

# À la guerre comme à la guerre\*: tipos de conflictos armados, respuestas del derecho humanitario y nuevos desafíos\*\*

**Luc Reydamas\***

Luc Reydamas es Especialista Profesional Adjunto en el Departamento de Ciencias Políticas y becario en el Instituto de Estudios Internacionales sobre la Paz "Joan B. Kroc" de la Universidad de Notre Dame

## Resumen

*La continua transformación de los conflictos armados desde que se aprobó el primer tratado de derecho internacional humanitario en 1864 ha obligado a este derecho a adaptarse en consecuencia. Esas adaptaciones, ya fueran mediante normas de derecho consuetudinario o nuevos tratados multilaterales, han tenido siempre por objeto aumentar la protección y el alcance de la normativa. En cuanto a la aplicación práctica de los tratados, la historia muestra que el derecho internacional humanitario ha experimentado una revisión sustancial cada 25 a 30 años. En el presente artículo se examina la relación entre esas revisiones y los conflictos que pusieron en evidencia las deficiencias del derecho vigente. Para ello se expone, pues, una crónica de los conflictos y de los problemas humanitarios más graves que generaron, que refleja el aspecto cambiante de los conflictos armados desde mediados del siglo XIX. Tras examinar los retos que actualmente afronta al derecho internacional humanitario, el autor estudia las posibles respuestas.*

.....

\* Proverbio francés para significar que hay que ir a la guerra con los medios disponibles y adaptarse a las circunstancias.

\*\* Dedico este artículo al profesor de Física Michael Wiescher, mi amigo, vecino y colega, con quien tuve el gusto de impartir conjuntamente un curso sobre la guerra nuclear. Una versión anterior del presente artículo se publicará en *Armed Conflicts and the Law*, 2007, Jan Wouters y Sten Verhoeven (dirs.).

## Introducción

Al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el derecho internacional humanitario (DIH) tiende a desarrollarse *en respuesta* a los acontecimientos. Es imposible rastrear los principios generales del DIH – necesidad militar, humanitarismo, proporcionalidad y distinción– en episodios particulares. No sucede así con las prohibiciones u obligaciones específicas que derivan de esos principios. En este artículo, se identificarán las coyunturas históricas que tuvieron un efecto decisivo en el desarrollo del DIH convencional moderno<sup>1</sup>. Históricamente, el DIH ha experimentado cada veinticinco a treinta años sustanciales revisiones gracias a nuevos e importantes tratados multilaterales. El principal objetivo del presente artículo es explicar el contexto histórico de esos tratados y la lógica que los sustenta. No pretendemos, en cambio, analizar en profundidad el DIH ni exponer su evolución<sup>2</sup>. Una reciente obra magna pone de relieve el papel de las normas consuetudinarias en la respuesta a los desafíos que afronta el DIH<sup>3</sup>.

En este artículo se reseñan, por orden cronológico, once conflictos armados que tuvieron lugar a lo largo del desarrollo del DIH convencional moderno, desde que se inició en 1859, tras la batalla de Solferino, hasta su actual aplicación en la denominada guerra mundial contra el terrorismo. En cada caso, se identifican las cuestiones humanitarias más importantes y las correspondientes respuestas del DIH. Además, se procura determinar los retos sin respuesta que plantean los conflictos armados más recientes. Como ya se ha dicho, el artículo versa casi exclusivamente

- 1 La constante transformación de la guerra –por quién, cómo y por qué se libra– ha sido descrita por los historiadores militares John Keegan y Martin van Creveld, por la politóloga Mary Kaldor y por el escritor, estudioso y político Michael Ignatieff. Este artículo debe mucho a la labor de los tres tratadistas. Sir John Keegan es autor de numerosos libros sobre la historia de la guerra, como *The Face of Battle*, Viking Books, Nueva York, 1976; *The Second World War*, Penguin, Nueva York, 1989; *A History of Warfare*, 1993 y *The First World War*, Alfred A. Knopf Inc., Westminister, Maryland, 1998. De van Creveld he consultado *The Transformation of War*, Free Press, Nueva York, 1991; de Kaldor, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Polity Press, Cambridge, 1999; y de Ignatieff: *The Warriors' Honor: Ethnic War and the Modern Conscience*, Metropolitan Books, Nueva York, 1997 y *Virtual War: Kosovo and Beyond*, Metropolitan Books, Nueva York, 2000. Otra fuente importante utilizada ha sido la base de datos en línea con información sobre tratados del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), disponible, con comentarios, en el sitio Web del CICR, [www.cicr.org](http://www.cicr.org) (consultada el 27 de noviembre de 2006). Para estudiar el cambiante rostro de la violencia mundial y cuestionar en profundidad la doctrina convencional, es sumamente útil el *Human Security Report 2005: War and Peace in the 21st Century*, realizado por el Centro de Seguridad Humana de la Universidad de British Columbia, Canadá.
- 2 V., v.g., Leslie Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2ª ed., Manchester University Press, Nueva York, 1993; Michael Howard, George Andreopoulos y Mark Shulman (dirs.), *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World*, Yale University Press, New Haven, 1994; Marco Sassoli y Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents, and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, CICR, Ginebra, 1999; Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario*, 3ª ed., CICR, Ginebra, 2001, que puede consultarse en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa); Anthony Rogers, *Law on the Battlefield*, 2ª ed., Manchester University Press, Manchester y Nueva York, 2004.
- 3 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (dirs.), *Customary International Humanitarian Law*, 2 vols., CICR y Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

sobre los tratados multilaterales, esto es, las normas jurídicas internacionales codificadas con el explícito consentimiento de los Estados. En cambio, la atención prestada a otras fuentes del DIH, como son las legislaciones nacionales (v.g., los códigos militares) y las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales –que son elementos importantes para la formación de las normas consuetudinarias internacionales– es mínima.

Aunque algunos de los conflictos armados que se examinan a continuación no tienen nada en común, cabe señalar que el DIH contemporáneo sólo reconoce dos categorías de contiendas: los conflictos armados internacionales y los no internacionales<sup>4</sup>. Los politólogos y los historiadores (militares) utilizan categorías o etiquetas adicionales, algunas de las cuales se describen más adelante porque nos ayudan a comprender mejor las cuestiones y los desafíos de índole humanitaria que los conflictos armados han planteado en el transcurso del tiempo.

## Guerras pequeñas y grandes, antiguas y nuevas

A los historiadores militares les agrada distinguir entre las guerras *pequeñas* y las *grandes*. ¿Qué quieren decir con ello? Básicamente, la distinción se refiere a las diversas empresas militares de (pasados) imperios, tales como Francia, Gran Bretaña<sup>5</sup>, Rusia o Estados Unidos<sup>6</sup>. Desde una perspectiva estadounidense, Max Boot distingue al menos cuatro tipos de guerras pequeñas: punitivas (para castigar ataques contra ciudadanos o bienes estadounidenses), de protección (para proteger a ciudadanos o bienes estadounidenses), de pacificación (para ocupar territorios extranjeros) y de lucro o explotación (para apropiarse concesiones comerciales o territoriales)<sup>7</sup>. En el *Small Wars Manual* del Cuerpo de Infantes de Marina de Estados Unidos (1940) figura la siguiente definición:

Por lo que atañe a Estados Unidos, las guerras pequeñas son operaciones emprendidas con la autorización del poder ejecutivo, en las cuales la fuerza militar se combina con la presión diplomática sobre los asuntos internos

- 4 En la Edad Media, el Occidente cristiano distinguía entre *bellum romanum* y *bellum hostile* (Michael Howard, “Constraints on warfare”, en Howard *et al.*, nota 2 *supra*, pp. 2–5). Las del primer tipo podían librarse contra “extraños, infieles y bárbaros”. Todo estaba permitido, y todas las personas consideradas enemigas, llevasen o no armas, podían ser exterminadas sin distinción alguna. Pero, dentro de la cristiandad, la norma era el *bellum hostile*, caracterizada por limitaciones. La aplicabilidad de lo que ahora se denomina DIH dependía de quién fuese el enemigo. Esta distinción interesada puede parecer arcaica para el siglo XXI, pero más adelante en este artículo se demostrará que los “terroristas” suelen describirse como los “extraños, infieles y bárbaros” de hoy.
- 5 Para el caso de Gran Bretaña, v.,v.g., Hew Strachan (dir.), *Big Wars and Small Wars*, Routledge, Londres, 2006; v. también <http://www.britains-smallwars.com/> (consultado el 27 de noviembre de 2006).
- 6 Una lectura muy interesante es la obra de Walter Laqueur *Guerrilla: A Historical and Critical Study*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1977, cap. 2, “Small wars and big armies”.
- 7 Max Boot, *Savage Wars of Peace: Small Wars and the Rise of American Power*, Basic Books, Nueva York, 2002, pp. xv–xvi.

o externos de otro Estado cuyo Gobierno es inestable, inadecuado o insatisfactorio para preservar la vida y los intereses determinados por la política exterior de nuestra Nación<sup>8</sup>.

¿Cuál es la diferencia entre las guerras pequeñas y las grandes guerras convencionales de Estados Unidos, como la Guerra de Independencia, la Guerra Civil o de Secesión, la Primera y Segunda Guerras Mundiales, la Guerra de Corea y la Guerra del Golfo (1991)? Según dicho manual, “en una guerra importante, la misión que se asigna a las fuerzas armadas es, por lo común, inequívoca: la derrota y destrucción de las fuerzas hostiles”. Normalmente, en las guerras grandes hay frentes de batalla nítidos que separan a los combatientes. Además, hay por lo general un comienzo y un final claros. “Raras veces sucede así en las guerras pequeñas”, sigue diciendo el manual. En esos enfrentamientos, las fuerzas estadounidenses tienen una misión más ambigua: “establecer y mantener la ley y el orden, apoyando o reemplazando el Gobierno civil en países o zonas donde los intereses de los Estados Unidos corren peligro”. Las guerras pequeñas son conflictos menores y más confusos: el adversario libra escaramuzas, utiliza francotiradores, organiza emboscadas y coloca armas trampa; a menudo, no hay una distinción clara entre combatientes y no combatientes. Como señala Bruce Berkowitz, “es difícil pensar en una guerra pequeña que haya terminado con un desfile triunfal, en parte porque las guerras pequeñas raras veces son populares, y en parte porque suele ser difícil determinar si la guerra realmente ha terminado. Las guerras pequeñas pueden alargarse indefinidamente”<sup>9</sup>.

En *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era* (1999), Mary Kaldor sostiene que, de 1980 a 1999, hizo su aparición un nuevo tipo de violencia organizada, sobre todo en África y Europa oriental. Las guerras “antiguas” eran una actividad del Estado moderno centralizado, “racionalizado”, ordenado jerárquicamente y de carácter territorial. Según Kaldor, a medida que ese tipo de Estado cede el paso a otros tipos de organizaciones políticas derivadas de nuevos procesos globales, la guerra, en su actual concepción, resulta anacrónica. Las nuevas guerras, señala Kaldor, difuminan las distinciones entre la guerra, el crimen organizado y las violaciones en gran escala de los derechos humanos, entre lo interior y lo exterior, lo público y lo privado, lo militar y lo civil y, en definitiva, entre la guerra y la paz<sup>10</sup>.

Kaldor compara las nuevas guerras con las de épocas anteriores en lo referente a su financiación, sus objetivos y sus métodos<sup>11</sup>. Sólo consideraremos

8 Todas las citas del Manual se han tomado de Boot, *ibíd.*, p. 284. *El Small Wars Manual* (492 pp.) está disponible en el sitio Web del Air War College, en <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/swm/index.htm> (consultado el 27 de noviembre de 2006).

9 Bruce Berkowitz, *The New Face of War: How War will be Fought in the 21st Century*, The Free Press, Nueva York, 2003, pp. 102–3.

10 Kaldor, nota 1 *supra*, cap. 1.V., en el mismo sentido, Carolyn Nordstrom, *Shadows of War: Violence, Power, and International Profiteering in the Twenty-First Century*, University of California Press, Berkeley, 2004.

