RICR*, año XXIII, n.º 147, septiembre 1998, pp. 444-448.

¹¹⁸ Carrillo, Juan Antonio. *Soberanía...* p. 63.

[...] 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.

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.¹¹⁹

De esta manera se produce una coincidencia en cuanto al ámbito material de aplicación de las normas de 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, en materia de principios aplicables comunes al DIH y DIDH, Pictet¹²⁰ logra identificar tres a saber: (i) inviolabilidad, que se refiere a los atributos inseparables de la persona (vida e integridad física y psíquica); (ii) no discriminación, que significa que todos deberán ser tratados sin distinción desfavorable de ningún tipo; y (iii) seguridad, alude a la seguridad personal, por lo que se adoptan medidas de salvaguardia (como, por ejemplo, garantías judiciales).

Finalmente, en lo referido al plano normativo se pueden enunciar una serie de resoluciones emitidas bajo los auspicios de las Naciones Unidas 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

¹¹⁹ Cançado Trindade, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 221.

¹²⁰ Pictet, Jean. *Développement...*, pp. 78-83.

sobre tortura, adoptada por la XXIII Conferencia de 1977, y la Resolución II sobre desapariciones forzadas, adoptada en la XXIV Conferencia de 1981.¹²¹

Por otro lado, en el plano hermenéutico (véase *supra* 3.6) 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.

En cuanto a los mecanismos de aplicación y supervisión de ambos cuerpos normativos, 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, aunque todo este sistema es subsidiario de la actuación estatal. 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. Actualmente, además se cuenta con el mecanismo instaurado por el Estatuto de Roma que crea la CPI para sancionar, entre otras cosas, a los individuos que cometan crímenes de guerra.

En cualquier caso, conviene anotar que hoy en día algunos órganos creados para vigilar el cumplimiento de las normas de DIDH se han ocupado también de problemas humanitarios a partir de casos concretos¹²² (entre otros, el caso La Tablada en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el caso Las Palmeras en la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

¹²² Al respecto véase MOIR, Lindsey. «Law and Inter-American Human Rights System». *Human Rights Quarterly*, tomo 25, n.º 1, pp. 182-213. También Meron, Theodor. «The Humanization...», pp. 270-273.

¹²³ Cançado Trindade, Antonio. *Ob. cit.*, pp. 219-220.

7.2. DIVERGENCIAS ENTRE EL DIH Y EL DIDH

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

Así, en cuanto a su objetivo¹²³ 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.¹²⁴ 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 diferencias entre ambos sistemas jurídicos radica en el órgano garante de cada uno de ellos. Así, mientras que el DIDH recibe el respaldo de las Naciones Unidas (además del apoyo de organizaciones regionales), el DIH es apoyado y promovido fundamentalmente por el CICR. No obstante, como señala Meron,¹²⁵ una separación

¹²³ 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: IIDH, 1995, pp. 177-178.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Meron, Theodor. «The Protection...», p. 40.

tan estricta en este punto sería artificial, toda vez que existen esfuerzos compartidos para maximizar la protección efectiva del ser humano, así por ejemplo las Naciones Unidas han trabajado para garantizar la protección de los derechos humanos apoyándose en las normas de DIH en los territorios bajo ocupación israelí y Afganistán, entre otros.

Finalmente, y relacionado 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 sobre el respeto del DIH (véase *supra* nota 124).

CAPÍTULO II

El conflicto armado internacional

La regulación mayor de las normas de 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 como 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.

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

1.1. *RATIONE MATERIAE*: LA NOCIÓN DEL 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 en la vida independiente de un gran número de estados descolonizados determinó que también la lucha de los pueblos por su libre determinación fuera considerada como 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) de 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) de 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 CAIs es la calidad de los sujetos que se enfrentan más que el ámbito territorial de los mismos (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, Cassese, Antonio. «Self determination revisited» En: *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. 2 volúmenes. Montevideo: FCU, 1994. Vol. 1, pp. 229-240; también Cassese, Antonio. «Self-determination of Peoples and the Recent Break-Up of USSR and Yugoslavia». En Mac Donald, Ronald St. John (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.

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 de DIH, se encuentran obligados por ellas e incurrirán en responsabilidad internacional por el incumplimiento de las mismas. 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 en que el ámbito subjetivo de aquellas los involucran 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 entidades internacionales que bien realizan tareas de interposición (como, por ejemplo, las Fuerzas de Paz de las Naciones Unidas) o labores de asistencia humanitaria (como, por ejemplo, el CICR). Resulta necesario, en especial en el primer caso, que también estas organizaciones se encuentren comprometidas con las normas del DIH. En este sentido, las Naciones Unidas suscribieron un compromiso por el que los componentes

de los Cascos Azules y la propia organización, en última instancia, se obligan a respetar las normas de DIH sin importar el contexto del conflicto en el que actúen.⁴ La Organización del Atlántico Norte (OTAN), por su parte, no cuenta con una resolución general, pero en el caso de Kosovo la Asamblea Parlamentaria emitió una resolución instando a los estados miembros de la OTAN a ratificar los Protocolos Adicionales.⁵ Finalmente, los propios individuos deben también cumplir con las disposiciones de 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 encuentran obligados a cumplir con las normas humanitarias todos aquellos que, sin excepción, pueden participar en un CAI.

Un aspecto particular de este tipo de conflictos, y que coadyuva a las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, es la presencia de potencias protectoras. Esta institución tiene larga data en el DIH remontándose al siglo XVI, aunque es recién en el siglo XX cuando adquiere gran importancia. Efectivamente, durante la primera guerra mundial las potencias protectoras desempeñaron una labor importante en la aplicación de los Convenios de La Haya, aunque sobre una base consuetudinaria toda vez que estos tratados no contenían disposición alguna sobre la materia. Recién en 1927 se incluye expresamente esta institución en el artículo 87 del Convenio relativo al trato debido a prisioneros de guerra. Esta disposición fue utilizada durante la segunda guerra mundial (estados como Suiza y Suecia actuaron como potencias protectoras de distintos estados), no obstante resultó deficiente porque, por ejemplo, no se había previsto que los civiles que se encontraban en poder del Estado enemigo contaran con potencias protectoras. Así, en 1949 se extiende esta figura a todos los Convenios de Ginebra con algunas modificaciones, instituyéndose un

⁴ 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. Véase también Benvenuti, Paolo. «Le respect du Droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: La Circulaire du Secrétaire General». *RGDIP*, tomo 105, año 2001, n.º 2, p. 371.

⁵ Resolución n.º 287, adoptada el 15 de noviembre de 1999. En <<http://www.naa.be/publications/resolutions>>

procedimiento para la sustitución de las potencias protectoras cuando no sea posible su designación.⁶

La potencia protectora es, en términos de Swinarski,⁷ aquel Estado neutral en el conflicto encargado de salvaguardar los intereses de las partes contendientes en el país enemigo y, particularmente, de velar por la aplicación de los Convenios de Ginebra. Sin embargo se le pueden conferir solamente ciertas facultades: si se le encarga únicamente representar los intereses diplomáticos de un Estado en conflicto estaremos ante un «mandato de Viena»;⁸ pero si es designada para velar por la observancia de los Convenios de Ginebra y controlar su aplicación nos encontraremos frente a un «mandato de Ginebra».

En cualquier caso conviene señalar que esta institución ha sido poco utilizada en la práctica, entre otras razones porque la índole de los conflictos armados rara vez ha provocado que las relaciones diplomáticas se vean interrumpidas,⁹ por la rapidez de algunas guerras o por la dificultad de hallar estados neutrales aceptables para ambas partes, capaces y deseosos de asumir esa tarea.¹⁰ Un ejemplo de su uso se dio en 1982 durante el conflicto entre el Reino Unido y Argentina en el Atlántico Sur: Argentina nombró a Brasil para que represente sus intereses ante el Reino Unido y este último designó a Suiza para que actúe como su representante ante Argentina.¹¹

De cualquier manera este sistema se encuentra a disposición de los estados ante la ocurrencia de una conflagración bélica internacional. La designación de potencias protectoras está marcada por la voluntariedad de las partes en cuanto a la designación, que será hecha por cada una de las partes, y la aceptación o rechazo de dicho nombramiento, por el lado de la parte

⁶ Sandoz, Yves. «La aplicación del derecho internacional humanitario». En *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*. Madrid: Tecnos/UNESCO, 1990 pp. 261-262. Véase también Pictet, Jean (ed.). *Commentary III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*. Ginebra: ICRC, 1960, pp. 93-94.

⁷ Swinarski, Christophe. *Introducción al derecho internacional humanitario*. San José de Costa Rica/Ginebra: IIDH/CICR, 1984, p. 28.

⁸ Formalmente este mandato no forma parte del Derecho Internacional Humanitario, véase Swinarski, Christophe. *Ob. cit.*, p. 29.

⁹ Frits, Kalshoven y Liesbeth Zegveld. *Ob. cit.*, p.164.

¹⁰ Sandoz, Yves. *Ob. cit.*, p. 264.

