

RETOS ACTUALES PARA EL RESPETO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Anton CAMEN

SUMARIO: I. *El conflicto armado*. II. *Terrorismo*. III. *La participación directa de personas civiles en las hostilidades*. IV. *Privación de libertad*. V. *La noción de objetivo militar*. VI. *Conflictos armados no internacionales*. VII. *Medidas de aplicación nacional*. VIII. *Difusión/Integración*. IX. *Crímenes de guerra*. X. *Conclusión*.

A primera vista, no parece particularmente difícil respetar el derecho internacional humanitario. Uno puede pensar que con un poco de sentido común y un mínimo de moral quien quiera será capaz de acatar por lo menos las normas fundamentales de este derecho, inclusive porque éstas reflejan valores que se encuentran en todas las sociedades, religiones y culturas del mundo. Estos valores constituyen uno de los grandes logros de la civilización ya que han permitido restringir la violencia en la guerra y con ello limitar los sufrimientos que invariablemente engendra. Su adopción universal por los pueblos muestra lo inconcebible del axioma de *silent enim leges inter armas*, enunciado por Cicerón hace dos mil años y que parece seducir hasta nuestros días algunos que se creen por encima de la ley cuando se encuentran en un conflicto armado.

Esencialmente, se trata, en un contexto de conflicto armado, de ayudar a los que necesitan ayuda, sea porque están heridos, enfermos o capturados, y de combatir contra fuerzas militares y no contra la población civil. En la historia se encuentran numerosos ejemplos, en los cuales las partes en conflicto actuaron en consecuencia. Atendieron a las necesidades de las víctimas o por lo menos dejaron que otros, como la Cruz Roja a partir de la segunda mitad

* El autor es asesor jurídico para América Latina y el Caribe del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). En el presente texto se plasman las opiniones del autor que no necesariamente coinciden con las del CICR.

del siglo XIX, pudieran proporcionar la asistencia y protección que les permitió a los civiles, las personas privadas de libertad, los heridos o los enfermos sobrevivir. Es decir, que las partes en conflicto se apegaron a reglas humanitarias inclusive mucho antes de que éstas fueran codificadas en tratados internacionales.

Sin embargo, la historia también está llena de muestras de la crueldad con la cual las partes en los conflictos armados han tratado a las personas en su poder que pertenecen al adversario o, en general, a las personas que no participan en las hostilidades. Hasta nuestros días nos enteramos prácticamente a diario de excesos de violencia en los conflictos armados que causan sufrimientos indescriptibles a un sin número de víctimas en todo el mundo.

Es suficiente seguir las noticias que nos traen los medios de comunicación. Se dirigen ataques contra personas civiles. Detenidos son librados al arbitrio de sus captores. Asistimos hasta a actos de genocidio y a la llamada limpieza étnica. No se conoce el paradero de centenares de miles de personas que desaparecieron. La gran disponibilidad de armas favorece un clima de inseguridad y amenaza la estabilidad de regiones enteras. Países quedan infestados con minas antipersonal y otras municiones de guerra sin estallar, que frustran, muchos años después del conflicto, los esfuerzos de reconstrucción y rehabilitación. Poblaciones enteras tienen que trasladarse y se convierten en blancos para las partes en conflicto que las matan, explotan, extorsionan sus recursos y cometen todo tipo de actos criminales, que sirven inclusive para enriquecerse personalmente a las partes. Los civiles constituyen regularmente más de 90 % de los muertos y heridos en los conflictos armados de hoy día.

La situación es tan dramática que desde varios años ya el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha expresado en diferentes ocasiones

...su honda preocupación por el creciente número de víctimas civiles que están cobrando los conflictos armados y observa con inquietud que los civiles constituyen actualmente la gran mayoría de las víctimas en los conflictos armados y son cada vez con mayor frecuencia el blanco directo de los combatientes y elementos armados.¹

1 Por ejemplo, la declaración del presidente del Consejo de Seguridad del 12 de febrero de 1999, S/PRST/1999/6, accesible en: <http://www.un.org/spanish/Depts/dda/sprst/19996.pdf>.

Lo preocupante es que los conflictos armados tienen tales consecuencias no porque se violan algunas de las normas del derecho internacional que sí son complejas a aplicar, si no porque se violan sus normas más básicas y claras.

Hay que entender que estas violaciones no son una consecuencia normal de la guerra. El derecho internacional humanitario no es una utopía. Se ha consolidado en un cuerpo normativo que es tal vez el más aceptado, además de ser uno de los más detallados del derecho internacional público. Codificado principalmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977, así como en una serie de tratados sobre materias más específicos, tales como las armas o los bienes culturales, el derecho internacional humanitario brinda las herramientas necesarias para mitigar eficazmente los horrores de la guerra.²

Dichas normas crecieron y se cristalizaron poco a poco. Probablemente, desde que colectividades humanas recurrieron a la fuerza para conseguir una ventaja sobre un adversario, subordinaron su conducta a ciertas reglas. Sin éstas la lucha se hubiese reducido a actos espontáneos de violencia, imposibles a coordinar y explotar como parte de la empresa común del grupo de imponerse con la fuerza. Son normas hechas precisamente para situaciones tan extremas como la lucha armada.³ Por ello, el derecho internacional humanitario no es nada ajeno de la guerra, sino es parte de ella.

² En este sentido, véase la declaración de la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, adoptada por la Resolución 1 de dicha conferencia el 6 de diciembre de 2003. En la declaración los estados partes en los Convenios de Ginebra y los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja destacaron, en efecto, que estuvieron “convencidos de que las disposiciones existentes de derecho internacional humanitario constituyen una base adecuada para afrontar los desafíos que suponen los conflictos armados modernos...”. Para el texto de los principales tratados de derecho internacional humanitario véase [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa.nsf/html/section_ihl_databases?Open Document](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa.nsf/html/section_ihl_databases?Open+Document). Estos instrumentos gozan generalmente de una aceptación muy amplia por parte de los estados. En el caso de los Convenios de Ginebra incluye a 194 estados partes lo que corresponde a la totalidad de los países en el mundo. Véase el listado de estados partes en <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList103/6C6481C326D8DC31C1256E35004D53AB>.

³ Al respecto es significativo que los Convenios de Ginebra puntualizan que la denuncia “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 resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública” (artículos 63, 62, 142 y 158 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente).

En la modernidad tales normas ponen límites a la guerra sobre todo por motivos de humanidad, además de razones de economía y de racionalidad. Son basadas en principios como aquél de distinguir siempre entre quienes participan en las hostilidades y aquellos que no lo hacen o la antigua regla de no causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos, puesto que “la única finalidad legítima que los estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo”.⁴

El derecho internacional humanitario se adapta y se puntualiza regularmente para tomar en cuenta necesidades que tal vez no se habían acentuado cuando se elaboraron los tratados. Así se han prohibido las minas antipersonal, las armas a láser cegadoras o también las armas químicas y biológicas. Se ha fortalecido el régimen de la protección de los bienes culturales contra los efectos de los conflictos armados y la protección de los niños en la guerra. Con la creación de tribunales penales internacionales se ha incrementado la eficacia de la represión de los crímenes de guerra.

La dificultad en estos avances del derecho es saber cuando hace falta contemplar una revisión y luego tratar de mantener los estándares de protección ya adquiridos. En efecto, la reforma no puede ir en contra del objetivo que la anima. Éste consiste siempre en fortalecer las reglas, no en debilitarlas. Lo contrario significaría conceder terreno a la barbaridad que se había logrado superar.