11 Kaldor, nota 1 *supra*, pp. 6–12.

aquí su argumentación concerniente a los métodos, porque la financiación y los objetivos no tienen que ver con el DIH. En primer lugar, Kaldor observa que la actual proporción entre víctimas civiles y militares (8 a 1) es casi inversa de lo que era hace un siglo<sup>12</sup>. Los comportamientos que el DIH prohibía entonces, tales como las atrocidades contra los no combatientes, los asedios y la destrucción de monumentos históricos, son ahora parte esencial de las estrategias del nuevo modo de librar la guerra. En segundo lugar, señala Kaldor, “en contraste con las unidades jerárquicas verticalmente organizadas, típicas de las “guerras antiguas”, las unidades que combaten en las nuevas guerras comprenden una amplia variedad de grupos diferentes, como unidades paramilitares, cabecillas militares locales, bandas de delincuentes, fuerzas policiales, grupos mercenarios y también ejércitos regulares, incluidas unidades escindidas de ejércitos regulares”. “En lo que a organización se refiere, esos grupos están altamente descentralizados y funcionan gracias a una mezcla de confrontación y cooperación, aunque combatan en lados opuestos”<sup>13</sup>.

Más adelante se analizarán los principales problemas humanitarios que plantean estas nuevas guerras. Como afirma Kaldor, las guerras antiguas eran una actividad del Estado centralizado, “racionalizado”, ordenado jerárquicamente y de carácter territorial, una organización política que alcanzó su cenit en el siglo XIX. La aprobación del primer convenio sobre derecho internacional humanitario fue consecuencia de una de las mayores batallas de ese siglo: la batalla de Solferino, librada en 1859.

## La guerra como torneo: Solferino

Uno de los testimonios más gráficos y literarios de una batalla es *Recuerdo de Solferino* (1862), de Henry Dunant<sup>14</sup>. Mientras realizaba un viaje de negocios en el norte de Italia, este prócer suizo presenció, por casualidad, la batalla de Solferino, que libraron los ejércitos aliados de Napoleón III y del rey Víctor Manuel II de Cerdeña contra el ejército del emperador austriaco Francisco José:

Aquel memorable 24 de junio [de 1859], se enfrentaron más de trescientos mil hombres; la línea de batalla tenía cinco leguas de extensión, y los combates duraron más de quince horas... Entre todos los cuerpos de ejército que van a combatir, la guardia francesa ofrece un imponente espectáculo. El día es radiante y la espléndida luz del sol de Italia cabrillea en las brillantes armaduras de los dragones, de los guías, de los lanceros y de los coraceros... ¡Cuántos penosos episodios, cuántas conmovedoras peripecias! En el primer regimiento de cazadores de África, y cerca del teniente coronel Laurans des Ondes que cae súbitamente muerto, el subteniente de Salignac

12 *El Human Security Report 2005*, nota 1 *supra*, p. 75 (“The myth of civilian war deaths”) cuestiona esas cifras.

13 Kaldor, nota 1 *supra*, p. 8.

14 *Recuerdo de Solferino* (título original: *Un souvenir de Solferino*). Traducción española de Sergio Moratiel Villa, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Ginebra, 1982. Puede consultarse en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

Fénelon, que sólo tiene veinticinco años, hace retroceder a una escuadra austríaca y paga con su vida tan gran proeza. El coronel de Maleville que, en la alquería de la Casa Nova, bajo el terrible fuego del enemigo, se ve perdido ante el considerable número de sus atacantes y cuyo batallón ya no dispone de municiones, enarbola la bandera del regimiento gritando: “Quienes amen su bandera que me sigan”. Sus soldados, ya extenuados de hambre y de cansancio, se precipitan tras él a la bayoneta: una bala le destroza una pierna; pero, a pesar de crueles sufrimientos, continúa dando órdenes haciéndose sostener en su caballo... El sol del día 25 alumbró uno de los más espantosos espectáculos que puedan ofrecerse a la imaginación. Todo el campo de batalla está cubierto de cadáveres de hombres y de caballos; los caminos, las zanjas, los barrancos, los matorrales, los prados están sembrados de cuerpos muertos que, en los accesos a Solferino están, literalmente, amontonados<sup>15</sup>.

*Recuerdo de Solferino* es más que la narración de una de las batallas más sangrientas del siglo XIX por un testigo ocular. Dunant también hizo propuestas para el futuro, en un llamamiento cuya finalidad era prevenir la repetición de los terribles sufrimientos de casi 40.000 heridos, abandonados en su agonía durante días. Inició una campaña que culminó finalmente con la fundación de la Cruz Roja Internacional y la aprobación, en 1864, del primer tratado internacional sobre derecho humanitario, el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en campaña. Así pues, las raíces del DIH moderno se remontan a mediados del siglo XIX, y fueron los esfuerzos de una persona, más que la indignación popular o la iniciativa de un Gobierno, lo que inició su desarrollo.

Hasta entonces, todos los tratados relacionados con la protección de las víctimas de la guerra eran circunstanciales y sólo obligaban a los signatarios. Estaban elaborados únicamente por militares, se basaban en obligaciones mutuas estrictamente vinculantes y se aplicaban exclusivamente a un conflicto armado en particular. El Convenio de Ginebra de 1864 sentó las bases del derecho humanitario contemporáneo, caracterizado por normas escritas permanentes, de alcance universal e índole multilateral, para proteger a las víctimas de los conflictos, abiertas a todos los Estados.

La teoría de la guerra moderna data del mismo período, con la publicación, en 1832, de la gran obra de Carl von Clausewitz *Vom Kriege* (“De la guerra”). Las ideas de Clausewitz se basaban en la realidad de que, desde la Paz de Westfalia de 1648, las guerras habían sido libradas, en la abrumadora mayoría de los casos, por *Estados*<sup>16</sup>. Westfalia, que había puesto fin a la Guerra de los Treinta Años, abrió la puerta al sistema internacional moderno, basado en el Estado nacional. Anteriormente, las guerras las emprendían en Europa diversas entidades sociales: tribus bárbaras, la Iglesia, señores feudales, ciudades libres e incluso particulares. Pero, en el siglo XIX, la guerra se consideraba algo que sólo el Estado podía hacer: los *Gobiernos* hacían la

15 *Ibíd.*, pp. 12-39.

16 Para una crítica de Clausewitz, v. Keegan (1993), nota 1 *supra*, pp. 3-60.

guerra, el instrumento para ello eran los *ejércitos* y, en lo posible, se excluía de ella a la *población civil*.<sup>17</sup> De ahí que la idea central de lo que van Creveld denomina “guerra trinitaria” sea que las fuerzas armadas constituían una entidad jurídica separada, el único órgano del Estado que tenía derecho a hacer la guerra<sup>18</sup>.

La promulgación, en 1863, del Código de Lieber (véase más adelante) y, en 1864, del primer Convenio de Ginebra, anunció la llegada de la guerra “civilizada” entre naciones soberanas “civilizadas”, es decir, países que mantienen relaciones diplomáticas ordenadas, celebran tratados jurídicamente vinculantes por voluntad propia y ejercen un gobierno efectivo dentro de su territorio. Por eso, a pesar de las aspiraciones de universalidad del incipiente derecho internacional humanitario (DIH), las guerras coloniales contra los “salvajes” que se emprendieron luego, en el marco de la denominada “lucha por África” (1884-1914), se libraron casi sin restricciones. Sin duda alguna, “¡Exterminad a todos los brutos!” se transformaría en una de las frases más famosas de la literatura colonial europea<sup>19</sup>.

La guerra civilizada llevaba aparejado un *jus ad bellum* ilimitado, incluso entre naciones “civilizadas”. “El derecho de gentes permitía a todo Gobierno soberano hacer la guerra a otro Estado soberano”<sup>20</sup>, y la guerra era un medio legítimo para “alcanzar grandes objetivos de Estado”<sup>21</sup>. Sólo a finales del siglo XIX y principios del XX comenzó el derecho internacional a reglamentar y a limitar el derecho a utilizar la fuerza en las relaciones internacionales.

El Convenio de Ginebra de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en campaña fue una respuesta directa al llamamiento de Henry Dunant. En él se estipularon las obligaciones, que luego se mantuvieron en los posteriores Convenios de Ginebra, de: (i) socorrer a los heridos sin distinciones de nacionalidad, (ii) respetar la neutralidad (la inviolabilidad) del personal médico y de las unidades y establecimientos sanitarios, y (iii) respetar el signo distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco.

Durante el mismo período, Abraham Lincoln, presidente de Estados Unidos, promulgó las Instrucciones para el Gobierno de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos en Campaña (o Código de Lieber, llamado así por su autor, el profesor Francis Lieber)<sup>22</sup>. Redactado durante la Guerra Civil estadounidense<sup>23</sup>, el Código

17 Van Creveld, nota 1 *supra*, p. 39.

18 *Ibid.*, p. 35.

19 Joseph Conrad, *Heart of Darkness*, Penguin Modern Classics, Harmondsworth, 1973 (1902), p. 71. Para una investigación del origen y el significado de esta frase, v. Sven Lindqvist, *‘Exterminate all the Brutes’ – One Man’s Odyssey into the Heart of Darkness and the Origins of European Genocide*, The New Press, Nueva York, 1996 (original en sueco, 1992).

20 Art. 67 del Código de Lieber (*v. infra*).

21 *ibid.*, art. 30.

22 El texto del Código de Lieber puede consultarse en el sitio Web del CICR en inglés, [www.icrc.org/eng](http://www.icrc.org/eng) 1 de diciembre de 2006).

23 Aunque el presidente Lincoln nunca reconoció la declaración de la independencia ni la soberanía de los Estados Confederados, sí reconoció de facto su beligerancia, y ordenó que los confederados fuesen tratados como beligerantes en las cuestiones relacionadas con la guerra (v.g., la concesión del estatuto de prisionero de guerra). Como se ve, Estados Unidos estuvo dispuesto tratar a su propia guerra civil, a efectos del DIH, como un conflicto armado internacional. V. Yair Looftsteen, “The concept of belligerency in international law”, *Military Law Review*, n.º. 166, 2000, p. 109, pp. 114–15.

representa el primer intento de codificar las leyes de la guerra. Aunque es vinculante únicamente para las fuerzas armadas de Estados Unidos, se ajusta, en gran medida, a las leyes y costumbres de la guerra vigentes en aquel momento. El Código sirvió de base al Proyecto de convenio internacional sobre las leyes de la guerra presentado a la Conferencia de Bruselas de 1874, que dio lugar a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 sobre la guerra terrestre.

Aunque se originó en la Guerra Civil estadounidense, el Código de Lieber se aplica principalmente a la guerra (trinitaria) entre Estados. La última sección, que se refiere a los temas de insurrección, guerra civil y rebelión, no se incorporó en el Proyecto de convenio internacional de 1874 mencionado. La reglamentación internacional de los conflictos armados que no sean guerras entre Estados soberanos sólo se introdujo después de la Segunda Guerra Mundial.

El primer tratado formal que regula el armamento de guerra es la Declaración de San Petersburgo a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra. Este tratado tuvo su origen en la invención, en 1863, por las autoridades militares rusas de una bala que explotaba al contacto con materiales duros, y cuyo principal objetivo era hacer estallar carromatos cargados de municiones. En 1867, el proyectil se modificó para hacerlo explotar al contacto con materiales blandos. Empleado contra seres humanos, no era más eficaz que una bala común de fusil, pues sólo podía poner fuera de combate a un único adversario. Pero, debido a su concepción, causaba heridas sumamente graves, por lo cual hubiese sido un instrumento de guerra inhumano<sup>24</sup>. La Declaración de San Petersburgo de 1868, que tiene fuerza de ley, preparó el camino para que se aprobaran, en las Conferencias de paz celebradas en La Haya en 1899 y 1907, sendas Declaraciones por las que se prohíbe el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano (o balas “dum-dum”), así como el uso de gases asfixiantes.

## La Gran Guerra o Primera Guerra Mundial

El idealismo del movimiento de La Haya de finales del siglo XIX y principios del XX tuvo un final abrupto al estallar, en 1914, la Primera Guerra Mundial. ¿Qué tenía esa guerra de tan excepcional para que se la llamase la “Gran Guerra” o “la guerra que pondría fin a todas las guerras”?