¹¹ Swinarski, Christophe. *Introducción...*, p. 29.

adversa. Además existe todo un mecanismo para facilitar su nombramiento y aceptación¹² y, si no se logra un acuerdo, se establece también la posibilidad de nombrar un sustituto que puede ser el CICR o cualquier otra organización que presente todas las garantías de imparcialidad y eficacia.¹³

En cualquier caso, el nombramiento de potencias protectoras no es un obstáculo a la labor humanitaria del CICR u otro organismo humanitario para brindar sus servicios a favor de las personas protegidas.¹⁴

Desde un punto de vista pasivo, resultan sujetos beneficiarios de las normas de 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 incluyen a la población civil, a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto (incluso individualmente) las armas y 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 (véase *supra* capítulo I, apartado 4.3). 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.¹⁵

¹² Véanse artículo 5.2 y 3 del Protocolo Adicional I.

¹³ Véase artículo 5.4 del Protocolo Adicional I.

¹⁴ Véanse artículos 9, 9, 9 y 10 de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente.

¹⁵ Véase artículo 43 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de La Haya de 1907.

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.

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

En la sentencia del caso Tadic, el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia señaló que: «El alcance temporal y geográfico de un conflicto armado se extiende más allá del momento y lugar exacto de las hostilidades».¹⁶ 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 teniendo 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, que aún hay prisioneros por repatriar del conflicto entre Irán e Irak (1980-1988). De hecho, desde que comenzó este conflicto el CICR ha supervisado la repatriación de 97.000 prisioneros de guerra de ambas partes y continúa hasta la fecha en esta labor a través del diálogo con estos estados, recordándoles sus obligaciones. Asimismo, en el marco del conflicto bélico del Sahara

¹⁶ Prosecutor vs. Tadic a/k/a «Dule», caso n.º IT-94-1-T, decisión del 2 de octubre de 1995, parágrafo 67.

Occidental entre el Frente Polisario y las autoridades marroquíes que duró dieciséis años (1975-1991) existen también prisioneros de guerra que aún no han sido repatriados, algunos de los cuales llevan más de veinte años en cautiverio.¹⁷

1.4. *RATIONE LUGAR*: ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DEL DIH

Tampoco, en cuanto al ámbito de aplicación espacial del DIH, se encuentran disposiciones específicas. La aseveración del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia 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, en el supuesto de un CAI la aplicación del DIH se extiende por definición a todo el territorio del Estado en conflicto.

2. EL DERECHO APLICABLE AL CAI

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.

¹⁷ En < <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf>>.

El régimen de las personas protegidas

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.

2.1. 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 de DIH, comprende la situación particular de los náufragos. Se entiende por heridos y enfermos a toda persona militar o civil que a causa de enfermedad, traumatismo u otro trastorno físico o psíquico, precise cuidado médico.¹⁸ En igual sentido, será considerado náufrago toda persona militar o civil que, a causa del infortunio propio o de su nave o aeronave, esté en el agua en peligro y necesite ayuda.¹⁹ 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, por lo que todo trato 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

¹⁸ Otero Solana, Vicente. «La protección de los heridos, enfermos y náufragos, del personal sanitario y religioso y de los medios auxiliares». En Rodríguez- Villasanté, José Luis. *Ob. cit.*, p. 280.

¹⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

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.

De 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. Esta última está permitida solamente por razones de higiene o motivos religiosos.

En cualquier caso, 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 necesaria. 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.²⁰

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. 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. En estos casos, lo que existe es una concesión al Estado para que, en el cumplimiento de sus deberes de asistencia médica y espiritual a los HEN, pueda retener temporalmente a un personal que, en su opinión, se encuentra más cercano a los connacionales que están sufriendo la prisión. Ahora bien, debido a que la potencia detenedora es la llamada a brindar esta pro-

²⁰ Véanse artículos 15 y 18.1 de los Convenios I y II, respectivamente.

tección y que este recurso es subsidiario,²¹ creemos que tal retención de personal sanitario y religioso extranjero debe ser una medida de último recurso, es decir, solo debe darse frente a razones justificadas que hagan que el propio personal sanitario y religioso no pueda cumplir con sus obligaciones. Y, en cualquier caso, el no poder contar con tal personal sanitario y religioso no podría exonerar el cumplimiento de las obligaciones de la potencia detenedora en relación con los HEN.

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, este personal sanitario civil debe también ser respetado y protegido, lo que significa, de un lado, que no debe ser objeto de ataques y, de 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 son también realizadas por 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.²²

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.²³ De acuerdo con el DIH, estos se encuentran exentos de ataques y cualquier requisita de los mismos debería responder a criterios de limitación, es decir, a criterios de racionalidad. Esto no solo para la parte adversa

²¹ Sandoz, Yves. Protocolo I. Artículo 8.– Terminología. En Sandoz, Yves y otros (ed.). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*. Tomo I. Ginebra / Santa Fe de Bogotá: CICR / Plaza & Janés, 2001, parágrafo 347, p. 182.

²² Véase artículo 8.c del Protocolo Adicional I.

²³ Véase artículo 8.f del Protocolo Adicional I.

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, ni realizar actos perjudiciales contra alguna de las partes. No obstante, y como en el caso anterior, resultaría posible la captura de estas unidades exclusivamente para uso sanitario y con la clara limitación, para el Estado que los retiene, de brindar auxilio al personal, sea cual fuere su nacionalidad, que está dejando de ser asistido por la retención de estos bienes.

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.²⁴ 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.

En este sentido se entiende por 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 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 de DIH durante la conflagración bélica. Deben además cumplir con determi-

²⁴ Artículo 8, inciso 2, literal b XII del Estatuto de Roma que crea la CPI.

nados 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 estatus de combatientes y, de caer en poder del enemigo, el de prisioneros de guerra.

En cuanto a su clasificación, debe 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 estatus de prisioneros de guerra. En segundo término, los que, a pesar de participar en las hostilidades, no son considerados combatientes ni prisioneros de guerra. Y finalmente, los que sin ser considerados combatientes tienen, en el caso de ser capturados, el derecho al estatus de prisionero de guerra.²⁵ Con lo cual se puede afirmar que todos los combatientes tienen el estatus 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 estatus hasta que un tribunal competente determine la situación concreta del detenido.

2.2.1. Clasificación

- a) Los combatientes que participan directamente en las hostilidades
 - (i) 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

²⁵ 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 de 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.

dentro de estas a las milicias y las fuerzas voluntarias que las integren.²⁶ 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 de 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 se encuentran ocupando actualmente el territorio de Irak.

- (ii) 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.²⁷ Un ejemplo de este tipo de combatientes se puede encontrar en algunas de las actuaciones de la Resistencia Francesa durante la segunda guerra mundial.
- (iii) 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 incluye 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.
- (iv) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las 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.²⁸

²⁶ Véanse artículo 4.1 Convenio III y artículo 43.1 Protocolo Adicional I.

²⁷ Véase artículo 4.2 Convenio III.

²⁸ Doménech, José Luis. «Los sujetos combatientes». En Rodríguez-Villasante, José Luis. *Ob.cit.*, p. 159.

- (v) 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.²⁹ 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 ser interpretada. 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,³⁰ 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.³¹ De esta manera, al puntualizar explícitamente el ámbito de aplicación de la norma se restringe la misma a los casos de territorios ocupados, y se impone mayores cargas al individuo para considerarlo combatiente, toda vez que bajo esta interpretación el despliegue militar incluiría también los preparativos por tratarse de «cualquier movimiento».
- (vi) 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.³² Debe destacarse que, a diferencia de todos los supuestos antes mencio-

²⁹ Véase artículo 44.3 Protocolo Adicional I.

³⁰ Doménech, José Luis. *Ob. cit.*, p. 156.

³¹ Véase Ipsen, Knut. «Combatants and Non-combatants». En Fleck, Dieter (ed.). *Ob. cit.*, pp. 77-78.

³² Doménech, José Luis. *Ob. cit.*, p. 160.

nados, en los que existe una constante que es la autorización a combatir de la parte en el CAI 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 ser considerados 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.³³

- i) Se considera *espía* 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.
- ii) En segundo lugar, será considerada *mercenario* toda persona, ajena al conflicto armado, especialmente reclutada para tomar parte en el mismo.³⁴ 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 por sus crueles actos durante el combate como «Les Afreaux» (Los Temibles).

³³ Véanse artículos 46 y 47 del Protocolo Adicional I.

³⁴ Para mayor información véase Nossal, Kim Richard. «De la alza a la baja: la privatización de la guerra en los noventa». En <www.istor.cide.edu/revistaNo14.html>. Además Conexa, Pierre. «Hacia la privatización de las guerras». *Le Monde Diplomatique* en español. En: <<http://www.monde-diplomatique.es/2003/04/conesa.html>>.

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 Profesional 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 inversionistas 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.

- iii) Finalmente, la doctrina añade otros supuestos como los de francotiradores³⁵ o saboteadores,³⁶ que tampoco serán considerados 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 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. Este caso se discutió, por ejemplo, ante la Corte Suprema de Estados Unidos en el asunto de Estados Uni-

³⁵ Doménech, José Luis. *Ob. cit.*, pp. 164-165.

³⁶ Sassòli, Marco y Antoine Bouvier. *Ob. cit.*, p. 157.

dos vs. Cox, Provost Marshall en 1942, tras los acontecimientos de la segunda guerra mundial.³⁷

- 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.