I. EL CONFLICTO ARMADO

Al reflexionar sobre los retos a los cuales se enfrenta el derecho internacional humanitario en la actualidad, llama la atención el uso inconsiderado de la palabra “*guerra*” para designar toda una serie de fenómenos y acciones que en realidad no son un conflicto armado, porque no reúnen los elementos constitutivos que permiten calificar una situación como tal. La terminología o más bien dichos elementos importan porque de ellos depende la aplicación de un régimen jurídico diferenciado.

En efecto, la existencia de un conflicto armado es una condición *sine qua non* para que el derecho internacional humanitario se aplique. Aunque

4 Preámbulo de la declaración de San Petersburgo de 1868. La declaración es accesible en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/E739EB5EC9DB23B4C1256DE10058D8CA>.

parece casi trivial, no es nada fácil saber cuando una situación determinada califica como conflicto armado. Negar la existencia de un conflicto armado cuando existe y por tanto negar la aplicación del derecho internacional humanitario cuando se aplica, tiene repercusiones inmediatas para la protección de las personas.

Expone a las personas a la violencia de la guerra sin ofrecerles la protección de las reglas específicamente diseñadas para aliviar sus sufrimientos. Por cierto, el conflicto armado no invalidará *a priori* la vigencia de las normas aplicables en tiempos de paz, pero éstas normas no permiten responder adecuadamente a las necesidades generadas por la guerra. Por ello han sido suplementadas por reglas específicas. Sin éstas, sería difícil argumentar que las partes en conflicto están obligadas a recoger y asistir a los heridos; a respetar el emblema de la cruz roja; a proteger a quienes no participen en las hostilidades; a dirigir los ataques sólo contra objetivos militares; a no emplear métodos y medios que son excesivos; a tratar prisioneros de guerra como tales y repatriarles una vez terminadas las hostilidades; etcétera. Los conceptos y mecanismos propios al derecho internacional humanitario simplemente no estarían disponibles. Conducir una guerra sin aplicar el derecho internacional humanitario resultaría inevitablemente en una masacre.

Por otro lado, pretender estar en un conflicto armado cuando una situación no lo es, trae el riesgo de introducir conceptos de la guerra en tiempos de paz. Invitaría el trato arbitrario contra personas privadas de libertad, cuando se les niegan sus derechos fundamentales con motivo de que constituyan una amenaza a la seguridad del Estado. Entrañaría contradicciones insuperables, con consecuencias invariablemente dramáticas, en el momento de tratar de designar objetivos que pudieran ser atacados legítimamente en un conflicto armado, pero nunca fuera de éste, ya que el principio de distinción entre objetivos militares y personas y bienes civiles simplemente no se aplica en la paz y el derecho a la vida es absoluto.

El derecho internacional reconoce dos tipos de conflicto armado: los conflictos armados internacionales y los conflictos armados que no sean de índole internacional.

Con respecto a los conflictos armados internacionales, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977 brindan los elementos para calificar la situación. Cada uno de los Convenios de Ginebra contiene un artículo 2o. común que dispone que “el presente Convenio se

aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias altas partes contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”. Cualquier diferente entre dos o más estados que involucra la intervención de fuerzas armadas califica como conflicto armado internacional. No importa cuanto tiempo dura el conflicto, ni cuantas víctimas resultan de este. En principio es necesario que se produzcan un mínimo de hostilidades.⁵

Sin embargo, puede ser suficiente que un Estado realice operaciones militares contra otro Estado sin que haya hostilidades para que la situación califique como conflicto armado y el derecho internacional humanitario se aplique. Tal es el caso con respecto a la ocupación de un territorio de otro estado que no se opone con las armas a dicha ocupación. Puede abstenerse por varios motivos, por ejemplo por no controlar el territorio, no tener gobierno o simplemente por preferir opciones diplomáticas. El mismo artículo 2o. común a los cuatro Convenios de Ginebra contempla tales situaciones cuando dice que el “Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una alta parte contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”. Aparecen como elementos decisivos la presencia de estados como partes en el conflicto y la intervención de las fuerzas armadas de por lo menos uno de ellos.

Esta definición de los conflictos armados internacionales ha sido ampliado por el Protocolo adicional I de 1977 que completa los Convenios de Ginebra. En efecto, el Protocolo dispone en su artículo 1(3) que “se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2o. común a dichos Convenios”. Además, el párrafo 4 del artículo 1o. del Protocolo adicional I puntualiza que las “situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación...”.

Se asimila entonces a los pueblos que luchan por su libre determinación a los Estados, a condición que la lucha se dirija contra un régimen colonial, de ocupación o basados en criterios racistas. En consecuencia, su lucha constituye un conflicto armado internacional aún cuando tiene lugar dentro del territorio de un solo estado. Se trata de una situación que es diferente de aquella donde un grupo toma las armas contra un gobierno que im-

5 Comentario del artículo 2o., párrafo 1, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. El comentario es disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView>.

pugna sin que éste ejerza una dominación colonial, ocupación o régimen racista. Sin estos elementos la lucha no califica como conflicto armado internacional, pero puede constituir un conflicto armado no internacional.⁶

La exigencia de que las partes en un conflicto armado internacional sean Estados o entidades asimilables excluye casi siempre tanto que los actos de terrorismo como las actividades en su contra califican como un tal conflicto. La excepción se presenta cuando implica una confrontación entre dos o más Estados.

Los conflictos armados no internacionales son regidos, principalmente, por el artículo 3o. común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo adicional II de 1977. En principio, ni las otras disposiciones de los Convenios ni el Protocolo adicional I se aplica en ellos, salvo acuerdos especiales entre las partes en conflicto. Es decir que la gran mayoría de las reglas del derecho internacional humanitario sólo se aplica en ellos en la medida en que el derecho consuetudinario lo prevé.

El artículo 3o. común de los Convenios de Ginebra estipula que en “caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones...”.

Eso es una definición muy amplia. Abarca todos los conflictos armados que no sean internacionales, es decir, todos aquellos que no caen en la definición del artículo 2o. de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 o del artículo 1o. del Protocolo adicional I de 1977. Por otro lado, la definición es poco explicativa acerca de lo que constituye un *conflicto armado*. No todas las manifestaciones de violencia armada permiten calificar una situación como conflicto armado. Existen situaciones que no son conflictos armados, a pesar de que pueden ser bastante violentas. La violencia puede tomar formas distintas como peleas entre bandas criminales, protestas violentas, represión violenta de manifestaciones, acciones de grupos insurgentes, etcétera, sin que alcancen el umbral crítico que la convierta en conflicto armado. Por debajo de este umbral el derecho internacional humanitario no se aplica. Un ejemplo son los disturbios y tensiones interiores a los cuales se refieren

6 Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I); Sandoz Yves *et al.*, CICR, Bogotá, Plaza & Janés, 2000, párrafo 113.

varios tratados de derecho internacional humanitario para delimitar su ámbito de aplicación material.⁷

Para que una situación constituya un conflicto armado no internacional, es necesario que la violencia se caracterice por hostilidades entre las fuerzas antagonistas. Es decir que haya enfrentamientos entre fuerzas o grupos armados que van más allá de “*actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos...*”.⁸ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos habló de *confrontaciones armadas abiertas* para determinar el ámbito de aplicación del artículo 3o. común en un caso donde las fuerzas armadas argentinas chocaron con un grupo armado que había tomado un cuartel militar.⁹ Las hostilidades constituyen entonces un criterio decisivo para determinar si existe un conflicto armado no internacional en el sentido del artículo 3o. común.¹⁰ La conducción las hostilidades implica que las partes en conflicto disponen de un mínimo de organización, sin la cual no pudieran llevar a cabo actividades concertadas, que además están normalmente orientadas en función de un objetivo determinado.