Fue el primer conflicto industrializado en gran escala, y dio origen al concepto de la guerra total. La guerra industrializada agregó una nueva dimensión a los combates: ahora, los hombres luchaban contra máquinas; el combate se tornó anónimo; se usaron, por primera vez, nuevas armas de destrucción masiva, como el gas tóxico; y los problemas de abastecimiento adquirieron proporciones inéditas. En el mar, los submarinos originaron un nuevo tipo de combate que, utilizado sin restricciones, resultaba particularmente cruel. Aunadas, la nueva tecnología, la guerra masiva y la sorprendente fuerza

24 Kalshoven y Zegveld, nota 2 *supra*, p. 20.

de las economías nacionales crearon un *impasse* terrible. Ninguna de las partes podía obtener una victoria rápida, y la guerra proseguía. En esas circunstancias, todo dependía de la integración entre los ejércitos sobre el terreno, las fuerzas navales en el mar y los ciudadanos en el frente nacional. Más que nunca, naciones enteras se convirtieron en unidades de combate integradas. Esta tendencia se basaba en la idea de la guerra total, aunque la teoría de la guerra total sólo se elaboró en detalle de 1920 a 1940<sup>25</sup>.

A principios de la Primera Guerra Mundial, la guerra civilizada cedió el paso a la guerra total, aunque el porcentaje de víctimas civiles causadas directamente por la guerra (5%) se situó muy por debajo del registrado en la Segunda Guerra Mundial (cerca del 50%). Sin embargo, desde el punto de vista del derecho internacional, las restricciones del *jus ad bellum* promulgadas después de la guerra son más importantes que las respuestas del DIH. Primero, el Pacto de la Sociedad de las Naciones (1919) y, más tarde, el Pacto Kellogg-Briand (1928) condenaron explícitamente<sup>26</sup> el recurso a la guerra para solucionar controversias internacionales. El derecho de gentes ya no permitía a los Gobiernos soberanos “alcanzar [a través de la guerra] grandes objetivos de Estado”, como se establecía en el Código de Lieber<sup>27</sup>. Es más, se consideraba que, en el marco de la Sociedad de las Naciones, el mundo se encaminaría hacia el desarme y que el comercio de armas quedaría bajo control. En esas circunstancias, el desarrollo del DIH pasó a un segundo plano, detrás de las restricciones del *jus ad bellum* y el desarme.

No obstante, se registraron algunos avances del DIH en respuesta a la guerra. El uso por ambas partes de diversos agentes químicos (como el cloro, el fosgeno y el gas mostaza) se convirtió en uno de los horrores más temidos y recordados de la guerra. El Protocolo sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares, y de medios bacteriológicos, se aprobó en la Conferencia sobre el Control del Comercio Internacional de Armas y Municiones, celebrada en Ginebra en 1925, bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. Este subproducto de la Conferencia (también conocido como el Protocolo de Ginebra sobre Gases) terminó siendo su único resultado positivo.

Otro importante problema humanitario de la Primera Guerra Mundial fue el número de prisioneros de guerra, que alcanzó una cifra sin precedentes. Los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 contenían disposiciones relativas al trato debido a los prisioneros de guerra, pero la guerra puso de manifiesto las deficiencias e imprecisiones de esa normativa. Por ejemplo, los reglamentos existentes no prevenían la inspección de los campos de prisioneros por una parte neutral, la notificación de los nombres de los prisioneros ni el intercambio de correspondencia con ellos. Bajo los auspicios del CICR, se aprobó, en 1929, el Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, cuyas principales innovaciones consistían en la

25 Roger Chickering y Stig Förster (dirs.), *Great War, Total War. Combat and Mobilization on the Western Front, 1914–1918*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 6–7.

26 También conocido como el Pacto de París o Tratado general de renuncia a la guerra.

27 V. nota 24 *supra*.

prohibición de las represalias y de los castigos colectivos, la organización del trabajo de los prisioneros, la designación de representantes por parte de los prisioneros, y el control que ejercían las potencias protectoras.

Como respuesta a la experiencia vivida en la Primera Guerra Mundial, también se revisó el anterior Convenio de Ginebra sobre los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña. El Convenio de 1929 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña contenía disposiciones sobre la protección de “los aparatos aéreos” sanitarios y el uso del signo distintivo en tiempo de paz. Además, se reconocían los emblemas de la media luna roja y del león y sol rojos, para países que ya utilizaban esos signos en lugar de la cruz roja. Las disposiciones sobre la repatriación de los heridos y enfermos graves se transfirieron al Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra.

Lejos de marcar el final de todas las guerras, el Tratado de Versalles (también llamado el *Diktat von Versailles*<sup>28</sup>) y las cuestiones que quedaron sin resolver sembraron las semillas de una guerra verdaderamente total, que estalló apenas veinte años después. Esas semillas comenzaron a germinar en el preludeo a la Segunda Guerra Mundial, la Guerra Civil Española.

## Una guerra apasionada<sup>29</sup>: la Guerra Civil Española

Hasta entonces, el DIH sólo se había ocupado de los conflictos armados *internacionales*, es decir, de las guerras –declaradas o no– entre Estados soberanos (absolutos)<sup>30</sup>. Como tal, el DIH estaba mal preparado para la incipiente época de erosión del concepto de soberanía, en la que tuvieron que afrontarse muchos retos, tanto externos como *internos*. La Guerra Civil Española (1936-1939) marcó un antes y un después, ya que puso en entredicho las nociones jurídicas vigentes sobre la guerra<sup>31</sup>.

La Historia la llama la Guerra Civil Española, pero no fue una guerra española ni una guerra civil, del mismo modo que la guerra de Vietnam no fue una guerra entre Vietnam del Norte y Vietnam del Sur. En España, el mundo escogió de qué lado estar durante los próximos años. La *causa* republicana se oponía a Hitler, a los sacerdotes, a los terratenientes, a la casta militar,

28 El Tratado de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial, atribuyó a Alemania la responsabilidad del conflicto, lo que acarreó a ese país la pérdida de territorios y el pago de cuantiosas reparaciones. Esto causó el resentimiento de muchos alemanes y socavó su aceptación de las nuevas reglamentaciones posbélicas. Adolf Hitler aprovechó el descontento generalizado y tachó el tratado de *Diktat* (o imposición de las las naciones victoriosas).

29 Expresión tomada de Peter Wyden, *The Passionate War: The Narrative History of the Spanish Civil War, 1936–1939*, Simon & Schuster, Nueva York, 1983.

30 V. empero la nota 22 y el texto conexo *supra* sobre el Código de Lieber, la Guerra Civil o de Secesión norteamericana y el reconocimiento de la beligerancia.

31 Antonio Cassese define a la Guerra Civil Española como un conflicto *tertium genus*: “The Spanish Civil War and customary law”, en Antonio Cassese (dir.), *Current Problems of International Law*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1975, pp. 287–317.

a los privilegiados. El *movimiento* nacionalista adversario, liderado por el general Francisco Franco, se alineaba contra el marxismo, los sindicatos, los hambrientos de tierras, los blasfemos. Fue una guerra santa para ambas partes, la gran división de nuestra época, el preludio del fascismo, de los campos de concentración, de la Segunda Guerra Mundial. Fue un ensayo para los bombardeos en picado de los Stukas, los cócteles Molotov, la guerra total contra la población. Jamás antes se habían empleado bombardeos aéreos para incendiar ciudades indefensas. Fue una guerra de protesta. Llevó a la España republicana a los jóvenes ideólogos más apasionados de cincuenta y cinco países, unos 50.000 inconformistas de una época comprometida, entre ellos más de 3.000 voluntarios estadounidenses... Stalin los ayudó con 1.000 pilotos, aviones, tanques y más de 2.000 “asesores”. Hitler aportó a la otra parte una fuerza aérea entera con unos 10.000 pilotos y especialistas en armamento para que “el bolchevismo no se adueñara de Europa”. Mussolini, al par que proclamaba que la victoria era “absolutamente indispensable” para el fascismo, contribuyó con 75.000 soldados italianos. Murieron más de 500.000 personas, 130.000 de ellas ejecutadas<sup>32</sup>.

La Guerra Civil Española y la Segunda Guerra Mundial, que la siguió, fueron pruebas evidentes de la necesidad de continuar adaptando el DIH para encarar los desafíos que plantea el cambiante carácter de la guerra. Cuando, en 1949, se actualizó y consolidó el derecho de Ginebra sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados (véase más adelante), los Estados aprobaron, por primera vez, una disposición aplicable a los conflictos armados internos. Se incluyó en los cuatro nuevos Convenios de Ginebra y se conoce como el “artículo 3 común a los Convenios de Ginebra”. Este miniconvenio dentro de los convenios saca a todo “conflicto armado que no sea de índole internacional” de la jurisdicción exclusiva del Estado concernido: todas las partes beligerantes tienen el deber de tratar con humanidad a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas; se prohíben las ejecuciones sin previo juicio; y se deben respetar las garantías judiciales necesarias para llevar a cabo un juicio imparcial.

Uno de los elementos novedosos que complicó la situación jurídica que presentaba la Guerra Civil Española fue la participación de los voluntarios extranjeros, unos 35.000 de los cuales pertenecían a las Brigadas Internacionales (comunistas)<sup>33</sup>. Medio siglo después, se presentó la misma situación en países como Afganistán, Argelia, Bosnia-Herzegovina, Chechenia, Filipinas e Irak, adonde la “Internacional Islamista” envió a miles de mujaidines a luchar contra los infieles<sup>34</sup>.

32 Wyden, nota 29 *supra*, pp. 19–20.

33 *Ibid.*, pp. 982–4.

34 Samuel Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, Nueva York, 1997, pp. 272–91. V. también la causa de Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura (IT-01-47), tramitada en el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia. La parte V de la sentencia del 15 de marzo 2005, de más de 150 páginas, versa exclusivamente sobre la cuestión de la presencia de combatientes musulmanes o mujaidines extranjeros en Bosnia central, en 1992 y 1993.

## La guerra total: la Segunda Guerra Mundial

El hecho de que las guerras se libren en sociedades cada vez más urbanizadas e industrializadas, así como la reconversión de las economías nacionales en economías de guerra, fueron dos factores que impugnaron otro principio fundamental del DIH: la distinción entre civiles y combatientes, y entre objetivos civiles y militares.

En las economías de guerra, buena parte de la infraestructura civil se transformó en blanco de los ataques. El campo de batalla dejó de ser un espacio limitado y claramente definido como en Solferino; estaba por todos lados, ocupado tanto por civiles como por soldados. Como víctimas de guerra, los civiles no representaban meramente daños colaterales; para la ideología nacionalsocialista, ciertos grupos eran, *como tales*, objetivos enemigos, y las potencias aliadas recurrían al “bombardeo estratégico” de centros de población civil para quebrar la moral del enemigo (“guerra coercitiva”)<sup>35</sup>. Así pues, en la Segunda Guerra Mundial, cerca del 50% de las víctimas fueron personas civiles, e importantes ciudades históricas fueron reducidas a escombros, a pesar de que la Declaración de San Petersburgo, ya mencionada, había establecido el principio de que “el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de *las fuerzas militares del enemigo*” (el subrayado es nuestro).

La respuesta jurídica inmediata a los horrores de la Segunda Guerra Mundial fue el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra alemanes y japoneses ante los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio, así como miles de procesos nacionales por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Los estatutos de los Tribunales Militares Internacionales y el volumen de la jurisprudencia generada en relación con la Segunda Guerra Mundial constituyen un importante aporte al desarrollo del DIH.

La guerra selló la suerte de la primera organización multilateral de seguridad, la Sociedad de las Naciones. Su sucesora, las Naciones Unidas, recibió un mandato en el que figura, en lugar prominente, la promoción de los derechos humanos. Este factor, sumado al hecho de que la tendencia de los conflictos se orientó hacia los conflictos armados no internacionales, llevó con el tiempo a una convergencia del DIH y del nuevo derecho internacional de los derechos humanos, o entre “el derecho de Ginebra” y “el derecho de La Haya”, por una parte, y “el derecho de Nueva York”, por otra. No es una casualidad el hecho de que el primer tratado de la ONU que aborda un problema humanitario, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), se aplique en tiempo de paz y *también* en tiempo de guerra.