- i) Es el caso del personal sanitario y religioso,³⁸ cuya protección excede la garantizada a los propios prisioneros de guerra dado que este es un estándar mínimo de protección.
- ii) De otro lado tenemos a las personas que acompañan a las fuerzas armadas y 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, pilotos y grumetes de la marina mercante y la tripulación de la aviación civil de las partes en conflicto.

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, de un lado, como negativas o de abstención, pero también, de otro, positivas o de hacer. En efecto, dentro de las primeras, se trata de brindar un tratamiento

³⁷ Sassòli, Marco y Antoine Bouvier. *Un Droit dans la Guerre? Cas et documents*, vol. II. Ginebra: ICRC, 2003, pp. 894-897.

³⁸ Véanse artículos 4.c y 33 del Convenio III.

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 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. De igual manera, no se podrá obligar a un prisionero a declarar más que su nombre, número de identificación y graduación. Pero también, y desde una perspectiva positiva, se establece el derecho de los prisioneros a la asistencia religiosa y médica, así como a disfrutar, en caso de trabajar, de un mínimo de condiciones laborales (salario, salubridad, etc.) y de comunicación con sus familiares. En realidad, todas estas medidas, incluso las de no hacer, implican siempre una acción positiva del Estado puesto 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 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 ser respetados 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 in-

cluso después de finalizado el conflicto y después de realizada la denuncia de los Convenios.

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.³⁹ 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 que el concepto mismo de objetivo militar incluye a los que no participan directamente en las hostilidades. Esto último debe ser descartado.

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 ser considerado 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.

³⁹ Así, 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. Véase Sassòli, Marco y Antoine Bouvier. *Ob. cit.*, p. 178.

En un sentido más restringido, para efectos de aplicar el régimen de personas protegidas al que la población civil tiene derecho, se considerará como parte de la misma 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*.

La inmunidad garantizada a los civiles —que no debe ser interpretada 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 ser usados 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 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 establece 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. 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. 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. En cualquier caso no debe olvidarse que la protec-

ción 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 son definidos como todos aquellos que no son objetivo militar. De ello se puede concluir que esta incorporación de bienes civiles no obedece a un afán definitorio, sino más bien tiene el propósito de limitar las operaciones militares restringiendo los ataques a aquello que se considere objetivo militar. En ese sentido, Urbina⁴⁰ señala que la finalidad de la norma ha sido extender la protección al mayor número posible de bienes considerando que una definición positiva sería siempre más restrictiva en la medida en 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 los mismos. Adicionalmente, habrán bienes que por sus particulares características son considerados además objeto de protección especial, como son los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

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 en que se trata de grupos de personas particularmente vulnerables por su condición o por la actividad que desarrollan ante el desencadenamiento del conflicto armado. 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.⁴¹

⁴⁰ Urbina, Julio. *Derecho Internacional Humanitario. Conflictos armados y conducción de operaciones militares*. Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones, 2000, p. 116.

⁴¹ Pejic, Jelena. «No discriminación y conflicto armado». En *RCICR. Selección de artículos 2001*. Ginebra: CICR, 2002, p. 59.

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.

2.3.1. Las mujeres

La protección que brinda el DIH a la mujer ha sido ampliada cada vez más en los distintos tratados sobre la materia. Efectivamente, las mujeres son objeto de un respeto especial en el marco de un conflicto armado, en particular deben ser protegidas de actos de violación, prostitución forzada y de cualquier otra forma de atentado contra el pudor. No obstante estas prohibiciones, en los conflictos armados más recientes como el de la ex Yugoslavia las violaciones y abusos a los que han sido sometidas las mujeres han sido recurrentes. Así, por ejemplo, en el marco del citado conflicto las mujeres de distintas etnias fueron, como un método de guerra, objeto de abusos sexuales por miembros de otras etnias, con el fin de disminuir la moral del enemigo.⁴²

Asimismo, 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.⁴³ Frente a ellas, por ejemplo, no cabe la ejecución de la pena de muerte.

2.3.2. Los niños

La premisa fundamental de la que parte la protección a los niños en caso de conflagración bélica radica en que, de un lado, los niños son objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier atentado al pudor y, de otro, que en toda circunstancia los niños deben ser tratados de acuerdo con su edad.

⁴² Véase *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, caso n.º IT-96-23 e IT-96-23/1 «Foca», sentencia del 12 de junio de 2002. Igualmente, Lindsey, Charlotte. *Las mujeres ante la guerra*. Ginebra: CICR, 2002.

⁴³ Véanse artículos 76.2 y 3 del Protocolo Adicional I.

Ahora bien, el DIH no señala una definición de «niño» ni fija una edad límite para esta categoría, sino que establece distintos marcos jurídicos de protección en razón de la edad de tales niños. Así, habrán disposiciones a favor del *nasciturus*, de los recién nacidos y bebés lactantes, de los menores de siete años, de los menores de 12 años, de los menores de 15 años y de los menores de 18 años. Sin embargo, existen también disposiciones en las que no se fija límite de edad alguno por lo que, en principio, debería recurrirse, como señala Hernández,⁴⁴ a la definición propuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴⁵

En general, se prevén normas de asistencia humanitaria a favor del menor, inclusive disposiciones especiales a favor de niños que hayan quedado huérfanos con motivo 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.

Pero lo que suscita mayor atención son las normas que limitan la participación de los niños en las hostilidades.⁴⁶ Así, 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 directamente en los conflictos y a abstenerse de reclutarlos en las fuerzas armadas, estableciéndose además que en caso se reclute a mayores de 15 años pero menores de 18, se aliste en primer lugar a los niños de mayor edad.⁴⁷ Ahora bien, con la adopción del Protocolo

⁴⁴ Hernández, Sonia. «La protección especial del niño». En Rodríguez-Villasante, José Luis. *Ob. cit.*, pp. 365-366.

⁴⁵ Artículo 1.— Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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.

⁴⁶ 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, etc.

⁴⁷ Véase artículo 77.2 del Protocolo Adicional I. Conviene destacar que los términos en que se formula esta prohibición no son tan directos ni categóricos como los que se utilizan en el artículo 4.3 c del Protocolo Adicional II para prohibir la participación de menores de 15 años en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional.

facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, la edad mínima para el reclutamiento forzoso de menores en las fuerzas armadas se ha elevado a 18 años,⁴⁸ no obstante queda abierta la posibilidad de la participación indirecta y el alistamiento voluntario.⁴⁹

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el reclutamiento y la utilización de menores de 15 años en los conflictos armados ha sido tipificado como un crimen de guerra en el Estatuto de Roma que crea la CPI,⁵⁰ recogiendo, como puede observarse, el parámetro menos protector fijado en el Protocolo Adicional I en vez del recogido en el Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño antes mencionado.

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.

El término «periodistas» no se encuentra definido en los tratados de 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 por ocupación principal.⁵¹ 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.⁵²

De esta manera, y a pesar de ubicarse en el teatro de operaciones, los periodistas que participan en misiones peligrosas no pueden ser considera-

⁴⁸ Véase 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.

⁴⁹ Hernández, Sonia. *Ob. cit.*, pp. 375-376.

⁵⁰ Véase artículo 8.b) xxvi.

⁵¹ Gasser, Hans-Peter. Protocolo I. Artículo 79.— Medidas de protección de periodistas. En Sandoz, Yves y otros (ed.). *Ob. cit.*, parágrafo 3260. p. 1291.

⁵² *Ibid.*, parágrafo 3264, p. 1291.

dos objetivo militar. No obstante, deberán portar una tarjeta de identidad que acredite su condición y procurar ser distinguibles y evitar acercarse demasiado a los objetivos militares lícitos pues, de lo contrario, se estarían exponiendo a un ataque por su propia cuenta y riesgo.

2.3.4. 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, habrán casos en que dichos movimientos signifiquen una trasgresión de los derechos que asisten a la población civil.

Efectivamente, 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 requiere 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.⁵³

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.⁵⁴ 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 a causa 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 considerados refugiados con anterioridad al inicio del conflicto armado se encuentran también protegidos por el DIH.⁵⁵

⁵³ Véase artículo 49 del Convenio IV.

⁵⁴ Ponte, María Teresa. *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el Derecho Internacional actual*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2000, pp. 238-243.

⁵⁵ Véase artículo 73 del Protocolo Adicional I.

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, recogiéndose de esta manera el principio de no devolución que asiste a los refugiados (*non refoulment*) en el marco de un CAI.⁵⁶

3. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DIH: 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.⁵⁷ 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 los mismos— solo se impone en relación con las infracciones graves previstas en los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I.⁵⁸ De hecho, este Protocolo agrega precisión al

⁵⁶ Véase artículo 45 Convenio IV.

⁵⁷ Sobre el bajo nivel de cumplimiento de esta obligación internacional por parte del Estado peruano puede verse Salmón, Elizabeth. *Encuentros...*, pp. 76-99.

⁵⁸ Respectivamente, los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios señalan: «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 juz-

régimen —denominando a las 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 solo cuando sea requerida por otro Estado.⁵⁹ 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. (La cursiva es nuestra.)

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

gadas por otra parte contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes». Por su parte el Protocolo Adicional I en su artículo 86 reitera 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».