En la práctica, la apreciación del grado de la violencia para discernir entre conflicto armado y disturbio puede presentar dificultades considerables que solo pueden resolverse por una evaluación de cada caso concreto. Más que un ejercicio teórico, la calificación de la situación tiene

7 Comparar el artículo 1(2) del Protocolo adicional II de 1977; el artículo 1((2) del Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996; el artículo 22(2) del Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1999; el párrafo 2 de la enmienda de 2001 al artículo 1o. de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980. También los artículos 8(2)(d) y 8(2)(f) del Estatuto de Roma de 1998.

8 Artículo 1(2) del Protocolo adicional II de 1977.

9 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párrafo 152: “En general, se entiende que el artículo 3o. común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un estado en particular... Por lo tanto, el artículo 3o. común no se aplica a motines, simples actos de bandolerismo o una rebelión no organizada y de corta duración”.

10 El Comentario del artículo 3o. común a los cuatro Convenios de Ginebra explica al respecto: “De manera general, hay que admitir que los conflictos a los que se refiere el artículo 3o. son conflictos armados caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan fuerzas armadas”.

consecuencias directas para las víctimas de la violencia, porque condiciona la aplicación de normas que ofrecen una protección que aparece más o menos pormenorizada, según que se trate de disturbios o de un conflicto armado.¹¹ La experiencia enseña que, en materia de protección de las personas, cuanto más detalladas sean las normas, habrá más oportunidades de que sean efectivamente respetadas.¹²

Los otros elementos del artículo 3o. común parecen menos problemáticos que la calificación del conflicto armado. La condición de que el conflicto armado no internacional surja en el territorio de un Estado parte en los Convenios de Ginebra no pone mayores problemas, puesto que todos los Estados son partes en dichos tratados.¹³ Como consecuencia el conflicto se situará necesariamente en el territorio de uno de ellos. Contrariamente a los conflictos armados internacionales, la definición del conflicto armado no internacional tampoco parece exigir mayores criterios para calificar las partes en conflicto, las cuales deben sin embargo presentar cierto nivel de organización que les permite *aplicar, como mínimo* las disposiciones de dicho artículo. En efecto, el artículo 3o. trata de enunciar para todos los casos de conflictos no internacionales, una definición de los principios humanitarios que deben aplicarse y un mínimo de normas imperativas.¹⁴

Cubre varios escenarios en los cuales las partes pueden ser un gobierno que se enfrenta a grupos armados de oposición o tales grupos que se enfren-

11 Las diferencias en los regímenes de protección aparecen, por ejemplo, en el hecho de que contrariamente al derecho internacional humanitario, el derecho de los derechos humanos no toma en cuenta las características de una situación concreta; vincula a los estados y sus agentes, pero, en principio, no a los actores no estatales; está sujeto a derogación de ciertos derechos, lo que puede contribuir a un entorno propicio para la violación inclusive de los derechos no derogables; etcétera.

12 Es precisamente por ello que el derecho internacional humanitario se iba puntualizando cada vez más. No pudo contentarse, por ejemplo, con una regla que prescribe que las personas civiles están protegidas contra los efectos de los conflictos armados. Era necesario reglamentar dicha protección en todo el detalle para que sea efectivamente aplicada por las partes en conflicto.

13 Véase la nota 4.

14 Véase Comentario del artículo 3o. común a los cuatro Convenios de Ginebra. También: International Court of Justice, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America), 27 junio de 1986, Merits, par. 218, donde la Corte Internacional de Justicia nota que “article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules... which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called elementary considerations of humanity...”. El juicio es consultable en: http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/inus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19841126.pdf.

tan entre si mismos sin que haya intervención del Estado. También es posible que un Estado se enfrente a grupos armados en el territorio de otro Estado. Mientras que este último está de acuerdo con la presencia del primero, el conflicto mantiene su índole no internacional ya que no se desarrolla entre dos o más estados. En cualquier tipo de conflicto armado no internacional, tanto el tercer Estado como los grupos armados son vinculados, por lo menos, por el artículo 3o. común de los Convenios de Ginebra y las otras normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario.

El Protocolo adicional II de 1977, que desarrolla y completa el artículo 3o. común de los Convenios, contiene una definición más restringida de los conflictos armados no internacionales que cubre. En su artículo 1o. dispone que

...se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1o. del protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una alta parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

Esta definición excluye la hipótesis de enfrentamientos sin la participación del Estado al cual pertenece el territorio donde se desarrollan. Además, exige un mayor nivel de organización por parte de los grupos armados que inclusive tienen que controlar una parte del territorio. Siempre cuando existe un conflicto armado en el sentido del Protocolo adicional II, se aplica también el artículo 3o. común de los Convenios de Ginebra, pero no siempre cuando existe un conflicto armado en el sentido de este último, permite aplicar el Protocolo adicional II.

Resulta que el derecho internacional humanitario se aplica cuando una situación de violencia constituye *de facto* un conflicto armado, que puede ser internacional o de índole no internacional. De cualquier forma, el conflicto armado es una condición *sine qua non* para que se aplique el derecho internacional humanitario.

Si se aplica, vincula a todas las partes en conflicto, independientemente de la legitimidad que podrían invocar para su lucha. Es decir, que el senti-

miento de tener razón no importa para la obligación de respetar el derecho internacional humanitario. El *jus ad bellum* difiere profundamente del *jus in bello*.¹⁵ Aún más, cada parte tiene que respetar el derecho internacional humanitario inclusive si el adversario lo está violando. Es decir, que la suerte de las víctimas no depende de la reciprocidad. Si no, sería rápidamente sujeto de manipulaciones que quitarían al derecho de sus mismos cimientos.

II. TERRORISMO

En los últimos años gran parte del debate sobre los retos del derecho internacional humanitario ha sido dominado por el esfuerzo de encontrar medidas para prevenir y responder a los actos de terrorismo y los sufrimientos y la angustia que generan.

Abordado en una perspectiva de “guerra”, el fenómeno del terrorismo se ha a veces entendido como un problema que debería ser regulado principalmente por el derecho internacional humanitario. Al mismo tiempo se ha criticado este derecho por prohibir ciertas conductas, estimadas necesarias por razones de seguridad. Ambos parecen aproximaciones reductoras porque deja fuera de consideración otros aspectos que se inscriben más bien en un marco criminal y de actividades que son esencialmente de policía, de inteligencia o de cooperación judicial entre los Estados.

Aunque la referencia a una “guerra” en este contexto aparece muchas veces como retórica, este enfoque, o más bien su aceptación sin examen crítico, no es sin riesgo de empañar el significado de lo que constituye un conflicto armado en términos jurídicos. Como la existencia de un conflicto armado condiciona la aplicación del derecho internacional humanitario y su ausencia excluye dicha aplicación, la falta de claridad en los conceptos conduce a inconsistencias o contradicciones en la práctica que socavan la protección de las personas.

Ahora bien, el conflicto armado no caracteriza necesariamente la situación en la cual se cometen actos de terrorismo, ni la acción que se puede llevar a cabo en su contra. Por lo tanto, insinuar deficiencias en el derecho

¹⁵ Sobre el *jus ad bellum* véase el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas que prohíbe “recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”, así como las excepciones del uso de la fuerza previstas en el artículo 42 (mandato del Consejo de Seguridad) y 51 (legítima defensa) de la Carta.

internacional humanitario cuando no se aplica es confundir las consecuencias con las causas.