Como señalamos en la sección anterior, la Segunda Guerra Mundial incentivó la revisión del derecho de Ginebra sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. En 1949, se adoptaron cuatro nuevos convenios bajo los auspicios del CICR: sobre los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas

35 V. Bert Röling, “The significance of the laws of war”, en Cassese, nota 31 *supra*, pp. 143–4.

en campaña; sobre los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; sobre los prisioneros de guerra y sobre las víctimas civiles. Anteriormente, este último grupo no estaba amparado como tal por el derecho de los conflictos armados. Los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial habían demostrado las desastrosas consecuencias de la falta de un convenio específico para la protección de los civiles en tiempo de guerra, y en el Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio de Ginebra) se tienen en cuenta algunas de esas experiencias. Sin embargo, el denominado “bombardeo de saturación” de las zonas civiles no fue objeto de prohibición específica hasta la adopción, en 1977, de un protocolo adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (véase más adelante).

Durante la Segunda Guerra Mundial, millones de combatientes fueron hechos prisioneros en circunstancias muy diversas y recibieron tratos muy distintos, desde un trato excelente hasta tratos rayanos en la barbarie. El Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 1949 (III Convenio de Ginebra) mantuvo el concepto expresado en tratados anteriores de que los prisioneros debían ser retirados de la zona de combate y tratados con humanidad, sin perder su ciudadanía. El Convenio amplió el término “prisionero de guerra” a fin de abarcar no sólo a los miembros de las fuerzas armadas regulares caídos en poder del enemigo, sino también a los miembros de milicias, los voluntarios, las tropas irregulares y los miembros de movimientos de resistencia, si forman parte de las fuerzas armadas y respetando ciertas condiciones, así como a las personas que acompañan a las fuerzas armadas sin ser miembros de ellas, como a los corresponsales de guerra, los contratistas proveedores civiles y los miembros de las unidades de trabajo. Las diversas formas de protección a las que tienen derecho los prisioneros, de conformidad con el Convenio, permanecen vigentes durante todo su cautiverio; sus detenedores no pueden despojarlos de esa protección, ni pueden los propios prisioneros renunciar a ella. En otras disposiciones, se estipula que, durante un conflicto, los prisioneros pueden ser repatriados o entregados a una nación neutral que los custodie, y que, al finalizar las hostilidades, todos los prisioneros han de ser liberados y repatriados sin demora, a excepción de los que están detenidos a la espera de juicio o los que cumplen condenas impuestas por sentencias judiciales.

Durante la Segunda Guerra Mundial, los bombardeos aéreos causaron una destrucción del patrimonio cultural jamás vista. Aprobada bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado confiere protección internacional a dichos bienes. Así pues, el DIH abordó las grandes cuestiones humanitarias de la Segunda Guerra Mundial: el enorme número de víctimas civiles, el Holocausto, el trato inhumano de los prisioneros de guerra y la destrucción en gran escala de bienes culturales.

Pero el DIH no se ocupó conspicuamente del uso de la bomba atómica. Mientras que los Estados han prohibido la producción, el almacenamiento y el

uso de las armas biológicas<sup>36</sup> y químicas<sup>37</sup>, sólo han abordado la *no proliferación* de las armas nucleares, no su prohibición total<sup>38</sup>. Los intentos del movimiento antinuclear de someter la cuestión a litigio han dado escasos resultados. La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares no es concluyente al respecto<sup>39</sup>.

## Guerra de descolonización: Argelia

Como ya se ha dicho, la promoción de los derechos humanos ocupa un lugar prominente en el mandato de las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones Unidas y los Pactos de las Naciones Unidas sobre derechos humanos de 1966<sup>40</sup> también se refieren a la “libre determinación” de los pueblos; y el capítulo XI de la Carta contiene un llamamiento a la descolonización. No sorprende, pues, que una característica sobresaliente de la época de los conflictos armados posteriores a 1945 fuera la aspiración a la descolonización, que dio lugar a menudo a guerras de liberación nacional<sup>41</sup>.

La guerra por la independencia de Argelia (1954-1962) contribuyó, más que ningún otro acontecimiento, a ampliar el ámbito del DIH a los conflictos armados no internacionales. Desde los primeros momentos del conflicto, el Frente de Liberación Nacional de Argelia (FLN) trató de alcanzar un acuerdo con el Gobierno francés sobre la aplicabilidad del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Francia adoptó la postura inflexible de considerar la contienda como un conflicto interno (porque estimaba que Argelia era parte integrante de Francia), en el que se aplicaban las disposiciones nacionales sobre la ley y el orden<sup>42</sup>. En 1958, el CICR, de conformidad con el artículo 3, que lo habilita

36 Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (1972), en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

37 Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993), en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

38 En este sentido, los instrumentos más importantes son el Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares (1968) y la Declaración del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada en la reunión de jefes de Estado del 31 de enero de 1992, de que “la proliferación de todas las armas de destrucción masiva constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales” (documento de las Naciones Unidas S/23500).

39 La Corte sostuvo que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados y, en particular, a los principios y las normas del derecho humanitario. Habida cuenta del actual estado del derecho internacional, así como de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede llegar, sin embargo, a la conclusión definitiva de que la amenaza o el empleo de armas nucleares es lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que esté en juego la supervivencia misma de un Estado (párrafo 105.E).

40 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Res. de la As. Gen. de la ONU 2200A (XXI), 21 UN GAOR sup. (nº 16) p. 52, doc. de la ONU A/6316 (1966), que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Res. de la As. Gen. de la ONU 2200A (XXI), doc. 21 UN GAOR sup. (nº 16) p. 49, de la ONU A/6316 (1966).

41 V., en general, George Andreopoulos, “The age of national liberation movements”, en Howard *et al.*, nota 2 *supra*, pp. 191–225.

42 *Ibid.*, p. 202.

a ofrecer sus servicios a las partes en conflicto, presentó un proyecto por el cual ambas partes se comprometerían a respetar las disposiciones de ese artículo. Sin embargo, el Gobierno francés sostuvo hasta el final, a pesar de haber desplegado 500.000 soldados en suelo argelino, que la situación no reunía las condiciones de un “conflicto armado de índole no internacional” en el sentido del artículo 3<sup>43</sup>.

La guerra de Argelia fue principalmente una guerra de guerrillas, expresión que se refiere a las tácticas empleadas, no a la magnitud de los enfrentamientos<sup>44</sup>. Un veterano francés de este conflicto, Roger Trinquier, fue un importante teórico de la guerra de guerrillas<sup>45</sup>. En su obra *Modern Warfare: A French View of Counterinsurgency*<sup>46</sup>, describe sus elementos fundamentales:

Tras la Segunda Guerra Mundial, apareció una nueva forma de hacer la guerra. Al principio llamada *guerra subversiva o guerra revolucionaria*, su diferencia fundamental con las guerras del pasado es que no se espera alcanzar la victoria mediante el enfrentamiento de dos ejércitos en un campo de batalla. Esa confrontación, que en el pasado ocasionaba la aniquilación de un ejército enemigo en una o más batallas, ya no se produce. Ahora, la guerra es un sistema entrelazado de acciones –políticas, económicas, psicológicas, militares, etc.–, cuyo objetivo es *derrocar la autoridad establecida en un país y reemplazarla por otro régimen*. Para lograr ese objetivo, el agresor procura explotar las tensiones internas del país atacado –ideológicas, sociales, religiosas, económicas, etc.– o cualquier otro conflicto susceptible de ejercer una influencia profunda en la población que se desea conquistar. Además, dada la actual interdependencia de los países, todo resentimiento residual en una población, no importa cuán localizado sea ni lo limitado de sus miras, será sin duda insertado, por adversarios decididos, en el marco del gran conflicto mundial. Partiendo de un conflicto localizado, de origen e importancia secundarios, tarde o temprano siempre intentarán convertirlo en un conflicto generalizado. ... Sabemos que, en la *guerra moderna*, el *sine qua non* de la victoria es el respaldo incondicional de la población, que, según Mao Tse-tung, es tan vital para el combatiente como el agua para el pez. Ese apoyo puede ser espontáneo, aunque esa espontaneidad es bastante rara y probablemente sea una condición pasajera. Si no existe, entonces es necesario obtenerlo por todos los medios posibles, el más eficaz de los cuales es el *terrorismo*. ... El terrorismo al servicio de una organización clandestina dedicada a manipular a la población es un fenómeno reciente. Tras

43 Ibid., p. 204.

44 Según Walter Laqueur, el término “guerrilla” se originó en España durante la guerra contra el ejército invasor de Napoleón Bonaparte (1808–1813): Laqueur, nota 6 *supra*, pp. 21–41.

45 Otras obras importantes sobre la guerra de guerrilla son Laqueur, nota 6 *supra*, y Mao Tse-tung, *Yu Chi Chan (Guerrilla Warfare)*, International Publishers, Nueva York, publicado en inglés con introducción de Samuel Griffith, 1961.

46 Título original en francés: *La Guerre Moderne: Une vision française de la contre-insurrection* (1961). La traducción al inglés con introducción de Bernard Fall está disponible en <http://www-cgsc.army.mil/carl/resources/csi/trinquier/trinquier.asp> (consultado el 1 de diciembre de 2006).

utilizarse en Marruecos en 1954, alcanzó su auge en Argelia, en diciembre de 1956 y enero de 1957. La sorpresa que causó dio a nuestros adversarios una ventaja fundamental, que fue tal vez decisiva. En efecto, cien terroristas organizados fueron todo lo que hizo falta para que nos diéramos por vencidos rápidamente ante los marroquíes. En la *guerra moderna*, no nos enfrentamos de hecho a un ejército organizado según el estilo tradicional, sino a unos pocos elementos armados que actúan en la clandestinidad en medio de una población manipulada por una organización especial<sup>47</sup>.

El vector principal de la guerra de insurgencia es el *soldado civil*, un concepto que engloba no sólo el inextricable vínculo entre el combatiente y la población en cuyo nombre se lucha, sino la categórica negativa del combatiente a ser reducido a una sola identidad<sup>48</sup>. La capacidad del guerrillero de confundirse con la población hace que uno de los principios más fundamentales del DIH, la distinción entre combatientes y no combatientes, resulte insostenible<sup>49</sup>.

Por otro lado, la incapacidad de hacer esa distinción (debido a que la guerrilla rehúsa aceptar una única identidad), sumada a la incapacidad de forzar un combate decisivo (debido a la estrategia de la guerrilla de elegir el momento y el lugar del enfrentamiento), generó a menudo entre los adversarios unos niveles de frustración que motivaron la aplicación de métodos de lucha cuestionables o incluso brutales<sup>50</sup>. En la guerra de Argelia, la tortura y el (contra)terrorismo fueron algunos de los principales instrumentos empleados para desbaratar la red de apoyo a la insurgencia<sup>51</sup>.

¿Cuáles fueron las repercusiones de las guerras de descolonización en el DIH? En 1973, una nueva mayoría en la Asamblea General de las Naciones Unidas (formada principalmente por ex colonias) proclamó los principios básicos del estatuto jurídico de los combatientes que luchan contra regímenes coloniales y racistas para hacer valer el derecho a la libre determinación<sup>52</sup>. Por su parte, el CICR convocó la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, que se celebró en Ginebra entre 1974 y 1977. El resultado de la Conferencia fue la aprobación de dos Protocolos adicionales a los Convenios de 1949.

47 Citas tomadas de *ibíd.* (sin paginación, subrayado en el original).

48 Andreopolous, nota 41 *supra*, p. 193.

49 *Ibíd.*, p. 195.

50 *Ibíd.* Un oficial prusiano que prestaba servicio con los franceses en la guerra napoleónica contra España anotó en su diario una observación que refleja las frustraciones del ejército regular que luchaba contra la guerrilla: "Cuando llegábamos a un lugar, ellos desaparecían; cuando nos íbamos, ellos llegaban: estaban en todos lados y en ninguno, no tenían ningún centro concreto que pudiéramos atacar" (citado en Laqueur, 6 *supra*, pp. 40-1).