⁵⁹ Pictet, Jean. *Comentarios a la Convención I de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*. Ginebra: CICR, 1952, pp. 362-370.

sanciones penales en el Derecho interno que se cumple el compromiso de impedirlos.⁶⁰ No cabe duda de que el primer objetivo de este tercer párrafo es la represión (como figura en la versión inglesa) de todos los actos contrarios (con las consecuentes sanciones judiciales y disciplinarias que su trasgresión conlleva).⁶¹ 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.⁶²

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.⁶³ La segunda es la relación que, en concreto, tiene el ordenamiento jurídico de un Estado participante en un conflicto internacional con las normas de DIH. Sobre este segundo punto nos centramos en las líneas que siguen.

⁶⁰ Este es el sentido del comentario de Pictet, Jean. *Comentarios a la Convención I...*, pp. 367-368. Véase también Sandoz, Yves. «Penal Aspects of International Humanitarian Law». En: Bassiouni, Cherif (ed.). *International Criminal Law*. Vol. I, *Crimes*. Nueva York: Transnational Publishers, 1998, p. 412.

⁶¹ El tercer párrafo de la versión inglesa textualmente señala: «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». Véase Pictet, Jean. *Comentarios a la Convención I...*, p. 367.

⁶² 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 otras (véanse 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.

⁶³ 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*. Lima: CICR, 2001.

No es este un aspecto que suscite 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,⁶⁴ 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 el derecho a su honor, derechos familiares, a realizar sus convicciones y prácticas religiosas y a que sus hábitos y sus costumbres sean respetados. 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 esté 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

⁶⁴ Véase 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.

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 ser respetados. 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 III

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 de DIH sobre esta materia. Finalmente se profundizará sobre el Derecho aplicable, para luego abordar la relación de estas normas de DIH con el ordenamiento interno de los estados.

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 II), en el caso del CANI se enfrentan grupos de un mismo Estado. De esta manera, 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 en-

frentan.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 a sus disposiciones fundamentales, supuesto en el que se aplica la faceta sancionadora del mismo.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.

Efectivamente, 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 del mismo pueden generar el «tránsito de regímenes jurídicos».⁴ De esta manera habrá conflictos internos (la mayoría) que serán regulados exclusivamente por el artículo 3 común; y otros (la minoría), en los que

¹ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, 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, véanse: 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 Véase *supra* capítulo II, apartado 4.

⁴ Mangas, Araceli, *Ob. cit.*, p. 57.

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.

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, limitándose a regular aquellas situaciones de violencia interna que alcanzan cierto grado de intensidad para ser consideradas como 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 (véase *infra* capítulo IV, apartado 3).

⁵ Prosecutor vs. Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, sentencia del 2 de septiembre de 1998, punto 6.5 (artículo 3 común).

⁶ Mangas, Araceli, *Ob. cit.*, p. 68.

⁷ 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*. The Paises Bajos: Kluwer International Law, 2001, p. 480.

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, de otro, el Protocolo Adicional II.

Estas normas guardan una relación que puede ser calificada de asimétrica. De un lado, el Protocolo Adicional II establece un conjunto de disposiciones que apuntan a una regulación más completa del conflicto (estableciendo protección especial para las víctimas de los conflictos o el compromiso de procurar la concesión de amnistía al final del mismo) pero señala 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.

3.1. 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, 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

⁸ Swinarski, Christophe. *Introducción...*, 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.

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 efectivamente, 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 ser respetadas en toda circunstancia¹³ y que han adquirido valor de reglas imperativas o *jus cogens* en la comunidad internacional.¹⁴

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 las mismas y, de 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

¹⁰ Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala. Informe 1996. Capítulo II, volumen II, parágrafo 1693.

¹¹ Así lo entendió la CIJ en el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, junio de 1986, parágrafo 98.

¹² Preámbulo del Protocolo Adicional II. Véase además, Pictet, Jean. *Développement...*, pp. 75-86.

¹³ Prosecutor vs. Tadic, caso n.º IT-94-I-T, opinión y sentencia del 7 de mayo de 1997, párrafos 611-612.

¹⁴ De acuerdo al 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».

a los que no participan de manera directa en las hostilidades, si bien se inspira en principios de humanidad. Teniendo esto en cuenta, el CICR incluyó en su proyecto de Protocolo II, en los artículos 20 a 23, los «medios y métodos de combate»¹⁵, no obstante en la fase final de la Conferencia Diplomática fueron eliminados.

Ello no significa que cualquier medio o método de combate esté permitido, toda vez que el DIH se inspira en un conjunto de principios humanitarios que tienen una importancia capital que, como afirma Pictet, «expresan la sustancia del tema» y «sirven de líneas directrices en los casos no previstos» (véase *supra* capítulo 1, apartado 4). Es así que, en el marco de un CANI, resulta necesario recurrir no solo a la letra (literalidad) del artículo 3 común, sino también aplicar los principios del DIH que lo sustentan (véase *supra* capítulo I, apartado 4.3).

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

¹⁵ El artículo 20 contenía la «prohibición de causar males superfluos» en su doble dimensión: (i) de ausencia de un derecho ilimitado para la elección de los métodos y medios, y (ii) la prohibición del empleo de armas, métodos y medios que agraven inútilmente los sufrimientos del adversario o hagan inevitable su muerte; el artículo 21 prohibía la perfidia (por ejemplo, prohibirse simular la calidad de no combatiente); el artículo 22 prohibía la orden de no dar cuartel —esta es la única regla sobre conducción de hostilidades que se ha mantenido en el Protocolo Adicional II (artículo 4)—; artículo 22bis que confería la salvaguardia del adversario fuera de combate —esto era reiterativo porque va más con trato humano—; y el artículo 23 que prohibía la utilización del signo protector con finalidades distintas a las previstas (Cruz Roja, Media Luna Roja y el signo de protección de los bienes culturales), así como un uso indebido de la bandera de parlamento. Solo quedó una prohibición genérica (artículo 12) que señala que al regular al personal sanitario y sus unidades de transporte «no deberá ser utilizado indebidamente». Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, pp. 95-97.

como la vida o a la integridad física, por señalar algunos sobre los que existe un innegable consenso universal.

De 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.

Esta posibilidad de acordar un régimen humanitario tan amplio como el que regula al CAI, de acuerdo con Mangas,¹⁶ estaba pensada especialmente para aquel CANI que revistiera las características de un enfrentamiento generalizado e intenso. En cualquier caso, dicha extensión dependerá de la voluntad de las partes enfrentadas y de las circunstancias del conflicto, toda vez que no existe una obligación de aplicar, total o parcialmente, los Convenios de Ginebra sino una exhortación a las partes para hacerlo. Esta invitación a las partes a celebrar acuerdos especiales para ampliar el margen de protección es también aplicable en el marco de un CANI del Protocolo Adicional II, en la medida que el artículo 3 común resulta también de aplicación en los CANI de alta intensidad. Así, entre las disposiciones de los Convenios de Ginebra que podrían resultar de mayor interés y utilidad a las partes enfrentadas estarían las disposiciones sobre prisioneros de guerra y territorios ocupados, entre otras.¹⁷

Lo cierto es que ni la adopción de estos acuerdos 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.

¹⁶ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 85.

¹⁷ Un ejemplo de este tipo de acuerdos es el suscrito por Bosnia-Herzegovina, Croacia y el representante de la SDS, 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; protección de hospitales y unidades médicas; protección y asistencia a la población civil; etc.

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: (i) necesariamente involucrar entre sus actores a sus fuerzas armadas que pueden enfrentarse bien con fuerzas armadas disidentes, bien con grupos armados organizados; (ii) este grupo adverso debe tener un mando responsable; (iii) un control territorial; (iv) realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y (v) tener capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II.

- (i) Las partes que se enfrentan. Este Protocolo se va a aplicar en la medida en 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. Así, 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 (véase *infra* capítulo IV, apartado 2).¹⁸ Asimismo, la referencia a las fuerzas armadas excluiría a otros grupos como la fuerza policial, la guardia nacional y cualquier otro grupo similar.¹⁹ En resumen, la alusión directa a las fuerzas armadas del Estado descarta del ámbito de aplicación material del Protocolo Adicional II, de un lado, los conflictos en los que solo participen las

¹⁸ Junod, Sylvie-Stoyanka. *Ob. cit.*, parágrafo 4461, p. 92.

¹⁹ *Ibid.*, parágrafo 4462, pp. 92-93.

fuerzas policiales y, de otro, los enfrentamientos que se lleven a cabo únicamente entre grupos como los denominados conflictos desestructurados que serán vistos en el último capítulo.

- (ii) 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 las mismas. 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,²⁰ 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.
- (iii) 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.²¹ No hay que olvidar que el objetivo último de todas estas disposiciones es que las partes enfrentadas puedan brindar el máximo de protección a los que no participan directamente en las hostilidades.²²
- (iv) 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, de otro lado, que no es

²⁰ *Ibid.*, parágrafo 4463. p. 93.

²¹ *Ibid.*, parágrafo 4467, p. 94.

²² Moir, Lindsay, *Ob. cit.*, p. 108.