Por otro lado, es cierto que actos de terrorismo y las actividades en contra de ellos se pueden dar en un conflicto armado. Entonces el derecho internacional humanitario se aplicará. Condena los actos de terrorismo, los cuales pueden constituir inclusive crímenes de guerra, cuya represión penal es obligatoria para todos los Estados.¹⁶

Así, el artículo 33 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949 prohíbe expresamente los actos de terrorismo dentro del contexto de la protección de las personas civiles.¹⁷ El artículo 51(2) del protocolo adicional I, así como el artículo 13(2) del protocolo adicional II, afirman a su vez que “quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”.

Otras reglas que protegen a las personas o bienes en los conflictos armados también prohíben actos de terrorismo, aunque no se refieren expresamente a éstos. Están abarcados, por ejemplo, en la prohibición de atacar a personas o bienes civiles o de lanzar ataques indiscriminados, es decir, sin distinción entre los civiles y objetivos militares.¹⁸ Además, inclusive si se dirigen contra objetivos militares los ataques pueden constituir violaciones del derecho internacional humanitario si son ejecutados con medios o métodos prohibidos, por ejemplo mediante la perfidia.¹⁹

¹⁶ Sobre la obligación de reprimir los crímenes de guerra, véase los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

¹⁷ El artículo 33 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949 dispone en particular que “Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo”.

¹⁸ Véase en particular el artículo 51 del Protocolo adicional I de 1977 y la norma fundamental del mismo protocolo, según la cual “las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

¹⁹ El artículo 35 del Protocolo adicional I de 1977 prohíbe, en particular, “el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”, así como “el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”. Sobre la perfidia el artículo 37 del Protocolo adicional I dispone que “queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”.

Por consiguiente, personas que cometen actos que se pueden calificar como de terrorismo en un conflicto armado violan el derecho internacional humanitario. Como consecuencia incurren en responsabilidad penal, es decir, deben ser castigados por los tribunales de los Estados.

En este ámbito se plantearon dudas, tentadas por consideraciones que parecen sopesar la seguridad del Estado al detrimento de la protección de las personas, aunque tendría que ser al revés si los estándares alcanzados para evitar el arbitrario deberán mantenerse. Las dudas no tardaron en traducirse en cierta tolerancia de conductas como la detención sin garantías judiciales, la tortura, la desaparición de personas o las ejecuciones extrajudiciales, todas ellas violaciones graves del derecho internacional humanitario, si se cometan contra personas protegidas en relación con un conflicto armado, y en todo caso de los derechos humanos, así como del derecho penal nacional.

Una consecuencia de este debate era que surgieron opiniones que trataban de argumentar que las personas civiles que habían participado directamente en un conflicto armado internacional y fueron capturadas por el adversario, no estaban protegidas por el derecho internacional humanitario.

Para responder a esta posición, es necesario tomar en cuenta la situación de tales personas antes de que fueran capturadas. Se trata de una cuestión compleja que plantea interrogantes acerca del principio de distinción que sostiene el conjunto del derecho internacional humanitario.

III. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE PERSONAS CIVILES EN LAS HOSTILIDADES

En efecto, el derecho internacional humanitario supone que haya personas que participan en las hostilidades y otras que no participan. Por *hostilidades* se entiende generalmente actos defensivos o ofensivos y operaciones militares ejecutadas por los beligerantes durante un conflicto armado.²⁰ En principio, las personas civiles no participan en ellas y son protegidas por el derecho contra los efectos de los conflictos armados. En particular no pueden ser atacadas.

²⁰ Comparar también el trabajo realizado en el marco del denominado *Alabama Process*, por ejemplo: Jean-François Quéguiner, *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Working Paper, 2003, accesible en <http://www.ihlresearch.org/ihl/feature.php?a=42>.

En cambio, hay otros, que sí *tienen derecho a participar directamente en las hostilidades*.²¹ Son los combatientes, es decir, principalmente los miembros de las fuerzas armadas, excepto el personal sanitario y religioso. Las fuerzas armadas comprenden “todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable” ante una parte en el conflicto.²² Ellos no incurrir en responsabilidad penal por conductas conformes al derecho internacional humanitario, aunque éstas constituyan delitos graves en tiempos de paz, por ejemplo matar.

Los civiles no gozan de este “privilegio” de combatir. El artículo 50(1) del Protocolo adicional I de 1977 define una persona civil como “cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4o., A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo”. Es decir que, en principio, las personas civiles son aquellas que no son miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto. “En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil”.²³

Sin embargo, en la práctica ocurre que hay civiles que participan directamente en las hostilidades. En la medida en que los civiles participan directamente en las hostilidades pierden su inmunidad “mientras dure tal participación”, según el artículo 51(3) del Protocolo adicional I. Además, se exponen a sanciones penales por el mero hecho de haber participado en las hostilidades.

Es una situación que puede presentar dificultades en la práctica, porque los criterios que permiten calificar la participación como “directa” y no “indirecta”, o aquellos que son necesarios para circunscribir los límites temporales de la pérdida de la inmunidad, se pueden interpretar en sentidos opuestos. Ciertos fenómenos recientes plantean dificultades particulares para la aplicación de estas reglas. Así, por ejemplo, la creciente interrelación entre el sector privado y las fuerzas armadas. Parece que éstas externalizan cada vez más a empresas privadas ciertas tareas porque permite reducir gastos o disponer de conocimientos altamente especializados que el manejo de ciertos sistemas de armas o de comunicación requiere.

Personas civiles que atacan a un adversario, tratan de capturar a miembros de sus fuerzas o apropiarse de su equipamiento, participan muy proba-

21 Protocolo adicional I de 1977, artículo 43(1).

22 *Ibidem*, artículo 43(1).

23 *Ibidem*, artículo 50(1).

blemente de manera “directa” en las hostilidades. Se exponen entonces a ataques que son, en principio, legítimos. Pero cuando su participación consiste en tareas como mantener los sistemas informáticos del ejército, transportar el combustible de éste o vigilar la seguridad de una instalación, ya no es tan cierto si es suficiente para convertirlos a los civiles en objetivos militares o si no más bien mantienen su inmunidad contra los ataques.

El comentario del Protocolo adicional I puntualiza al respecto que

...seguramente hay lugar aquí a un cierto margen de apreciación: restringir esta noción al combate y a las operaciones militares propiamente dichas sería demasiado estrecho; extenderla a la totalidad del esfuerzo de guerra sería demasiado amplio... La participación directa en las hostilidades 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 en que esa actividad se ejerce.²⁴

Si los ataques no pudiesen dirigirse contra los civiles, podrían tal vez ser dirigidos contra el material que manejan, dependiendo de la proporcionalidad entre la ventaja militar que se puede obtener mediante la destrucción del equipamiento y la muerte de los operadores civiles.

Una vez establecido que un civil participa directamente en las hostilidades, queda por saber durante cuanto tiempo no goza de inmunidad. No parece presentar mayores dificultades durante los enfrentamientos. Pero se puede volver muy complicado cuando se consideran las actividades que preceden a éstos y los que siguen. Algunos parecen entender que la fase preparatoria de un ataque es parte de las hostilidades. Como consecuencia, el civil que participara en ella no estaría protegido. Pero ¿a partir de que momento empezaría la preparación?, ¿incluye ya el entrenamiento?

El artículo 51(3) del Protocolo adicional I habla de un tiempo bien restringido. Tratar de estirar este concepto puede socavar el principio de distinción subyacente a todo el derecho internacional humanitario.

