

Together for humanity
Ensemble pour l'humanité
Juntos por la humanidad
معاً من أجل الإنسانية



30IC/07/8.4
Original: inglés

**XXX CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
Y DE LA MEDIA LUNA ROJA**

Ginebra, Suiza,
26-30 de noviembre de 2007

**EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DESAFÍOS EN LOS
CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS**

Documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja

Ginebra, octubre de 2007

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DESAFÍOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS

Índice

- I. **Introducción**
- II. **El DIH y el terrorismo**
- III. **Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna**
- IV. **La conducción de las hostilidades**
 - 1. **Cuestiones de carácter general , en particular la guerra asimétrica**
 - 2. **El concepto de "participación directa en las hostilidades"**
 - 3. **Reglamentación del uso de las municiones en racimo**
- V. **Los conflictos armados no internacionales**
- VI. **Reglamentación de las empresas privadas militares y de seguridad**
- VII. **La ocupación y otras formas de administración de territorios extranjeros**
- VIII. **Mejora del respeto del DIH: La función de las sanciones**

Anexos:

- 1) Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna
- 2) *Programa de la XXX Mesa Redonda de San Remo sobre "La conducción de las hostilidades: Revisión del derecho de los conflictos armados un siglo después de las Convenciones de La Haya de 1907 y treinta años después de los Protocolos adicionales de 1977"*
- 3) *Mejorar el Respeto del Derecho Internacional Humanitario en Situaciones de Conflictos Armados no Internacionales*

Resumen

El presente informe tiene por objeto inducir a la reflexión y al debate sobre una serie de desafíos contemporáneos en el ámbito del derecho internacional humanitario (DIH), determinados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), y esbozar una acción prospectiva del ICRC con el fin de aclarar y desarrollar el DIH. El informe analiza el curso dado a una serie de cuestiones específicas planteadas en un anterior informe sobre el mismo tema presentado a la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 2003 y ofrece un panorama de las cuestiones nuevas y emergentes que ameritan examen. Aunque el Informe se redactó fundamentalmente para utilizarse como documento de antecedentes para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, se espera que sea también de interés para un público más amplio.

La **Introducción** al Informe cumple el propósito de colocarlo en un contexto histórico y se describen allí las premisas que le sirven de base.

En los años transcurridos desde la XXVIII Conferencia Internacional, la relación entre los conflictos armados y los actos de terrorismo, así como la función del DIH en ese sentido, continuaron siendo tema de numerosos debates, tanto entre especialistas como entre el público en general. La necesidad de efectuar un nuevo examen de la idoneidad del DIH para abordar el terrorismo se menciona frecuentemente sin hacer referencia, no obstante, a las deficiencias específicas del derecho. En el Capítulo II del informe, **El DIH y el terrorismo**, se esbozan los diversos desafíos en relación con el DIH y los actos terroristas, la cuestión de cómo calificar la lucha contra el terrorismo en términos jurídicos y el estatuto de diversas personas en ese contexto. Se da a conocer el análisis jurídico de estas cuestiones, efectuado por el CICR, haciendo hincapié en que el DIH es en general adecuado. No obstante, el informe reconoce que los actos de terrorismo plantean algunos desafíos jurídicos concretos y afirma que en la lucha contra el terrorismo es preciso aplicar una serie de medidas— de investigación, diplomáticas, financieras, económicas, jurídicas, educativas, y otras semejantes —que abarcan todo el espectro desde tiempo de paz hasta conflicto armado, y que el DIH no puede ser el único instrumento jurídico al que se recurra en una labor tan compleja.

El Capítulo III se ocupa de una cuestión que ha sido objeto de considerable atención en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, a saber: **los principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa**. Sin embargo, esta cuestión es de mucho mayor envergadura y requiere aclaraciones de carácter más general, con respecto a todos los tipos de conflictos armados y otras situaciones de violencia. En 2005, el CICR preparó orientaciones que reflejan su posición institucional sobre el tema (Anexo 1).