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.²³

Conviene anotar que criterios como duración e intensidad no fueron tenidos en cuenta como tales en la definición, por cuanto habrían introducido un elemento subjetivo. De esta manera, se optó por el carácter sostenido y concertado de las operaciones militares, dando por implícito el elemento de duración e intensidad, que respondía a una comprobación objetiva de la situación.²⁴

Sin embargo, si bien resulta difícil señalar cuándo determinados actos son duraderos o revisten la suficiente intensidad, no es menos cierto, como bien anota Moir,²⁵ que los términos «sostenido» y «concertado» se encuentran sujetos a interpretación, y los estados son libres de determinar si las operaciones realizadas por los grupos alzados en armas tienen esas características.

- (v) 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.

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 para 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 Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia 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 incondicio-

²³ Junod, Sylvie-Stoyanka. *Ob. cit.*, parágrafo 4469, p. 95.

²⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁵ Moir, Lindsay. *Ob. cit.*, p. 107.

nales, por lo que el principio de reciprocidad resulta irrelevante»²⁶ (véase además *supra* capítulo I, apartado 3).

De 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.²⁷ 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».²⁸

En cualquier caso, 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.²⁹

Ahora bien, no se puede dejar de mencionar que la naturaleza misma de las disposiciones del Protocolo Adicional II hace que este parta de la presencia de un grupo organizado que está en condiciones de conservar una porción

²⁶ Prosecutor vs. Kupreskic, caso n.º IT-95-16-T, sentencia del 14 de enero de 2000, párrafo 517.

²⁷ 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»), párrafo 25.

²⁸ Doc. NU E/CN.4/87/Add.1. Observación del gobierno de Colombia de 28 de febrero de 1997, párrafo 47.

²⁹ Jiménez Piernas, Carlos. «La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna». Ponencia para el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. XX Congreso, 7-12 de septiembre de 1998 (Manila), p. 8.

del territorio y a las personas que allí se encuentran bajo su dominio. En última instancia, y aquí estriba una de las dificultades en la aplicación de esta norma, supone una situación mayor de cuestionamiento a la autoridad del Estado que, si bien ya se encuentra presente en cualquier CANI, adquiere en este escenario una dimensión más notoria e importante.

En lo que se refiere a su contenido, no puede desconocerse que el Protocolo Adicional II, de 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*,³⁰ y, de otro, que varias de sus disposiciones pueden considerarse como normas consuetudinarias o principios aplicables para un mejor entendimiento de las disposiciones del artículo 3 común. 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.

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 que recoge garantías de protección a la población civil prohibiendo que esta sea objeto de ataques, actos o amenazas de violencia), principio que se encuentra también implícitamente planteado en el marco del artículo 3 común.

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 distin-

³⁰ Véase Junod, Sylvie-Stoyanka. *Ob. cit.*, p. 49.

ción entre ellos, las organizaciones de socorros están sujetas a toda clase de sospechas.³¹ 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.

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

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 como por el Protocolo Adicional II, según la intensidad del mismo. 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.³² De 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 (véase *supra* apartado 3).

³¹ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 170.

³² Un estudio detenido de las ventajas de no contar con la definición en Abi-Saab, Rosemary. *Droit humanitaire et conflits internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*. Ginebra/París: Institut Henry Dunant, eds. Pedone, 1986, p. 68.

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. No obstante, los estados son renuentes a reconocer la existencia de un CANI por una serie de razones, como 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.³³

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: (i) las partes en conflicto no son Estado[s]; (ii) los enfrentamientos armados se realizan en el territorio de un Estado; (iii) las hostilidades abiertas deben tener un mínimo de organización; y (iv) los enfrentamientos armados deben tener cierta intensidad.³⁴

Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado:

[...] el concepto de conflicto interno requiere, en principio, que existan *grupos armados organizados* que sean *capaces de librar combate*, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. El artículo 3 común simplemente hace referencia a este punto pero en realidad no define un conflicto armado sin carácter internacional. No obstante, en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a *confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad* entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurre *dentro del territorio de un Estado particular*.³⁵ (La cursiva es nuestra.)

Con relación a este caso se debe tener en cuenta que la Comisión calificó como CANI al enfrentamiento entre las fuerzas armadas argentinas y gru-

³³ Jiménez Piernas, Carlos. *Ob. cit.*, p. 6.

³⁴ Junod, Sylvie-Stoyanka. *Ob. cit.*, párrafos 4339 y 4341, pp. 41-42.

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 55/97. 98.º Período de Sesiones del 17 de febrero al 6 de marzo de 1998, párrafo 152.

pos de civiles que habían tomado las armas (y habían adoptado así el papel de contendientes y, por tanto, se habían convertido en objetivos militares legítimos) en un lapso de aproximadamente treinta horas entre el 23 y 24 de enero de 1989³⁶ (véase *supra* capítulo I, apartado 4).

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.³⁷ Es decir, que el grupo levantado en armas (incluso en su lucha 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.

Esta participación directa en las hostilidades está referida a los «actos que están encaminados a causar daño real y material (*actual harm*) al enemigo»,³⁸ e «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».³⁹ Así, por ejemplo, cuando civiles portan armas u otros medios para cometer actos de violencia contra las personas o materiales de las fuerzas enemigas, se entendería que participan directamente en las

³⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*, párrafo 156.

³⁷ 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».

³⁸ Prosecutor vs. Musema, caso n.º ICTR-96-13/T, sentencia del 27 de enero del 2001, párrafo 279.

³⁹ De Preux, Jean. Artículo 43.— Fuerzas armadas. En Yves Sandoz y otros (eds.). *Comentario...*, párrafo 1679, p. 718.

hostilidades; no obstante, si proveen comida y refugio a los que combaten y, de manera general, simpatizan con ellos, no parece razón suficiente para negar la protección contra el ataque, sobre todo porque a menudo esto se da bajo amenaza.⁴⁰

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,⁴¹ 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 las mismas).

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

⁴⁰ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 114.

⁴¹ Sassòli, Marco y Antoine Bouvier. *Un Droit dans la Guerre? Présentation...*, p. 265.

[...] 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.⁴²

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 como 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, podrían ser considerados tanto los que se enfrentan al Estado como los que actúen a nombre de este, vale decir, personal militar. Incluso, y de manera más contemporánea, el Tribunal Penal para Ruanda ha entendido que también pueden cometer violaciones del DIH las personas que forman parte de la población civil o que no participan directamente en las hostilidades.⁴³

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 participan 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.

⁴² Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala. Memoria del Silencio, 1996, parágrafo 51.

⁴³ Prosecutor vs. Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, sentencia del 2 de septiembre de 1998, parágrafos 630-634, en que se condena a una persona que no formaba parte de las fuerzas armadas ruandesas por violaciones del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II.

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 serán considerados en principio como delincuentes y podrán, en consecuencia, ser juzgados como tales.⁴⁴ Por ello, 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 durante el 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: (i) los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto (incluso individualmente) las armas y (ii) 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».⁴⁵

4.3. *RATIONE TEMPORIS*: APLICACIÓN EN EL TIEMPO

En cuanto al aspecto temporal es de 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».

⁴⁴ Suárez, David. «Los conflictos armados internos». En José Luis Rodríguez-Villasante (coord.). *Ob. cit.*, p. 466.

⁴⁵ Véase artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

De esta manera, el ámbito de aplicación temporal de estas normas excede claramente las hostilidades propiamente dichas.⁴⁶

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 Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia 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).

5. DERECHO APLICABLE

El Derecho aplicable ante una situación de CANI dependerá de la intensidad del conflicto. así, 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.

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,

⁴⁶ Prosecutor vs. Tadic, a/k/a «Dule», caso n.º IT-94-1-AR72, sentencia del 2 de octubre de 1995, parágrafo 69.

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 8,2e 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 (véase *supra* capítulo I, apartado 4.3).

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 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.⁴⁷

La toma de rehenes afecta la dignidad personal al poner en peligro la libertad e integridad personal de aquellos retenidos, al responder con su vida por la ejecución de las órdenes dadas por las personas en cuyo poder están, o de los actos hostiles cometidos contra ellas.⁴⁸ La violación, prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor, la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas, así como las amenazas de realizar tales actos se encuentran también prohibidas. En efecto, a pesar de que el artículo 3 común omite hacer referencia expresa alguna a tales actos, se entiende que tales prohibiciones están implícitas en los actos prohibidos contra la dignidad personal y lo que hace el Protocolo Adicional II, en su artículo 4.2.e,⁴⁹ es precisar esto con su inclusión.

⁴⁷ Véanse artículo 3 común y artículos 4 y 6 del Protocolo Adicional II.

⁴⁸ Junod, Sylvie-Stoyanka. *Ob. cit.*, parágrafo 4537, pp. 128-129.

De otro lado, el respeto a las garantías fundamentales que imponen 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.

En cualquier caso, partiendo de este régimen general se establece 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.

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 II, apartado 3). Pero no basta con estar incluidos dentro de esta categoría 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.

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

⁴⁹ Artículo 4.2.e.– Los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor. Al respecto véase Junod, Sylvie-Stoyanka. *Ob. cit.*, parágrafo 4539, p. 129.

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,⁵⁰ 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 combate⁵¹ (artículo 8 del Protocolo Adicional II).

Asimismo, el trato humano que se debe brindar a los HEN también implica permitir la comunicación de los detenidos, heridos, enfermos, etc., con sus familias y la correspondencia entre los mismos, así como la comunicación con organismos de socorro y su asistencia jurídica, religiosa, intelectual y material. Precisamente para coadyuvar con estos fines es que una institución como el CICR ofrece su apoyo humanitario.