IV. PRIVACIÓN DE LIBERTAD

¿Cuál es entonces la situación de los civiles que participaron en las hostilidades cuando son privados de libertad por el adversario?

24 Comentario del Protocolo adicional I, *op. cit.*, nota 5, párrafo 1679.

Aunque pierden momentáneamente su inmunidad contra ataques y son propensos a sanciones penales, no quiere decir que en caso de captura están fuera de la protección del derecho. Al contrario, el artículo 45 del Protocolo adicional I establece una presunción según la cual “la persona que participe en las hostilidades y caiga en poder de una parte adversa se presumirá prisionero de guerra y, por consiguiente, estará protegida por el III Convenio...”. Vale hasta que un tribunal haya decidido sobre el derecho de disfrutar de tal estatuto. Al no tenerlo, se aplica el cuarto Convenio de Ginebra y en todo caso el artículo 75 del Protocolo adicional I.

El cuarto Convenio de Ginebra protege a las personas civiles “que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.²⁵ A primera vista, muy amplio, el convenio limita esta protección luego a ciertas personas en función de un criterio de nacionalidad. En virtud de éste son cubiertos, en particular, los nacionales de los estados beligerantes que no tienen relaciones diplomáticas normales.

En cambio, excluye a los nacionales de estados que tienen una representación diplomática normal ante el estado en cuyo poder estén. Sin embargo, estas personas quedan protegidas por el artículo 75 del protocolo adicional I, lo cual refleja el derecho consuetudinario. Dispone que “las personas que estén en poder de una parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los convenios o del presente protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo...”.

Dicha protección incluye, como en el caso del cuarto Convenio de Ginebra, el respeto de las garantías judiciales y, por supuesto, la prohibición del homicidio, de la tortura, de los atentados contra la dignidad personal, etcétera. Cabe agregar que el cuarto convenio permite internar a personas civiles, si fuese absolutamente necesario para la seguridad del Estado en cuyo poder estén. Aunque no implica llevar a cabo un procedimiento penal y con ello garantizar las garantías judiciales que lo acompañan, el procedimiento está sujeto a un régimen cuyo mantenimiento debe ser periódicamente revisado y cesar lo más pronto posible.²⁶

²⁵ Artículo 4(1) del cuarto Convenio de Ginebra de 1949.

²⁶ Artículos 5o. y 79-149 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949. Sobre el procedimiento y en particular el examen de los casos de internamiento, véase el artículo 43 del mismo Convenio.

Resulta que de cualquier forma, los civiles privados de libertad en relación con un conflicto armado internacional quedan protegidos por el derecho internacional humanitario. Los problemas que se observan al respecto, no dimanan de lagunas del derecho como tal, sino más bien de la falta de aplicarlo.

V. LA NOCIÓN DE OBJETIVO MILITAR

Vinculada a la participación en las hostilidades, pero más amplia, es la cuestión de saber lo que significa exactamente la noción de “*objetivo militar*”. Reaparecieron opiniones que pretenden dar un significado amplio a este término para justificar la destrucción de ciertos bienes de importancia político, económico o psicológico para el adversario, tratando así de influir de manera indirecta en el transcurso del conflicto. Conlleva un riesgo de abrir la puerta a la guerra sin restricciones, rechazada por el derecho.

Los objetivos militares están definidos de manera general por el artículo 52(2) del Protocolo adicional I como “aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”. Cae en esta definición, típicamente, un tanque, un puesto de artillería, un cuartel del ejército o un depósito de municiones, etcétera, inclusive las tropas. En cambio, son excluidos, en principio, objetos como un hospital, una escuela, un museo.

La formulación de los objetivos militares parece generalmente aceptada, pero no todos la entienden en el mismo sentido. En la práctica, problemas surgen en particular cuando los bienes que sirven normalmente para fines civiles, se utilizan con fines militares. Quizás menos frecuente, pero también posible es el caso de un bien que es normalmente militar, pero que se utiliza con un fin civil, por ejemplo para trasladar a heridos. Un objeto puede además cumplir al mismo tiempo funciones que son a la vez civiles y militares.

En cada caso es necesario establecer, primero, si un objeto sirve al adversario militarmente y, segundo, si su destrucción mejora concretamente la situación militar del atacante. Con respecto a los bienes civiles, cuando no es posible determinar “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”.²⁷ Como consecuencia no podría ser atacado.

En cambio, una vez establecido que un bien constituye efectivamente un objetivo militar, puede ser atacado. Sin embargo, inclusive en este caso serían prohibidos “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.²⁸

En otras palabras, inclusive si son dirigidos contra objetivos militares, los ataques son subordinados a una evaluación de los daños que provocan a los civiles. Estos daños deben ser evitados o por lo menos minimizados. En efecto, el artículo 57(1) del Protocolo adicional I dispone que las “operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil”. Al respecto, el atacante tiene que tomar una serie de precauciones detalladas por el artículo 57(2) del Protocolo adicional I.²⁹

Si los daños a los civiles no se pueden evitar completamente, el atacante tiene que ponderarlos con la ventaja militar concreta y directa que espera. La ventaja puede, por ejemplo, ser la toma una posición del adversario. Esta evaluación de la proporcionalidad de un ataque es sumamente difícil porque exige que se comparen valores que son intrínsecamente distintos. La dificultad crece aún más cuando se considera no únicamente el daño di-

27 Artículo 52(3) del Protocolo adicional I de 1977.

28 Véase el artículo 51(5)(b) del Protocolo adicional I de 1977.

29 Según el artículo 57(2) del Protocolo adicional I de 1977 se trata en particular de “i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos; ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil; iii) abstenerse de decidir 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 concreta y directa prevista.” Cabe agregar que el atacado también está obligado garantizar la protección de la población, puesto que todas las partes en conflicto tomarán “las precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control” (artículo 58(c) del Protocolo adicional I de 1977).

recto, por ejemplo los muertos civiles, sino también el daño indirecto para las personas civiles, por ejemplo en términos de residuos explosivos que contaminarán el área afectada o las consecuencias ecológicas o de salud para una población. El dilema es saber hasta donde el atacante debe apreciar la causalidad de los efectos del ataque para no cometer una violación del derecho internacional humanitario.

Es imprescindible interpretar la noción de objetivo militar estrechamente, para garantizar que las personas civiles quedan efectivamente protegidas. Los objetos que podrían contribuir de manera indirecta al esfuerzo militar del adversario no constituyen objetivos legítimos. En particular no se pueden admitir ataques contra bienes con el motivo de impactar en la moral o la determinación de luchar. El contrario significaría regresar a las teorías de la guerra total, que el derecho ha precisamente superado.

VI. CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Comparado con las normas que rigen en los conflictos armados internacionales, el derecho de los conflictos armados no internacionales aparece mucho menos articulado. Los conflictos armados de esta índole presentan entonces retos particulares para la aplicación del derecho internacional humanitario. No sólo representan el tipo más común de conflictos armados en la actualidad y reclaman el número más alto de víctimas, pero la falta de normas detalladas parece complicar el respeto del derecho.

De los Convenios de Ginebra de 1949 solo una disposición, el artículo 3o. común, se aplica en ellos, completado por el Protocolo adicional II de 1977 y una serie de tratados sobre materias específicos que no diferencian más entre la índole de los conflictos armados. Estos últimos parecen indicar que la separación entre reglas aplicables en los conflictos internacionales y reglas para los conflictos no internacionales es menos rígida hoy que hace unos treinta años.