51 Andreopolous, nota 41 *supra*, pp. 205-7.

52 Resolución 3103 (XXVIII), del 12 de diciembre de 1973.

El Protocolo I<sup>53</sup> está dedicado a la protección de las víctimas de los conflictos internacionales. Una de sus principales innovaciones es la disposición contenida en el artículo 1.4, según la cual, los conflictos armados en que los pueblos luchan contra “la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas” han de considerarse conflictos internacionales. Para sus defensores, esta disposición representaba el reconocimiento del fracaso del derecho internacional tradicional en responder a las necesidades de los pueblos colonizados. Los críticos de los movimientos de liberación nacional señalan la ilegalidad de toda la estrategia de la guerra de guerrillas, la difuminación de la distinción entre combatientes y no combatientes y el imposible lastre que esa estrategia significa para los adversarios<sup>54</sup>.

La finalidad del Protocolo II<sup>55</sup> es proteger a las víctimas de ciertos conflictos armados internos de alta intensidad, definidos como los que se producen entre las fuerzas armadas de un Gobierno y disidentes u otros grupos organizados, que ejercen sobre parte del territorio un control tal que es posible aplicar el Protocolo. El Protocolo no se aplica a tensiones y disturbios internos que tomen la forma de tumultos u otros actos de violencia aislados y esporádicos.

## Guerras “identitarias”: los Balcanes y Ruanda

Cuando, en 1989, comenzó a resquebrajarse el muro de Berlín, el especialista en filosofía política estadounidense Francis Fukuyama elaboró, en su artículo “El fin de la historia”<sup>56</sup>, la controvertida teoría de que el final de la guerra fría había marcado el fin de la evolución de la historia de la humanidad: “Es posible que estemos presenciando no solamente el final de la guerra fría o el término de un período particular de la historia de la posguerra, sino el fin de la historia como tal, esto es, el último punto de la evolución ideológica de la humanidad y la universalización de la democracia liberal occidental como la forma definitiva de gobierno humano”<sup>57</sup>. Una manifestación del fin de la historia, según Fukuyama, sería el declive o incluso el final de los conflictos armados, al menos entre ciertos tipos de Estados nacionales. Sólo en los últimos capítulos de su libro reconoció la posibilidad de que la violencia étnica y nacionalista empeorara, “dado que se trata de impulsos que no se han agotado por completo”<sup>58</sup>.

Y, en efecto, en el transcurso de los años siguientes, Yugoslavia se desintegró violentamente. Las “guerras identitarias” reemplazaron a los conflictos ideológicos. Algunos, como Samuel Huntington, las explican a la luz de antiguos conflictos entre civilizaciones. En algunos lugares, como Irak, Afganistán, los Balcanes y Chechenia,

53 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, 8 de junio de 1977.

54 Andreopolous, nota 41 *supra*, p. 212.

55 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio 1977.

56 *The National Interest*, n.º. 16, verano de 1989, pp. 3–18. V. también su libro *The End of History and the Last Man*, Avon Books, Nueva York, 1992.

57 Fukuyama, *End of History*, nota 56 *supra*, p. 4.

58 *Ibid.*, pp. 14–15 y 18.

Huntington ve en ellas “guerras de dislocación”, debidas a fallas estructurales profundas<sup>59</sup>. Una explicación más usual, pero igualmente controvertida<sup>60</sup>, subraya la dimensión étnica de los conflictos posteriores a la guerra fría, sobre todo en África.

Si bien el fin de la guerra fría no trajo consigo la paz mundial, en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas generó unas circunstancias que facilitaron el establecimiento de tribunales penales internacionales *ad hoc* para enjuiciar las violaciones graves del DIH cometidas en las guerras identitarias libradas en ex Yugoslavia y en Ruanda. Esas medidas despertaron, a su vez, súbitamente un gran interés en el DIH, lo cual alentó, por su parte, el establecimiento de más tribunales penales internacionales y mixtos para juzgar crímenes de guerra, a saber, el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), las Salas Especiales de Delitos Graves del Tribunal de Distrito de Dili (Timor Este), las Salas constituidas en los Tribunales de Kosovo conforme al “Reglamento 64” y las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya. El establecimiento, en particular, de la Corte Penal Internacional mediante la aprobación del Estatuto de Roma, en julio de 1998, y su entrada en vigor en 2002, fueron un logro considerable para garantizar el enjuiciamiento de personas acusadas de crímenes de guerra en conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

Entre las contribuciones más importantes de estos tribunales cabe destacar: la eliminación del requisito de la existencia de un nexo entre los crímenes de lesa humanidad y los conflictos armados; la criminalización internacional de las infracciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo II; la extensión a los particulares de la responsabilidad penal por infracciones graves de los Convenios de Ginebra; la aplicación del DIH fuera del reducido marco geográfico del teatro real de las operaciones de combate; el paso de la responsabilización de los mandos (militares) a la responsabilización de los superiores (civiles); la ampliación del concepto de complicidad más allá de la participación y la instigación, a fin de incluir a las personas que “colaboran de algún modo”, sin el requisito de que haya una contribución directa o sustancial a la comisión del crimen; y la criminalización internacional de la violencia sexual que va más allá de la violación.

## Guerras sin fin:<sup>61</sup> Angola, Burundi, Congo...

Tras el tratado de Westfalia, la función del Estado en Europa era confiscar las armas de las huestes y los séquitos de los señores medievales guerreros y obtener el monopolio del uso legítimo de la fuerza, a fin de que lo ejerciera una única

59 Huntington, nota 34 *supra*, ch. 10.

60 V.g., David Lake y Donald Rothchild (dirs.), *The International Spread of Ethnic Conflict*, Praeger Publishers, Nueva York, 1998. Para una crítica de la etnicidad como una explicación general de las guerras que escapan al conocimiento de Occidente, v. Ann Hironaka, *Neverending Wars: The International Community, Weak States, and the Perpetuation of Civil War*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2005, cap. 4. Filip Reyntjens, un experto en el tema de Ruanda, rehúsa de modo convincente la reducción de los conflictos en Ruanda y Burundi a cuestiones étnicas: *Trois jours qui ont fait basculer l'histoire*, Institut Africaine-CEDAF (l'Harmattan), París, 1995, conclusiones.

61 He tomado el término “neverending wars” (guerras sin fin) de Hironaka, nota 60 *supra*.

autoridad<sup>62</sup>. Sin embargo, la descolonización, pese a todas sus ventajas, dejó tras de sí muchos Estados débiles, sobre todo en África<sup>63</sup>. Lo que agrava la situación es la aparición de un mercado mundial de armas portátiles (mayormente, viejos Kalashnikov), que ha socavado el (supuesto) monopolio del Estado sobre los medios de la violencia<sup>64</sup>. El resultado es una situación de *ni paz, ni guerra*, en la cual “la guerra estalla de vez en cuando, como un motín carcelario en verano, y se propaga de manera inexplicable, como una moda”<sup>65</sup>.

La *guerra posmoderna*, como la llama Ignatieff, tiene evidentes consecuencias de orden humanitario: “Si el Estado pierde el control de la guerra... si la guerra se transforma en el coto de ejércitos privados, gánsters y paramilitares... puede desaparecer la distinción entre la batalla y la barbarie”<sup>66</sup>. Uno de los problemas de índole humanitaria más acuciantes de hoy es el de los niños soldados, causado, entre otras cosas, por una combinación de armas ligeras baratas y lo que Samuel Huntington califica de “chichón juvenil” (sobreabundancia de jóvenes en esas sociedades)<sup>67</sup>. Por ejemplo, en Sri Lanka, se ha acusado a los Tigres de Liberación del Eelam Tamil de librar una “guerra de menores de edad” utilizando, ni más ni menos, que a “un ejército de niños”<sup>68</sup>.

Trazando un paralelismo con la Guerra de los Treinta Años en Europa, que precedió al tratado de Westfalia, se ha señalado que el África (poscolonial) se encuentra ahora en su Guerra de los Setenta o incluso de los Cien Años. Tomemos, por ejemplo, el caso de Angola, que, tras una guerra de independencia que duró catorce años, cayó en una guerra civil de treinta; o el Congo oriental, donde se libró, de 1996 (año de la caída del régimen de Mobutu) a 2003, la gran guerra africana; o las continuas “guerras de los diamantes” en África occidental. En *The Coming of Anarchy*, Robert Kaplan describe la guerra endémica en un Estado colapsado:

No hay otro lugar en el planeta donde los mapas sean tan engañosos –donde digan, de hecho, tantas mentiras– como en África occidental. Empecemos por Sierra Leona. Según el mapa, es un Estado nacional con límites definidos, con un Gobierno que controla el territorio. Pero la verdad es que el Gobierno de Sierra Leona, que dirige Valentine Strasser, un capitán del ejército de 27 años, controla sólo durante el día Freetown, así como una parte del interior rural. En el territorio del Gobierno, el ejército nacional es una chusma indisciplinada que amenaza

62 Ignatieff, *Warrior's Honor*, nota 1 *supra*, p. 160.

63 Para un análisis de la cuestión, v. Hironaka, nota 60 *supra*, y Kaldor, nota 1 *supra*.

64 Sobre este tema, v. *Small Arms and Failed States* (1999, 29 minutos), un video documental producido por el Defense Monitor de Estados Unidos.

65 Paul Richards, “New war: an ethnographic approach”, en Paul Richards (dir.), *No Peace. No War: An Anthropology of Contemporary Armed Conflicts*, Ohio University Press y James Currey, Athens, Georgia, 2005, pp. 2–3. V. también Nordstrom, nota 10 *supra*, cap. 12, “The time of not-war-not-peace”.

66 Ignatieff, *Warrior's Honor*, nota 1 *supra*, p. 158. Para un relato similar de las guerras en Angola y Mozambique, v. Nordstrom, nota 10) *supra*. Para el material de video, v. *Small Arms and Failed States* (op. cit. nota 68).

67 Huntington, nota 34 *supra*, p. 259.

68 *The Economist*, 5 de agosto de 1995, n.º. 32 (citado en Huntington, *ibid.*).

a los conductores y pasajeros de vehículos en la mayoría de los puntos de control. En la otra parte del país, se han establecido unidades de otros dos ejércitos distintos, provenientes de la guerra de Liberia, así como un ejército de sierraleoneses rebeldes. Las fuerzas gubernamentales que combaten a los rebeldes están llenas de mandos renegados que se han aliado con jefes de poblado descontentos. En los campos de batalla impera una informe situación “premoderna”, que evoca las guerras en la Europa medieval anterior a la Paz de Westfalia de 1648, que marcó el comienzo de los Estados nacionales organizados<sup>69</sup>.

El retorno de los ejércitos irregulares y de los jefes militares locales es el regreso al punto de partida en el círculo evolutivo descrito en este artículo. Muy probablemente ni el derecho humanitario ni la asistencia o la ayuda de emergencia ni las operaciones de mantenimiento de la paz pueden poner límites a esa violencia caótica. Como afirman Ignatieff y otros<sup>70</sup>: “Estas sociedades necesitan Estados”<sup>71</sup>. “La policía y los ejércitos del Estado nacional siguen siendo las únicas instituciones disponibles que hemos desarrollado con capacidad de controlar y encauzar la violencia humana en gran escala”<sup>72</sup>. La guerra civil que se inició en Irak tras la invasión estadounidense en 2003 confirma esta opinión: un Estado autoritario e incluso criminal es, tal vez, mejor que ninguno.

Hay, no obstante, dos tipos de iniciativas jurídicas para intentar restringir los conflictos violentos en los Estados débiles. La primera aborda la cuestión de los niños soldados, y la segunda la cultura de los Kalashnikov. El DIH prohíbe el reclutamiento y la participación directa en las hostilidades de los niños menores de quince años<sup>73</sup>. De conformidad con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el reclutamiento y la utilización de niños menores de quince años en las hostilidades, tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, se considera un crimen internacional. Cabe destacar que la primera persona detenida en nombre de la Corte Penal Internacional ha sido acusada de reclutar y alistar a niños menores de quince años y de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades en el Congo oriental<sup>74</sup>. De esta cuestión también se ha ocupado el derecho internacional de los derechos humanos, concretamente

69 Publicado en *The Atlantic Monthly*, febrero de 1994; citas tomadas de la edición en línea, en <http://www.theatlantic.com/doc/prem/199402/anarchy> (consultado el 1 de diciembre de 2006). Kaplan aborda el mismo tema en su libro *The End of the Earth: A Journey at the Dawn of the 21st Century*, Papermac, Londres, 1997. Para el estudio de Estados colapsados o desestructurados, v. Robert Rotberg (dir.), *State Failure and State Weakness in a Time of Terror*, Brookings Institution Press Washington, DC, 2003.