El Capítulo IV, **la conducción de las hostilidades**, se divide en tres secciones. Empieza reiterando la opinión del CICR en el sentido de que el marco jurídico actual, tanto el derecho de los tratados como el derecho internacional consuetudinario, son en general adecuados para abordar los conflictos armados actuales. Sin embargo, reconoce que la aplicación concreta de las normas convencionales y consuetudinarias, que de conformidad con el informe del CICR de 2003 requieren aclaración, probablemente supondrá una dificultad aún mayor en el contexto actual, cada vez más caracterizado por la guerra asimétrica, debido especialmente a la creciente participación de grupos armados no estatales, y a la guerra urbana. Concluye señalando que esos desafíos no pueden ser abordados *a priori* por los acontecimientos en el ámbito del derecho de los tratados. En tales casos, no es que las normas sean deficientes sino que existe una escasa voluntad o capacidad entre las partes en el conflicto armado— y en la comunidad internacional —para hacerlas cumplir, especialmente en el marco del derecho penal.

En la segunda parte de este capítulo se facilita información complementaria sobre el CICR y el proceso de investigación a cargo de expertos del TMC Asser Institute, con el propósito de presentar una interpretación coherente de la noción de participación directa en las hostilidades en el marco del DIH.

La tercera parte se refiere al costo humano del uso de las municiones en racimo y a los problemas de tipo jurídico que plantean estas armas con respecto a algunas de las normas básicas relativas a la conducción de las hostilidades (el principio de distinción, la prohibición de efectuar ataques indiscriminados, el principio de proporcionalidad y la obligación de tomar precauciones en los ataques). El CICR estima que existen argumentos muy convincentes en favor de la elaboración de normas específicas para la reglamentación de esas armas. Entre esas normas se incluyen las relativas a las características de las municiones en racimo, el enorme sufrimiento que ocasionan y el hecho de que las normas generales del DIH sobre los métodos y medios bélicos sólo tienen un efecto más bien limitado en lo que se refiere a prevenir los graves problemas que ocasionan esas armas durante los conflictos armados y después de ellos.

La mayoría de los conflictos armados contemporáneos no son de carácter internacional. La vida cotidiana de numerosos civiles envueltos en esos conflictos está marcada por el temor y el sufrimiento extremo. La magnitud del sufrimiento humano en tales condiciones es tema que interesa grandemente en las operaciones del CICR. Asegurar una mejor protección de las personas atrapadas en situaciones de conflictos armados no internacionales sigue siendo una de las principales prioridades del CICR. El Capítulo V, **Los conflictos armados no internacionales**, esboza los planteamientos jurídicos del CICR tras la publicación de su estudio de 2005 sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. El estudio indica que numerosas normas anteriormente aplicables en los conflictos armados internacionales tienen ahora carácter vinculante, asimismo, como cuestión del derecho consuetudinario, en los conflictos armados no internacionales. Pese al desarrollo del derecho internacional consuetudinario desde la aprobación del Protocolo adicional en 1977, subsisten una serie de importantes dificultades. Algunas de ellas se exponen detalladamente en el presente informe. Además, la cuestión del respeto del DIH en los conflictos armados no internacionales sigue siendo un tema de especial interés para el CICR. En esta sección se hace un resumen de la labor efectuada al respecto desde 2003 (véase también el anexo 3).

En los últimos años son cada vez más las tareas, anteriormente siempre desempeñadas por las fuerzas oficiales de seguridad o las fuerzas militares del Estado, que se asignan en contrata a empresas militares y de seguridad privadas. Aunque la presencia de esas empresas en situaciones de conflicto no es nueva, su número ha aumentado y, lo que es más importante, el carácter de sus actividades ha variado. En el Capítulo VI, **Reglamentación de las empresas militares y de seguridad privadas**, se explica que el interés del CICR no radica tanto en sumarse a los debates sobre la legitimidad del uso de los servicios de las empresas privadas en situaciones de conflicto armado, sino más bien en encontrar los medios de asegurar un mejor cumplimiento de las disposiciones del DIH por parte de esas empresas cuando están presentes. Se hace hincapié en las obligaciones de las empresas militares y de seguridad privadas y de los Estados en particular, en el marco del DIH, y se describen los objetivos de una iniciativa del Gobierno suizo, en cooperación con el CICR, para promover el respeto del DIH y del derecho de los derechos humanos por las empresas militares y de seguridad privadas presentes en situaciones de conflicto. Esa iniciativa comenzó a aplicarse en 2006.