La labor del tribunal internacional para la antigua Yugoslavia señala en esa misma dirección. El tribunal constató, en efecto que

...notwithstanding these limitations, it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. These rules, as specifically identified in the preceding discussion, cover such areas as protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks, protec-

tion of civilian objects, in particular cultural property, protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities.³⁰

Un recién publicado estudio sobre el derecho internacional consuetudinario confirma a su vez esta tendencia.³¹ Se trata de una obra muy detallada que muestra en más de 5,000 páginas que un buen número de las reglas concebidas en primer lugar para el caso de conflictos armados internacionales, son válidas también en los conflictos no internacionales. Responde a una serie de dudas en cuanto a las obligaciones de Estados que todavía no son parte de ciertos tratados, en particular respecto a los dos protocolos adicionales.

El análisis soluciona varias lagunas que persisten, sobre todo en el ámbito del derecho aplicable en los conflictos armados no internacionales. Por ejemplo, las normas sobre los objetivos militares o las precauciones en el ataque no aparecen tan elaboradas como en el Protocolo adicional I, ni en el artículo 3o. común, ni en el protocolo adicional II, aunque están comprendidas en este último en una forma sintetizada.³²

Eso dicho, no se disputa que los principios según los cuales el objetivo del conflicto armado se limita a debilitar el potencial militar del adversario para conseguir una ventaja decisiva, y que se debe respetar la vida y la integridad de las personas civiles que no participen en las hostilidades, rigen también en los conflictos no internacionales. En este sentido, el estudio proporciona clarificaciones muy útiles, por ejemplo cuando establece, basado en la práctica de los Estados, que la definición de los objetivos militares, la prohibición de ataques indiscriminados, el principio de la proporcionalidad o la obligación de tomar precauciones antes de un ataque, se aplican igual en los conflictos armados no internacionales.

Sin embargo, quedan dificultades debidas a características inherentes a los conflictos armados no internacionales. Por ejemplo, los miembros de los grupos armados no gozan de una inmunidad similar al estatuto de combatiente y pueden ser castigados por su mera participación en las hostilidades, independientemente de que si respetaron o no el derecho internacional

³⁰ ICTY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 octubre de 1995, párrafo 127.

³¹ Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, 2005.

³² Artículos 13-18 del Protocolo adicional II de 1977.

humanitario. La combinación de estos factores parece ofrecerles pocos incentivos para cumplir con el derecho internacional humanitario, sobre todo si la pena por haber levantado las armas suele ser una pena máxima.³³

Aún más complejo parece la pregunta de saber en qué medida los miembros de los grupos armados pueden ser legítimamente atacados y no únicamente arrestados. Como no son combatientes, pueden ser considerados como civiles que participan en un conflicto armado. Similar a la situación en el contexto de un conflicto armado internacional, los civiles en un conflicto armado no internacional también pierden su inmunidad contra ataques “si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”.³⁴ En relación con los grupos armados de oposición, esta condición parece conducir a un desequilibrio entre las partes en conflicto porque no se aplica a los ataques dirigidos contra las fuerzas armadas gubernamentales. Los miembros de éstas pueden ser atacados independientemente de un criterio de participación directa en las hostilidades, sin que eso constituya una violación del derecho internacional humanitario, a pesar de que el mismo ataque puede constituir un delito grave según el derecho penal nacional.³⁵

Por otro lado, la tendencia que se observa en varios Estados, quizás sobre todo en América Latina y el Caribe, de encomendar a las fuerzas armadas tareas relacionadas con el orden público en situaciones de disturbios —a menudo junto con la policía o inclusive utilizando fuerzas que reúnen tanto características militares como civiles— podría incidir negativamente en el respeto del principio de distinción, cuando la situación se convierte en un conflicto armado, lo que puede pasar muy rápidamente y sin que sea necesario que dure mucho tiempo.

En efecto, si el ataque contra las fuerzas armadas en un conflicto armado no internacional puede aparecer como legítimo en derecho internacional si respeta las normas del derecho internacional humanitario, no lo es si se di-

³³ Véase, sin embargo, el artículo 6(5) del Protocolo adicional II de 1977 según el cual “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

³⁴ Artículo 13(3) del Protocolo adicional II de 1977 lo cual dispone que “las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”.

³⁵ Comparar también Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *op. cit.*, nota 31, pp. 19 y 21.

rige contra civiles entre los cuales se encuentran también policías u otros agentes del Estado que forman parte de las fuerzas armadas. Cuando no se mantuvo una clara delimitación entre las funciones militares y policiales en tiempo de paz, es probablemente difícil volver a mantener una distinción en tiempo de guerra. La línea entre objetivos militares y personas y bienes protegidos se hubiera hecho borrosa. De los agentes civiles del estado a considerar a las demás personas civiles como objetivos de ataques faltaría solo un pequeño paso. Las hostilidades se llevarían entonces a cabo sin ninguna distinción.

VIII. MEDIDAS DE APLICACIÓN NACIONAL

Los problemas humanitarios en la guerra no se solucionan únicamente con los tratados o la constatación de la costumbre internacional. La prohibición de un método de combate o de un arma en si, no cambia en nada la situación de las víctimas si la prohibición no está aplicada efectivamente.

Es cierto que es necesario que los Estados se comprometan formalmente con las normas del derecho internacional humanitario. Pero aún así, muchas veces todavía es necesario implementar las normas internacionales en el ámbito nacional. Sin medidas nacionales, gran parte de las reglas del derecho internacional humanitario no podrían aplicarse. Además, la aplicación nacional de los tratados parece tanto más importante cuando se considera que el derecho internacional humanitario supone en gran medida una autorregulación por parte de los Estados.

Aunque sea posible aplicar buena parte de las normas del derecho internacional humanitario, son numerosas las reglas que necesitan algún tipo de acción complementaria por parte de los Estados para que puedan aplicarse en la práctica una vez que haya estallado un conflicto armado. Las medidas que se deben tomar son de naturaleza diversa, y abarcan tanto ajustes legislativos como medidas de índole administrativa, práctica y educativa. Los Convenios de Ginebra insisten expresamente en la importancia fundamental de aquellas medidas para garantizar la protección de las víctimas de la guerra. No obstante, es un hecho, que los estados tardan en cumplir con estos compromisos.³⁶

³⁶ Al respecto conviene recordar que el Comité Internacional de la Cruz Roja ofrece servicios de asesoramiento especializados a los estados que lo requieran para facilitarles

Tal vez se puede ilustrar la problemática a través de dos obligaciones convencionales que requieren medidas para que se pueden aplicar: la difusión del derecho y la represión de sus violaciones.

VIII. DIFUSIÓN / INTEGRACIÓN

Cualquiera que sea la regla que tiene que aplicarse en un caso particular, las partes en el conflicto deben conocerla antes de poder respetarla.³⁷ Para lograr su objetivo, consistente en limitar la violencia, la difusión del derecho internacional humanitario requiere de un acercamiento a la vez mucho más amplio y fino. La cuestión no se puede reducir a un problema meramente de derecho, ni de conocimiento de éste, ya que intervienen toda una serie de variables psicológicas, antropológicas, sociales, etcétera; los cuales condicionan últimamente el comportamiento humano.³⁸

La obligación de difundir dichas reglas atañe en primer lugar a las fuerzas armadas, quienes cumplen tradicionalmente con el papel de conducir la

adoptar medidas nacionales de aplicación de los tratados del derecho internacional humanitario. Se trata de un cometido asignado por los estados al CICR y definido, en particular, en el artículo 5 (2) (c) de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Según dicho artículo el CICR está encargado de “trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario”, Este mandato se puntualizó en la resolución 1 de la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja la cual suscribió tanto la declaración final de la conferencia internacional para la protección de las víctimas de la guerra, aprobada el 1o. de septiembre de 1993, como las recomendaciones formuladas por el Grupo Intergubernamental de Expertos que se reunió del 23 al 27 de enero de 1995 en Ginebra, Suiza. Para una perspectiva de los avances en este ámbito, véase la base de datos sobre medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario, accesible en <http://www.icrc.org/ihl-nat>.