70 P. ej., Kaldor, nota 1 *supra*, p. 10; Jeremy Rabkin, *The Case for Sovereignty*, AEI Press, Washington, DC, 2004, p. 19.

71 Ignatieff, *Warrior's Honor*, nota 1 *supra*, p. 106.

72 *Ibid.*, p. 160.

73 Los arts. 77 del Protocolo I (nota 53 *supra*) y 4.3(c) del Protocolo II (nota 55 *supra*) también prohíben la participación indirecta.

74 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, orden de detención del 10 de febrero de 2006, en [http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-2\\_French.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-2_French.pdf) (consultado el 1 de diciembre de 2006).

en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>75</sup> y su Protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados. Este último eleva la edad mínima a 18 años y extiende la prohibición de reclutar o utilizar personas menores de edad en grupos armados.

Con respecto al flagelo que representa la proliferación de armas portátiles, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997) ha tenido un éxito notable, al menos sobre el papel<sup>76</sup>. Tras este logro, se adoptó el Programa de Acción de las Naciones Unidas para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos<sup>77</sup>.

También se ha recurrido a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para procurar mitigar la violencia en una zona en la que el Estado prácticamente ha desaparecido. En *Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* la Corte dictaminó que Uganda, “por el comportamiento de sus fuerzas armadas, que dieron muerte, torturaron y aplicaron otras formas de trato inhumano a la población civil congoleña, destruyeron aldeas y edificios civiles, no distinguieron entre bienes civiles y objetivos militares ni protegieron a la población civil cuando luchaban contra otros combatientes, entrenaron a niños soldados, incitaron al conflicto étnico y no tomaron las medidas necesarias para poner fin a este conflicto; así como por no haber tomado medidas, como potencia ocupante, para respetar y hacer respetar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el distrito de Ituri, violó sus obligaciones según el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, y que Uganda, “por los actos de saqueo, pillaje y explotación de los recursos naturales congoleños cometidos por miembros de las fuerzas armadas ugandesas en el territorio de la República Democrática del Congo, y por el incumplimiento de sus obligaciones, como potencia ocupante, en el distrito de Ituri por lo que atañe a la prevención de los actos de saqueo, pillaje y explotación de los recursos naturales congoleños, violó sus obligaciones para con la República Democrática del Congo según el derecho internacional”<sup>78</sup>.

Sin embargo, como ya se ha dicho, poner freno a las guerras endémicas que causan estragos en los Estados débiles no está posiblemente al alcance de los tratados, de los programas ni incluso de las decisiones de la CIJ. Esas sociedades se encuentran en un auténtico círculo vicioso, porque se necesita un Estado para

75 En el art. 38, los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas pertinentes del derecho internacional humanitario; asegurar que los menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades; abstenerse de reclutar a las personas que no hayan cumplido los 15 años y dar prioridad a los mayores entre los que tienen menos de 18 años; de conformidad con el derecho internacional humanitario, garantizar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

76 Richard Price, en “Reversing the gun sights: transnational civil society targets land mines”, analiza la campaña que culminó con la prohibición internacional total de las minas antipersonal. V. *International Organization*, n.º. 52, 1998, pp. 613–44.

77 Puede hallarse más información en el sitio Web de la ONU <http://disarmament2.un.org/cab/salw>. (consultado el 1 de diciembre de 2006). Como fuente no gubernamental, v. Red de Acción Internacional sobre Armas Pequeñas (IANSA) en <http://www.iansa.org> (consultado el 1 de diciembre de 2006).

78 Los párrafos operativos 3 y 4, respectivamente, de la sentencia del 19 de diciembre de 2005.

recuperar (o establecer de forma definitiva) el monopolio sobre el uso de la fuerza y hacer cumplir la ley, pero todos los esfuerzos para fortalecer el Estado y las instituciones están condenados al fracaso mientras no haya paz.

Por lo general, las consideraciones relativas al *jus ad bellum* no suelen entrar en los debates sobre la guerra civil. Sin embargo, en un estudio digno de reflexión, se evoca la existencia de un vínculo entre la sacrosanta norma del respeto de la integridad territorial (la prohibición de la agresión territorial y el no reconocimiento de la secesión), y la perpetuación de la guerra civil en ciertas partes del mundo. Según esa argumentación, dicha norma impide la formación de Estados fuertes y mantiene artificialmente en vida a Estados inviables. “Los Estados que recientemente han alcanzado su independencia no han experimentado el tipo de guerra interestatal que forzó a los Estados europeos a optar entre desarrollar sus capacidades internas o ser eliminados por sus vecinos más poderosos”<sup>79</sup>. La solución al estilo de Hobbes, de “que combatan hasta que uno de ellos venza” o de que “hay que darle una oportunidad a la guerra”, amén de ser engañosamente simple, choca con las ideologías contemporáneas de los derechos humanos y del humanitarismo<sup>80</sup>.

## La guerra virtual: la “campaña” de la OTAN en Kosovo

En el otro extremo de la escala de los conflictos armados contemporáneos se encuentra lo que Ignatieff, refiriéndose a los setenta y ocho días consecutivos durante los cuales la OTAN lanzó misiles contra Serbia para poner fin al derramamiento de sangre en Kosovo, denomina atinadamente la “guerra virtual”. Otro comentarista, también en el contexto de Kosovo, utilizó la expresión “una guerra sin víctimas”<sup>81</sup>. En palabras de Ignatieff:

El conflicto de Kosovo parecía y sonaba como una guerra: despegaban aviones a reacción, se destruían edificios y moría gente. Para las personas civiles y los soldados muertos en bombardeos aéreos y para los albanokosovares asesinados por los policías y los paramilitares serbios, esa guerra era tan real y estaba tan llena de horrores como cualquier otra. Por otra parte, para los ciudadanos de los países de la OTAN, la guerra era virtual... Aunque galvanizaba a la opinión pública en todo el mundo, pocas personas fueron realmente a la guerra: 1.500 miembros de las tripulaciones aéreas de la OTAN y 30.000 técnicos y miembros del personal de apoyo y del personal de oficina del cuartel general. En el lado opuesto, estaban los especialistas en defensa aérea de Serbia, que eran menos de mil, y 40.000 soldados, atrincherados en reducidos y búnkers en Kosovo y Serbia. Raras

79 Hironaka, nota 60 *supra*, p. 17.

80 Debo señalar que Hironaka no expone esta idea, pero Edward Luttwak la defiende en un provocador artículo titulado “Give war a chance”, *Foreign Affairs*, vol. 78, n° 4, 1999, pp. 36–44.

81 Anthony Rogers, “Una guerra sin víctimas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 837, 2000, en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

veces se producían combates cara a cara; cuando los había, ocurrían sólo entre las guerrillas del ELK y las fuerzas serbias en la frontera entre Kosovo y Albania... La campaña de Kosovo alcanzó sus objetivos sin que ni un solo soldado de la OTAN muriera en combate. Desde el punto de vista militar, es un logro sin precedentes. Desde el punto de vista ético, transforma las expectativas que rigen la moralidad de la guerra. A lo largo de los tiempos, el contrato tácito del combate siempre dio por sentada la igualdad básica del riesgo moral: matar o ser muerto<sup>82</sup>.

La cuestión de la igualdad de los riesgos revistió casi la misma gravedad en dos “operaciones” lideradas por Estados Unidos contra Irak. Sumadas, la operación “Tormenta del Desierto” (1991) y la operación “Libertad para Irak” (2003)<sup>83</sup> causaron menos de 300 víctimas a los Aliados (a causa de acciones hostiles), en tanto que, según los informes, sólo en la operación “Tormenta del Desierto” murieron unos 100.000 soldados iraquíes, sin mencionar el número de heridos, varias veces superior a esa cifra. Pero, en términos estrictos, el DIH no se ocupa de la desigualdad de los riesgos en el campo de batalla, ni siquiera cuando la proporción es de aproximadamente 1:1.000, siempre que la fuerza usada (i) sea necesaria para lograr cuanto antes la sumisión parcial o total del adversario, (ii) no sea superior a la necesaria para alcanzar ese objetivo, y (iii) no esté prohibida por otras razones<sup>84</sup>.

A la inversa, la *privatización*, por el país más poderoso del mundo, de las tareas que tradicionalmente realizaban las fuerzas armadas sí tiene repercusiones en el DIH<sup>85</sup>. Las compañías privadas de seguridad son, desde hace tiempo, una característica de la vida cotidiana en Estados Unidos. Ahora, estas empresas participan cada vez más en las operaciones militares de Estados Unidos en el extranjero<sup>86</sup>. Hasta el 10 por ciento de las fuerzas de ocupación estadounidenses en Irak están integradas por contratistas militares privados (CMP), o pistoleros a sueldo, por así decirlo. Veteranos de las guerras en los Balcanes, América Central y África meridional ayudan a las tropas estadounidenses a “difundir la libertad y la democracia”. Según algunos informes, los CMP participan en la dirección de

82 Ignatieff, *Virtual War*, nota 1 *supra*, “Introduction”. La cuestión de la flagrante desigualdad de riesgos surgió por lo menos hace un siglo. Por ejemplo, en la batalla de Omdurman (1889), una de las mayores batallas de la carrera por el dominio de África (1885–1914), la totalidad del ejército sudanés, integrado por 20.000 soldados, fue aniquilada en cuestión de horas, en tanto que los británicos perdieron sólo 48 hombres. En palabras de Winston Churchill, Omdurman fue “el triunfo más resonante jamás logrado por las armas de la ciencia contra los bárbaros”. Winston Churchill, *The River War: An Account of the Reconquest of the Sudan*, 1899, p. 300.

83 Sólo se tienen en cuenta las víctimas entre el inicio de la operación “Libertad para Irak”, el 19 de marzo de 2003, y el fin de las grandes operaciones de combate, anunciado por el presidente Bush el 1 de mayo de 2003.

84 Ésos son los elementos básicos que integran el concepto de necesidad militar. V. *US Air Force, Air Force Pamphlet* (AFP) 110–31, “International law: the conduct of armed conflict and air operations”, 1976, pp. 1–6.

85 Puede encontrarse bibliografía extensa y actualizada sobre las compañías militares y de seguridad privadas y las repercusiones que tienen en el DIH en <http://www.iilj.org/pmcbibliographicalreferences.htm> (recopilado por James Cockayne y Chia Lehnardt) (consultado el 1 de diciembre de 2006), y en [http://www.dv.admin.ch/sub\\_dipl/g/home/thema/psc/fid/biblio.ContentPar.0002.UpFile.tmp/dc\\_060116\\_longbiblio\\_e](http://www.dv.admin.ch/sub_dipl/g/home/thema/psc/fid/biblio.ContentPar.0002.UpFile.tmp/dc_060116_longbiblio_e) (consultado el 1 de diciembre de 2006).

86 V., v.g., Ted Koppel, “These guns for hire”, *New York Times*, 24 de mayo de 2006 (editorial).

los centros de detención y en la interrogación de prisioneros<sup>87</sup>. La externalización de esas tareas en entidades privadas con fines de lucro plantea la cuestión de la responsabilización de esas empresas y de sus empleados. Tras el regreso de los jefes militares locales en los Estados colapsados (véase más arriba), la privatización de las responsabilidades militares clásicas en Irak y en otros lugares es un ejemplo más de que la forma de librar la guerra tras la Paz de Westfalia ha regresado al punto de partida. En la creencia de que es probable que la importancia de este fenómeno se acentúe en el futuro, el Gobierno suizo, conjuntamente con el Comité Internacional de la Cruz Roja, ha emprendido una iniciativa destinada a aclarar y reforzar la responsabilidad de los Estados por las acciones de las empresas militares y de seguridad privadas<sup>88</sup>.