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. 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 pueden 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 la venta y libre circulación de medicamentos utili-

⁵⁰ Artículo 7.2 del Protocolo Adicional II.

⁵¹ Artículo 8 del Protocolo Adicional II.

zados exclusivamente con fines terapéuticos reduciría prácticamente a la nada la protección conferida por dicho artículo.

En cualquier caso 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.⁵²

Más aún, el personal sanitario precisa ser protegido 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 esfuerzo⁵³ 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, de otro lado, prohíbe obligar al personal sanitario a realizar actos contrarios a la deontología (como experimentos o actividades hostiles) u obligarlo 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 garantizada 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 de Norue-

⁵² Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 105.

⁵³ *Ibid.*, p. 106.

ga al señalar que «tal disposición está en contradicción con la esencia misma del DI y encierra graves peligros para el conjunto del DIH». ⁵⁴

Asimismo, resulta importante brindar protección a las unidades y medios de transporte sanitarios que acompañan al personal sanitario. Así, los establecimientos y formaciones sanitarias militares o civiles que estén destinados exclusivamente a fines sanitarios (hospitales, depósitos de material sanitario, productos farmacéuticos, etc.) ya sean fijos o móviles, permanentes o temporales, no podrán ser considerados objetivos militares. Incluso cuando el personal esté armado para su propia defensa y la de los heridos y enfermos, o las armas de estos estén aún en las unidades o medios de transporte.

5.2.2. La población civil

El ataque a la población civil significa una trasgresión 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 el mismo, 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 las mismas que deben ser protegidas de las hostilidades. ⁵⁵ 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 en 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.

⁵⁴ HAMBRO. CDDH/II/SR.46 (4 de abril de 1974), vol. XI, párrafo 2, p. 537 citado por Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 108.

⁵⁵ Véanse artículos 8 y 50 del Protocolo Adicional I.

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».⁵⁶

Ahora bien, la protección garantizada resulta ser, en comparación con las normas aplicables en el CAI, bastante general. En efecto, en el artículo 13 del Protocolo Adicional II tan solo se establece una obligación de «protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares», pero no se ha incluido normas concretas que figuraban en el Proyecto CICR como la limitación de las operaciones a la destrucción o al debilitamiento del poder militar del adversario, la obligación expresa de distinguir en sus operaciones entre población civil y *combatiente*, entre bienes civiles y militares o el tener presente lo anterior en la decisión o la realización del ataque.⁵⁷ En cualquier caso, todo esto se encuentra amparado, en la medida de lo aplicable, por los principios tratados en el capítulo primero.

Adicionalmente, la Declaración de Taormina⁵⁸ del 7 de abril de 1990, recoge las «Normas del Derecho Internacional Humanitario relativas a la conducción de hostilidades en los conflictos armados no internacionales» entre las que señala los principios de distinción, inmunidad de la población civil, prohibición de causar males superfluos y prohibición de la perfidia, entre otros. Más aún, el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia ha señalado que «consideraciones elementales de humanidad y el sentido común no permiten sostener que el uso por parte de los estados de armas prohibidas en el marco de un conflicto armado internacional esté permitido cuando estos estados tratan de abolir una rebelión de sus nacionales en su territorio.

⁵⁶ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 114.

⁵⁷ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 113. «[...] para muchas delegaciones el problema que planteaba este artículo del proyecto es que podía entenderse que autoriza a los rebeldes a escoger sus objetivos (argumento a contrario)».

⁵⁸ Esta Declaración se publicó en una edición especial de la *RICR*, n.º 101, año XV, septiembre-octubre de 1990.

Lo que es inhumano y, en consecuencia, proscrito por el Derecho Internacional que regula los conflictos armados internacionales, no puede ser sino inhumano e inadmisibles en el marco de un conflicto interno».⁵⁹

Otra de las protecciones garantizadas a la población civil es la prohibición de desplazamientos forzados. 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 utilizando estos 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 los mismos —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.

⁵⁹ Prosecutor vs. Tadic, caso n.º IT-94-I-AR72, sentencia del 2 de octubre de 1995, párrafo 119.

De otro lado, el artículo 15 del Protocolo Adicional II confiere una inmunidad limitada a *las obras e instalaciones que contienen fuerzas 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.⁶⁰ 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 de 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.

El patrimonio cultural ha recibido además una protección especial y diferenciada en la Convención de La Haya de 1954, cuyo artículo 19,⁶¹ que 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 con-

⁶⁰ Véase 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.

⁶¹ 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.

sisten en:⁶² (i) abstenerse de usar estos bienes para fines que pudieran exponerlos a destrucción o deterioro; (ii) abstenerse de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes; (iii) prohibir, impedir o hacer cesar cualquier acto de robo, pillaje, ocultación o apropiación o vandalismo; y (iv) no llevar a cabo actos de represalias.

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 los mismos en apoyo del esfuerzo militar.

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 vestidos, reunión de familias, recojo 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 CANIs.

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

⁶² Véase artículo 4 de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954.

poner ciertas condiciones como que estén vigilados por un organismo imparcial.

El consentimiento que se exige es el del Estado, pero en la medida en 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, Mangas⁶³ señala que el consentimiento no solo podría venir de los estados, sino también de los rebeldes en territorios controlados por estos, posición 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 ser brindadas por quienes detentan el control en la zona.

En cualquier caso, 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, de las normas generales.⁶⁴ 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.

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

⁶³ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 125.

⁶⁴ Véanse artículos 61 al 67 del Protocolo Adicional I.

respecta a la relación que, en concreto, mantiene el ordenamiento jurídico del Estado 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, según la visión contemporánea, se cometieran actos calificados como crímenes de guerra.

Al respecto, Mangas⁶⁵ 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.

En este sentido, el propio artículo 3 común establece en su último párrafo que la aplicación del mismo *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

⁶⁵ Mangas, Araceli. *Ob. cit.*, p. 94.

a su derecho a perseguir judicialmente, juzgar y condenar a sus adversarios por sus crímenes, de conformidad con la propia ley.⁶⁶

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.⁶⁷ 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),⁶⁸ 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.⁶⁹ 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 ciudadanos de cualquier manera en periodo de CANI ni pueden disponer de medios ilimitados para sofocar la rebelión.

⁶⁶ Junod, Sylvie-Stoyanka. *Ob. cit.*, p. 349.

⁶⁷ Véase Gasser, Hans-Peter. «Acts of Terror, “Terrorism” and International Humanitarian Law». *RCICR*, 2002, vol. 84, n.º 847, pp. 547-570.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 554.

⁶⁹ David, Eric. *Principes de Droit des conflits armés*. Bruselas: Bruylant, 1994, p. 28.

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 el preservar la ley y el orden, la unidad nacional y la integridad territorial, ni tampoco legitimar al grupo que se levanta en armas.

CAPÍTULO IV

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 los «disturbios y tensiones internas» que se reafirma, en el ámbito de la responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra, en el artículo 8.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 a 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 Von Clausewitz, Carl. *On War*. Citado por Herfried Munkler. «The Wars of the 21st Century». *RICR*, vol. 85, n.º 849, marzo de 2003, p. 7.

² Ramón Chornet, Consuelo. «Nuevos conflictos, nuevos riesgos para la seguridad humana». En Consuelo Ramón Chornet (coord.). *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*. Valencia: Tirant Monografías, n.º 251, 2002, p. 355.

provenía de otros estados o de grupos armados más o menos organizados que pretendían, al interior de un Estado, hacerse con el poder, ahora co-existe 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.

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. En ese sentido, y aunque preponderantemente presentes en la época de 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.

En este sentido, se define como conflicto armado interno internacionalizado al conflicto en el que «uno o más estados extranjeros intervienen con sus propias fuerzas armadas a favor de una de las partes».⁴ Sobre el punto es necesario plantearse, primero, el nivel de participación requerida para la

³ Ramón Chornet, Consuelo. *Ob. cit.*, p. 359.

⁴ Verri, Pietro. *Ob. cit.*, Letra C. p. 26.

internacionalización del conflicto y, en segundo lugar, el régimen jurídico aplicable al mismo.

En relación a la participación de terceros actores, la Sala de Apelación del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia⁵ 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, de 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, de 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 Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia 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 del mismo, sino 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 al mismo «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».⁶

⁵ Prosecutor vs. Tadic, caso n.º IT-94-1-T, sentencia del 15 de julio de 1999, parágrafo 84.

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

En opinión del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia,⁷ 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 señalar que este último tipo de situación equipara a los grupos organizados con órganos del Estado.⁸

De lo dicho se desprende que, de manera independiente a la formulación de instrucciones precisas o concretas de cometer actos específicos, un grupo organizado puede terminar generando la responsabilidad de un Estado en la medida en que exista un control general sobre la actividad del grupo o sobre la planificación o coordinación de sus actividades militares.⁹

⁷ Prosecutor vs. Tadic, caso n.º IT-94-1-T, Sentencia del 15 de julio de 1999, párrafos 118-123.

⁸ Prosecutor 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».

⁹ Prosecutor vs. Tadic, caso n.º IT-94-1-T, Sentencia del 15 de julio de 1999, párrafo 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*».