³⁷ Los tratados de derecho internacional humanitario instan regularmente a los estados a difundir lo más ampliamente posible las reglas que contienen; véase, por ejemplo, los artículos 47, 48, 127, 144 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente, el artículo 83 del Protocolo adicional I de 1977, el artículo 19 del Protocolo adicional II de 1977, o el artículo 25 de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

³⁸ Para una discusión sobre las causas de las violaciones del derecho internacional humanitario, véase, por ejemplo, David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruselas, 1994, pp. 667-730. También Muñoz-Rojas, Daniel y Frésard, Jean-Jacques, “El origen del comportamiento en la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2004, núm. 853, pp. 189-207. Este último artículo está disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/p0853?opendocument>.

guerra. Requieren entonces de la capacitación necesaria para ejecutar su misión en armonía con el derecho internacional humanitario para ser eficaz y evitar incurrir en sanciones por posibles violaciones. Como los miembros de las fuerzas armadas estudian y ajustan su comportamiento sobre todo a lo que su doctrina militar estipula, el derecho internacional humanitario tiene que ocupar un espacio dentro de dicha doctrina. Es decir, que la difusión a las fuerzas armadas no puede conformarse con el impartir cursos de instrucción, sino más bien, abarca la integración del derecho internacional humanitario en la doctrina militar, incluso en los manuales operativos de las fuerzas armadas, para que sus reglas puedan servir como pauta de referencia para los militares en situaciones de conflicto armado.

Los militares no son los únicos que tienen responsabilidades en materia de derecho internacional humanitario. Las autoridades políticas, los medios informativos, los académicos, así como los representantes de los sistemas educativos influyen en grados diversos en el respeto que se acuerda a dicho derecho en tiempos de conflicto armado. Por ello, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales prescriben que la difusión incluya a los diferentes segmentos de la sociedad.

IX. CRÍMENES DE GUERRA

Una medida legislativa determinante para garantizar que se respete el derecho internacional humanitario, y un desafío mayor, consiste en sancionar las violaciones a dicho derecho. La consecuente aplicación de éste, inclusive a través de medidas para castigar sistemáticamente sus violaciones, incide en el comportamiento. Liberados de las restricciones impuestas por normas, los individuos parecen pronto proclives a seguir sus instintos más básicos, por más irracionales que sean. No es una coincidencia que las peores atrocidades se han cometido regularmente en un entorno permisivo donde el derecho parecía ausente y por lo general por personas que eran perfectamente conscientes del mal de su conducta.

Los principales tratados del derecho internacional humanitario exigen que se castigue penalmente a los responsables de las violaciones más graves, es decir, los crímenes de guerra. Al respecto, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 contienen cada uno una disposición por medio de la cual, los Estados se comprometen a tomar todas las medidas legislativas oportunas a fin de determinar las adecuadas sanciones penales que se han de apli-

car a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves contra dichos tratados.

Especifican, además, que cada Estado tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Los Estados pueden, si así lo prefieren, y según las disposiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado interesado, si éste ha formulado contra ellas cargos suficientes.³⁹

El Protocolo adicional I de 1977 complementa estas reglas, en particular en su título V, sección II, en la cual puntualiza que las disposiciones de los convenios relativas a la represión de las infracciones se aplican a las reglas establecidas por el Protocolo.⁴⁰ Así pues, el protocolo desarrolla las normas codificadas por los Convenios de Ginebra en cuanto a la tipificación de las violaciones del derecho internacional humanitario, la comisión por omisión de las violaciones, la responsabilidad de los superiores y la asistencia judicial en materia penal.⁴¹

Por otro lado, el Estatuto de Roma de 1998 establece una Corte Penal Internacional que tiene competencia respecto de los crímenes de guerra.⁴² Es importante recordar que dicha Corte no sustituye a las jurisdicciones nacionales. Son ante todo los Estados a quienes incumbe la obligación y la responsabilidad de enjuiciar a los presuntos criminales de guerra. Sólo cuando un Estado parte en el Estatuto de Roma no pueda o no quiera llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento, tendría la Corte Penal Internacional competencia. Así, la Corte sería competente para conocer de un asunto siempre y cuando un Estado no reivindique su propia jurisdicción.⁴³

Cabe notar que el Estatuto de Roma no obliga explícitamente a los Estados parte a castigar los crímenes de la competencia de la Corte, pero sí lo supone, puesto que el mecanismo de complementariedad que prevé depende de la posibilidad de los Estados de reprimir dichos crímenes en el ámbi-

39 Artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

40 Artículo 85(1) del Protocolo adicional I de 1977.

41 *Ibidem*, artículos 85-88.

42 Además de los crímenes de guerra, la Corte Penal Internacional tiene competencia respecto al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión. Véase el artículo 5 del Estatuto de Roma.

43 Preámbulo y artículos 1o., 17, 18 y 19 del Estatuto de Roma.

to nacional.⁴⁴ Esto conlleva consecuencias legislativas respecto de la tipificación de los crímenes e inclusive por lo que atañe a las reglas generales que rigen la improcedencia del cargo oficial, la responsabilidad de los superiores, la imprescriptibilidad o las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.⁴⁵ Por consiguiente, resulta imprescindible que los estados parte en el Estatuto de Roma ajusten su derecho penal a dicho tratado para poder reprimir internamente los crímenes de la competencia de la corte cuando se presente un caso.⁴⁶

La adecuación del derecho penal al Estatuto de Roma no puede menoscabar las obligaciones que dimanar de los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I. Se trata más bien de armonizar el régimen establecido en estos dos últimos con aquel estipulado por el estatuto. Significa cerciorarse que la legislación penal permite, como mínimo indispensable y obligatorio, castigar los crímenes de guerra definidos por los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I de acuerdo al sistema de represión impuesto por dichos tratados. Las reglas del estatuto pueden fortalecer, pero no deben debilitar, la arquitectura así erigida, en cuanto a la definición de los crímenes de guerra, así como por lo que atañe a las reglas sobre la responsabilidad penal y el ejercicio de la acción penal.

Tanto los Convenios de Ginebra como el Protocolo adicional I definen los actos que corresponden a las infracciones que los Estados se comprometieron a castigar. Se trata de las violaciones más graves del derecho internacional humanitario. Corresponden a lo que el Protocolo adicional I define como crímenes de guerra.⁴⁷ Dichos crímenes están enumerados en los artículos 50, 51, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente, así como en los artículos 11 y 85 del Protocolo adicional I de 1977.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional codifica también una serie de crímenes de guerra que no siempre corresponden a una infracción grave en el sentido de los Convenios de Ginebra o del Protocolo adicional I. En efecto, el artículo 8o. del Estatuto de Roma define cincuenta crímenes de

44 El Preámbulo del Estatuto de Roma recuerda en su inciso 6, “que es deber de todo estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

45 Véase, en particular, los artículos 6o., 7o., 8o., 27, 28, 29, 31, 32 y 33 del Estatuto de Roma.

46 Los Estados parte en el Estatuto de Roma se comprometieron, además, a cooperar plenamente con la Corte Internacional Penal. Véase el artículo 86 del Estatuto de Roma.