### **La guerra sin fronteras: “la guerra mundial contra el terrorismo”**

Según se informó, el director de la sección antiterrorismo de la CIA dijo al Congreso estadounidense en 2002: “Hay un antes y un después del 11 de septiembre. Tras el 11 de septiembre, nos sacamos los guantes”. Por su parte, el Departamento de Defensa de Estados Unidos proclamó una guerra mundial de duración indefinida:

Estados Unidos es un país que se ha embarcado en lo que será una larga guerra. Desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, nuestro país libra una guerra mundial contra los extremistas violentos que han elegido el terrorismo como arma y que se han propuesto destruir nuestro modo de vida libre. Nuestros enemigos procuran obtener armas de destrucción masiva y, si las consiguen, probablemente intentarán utilizarlas en su conflicto con los pueblos libres de todo el mundo. Actualmente, la lucha se centra en Irak y Afganistán, pero tendremos que estar listos y preparar la adecuada defensa de nuestro país y de sus intereses en el mundo en los años venideros ... Esta larga guerra incluye muchas operaciones caracterizados por acciones militares irregulares, en las que el enemigo no es una fuerza militar regular de un Estado nacional ... Hoy, los esfuerzos grandes y pequeños que se realizan en los cinco continentes demuestran la importancia de poder trabajar con socios y por medio de ellos, actuar clandestinamente y sostener una presencia persistente, pero poco visible. Esos esfuerzos representan la aplicación del enfoque indirecto de la guerra larga<sup>89</sup>.

87 Julian Borger, “Outsourcing warfare”, *Amnesty International Magazine*, verano de 2004, en [http://www.amnestyusa.org/magazine/summer\\_2004/outsourcing\\_warfare/](http://www.amnestyusa.org/magazine/summer_2004/outsourcing_warfare/) (consultado el 1 de diciembre 2006).

88 Para informes preliminares sobre este tema, v. [http://www.dv.admin.ch/content/sub\\_dipl/e/home/thema/psc](http://www.dv.admin.ch/content/sub_dipl/e/home/thema/psc) (consultado el 1 de diciembre de 2006).

89 Extraído de *Quadrennial Defense Review*, preparado por el Departamento de Defensa de Estados Unidos, 6 de febrero de 2006, pp. v, 11.

La denominada “guerra mundial contra el terrorismo”<sup>90</sup> representa un cambio de postura de Estados Unidos, que ha pasado de un enfoque del terrorismo basado en el derecho penal<sup>91</sup> a considerarlo un paradigma o nuevo modelo de guerra<sup>92</sup>, lo que oscurece algunas importantes diferencias entre los conflictos armados regidos por las leyes de la guerra (incluidos los actos terroristas cometidos durante esos conflictos armados) y los actos terroristas cometidos independientemente de un conflicto armado<sup>93</sup>, así como el hecho de que el terror es una *táctica*, no un enemigo. No se tienen en cuenta, de diversos modos, postulados básicos del DIH, a saber: que los conflictos armados adoptan ciertas formas que pueden definirse de manera estricta; que las guerras tienen un comienzo y un final; y que hay Estados enemigos, Estados aliados y Estados neutrales).

En primer lugar, la guerra contra el terrorismo puede adoptar cualquier forma: la escucha clandestina de conversaciones dentro del país, la inmovilización de activos, el enjuiciamiento penal, el secuestro, la interpretación, las detenciones secretas, la tortura, las acciones encubiertas o indirectas, los asesinatos selectivos, la invasión militar a escala total, nada se excluye *a priori*. En segundo lugar, como su nombre indica, la guerra mundial no conoce fronteras: las montañas de Afganistán, una aldea al otro lado de la frontera en Pakistán o las calles de Milán<sup>94</sup>; el campo de batalla puede estar en cualquier parte. En tercer lugar, atañe a todos los países. Como dijo el presidente Bush, “cada país, en cada región, tiene que tomar ahora una decisión. O está con nosotros o está con los terroristas”<sup>95</sup>. En cuarto lugar, implica a todo el aparato de seguridad: a las fuerzas armadas, los servicios secretos, la policía, las fuerzas de operaciones especiales, e incluso a los cazadores de recompensas y a los CMP. Por último, la guerra contra el terrorismo “no terminará hasta que hayamos encontrado, detenido y derrotado a todos los grupos terroristas que actúan en el plano mundial”<sup>96</sup>. Así pues, se trata de una guerra mundial en todos los sentidos, sujeta, al parecer, a las restricciones mínimas del DIH, del derecho de los derechos humanos, del *jus ad bellum*<sup>97</sup> y del derecho internacional *tout court*.

90 Ésta es una de las expresiones que utiliza el Gobierno de Estados Unidos para caracterizar el conflicto. Otros términos que utiliza son la “lucha mundial contra el extremismo violento” y la “guerra larga”.

91 V.g., el caso Lockerbie, en el cual Estados Unidos procuró obtener la extradición de los sospechosos de Libia; otro ejemplo es el juicio, en Estados Unidos, de varios conspiradores, islamistas militantes, por su participación en el atentado con un coche bomba contra el World Trade Center en 1993.

92 El presidente George W. Bush proclamó oficialmente este cambio el 13 de noviembre de 2001, en su orden militar sobre la “Detención, trato y enjuiciamiento de ciertas personas no nacionales en la guerra contra el terrorismo”, en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html> (consultado el 1 de diciembre de 2006).

93 David Wippman, “Do new wars call for new laws?”, en David Wippman y Matthew Evangelista (dirs.), *New War, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 2005, p. 4.

94 “Italy seeks arrests in kidnapping case”, *New York Times*, 24 de diciembre de 2005, sección A, p. 5, col. 4.

95 Discurso ante una sesión conjunta del Congreso y el Pueblo de Estados Unidos, 20 de septiembre de 2001, en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html> (consultado el 1º de diciembre de 2006).

96 *Ibid.*

97 Me refiero al concepto de la acción preventiva tal y como se formula en la Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América (17 de septiembre de 2002), en <http://www.whitehouse.gov/nsc/nssall.html> (consultado el 1º de diciembre de 2006).

En relación con el “enfoque indirecto de la guerra larga”, o sea, el trabajo con y por medio de socios y la realización de operaciones clandestinas<sup>98</sup>, comenta Bruce Berkowitz, analista jefe de la RAND Corporation, que las operaciones estadounidenses comienzan a parecerse a las de sus adversarios. “En las acciones directas, los soldados llevan insignias cuando combaten. Esta es la distinción importante entre las acciones encubiertas y las acciones directas. Es una diferencia clave entre utilizar tácticas militares innovadoras para eliminar terroristas y actuar como terroristas para eliminar terroristas. La acción directa se atiene al derecho internacional<sup>99</sup>”. Como dijo una vez el periodista estadounidense Sidney Harris, “después de un tiempo, los enemigos (al igual que los amantes) comienzan a parecerse”.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>100</sup>, el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura<sup>101</sup>, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>102</sup>, el CICR<sup>103</sup> y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>104</sup> han criticado la falta de respeto del DIH (en los casos pertinentes) y del derecho de los derechos humanos en las operaciones realizadas en el marco de la guerra mundial contra el terrorismo. Hasta ahora, la respuesta de Estados Unidos ha sido impugnar las conclusiones de hecho, cuestionar la aplicabilidad del DIH o del derecho de los derechos humanos a las situaciones en cuestión en el marco de esa guerra, o decir que respeta el DIH y actúa de conformidad con sus principios<sup>105</sup>.

No pueden pasar desapercibidos los paralelismos entre la guerra mundial contra el terrorismo que dirige Estados Unidos, y la política antiterrorista de uno de sus aliados más cercanos, Israel. En efecto, la primera puede considerarse como la continuación, en escala mucho mayor, de la antigua práctica israelí de perseguir implacablemente a sus enemigos por todos los medios posibles y dondequiera que

98 V. el pasaje del *Quadrennial Defense Review*, de Estados Unidos, nota 89 supra.

99 Berkowitz, nota 9 supra, cap. 12.

100 Consejo Social y Económico de las Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos), Situación de los detenidos en la Bahía de Guantánamo (15 de febrero de 2006), documento E/CN.4/2006/120, en [www.un.org](http://www.un.org).

101 CAT/C/USA/CO/2, 18 de mayo de 2006 (anticipo de la versión no editada), en <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/AdvanceVersions/CAT.C.USA.CO.2.pdf> (consultado el 1º de diciembre de 2006).

102 Comité de Derechos Humanos, 87º período de sesiones, 10 a 28 de julio de 2006 (anticipo de la versión no editada), en [http://indianlaw.org/UN\\_HR\\_Committee\\_CCPR\\_USA\\_2006-07-28.pdf](http://indianlaw.org/UN_HR_Committee_CCPR_USA_2006-07-28.pdf) (consultado el 1º de diciembre de 2006).

103 “Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the treatment by the Coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation” (Informe del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el trato dado por las fuerzas de la coalición a los prisioneros de guerra y otras personas protegidas por los Convenios de Ginebra en Irak, durante su detención, su internamiento y su interrogatorio) (febrero de 2004), en [http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/icrc\\_report\\_iraq\\_feb2004.pdf](http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/icrc_report_iraq_feb2004.pdf) (consultado el 1º de diciembre de 2006), en inglés.

104 Detenidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba: solicitud de medidas preventivas (13 de marzo de 2002), en <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/guantanamo-2003.html> (consultado el 1 de diciembre de 2006).

105 V.g., respuesta del Gobierno de Estados Unidos al Informe de los Cinco Relatores Especiales sobre los Detenidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba (10 de marzo de 2006), en <http://www.asil.org/pdfs/ilib0603212> (consultado el 1 de diciembre de 2006); o la respuesta adicional de Estados Unidos a la solicitud de medidas preventivas - detención de combatientes enemigos en la Bahía de Guantánamo, Cuba, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (15 de julio de 2002), en <http://www.state.gov/s/1/38642.htm> (consultado el 1 de diciembre de 2006).

estén<sup>106</sup>. Cabe además comparar las respuestas de ambos países a las críticas por las infracciones del DIH y del derecho de los derechos humanos en el transcurso de esa guerra y la ocupación permanente del territorio palestino, conflicto que analizamos a continuación.

## Guerra de ocupación y anexión: Gaza y Cisjordania

La Guerra de los Seis Días, librada en junio de 1967, en la que Israel se apoderó de territorios de sus vecinos Egipto, Jordán y Siria, duró menos de una semana y tenía todos los ingredientes de la guerra trinitaria interestatal, que ha servido de premisa al DIH. Desde entonces, Israel ocupa la Franja de Gaza<sup>107</sup>, Cisjordania y Jerusalén oriental, hogar de unos cuatro millones de palestinos. También ha construido en ellos asentamientos para unos 300.000 judíos.

La ocupación militar se rige por el DIH<sup>108</sup>. Israel ha tanto utilizado como desestimado el DIH para justificar sus políticas en los territorios palestinos<sup>109</sup>. Según un decreto militar de junio de 1967, eran aplicables las normas de Ginebra sobre la ocupación; sin embargo, más tarde, diplomáticos y políticos adujeron que Cisjordania y la Franja de Gaza no debían considerarse territorios ocupados según el DIH. Esta ambigüedad tiene repercusiones prácticas: si los territorios están ocupados, Israel no está obligado a integrar en su organización política a la población árabe que reside en ellos; si no están ocupados, no se aplica la prohibición del DIH de establecer asentamientos (israelíes).

Por definición, una ocupación es temporal, porque de lo contrario, se considera colonización o anexión. Por lo tanto, el DIH relativo a la ocupación no tiene en cuenta una situación de “ni paz ni guerra” con una ocupación de duración indefinida. Sin embargo, para generaciones enteras de palestinos, la ocupación ha constituido su modo de vida, que pone en tela de juicio la distinción conceptual inicial entre el DIH (como *lex specialis* en tiempo de guerra), y el derecho internacional de los derechos humanos (como *lex ordinaria* en tiempo de paz). Por su parte, Israel ha explotado esta incertidumbre autogenerada como argumento contra la aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos. En palabras de

106 Desde el secuestro de Adolf Eichmann hasta las invasiones en gran escala de Líbano en 1982 y 2006. V., v.g., George Jonas, *Vengeance: The True Story of an Israeli Counter-Terrorist Team*, Simon & Schuster, Nueva York, 1984.

107 En septiembre de 2005, Israel retiró a todos los colonos y soldados israelíes y desmanteló todas sus instalaciones militares en la Franja de Gaza. Sigue controlando el espacio aéreo, el acceso marítimo y la mayoría de los otros accesos a la Franja de Gaza.