Ciertamente, en este punto el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia 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 específico¹⁰— 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 del 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 al mismo.

En el caso de Tadic, el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia entendió que se daban los requisitos de control exigidos. Consideró que ambos ejércitos (el ejército serbo-bosnio de Bosnia Herzegovina —vrs— y la JNA —Yugoslav 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 seguía 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 del cual perpetuarla. Examina asimismo los acuerdos de Dayton,¹¹ 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 los mismos. 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

¹⁰ CIJ, Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Sentencia de méritos del 27 de junio de 1986, parágrafo 115.

¹¹ Los acuerdos de paz fueron concluidos en Dayton, de ahí su nombre, pero firmados en París el 14 de diciembre de 1995.

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:¹² 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.¹³

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 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.

¹² 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.

¹³ Bierzanek, Remigiuz. «Quelques remarques sur l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés aux conflits internes internationalisés». En Christophe Swinarski (ed.). *Ob. cit.*, pp. 281-290.

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»,¹⁴ 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, de un lado, proliferan los actores no estatales y, de otro, se traspasa las fronteras de un Estado para tornarse un fenómeno complejo de violencia transnacional.

Precisamente, Hobsbawn¹⁵ 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 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, de una parte, retornan al modelo de enfrentamientos civiles y, de 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, de 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.¹⁶

¹⁴ Grunewald, Francois. «Antes, durante y después de la urgencia. La experiencia del CICR en perspectiva». *RCICR*, n.º 129, 1995, p. 290.

¹⁵ En una entrevista a Hobsbawn, Eric sobre el ataque del 11 de septiembre en los Estados Unidos. En <http://www.geocities.com/cajaeditora/News/Hobsbawn_01.txt>.

¹⁶ Ramón Chornet, Consuelo. *Ob. cit.*, p. 360.

De esta manera, los conflictos de tercera generación van a tener tres posibles manifestaciones:¹⁷

- 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,¹⁸ 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.

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,¹⁹ 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

¹⁷ CICR. Derecho Internacional Humanitario. Preguntas y respuestas. Ginebra: CICR, p. 20.

¹⁸ En el caso de Liberia, por ejemplo, llegan a haber hasta siete facciones armadas. Doe, por su parte, 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.

¹⁹ Thürer, Daniel. «The Failed State and International Law». *RICR*, vol. 81, n.º 836, diciembre de 1999, p. 732.

cual resulta en una parálisis de gobierno, un rompimiento del Derecho y el orden y el bandidaje y caos generalizado.²⁰

- c) La tercera manifestación, clase menos estudiada pero sí más presente en los conflictos de tercera generación, comprende 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 conflictos es precisamente la falta de un enemigo identificable. El profesor Condorelli²¹ 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.

Algunos apuntes más sobre los conflictos desestructurados

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, de un lado, a que esta categoría puede incluir los conflictos de identidad y, de 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 institu-

²⁰ 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, Nueva York), Documents, p. 9, citado por Thürer, Daniel. *Ob. cit.*, p. 732.

²¹ Condorelli, Luigi. «Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le Droit international?». *RGDIP*, tomo 105, n.º 4, 2001, p. 829.

²² Véase 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.

cional 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.

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 Liberia 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 indisociable 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).²⁴ 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 son utilizados como un argumento para la captación de adeptos. De otro lado, estas situaciones generan un gran reto para el cuerpo mismo del DIH porque

²³ 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 *Ibid.*, *loc. cit.*

principios fundamentales de su accionar, como el de distinción entre combatiente y 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:²⁵

- 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 del bandidaje y la 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 que

²⁵ Thürer, Daniel. *Ob. cit.*, pp. 733-734.

ya no es 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 una desaparición física del mismo, 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 la 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.²⁶

En este contexto el riesgo de violaciones a normas que contienen derechos elementales de las personas es muy alto. De 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, de otro, las normas de DIH se aplican a supuestos preestablecidos en los que esta clase de conflictos encuentra un espacio menor.

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

²⁶ 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.

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 ser vistos 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.²⁷ Asimismo, la aplicación de las normas contenidas en el artículo 3 común van acompañadas de los principios de 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*» (la cursiva es nuestra). La disposición tiene una triple importancia porque no solo señala la obligatoriedad de respetar «las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos» (léase Derecho de La Haya y artículo 3

²⁷ Véanse a título de ejemplo las Resoluciones 814 de 26 de marzo de 1993 en el caso de Somalia, y la Resolución 788 de 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».

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».

3. LOS DISTURBIOS INTERIORES Y LAS TENSIONES INTERNAS

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»,²⁸ 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»²⁹ o «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación»,³⁰ establecen criterios que ayuden en la definición. De tal manera que va a ser la práctica de las organizaciones humanitarias, como el CICR, y la aportación de la doctrina y la jurisprudencia las que aporten elementos para identificar la situación.

En cualquier caso, 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» enten-

²⁸ Sandoz, Swinarski, Zimmermann (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Geneve du 12 aout 1949*, Ginebra, 1987 –ad art– 1.º par. 2.º du Protocole II, parágrafo 4474, p. 96.

²⁹ Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁰ Artículo 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

diendo 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.³¹ Se trata más bien de un conjunto de situaciones que se caracterizan por constituir fenómenos de violencia entre 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.³² Esto último se manifiesta en cuadros de arrestos masivos, malos tratos a los detenidos, medidas exageradas de represión, desaparición de personas, actos de terrorismo y 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.³³

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 orga-

³¹ Gasser, Hans-Peter. «Un minimum d'humanité dans les situations de troubles et tensions internes: proposition d'un Code de conduite». *RCICR*, año 70, n.º 769, enero-febrero de 1988, p. 42.

³² *RCICR*, año 70, n.º 769, enero-febrero de 1988, p. 3.

³³ Gasser, Hans-Peter. «Un minimum...», p. 41.

nizados, 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 (CANI), las autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales e incluso a las fuerzas armadas para restablecer el orden, ocasionando con ello muchas víctimas y haciendo necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias.³⁴ 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 Tribunal Penal para Ruanda 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».³⁵

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.³⁶

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 genera un gran número de víctimas.

En efecto, si bien las consecuencias que producen situaciones como las descritas 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

³⁴ 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». *RCICR*, año 70, n.º 769, enero-febrero de 1988, p. 12.

³⁵ *Prosecutor vs. Musema*, caso n.º ICTR-96-13-A, sentencia de 27 de enero de 2000, párrafo 248.

³⁶ Conferencia de expertos gubernamentales. Documento presentado por el CICR. *Ob. cit.*, p. 13.

dignidad.³⁷ De esta manera, pueden presentarse una o más de las características siguientes o incluso todas:

- arrestos masivos,
- número elevado de detenidos por razones de seguridad,
- detención administrativa por periodos largos,
- existencia probable de malos tratos, torturas o condiciones materiales o psicológicas de detención susceptibles de atentar gravemente contra la integridad física, mental o moral de los detenidos,
- detenidos en largos periodos de incomunicación,
- medidas represivas contra miembros de las familias o parientes de las personas privadas de libertad,
- la 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 propagan el terror entre la población civil.

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.³⁸ 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.

³⁷ *RCICR*, año 70, n.º 769, enero-febrero de 1988, p. 3.

³⁸ Jiménez Piernas, Carlos. *Ob. cit.*, p. 4.

Como afirma Meron «la persona humana está interesada en el contenido y no en el nombre del sistema normativo de protección»³⁹ 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.⁴⁰ De 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, 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,⁴¹ 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 guerra⁴² por lo que podríamos estar una situación en la que, como

³⁹ Meron, Theodor. «The protection...», p. 33.

⁴⁰ Gasser, Hans-Peter. «Un minimum...», p. 43.

⁴¹ Gasser, Hans-Peter. «Un minimum...», p. 46-47.

⁴² 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. Véase además CIJ, Caso del Estrecho de Corfú, Recueil, 1949, p. 22.

afirma Swinarski, las necesidades de protección de las víctimas amplían el ámbito real de aplicación a situaciones que no figuran formalmente en este, si no de reglas, al menos de los principios de DIH.⁴³

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 precisamente responde la «Declaración sobre las normas humanitarias mínimas» o Declaración de Turku de 1990.⁴⁴ 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.⁴⁵

Ciertamente esta conjunción no puede ser vista como una suerte de reducción del contenido de ambos órdenes jurídicos, lo que iría en contra del

⁴³ Swinarski, Christophe. «Introducción...», p. 56.

⁴⁴ 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).

⁴⁵ El texto de la Declaración puede encontrarse en el anexo al documento E/CN.4/1996/80. Véase 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.

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,⁴⁶ 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».

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), y los 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 anfitrión⁴⁷) 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

⁴⁶ Meron, Theodor. «The protection...», p. 45.

⁴⁷ *RCICR*, año 70, n.º 769, enero-febrero de 1988, p. 6.

por la Conferencia Internacional que se reunió en La Haya en el año 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 el año 1919 en Hungría.⁴⁸ Esta inclusión estatutaria,⁴⁹ 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 dicha iniciativa no pueda ser

⁴⁸ «Activités de protection et d'assistance du CICR dans les situations non couvertes par le droit international humanitaire». *RCICR*, año 70, n.º 769, enero-febrero de 1988, pp. 11 y 13-18.