47 Artículo 85(5) del Protocolo adicional I de 1977.

guerra repartidos en cuatro categorías, o sea en 1) infracciones graves de los Convenios de Ginebra, 2) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, 3) violaciones graves del artículo 3o. común de los Convenios de Ginebra y 4) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados no internacionales.

Al comparar los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I con el Estatuto de Roma, resulta que éste identifica una serie de crímenes de guerra que no figuran en la lista de las infracciones graves. Conciernen una parte de las violaciones graves contra las leyes y usos de los conflictos armados internacionales, así como todas las violaciones graves contra las leyes y usos de los conflictos armados no internacionales, en el sentido del artículo 8o. del Estatuto de Roma.

Ejemplos de ello son los crímenes definidos por los artículos 8(2)(b)(iii), 8(2)(b)(xii), 8(2)(b)(xiv), 8(2)(b)(xvi), 8(2)(b)(xvii), 8(2)(b)(xviii), 8(2)(b)(xix), 8(2)(b)(xx), 8(2)(b)(xxiii), 8(2)(b)(xxiv), 8(2)(b)(xxv), 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto de Roma, por lo que a los conflictos armados internacionales se refiere, así como los crímenes contra el derecho aplicable en los conflictos armados no internacionales, definidos por los artículos 8(2)(c) y 8(2)(e) del Estatuto.

Por otro lado, conviene destacar que el protocolo adicional I enumera algunos crímenes que no aparecen en el Estatuto de Roma. Se trata, en particular, de los ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, de los ataques contra localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, y de la demora injustificable en la repatriación de los prisioneros de guerra o de personas civiles, definidos por los artículos 85(3)(c), 85(3)(d) y 85(4)(b) del Protocolo adicional I, respectivamente. Además, aparecen en el Estatuto de Roma crímenes que se parecen a ciertas infracciones graves del Protocolo adicional I, pero cuyos elementos son más restrictivos, así que no abarcan la totalidad de las conductas delictivas que dicho Protocolo obliga a los Estados castigar como crímenes de guerra.

Por ejemplo, cuando el artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma define el crimen que consiste en lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea, pone condiciones calificati-

vas que no se encuentran en la figura del artículo 85(3)(b) del protocolo adicional I. Este último define como crimen de guerra el lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos. Contrariamente al artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma, no exige que los daños sean “manifiestamente” excesivos, ni que se comparen con la ventaja militar “de conjunto”. Hacer depender la realización del crimen de estas condiciones imposibilitaría al juez nacional a castigar el crimen de guerra del artículo 85(3)(b) del Protocolo adicional I, a pesar del compromiso del Estado de perseguir y enjuiciar la conducta.

En el mismo sentido, el crimen de atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares, definido por el artículo 8(2)(b)(v) del Estatuto de Roma, deja la posibilidad de comprobar que una ciudad sea un objetivo militar. Al ser así, el crimen contemplado no se consumirá. Según el Protocolo adicional I, cualquier ataque contra una ciudad constituye un crimen de guerra, porque nunca puede calificar como un objetivo militar. Tal ataque siempre reunirá los elementos del artículo 85(3)(a) del protocolo adicional I, lo cual define el crimen de hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; o bien reunirá los elementos del artículo 85(3)(b) del Protocolo adicional I que define el crimen, antes mencionado, de lanzar un ataque indiscriminado.

Divergencias entre el Protocolo adicional I y el Estatuto aparecen también en cuanto a la responsabilidad de los superiores por la conducta de sus subordinados. El derecho internacional humanitario establece una responsabilidad penal de las personas que ejercen una autoridad superior sobre subordinados que hubieren cometido crímenes de guerra. Los superiores pueden ser responsables por haber ordenado los crímenes, pero también por haber omitido tomar las medidas para prevenir que los crímenes se cometan. Se trata de una responsabilidad por falta de control y supervisión bien arraigada en el derecho internacional.⁴⁸

48 ICTY, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T, par. 343: “On the basis of the foregoing, the Trial Chamber concludes that the principle of individual criminal responsibility of superiors for failure to prevent or repress the crimes committed by subordinates forms part of customary international law”. Confirmado por la Cámara de Apelaciones en IT-96-21-A, par. 182 ss. Véase también el caso *Yamashita*, 4 *Law Reports of Trials of War Criminals* 1 (1946).

Al respecto, el Protocolo adicional I estipula en su artículo 86, párrafo 2, que:

...el hecho de que la infracción de los convenios o del presente protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

Estos elementos difieren de aquellos del artículo 28 del Estatuto de Roma. El artículo 86 del Protocolo adicional aplica, en efecto, los mismos estándares tanto a los superiores militares como a los superiores civiles. En cambio, el artículo 28 del Estatuto de Roma establece una distinción según que se trata de superiores militares (a los cuales se aplica la letra *a*) del artículo 28) o de superiores civiles (a los cuales se aplica la letra *b*) del artículo 28). Para los militares el Estatuto de Roma exige un estándar acerca del conocimiento que es más bajo que para los civiles.

El artículo 86 del protocolo adicional I establece un mismo estándar que se aplica a todos los superiores independientemente de su calidad de militar o de civil. Este estándar es aquel aplicable a los militares según el Estatuto de Roma, es decir uno que compromete la responsabilidad penal del superior ya cuando éste hubiere debido saber de la comisión de los crímenes (y no hizo nada) y no sólo a partir del momento, en el cual hubiere tenido conocimiento o hubiere deliberadamente omitido información relevante al respecto. Dicho estándar refleja el derecho internacional que los tribunales nacionales deben aplicar, a pesar de que en los enjuiciamientos ante la Corte Penal Internacional —y sólo en estos procedimientos— la responsabilidad penal de los superiores civiles está sujeta a los criterios del artículo 28(b) del Estatuto de Roma.⁴⁹

⁴⁹ Cabe recordar que el artículo 28(b) del Estatuto de Roma resultó de un compromiso político que no cambia el derecho internacional vigente tal como lo establecen, además del artículo 86 del Protocolo adicional I, el artículo 7(3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 1993, el artículo 6(3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994, el artículo 60. del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 o el artículo 6(3) del Estatuto de la Corte especial para Sierra Leone de 2002. Por ello se encuentra reflejado en gran número de legislaciones nacionales tales como la ley sobre la represión de las

X. CONCLUSIÓN

Al confrontar el derecho internacional humanitario con las realidades de la guerra en la actualidad, se nota un pragmatismo de las normas que permite responder adecuadamente inclusive a fenómenos que tal vez no existían o eran menos acentuados cuando se adoptaron los Convenios de Ginebra en 1949 o sus protocolos adicionales en 1977. Al respecto, muchos de los retos que se plantean en la actualidad se podrían solucionar con interpretaciones de buena fe de las normas vigentes. Por otro lado, conviene tener presente que no siempre es posible poner en práctica dichas normas, en particular cuando faltan las medidas nacionales que son necesarias para aplicar los tratados. En este ámbito queda mucho por hacer. Aquí aparece tal vez el mayor reto para mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados contemporáneos.

infracciones graves a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos de Bélgica (artículos 3(3) y 4o.), la ley sobre los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra de Canadá (artículo 7o.), el código penal de Italia (artículo 42), la ley sobre los crímenes internacionales de los Países Bajos (artículo 9o.), etcétera.