Hay quienes consideran que el derecho de ocupación no es adecuado para la complejidad de las situaciones recientes a las que se aplica, debido a que no tiene suficientemente en cuenta la evolución del derecho de los derechos humanos y a que algunas de sus disposiciones constituyen un impedimento para la "ocupación transformativa." Por otro lado, la experiencia reciente ha demostrado la necesidad de definir claramente el marco jurídico

que rige la administración de un territorio por fuerzas multinacionales o por una administración civil internacional y la particular pertinencia del DIH y del derecho de ocupación en ese contexto. El Capítulo VII, **La ocupación y otras formas de administración de territorios extranjeros**, examina ésa y otras cuestiones conexas.

La mejor aplicación del DIH, tanto en tiempos de paz como de conflictos armados, sigue siendo una prioridad del CICR. El Capítulo VIII, **Fortalecimiento del respeto del DIH: La función de las sanciones**, se ocupa de una iniciativa del CICR para el examen de la función y el efecto disuasor de las sanciones contra quienes cometen violaciones graves del DIH, la naturaleza y las características de esas sanciones y el entorno en el cual se aplican.

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DESAFÍOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS

I. INTRODUCCIÓN

Este es el segundo informe sobre el "Derecho internacional humanitario (DIH) y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos" elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para una Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. En los años transcurridos desde la presentación del primer informe a la XXVIII Conferencia Internacional celebrada en Ginebra en diciembre de 2003, la realidad cotidiana de los conflictos armados no ha cambiado, hecho que a nadie sorprende. Si bien escapa al ámbito del presente informe entrar en una descripción fáctica de los diversos conflictos que se libran actualmente en todo el mundo, baste con afirmar que las consecuencias inexorables de la guerra siguen siendo la muerte, la destrucción, el sufrimiento y la pérdida.

Actualmente los civiles sufren las peores consecuencias del conflicto armado. Los civiles son las principales víctimas de las violaciones del DIH que cometen tanto los Estados partes como grupos armados no estatales. Los ataques deliberados contra los civiles, el desplazamiento forzado de poblaciones civiles, la destrucción de la infraestructura vital para la población civil y de la propiedad civil, son sólo algunos de los ejemplos de actos prohibidos que se cometen corrientemente. Han sido también civiles las víctimas de violaciones de la ley, como homicidios, desapariciones forzadas, tortura, tratos crueles y atentados contra la dignidad personal, así como violaciones y otras formas de violencia sexual. Se les ha utilizado como escudos humanos. Las personas detenidas en relación con conflictos armados han sido despojadas de sus derechos básicos, incluidas las condiciones de detención y de trato correctas y las garantías procesales destinadas a evitar la detención arbitraria y garantizar el derecho a un juicio justo. El personal médico y los trabajadores humanitarios también han sido víctimas de violaciones del DIH. En muchos casos, las organizaciones humanitarias se han visto imposibilitadas de llevar a cabo sus actividades o se han obstaculizado sus esfuerzos para cumplirlas eficazmente. Eso ha agravado aún más el sufrimiento de aquellas personas a quienes pretenden ayudar y proteger en última instancia. Los ataques contra periodistas y otros miembros de los medios de comunicación son también una fuente de preocupación cada vez mayor.

Aunque el sufrimiento que inflige la guerra no ha cambiado, los últimos cuatro años se han caracterizado por una mayor sensibilización pública respecto del DIH y sus normas básicas y, por lo tanto, de los actos que constituyen violaciones de esas normas básicas. Los principios y normas del DIH han sido el centro de interés no solamente de los debates habituales de grupos de expertos sino también, y cada vez más, del escrutinio intenso y de gran alcance por parte del Gobierno, los círculos académicos y los medios de comunicación. El creciente interés y sensibilización en torno al DIH deben estimularse y acogerse con agrado, teniendo presente el hecho de que el conocimiento de cualquier conjunto de leyes es un requisito previo para una mejor observancia. Por otro lado, los Convenios de Ginebra de 1949 tienen ahora carácter universal, con lo cual los tratados son vinculantes para todos los países del mundo. Cabe esperar que el Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario efectuado por el CICR y publicado en 2005, contribuya también a una mayor sensibilización con respecto a las normas que rigen el comportamiento en todos los tipos de conflictos armados.