⁴⁹ 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 enmendados 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.

Esta disposición tiene sus antecedentes en los primeros Estatutos de la Cruz Roja Internacional, que fueron aprobados en 1928 en la XIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja en La Haya, y que en su artículo VII señalaba: «Se mantiene como un intermediario neutro cuya intervención es reconocida como necesaria especialmente en caso de guerra, de guerra civil o de disturbios interiores», señalándose además que «todas las cuestiones donde el examen por un órgano específicamente neutro se imponga quedarán en dominio exclusivo del CICR». Luego los Estatutos fueron revisados en 1952 en el marco de la XVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Toronto, y en su artículo VI se precisaba: «5. Institución neutra cuya actividad humanitaria se ejerce especialmente en caso de guerra, de guerra civil o de disturbios interiores, se esfuerza en todo tiempo por asegurar la protección y asistencia a las víctimas militares y civiles de los conflictos y de sus consecuencias directas [...]»; y «6. Tomará todas las iniciativas humanitarias que correspondan a su cometido de institución y de intermediario específicamente neutral e independiente y estudiará todas las cuestiones cuyo examen incumba a tal institución». En 1986 se redactó un nuevo texto que entró en vigor el 6 de noviembre de dicho año, el cual señalaba en su artículo 5: «2.d) se esforzará en todo

considerada como un acto de injerencia en los asuntos internos de un Estado. Conviene resaltar, sin embargo, 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.⁵⁰ 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 necesario⁵¹ para neutralizar al enemigo.

tiempo, en su calidad de institución neutral cuya actividad humanitaria se ejerce especialmente en casos de conflicto armado —internacional u otros— o de disturbios interiores, de asegurar la protección y asistencia a las víctimas militares y civiles de dichos acontecimientos y de sus consecuencias directas»; y «3. El Comité Internacional puede tomar todas las iniciativas humanitarias que correspondan a su cometido de institución y de intermediario específicamente neutral e independiente y estudiar todas las cuestiones cuyo examen incumba a tal institución».

⁵⁰ *RCICR*, año 70, n.º 769, enero-febrero de 1988, p. 5.

⁵¹ *Ibid.*, p. 27.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, Rosemary. *Droit humanitaire et conflits internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*. Ginebra-París: Institut Henry Dunant, eds. Pedone, 1986.
- AA.VV. *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. 2 volúmenes. Montevideo: FCU, 1994.
- AAVV. Instituto Internacional Henry Dunant. *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*. Madrid: Tecnos/UNESCO, 1990.
- BASSIOUNI, Cherif, ed. *International Criminal Law*. Vol. I, *Crimes*. Nueva York: Transnational Publishers, 1998.
- BENVENUTI, Paolo. «Le respect du Droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: La Circulaire du Secrétaire General». *RGDIP*, tomo 105, n.º 2, 2001, pp. 355-372.
- BETTATI, Mario. *Droit humanitaire*. París: Éditions du Seuil, 2000.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y Vera Growlland-Debbas. *The international legal system in quest of equity and universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*. Países bajos: Kluwer International Law, 2001.
- CAFFI, María Teresa, 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.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

- CARNAHAN, Burrus. «Lincoln, Lieber and the Law of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity». *AJIL*, vol. 92, n.º 2, 1998, pp. 213-231.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*. Madrid: Tecnos, 1991.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *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. «The Martens Clause: Half of Loaf or Simply Pie in the Sky?». *EJIL*, vol. 11, n.º 1, 2000, pp. 187-216.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Derecho internacional humanitario. Preguntas y respuestas*. Ginebra: CICR.
- CONDORELLI, Luigi. «Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le Droit international?». *RGDIP*, tomo 105, n.º 4, 2001, pp. 829-848.
- CONEXA, Pierre. *Hacia la privatización de las guerras*. Le Monde Diplomatique en español. En <<http://www.monde-diplomatique.es/2003/04/conesa.html>>.
- CORDERO Galdós, Humberto. «Las reservas en el Derecho Internacional contemporáneo». Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho. PUCP, 1999.
- DAVID, Eric. *Principes de Droit des conflits armés*. Bruselas: Bruylant, 1994.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 6.ª ed. París: Dalloz, 2002.
- FLECK, Dieter (ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- GASSER, Hans-Peter. «Un minimum d'humanité dans les situations de troubles et tensions internes: proposition d'un Code de conduite». *RCICR*, año 70, n.º 769, enero-febrero de 1988, pp. 39-61.
- GASSER, Hans-Peter. «Acts of terror, "terrorism" and International Humanitarian Law». *RCICR*, vol. 84, n.º 847, 2000, pp. 547-570.

BIBLIOGRAFÍA

- GASSER, Hans-Peter. «Humanitarian Law and Human Rights Law». *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 149-162.
- GRUNEWALD, François. «Antes, durante y después de la urgencia. La experiencia del CICR en perspectiva». *RCICR*, n.º 129, 1995, pp. 288-308.
- HOBBSAWN, Eric. Entrevista sobre el ataque del 11 de septiembre en los Estados Unidos. En <http://www.geocities.com/cajaeditora/News/Hobsbawn_01.txt>.
- JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. «La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna». Ponencia para el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. XX Congreso 7-12 de septiembre de 1998 (Manila), pp. 1-24.
- KALSHOVEN, Frits y Liesbeth Zegveld. *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al Derecho internacional humanitario*. 3.^a edición. Ginebra: CICR, 2001.
- 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)». *RICR*, n.º 147, año XXIII, septiembre de 1998, pp. 441-451.
- MAC DONALD, Ronald St. John (ed.). *Essays in honour of Wang Tieya*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- 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 y Jorge Mera (eds.). *Sistema jurídico y derechos humanos. El Derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996.

- MÉNDEZ SILVA, Ricardo y Liliana LÓPEZ ORTIZ. *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*. Tomos I y II. México, D.F.: UNAM/CICR, 2003.
- MERON, Theodor. «On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument». *AJIL*, vol. 77, n.º 3, 1983, pp. 589-606.
- MERON, Theodor. «The Geneva Conventions as Customary Law». *AJIL*, vol. 81, n.º 2, 1987, pp. 348-370.
- MERON, Theodor. «The Protection of the Human Person under Human Rights Law and Humanitarian Law». *Bulletin of Human Rights* 91/1, 1992, pp. 33-44.
- MERON, Theodor. «The Humanization of Humanitarian Law». *AJIL*, vol. 94, n.º 2, 2000, pp. 239-278.
- MOIR, Lindsey. «Law and Inter-American Human Rights System». *Human Rights Quarterly*, tome 25, n.º 1, 2003, pp. 182-213.
- MUNKLER, Herfried. «The Wars of the 21st Century». *RICR*, vol. 85, n.º 849, marzo de 2003, pp. 7-22.
- NOSSAL, Kim Richard. *De la alza a la baja: la privatización de la guerra en los noventa*. En <www.istor.cide.edu/revistaNo14.html>.
- PEJIC, Jelena. «No discriminación y conflicto armado». En: *RCICR. Selección de artículos 2001*. Ginebra: CICR, 2002.
- PICTET, Jean. *Développement et principes du droit international humanitaire*. Ginebra/París: Instituto Henry Dunant/Pédone, 1983.
- PICTET, Jean (ed.). *Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Geneva: ICRC, 1952.
- PICTET, Jean (ed.). *Commentary IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Ginebra: ICRC, 1958.
- PICTET, Jean (ed.). *Commentary II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*. Ginebra: ICRC, 1960.

BIBLIOGRAFÍA

- PICTET, Jean (ed.). *Commentary III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*. Geneva: ICRC, 1960.
- PONTE, María Teresa. *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el Derecho Internacional actual*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2000.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo (coord.). *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*. Valencia: Tirant Monografías, n.º 251, 2002.
- 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: CICR, 2001.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel, 1969.
- SALMÓN, Elizabeth. «América Latina y la universalidad de los Derechos Humanos». *Agenda Internacional*, año VI, n.º 12, enero-junio de 1999, pp. 123-136.
- . *Encuentros y desencuentros. El Perú y el Derecho Internacional Humanitario*. Lima: CICR, 2001.
- SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP/IDEI, 2001.
- SANDOZ, Yves y otros (eds.). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*. Tomo I. Ginebra/Santa Fe de Bogotá: CICR/Plaza & Janés, 2000.
- SASSÓLI, 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.
- SASSÓLI, Marco y Antoine BOUVIER. *Un Droit dans la Guerre?*. Vols. I y II. Ginebra: ICRC, 2003.

- SCELLE, Georges. *Précis de droit de gens (Principes et systématiques)*. París: CNURS, 1984.
- SWINARSKI, Christophe. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. San José de Costa Rica/Ginebra: IIDH/CICR, 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: IIDH, 1995, pp. 169-185.
- SWINARSKI, Christophe (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: CICR / Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- THÜRER, Daniel. «The Failed State and International Law». *RICR*, vol. 81, n.º 836, diciembre de 1999, pp. 731-761.
- TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights between Idealism and Realism*. Oxford: Academy of European Law of the European University Institute / Oxford University Press, 2003.
- URBINA, Julio. *Derecho Internacional Humanitario. Conflictos armados y conducción de operaciones militares*. Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones, 2000.
- VERRI, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1998.