108 Convenio de La Haya de 1907 y Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949.

109 Los argumentos que se exponen en este párrafo se basan en Gershom Gorenberg, “Israel’s tragedy foretold”, página de tribuna, artículo para el New York Times, 10 de marzo de 2006, y en Kathleen Cavanaugh, “Rewriting law: The case of Israel and the occupied territories”, en Wippman y Evangelista, nota 93 *supra*, pp. 227–58. V. también Emma Playfair (dir.), *International Law and the Administration of Occupied Territories: The Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

un comentarista, “la práctica de Israel es de extraer de cada rama del derecho (pero, sobre todo, del derecho internacional humanitario) los beneficios e incumplir, al mismo tiempo, sus obligaciones”<sup>110</sup>.

En su exhaustiva *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, del 9 de julio de 2004, la Corte Internacional de Justicia, en forma casi unánime, afirmó que “la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y señaló que “pueden presentarse tres situaciones: de algunos derechos puede ocuparse exclusivamente el derecho internacional humanitario, otros pueden estar estipulados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden ser tratados en ambas ramas del derecho internacional”<sup>111</sup>. Con respecto a la pregunta planteada, la Corte sostuvo que “la construcción de ese muro constituye una violación por parte de Israel de varias de las obligaciones que le incumben con arreglo al derecho internacional humanitario y los instrumentos de derechos humanos aplicables”<sup>112</sup>.

## Guerras de ocupación: Afganistán e Irak

Mientras tanto, otras dos guerras interestatales, ambas denominadas operaciones de “libertad”<sup>113</sup>, han evolucionado hasta convertirse en complicadas ocupaciones *de facto* y de duración indefinida. Cinco años después del derrocamiento del régimen talibán en Afganistán, unos 30.000 soldados de la Fuerza Internacional de Asistencia a la Seguridad (ISAF) luchan contra las fuerzas talibán, que han resurgido, y también contra la floreciente producción y comercio del opio. La ISAF, que se constituyó en diciembre de 2001 en el marco de la Conferencia de Bonn; está formada por miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y se ha desplegado con la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>114</sup>. Su mandato inicial de seis meses para “ayudar a la Autoridad Provisional de Afganistán a mantener la seguridad en Kabul y sus inmediaciones”<sup>115</sup> se prorrogó y amplió sin cesar, y ahora abarca todo el territorio de Afganistán. Lo que inicialmente se concibió como una operación de mantenimiento de la paz y de fortalecimiento del Estado, se ha convertido en un mortífero conflicto en el que se lucha contra la insurgencia, el terrorismo y el tráfico de drogas<sup>116</sup>.

110 Cavanaugh, nota 109 *supra*, p. 228.

111 CIJ, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, párr. 106, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwframe.htm> (consultado el 23 de enero de 2007)

112 *Ibid.*, párr. 137.

113 Las operaciones “Libertad Duradera” (Afganistán) y “Libertad para Irak”.

114 Resoluciones 1386, 1413, 1444, 1510, 1563, 1623, 1659 y 1707.

115 Resolución 1386, párr. 1.

116 Según un cálculo de Associated Press basado en informes de funcionarios de Estados Unidos, de la OTAN y de Afganistán, durante los primeros nueve meses de 2006, murieron en todo el país, a causa de la violencia, 2.800 personas, entre civiles y militares, es decir, 1.300 personas más que en todo el año 2005 (citado en “Afghanistan body count raises scepticism”, *Guardian Online*, 15 de septiembre de 2006).

En Irak, tres años después de que el presidente Bush declarara triunfalmente el fin de las principales operaciones de combate<sup>117</sup> y dos años después de la restauración formal de la soberanía del país, la situación sobre el terreno, desde el punto de vista humanitario, político y militar, parece incluso más grave que en Afganistán. Aproximadamente 160.000 soldados de la fuerza de la coalición multinacional (144.000 de Estados Unidos), desplegados por mandato del Consejo de Seguridad<sup>118</sup>, junto con las fuerzas armadas y policiales iraquíes recientemente creadas, luchan contra una fuerza insurgente dominada por los sunnitas, partes de una red terrorista internacional (al Qaeda en Irak), mujaidines voluntarios extranjeros, milicias chiítas y la delincuencia organizada, al tiempo que intentan ganarse “los corazones y las mentes” de la población iraquí.

En ambos países, las situaciones no se encuadran en las categorías existentes del DIH, ya que no constituyen conflictos internacionales, ni guerras civiles, ni ocupaciones militares. La anarquía en Irak, en particular, recuerda el concepto de Ignatieff sobre la “guerra posmoderna” y sus consecuencias: “Si el Estado pierde el control de la guerra... si la guerra se transforma en el coto de ejércitos privados, gánsters y paramilitares... puede desaparecer la distinción entre la batalla y la barbarie”<sup>119</sup>. Como ya se ha dicho, restringir esa violencia anárquica está fuera del alcance del derecho humanitario. Sin embargo, desearía plantear algunas preguntas que podrían considerarse en mayor detalle en otros ámbitos: ¿puede una ocupación militar, así como todas las responsabilidades de una potencia ocupante estipuladas en las leyes de la guerra, finalizar en un momento preciso, sin que las fuerzas militares extranjeras se hayan retirado efectivamente del país?<sup>120</sup> ¿Es compatible con el DIH la inmunidad general que esas fuerzas militares extranjeras se han arrogado contra la jurisdicción iraquí?<sup>121</sup> Cuando una potencia ocupante fracasa de manera lamentable en su obligación de establecer la ley y el orden<sup>122</sup>, tras haber desmantelado imprudentemente el aparato de Estado existente y desafiado provocativamente a los insurgentes<sup>123</sup>, o cuando la presencia permanente de esa potencia *agrava* los

117 Nota 83 *supra*.

118 En la Resolución 1637 del 8 de noviembre de 2005, el Consejo “*observa* que la fuerza multinacional está en el Iraq a solicitud del Gobierno del Iraq y, teniendo presentes las cartas anexas a la presente resolución, *reafirma* la autorización para la fuerza multinacional establecida en la resolución 1546 (2004) y *decide* prorrogar el mandato de la fuerza multinacional establecido en esa resolución hasta el 31 de diciembre de 2006” (subrayados en el original).

119 Ignatieff, *Warrior's Honor*, nota 1 *supra*.

120 Sir Adam Roberts aborda esta cuestión en “The End of Occupation in Iraq”, un documento normativo publicado por el Programa de Harvard sobre la Política Humanitaria y la Investigación de los Conflictos, en <http://www.ihlresearch.org/iraq/pdfs/briefing3461> (consultado el 1º de diciembre de 2006).

121 La Orden nº. 17 (revisada) de la Autoridad Provisional de la Coalición (APC) estipula que las fuerzas de la Coalición, el personal diplomático y los contratistas que trabajen para las fuerzas de la Coalición o para los diplomáticos “gozarán de inmunidad contra el enjuiciamiento en Irak”. Una orden posterior de la APC dispuso que la orden permanecería en vigor hasta que las últimas fuerzas de la Coalición dejaran Irak, a menos que fuera rescindida o modificada por leyes posteriores. Según parece, el Parlamento irakí no ha cancelado ni modificado la orden.

122 Según el art 43 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Reglamento de La Haya), del 18 de octubre de 1907.

123 En una conferencia de prensa celebrada en la Casa Blanca el 2 de julio de 2003, el presidente Bush desafió a los insurgentes irakíes a que “salieran a pelear”.

problemas de seguridad, como señaló el jefe de las fuerzas armadas británicas en un comentario sobre Irak<sup>124</sup>, ¿queda entonces legitimada la insurgencia armada?

## Conclusión

En el presente artículo se ha demostrado cómo las transformaciones, las revoluciones y los cambios de todo tipo que ocasionan los conflictos armados ponen constantemente a prueba el DIH, forzándolo a adaptarse a las nuevas circunstancias. Desde la aprobación de los primeros instrumentos modernos del DIH en el siglo XIX, esta rama del derecho ha experimentado revisiones de fondo, que se han traducido en importantes tratados nuevos cada 25 a 30 años. Esas adaptaciones siempre se han orientado hacia una *mayor protección* y un ámbito de aplicación más amplio que los que existían antes de que un conflicto en particular pusiera en evidencia sus deficiencias.

En la actualidad, el DIH afronta problemas causados por la aparición de redes terroristas y organizaciones criminales transnacionales, la militarización de las políticas exterior y antiterrorista de un Estado que aspira a la hegemonía, la privatización de las actividades militares tradicionales y el colapso total o casi total de algunos Estados. Durante los últimos diez años, en el ámbito del DIH se han establecido diversas normas e instituciones (tribunales) nuevas, no en Ginebra, sino en Nueva York, Ottawa, La Haya y Arusha. A su vez, esas nuevas instituciones han contribuido considerablemente al desarrollo del DIH consuetudinario. Por consiguiente, la pregunta es ahora si la expansión o revisión del derecho de Ginebra es conveniente y probable. ¿Requieren las nuevas guerras nuevas leyes? ¿Lleva el DIH un retraso de una guerra?

He sostenido que la restricción de la violencia endémica causada por el colapso o el desmantelamiento del Estado está fuera del alcance del derecho humanitario. Con respecto a los desafíos que plantean las entidades no estatales, como las redes terroristas transnacionales, las organizaciones criminales y las empresas militares privadas, sólo estas últimas pueden ser objeto de reglamentación, tanto en el plano nacional como internacional, ya que, por definición, los terroristas y los criminales actúan fuera de la ley. La respuesta a los intentos de ciertos Estados de eludir el derecho existente no pasa por promulgar más normas de DIH, sino por instar a respetarlo más. Y cuando se evidencien deficiencias o ambigüedades, el DIH consuetudinario tiene un importante papel que desempeñar. Por ello opino que no conveniente ampliar ni revisar el derecho de Ginebra.

Pero, ¿es probable que esa revisión tenga lugar? David Wippman señala que “la mayoría de los Gobiernos y muchos expertos en derechos humanos y en derecho humanitario prefieren un proceso sin formalismos que haga evolucionar el DIH por medio de las prácticas de los Estados, con el aporte de los análisis de los expertos”, y pone de relieve el “proceder cauteloso y orientado a la investigación

124 “Sir Richard Dannatt: A very honest general”, *Daily Mail*, 12 de octubre de 2006 (edición en línea).

(del CICR) en el desarrollo ulterior del DIH<sup>125</sup>. En este sentido, cabe señalar varias iniciativas e informes recientes del CICR: el proyecto sobre la reafirmación y el desarrollo del DIH, el informe titulado “El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos”<sup>126</sup>, y la iniciativa, en colaboración con el Gobierno suizo, de aclarar y reforzar la responsabilidad de los Estados por las acciones de las empresas militares y de seguridad privadas<sup>127</sup>.

A través de las breves descripciones de los conflictos pertinentes, en este artículo también se ha demostrado que, desde la Paz de Westfalia de 1648, la guerra, a pesar de sus muchos cambios (o a causa de ellos), ha vuelto en muchos aspectos al punto de partida. También lo ha hecho el DIH. Prueba de ello son el movimiento de La Haya en favor de la paz a finales del siglo XIX y la instauración de la Corte Penal Internacional de La Haya a principios del siglo XXI. *Plus ça change, plus c'est la même chose*<sup>128</sup>.

125 Wippman, “Do new wars call for new laws?” en Wippman y Evangelista, nota 93 *supra*, p. 6. V. también Jean-Philippe Lavoyer, “Should international humanitarian law be reaffirmed, clarified or developed?”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34, 2004, pp. 1–24, en el sitio Web del CICR, [http://www.cicr.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/659JXZ/\\$File/Lavoyer-01-05-04](http://www.cicr.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/659JXZ/$File/Lavoyer-01-05-04) (consultado el 1º de diciembre de 2006). Para más información sobre este tema, v. Yves Sandoz, “International humanitarian law in the 21st century”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6, 2003, pp. 3–40.

126 En <http://www.cicr.org/spa>.

127 Nota 88 *supra*.

128 Proverbio francés para significar que “Cuanto más cambia una cosa más sigue siendo la misma”.