El hecho de que pueda decirse que el DIH ha salido de los círculos de expertos para ingresar plenamente al ámbito público significa, sin embargo, que ha aumentado también el

riesgo de politización de la interpretación y la aplicación de sus normas. En los últimos cuatro años se han tenido pruebas de esta tendencia general. Los Estados han negado, en ocasiones, la aplicabilidad del DIH a determinadas situaciones, pese a que los hechos sobre el terreno indican claramente la existencia de un conflicto armado. En otros casos, los Estados han intentado ampliar el ámbito de aplicación del DIH para incluir situaciones que, sobre la base de los hechos, no pueden clasificarse como conflictos armados. Aparte de las controversias en relación con la cuestión de cómo calificar una situación de violencia en términos jurídicos, se han producido también lo que sólo puede denominarse interpretaciones erróneas y oportunistas de determinadas normas jurídicas consagradas. La tendencia de algunos a señalar las presuntas violaciones cometidas por otros, sin mostrar ninguna inclinación a reconocer las violaciones que ellos mismos cometen, también ha sido perjudicial para la correcta aplicación de la ley.

Hay que hacer hincapié en que la politización del DIH anula el propósito mismo de este conjunto de normas. Los principales beneficiarios del DIH son las personas civiles y las personas fuera del combate. El concepto mismo del DIH se basa en la idea de que, en la medida de lo posible, hay que evitar que ciertas categorías de personas sufran los efectos de la violencia independientemente de la parte a la que pertenezcan y de la justificación que se haya aducido para el conflicto armado en primer lugar. La no aplicación o la aplicación selectiva del DIH, o la mala interpretación de sus normas con fines nacionales u otros fines políticos, pueden tener un efecto directo, como inevitablemente sucede, sobre la vida y los medios de subsistencia de personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades. Un enfoque fragmentario del DIH contradice el principio básico del DIH relativo a la humanidad, que debe aplicarse por igual a todas las víctimas de conflictos armados si se quiere que mantenga su significado inherente para todos. Las partes en los conflictos armados no deben perder de vista el hecho de que, de conformidad con la lógica misma del DIH, las interpretaciones politizadas o de otro modo sesgadas de la ley muy pocas veces, o casi nunca, tienen repercusiones en el lado de la oposición únicamente. Por lo general, es una cuestión de tiempo únicamente para que nuestros propios civiles y personas capturadas se vean expuestos a los perniciosos efectos de la politización recíproca o de una interpretación errónea deliberada de parte del adversario.

La finalidad del presente informe, como en el caso del informe anterior, es ofrecer una idea general de algunos de los desafíos que plantean al derecho internacional humanitario los conflictos armados contemporáneos, estimular una mayor reflexión con respecto a esos desafíos y esbozar una acción continua o prospectiva del CICR. El informe se basa en las premisas que se señalan a continuación.

En primer lugar, los tratados de derecho humanitario, en particular los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos adicionales de 1977, complementados por las normas del derecho humanitario consuetudinario, siguen siendo el marco de referencia para reglamentar el comportamiento en conflictos armados. El CICR considera que los principios y normas básicos que rigen la conducción de las hostilidades y el trato dado a las personas que han caído en manos enemigas (las dos áreas esenciales del DIH), continúan reflejando un equilibrio razonable y pragmático entre las demandas de necesidad militar y las que responden a cuestiones de humanidad. Como se examina más adelante en el presente informe, los actos de violencia con elementos transnacionales, que son el reto general más reciente para el DIH, no necesariamente equivalen a un conflicto armado en el sentido jurídico. Por otro lado, el DIH no es el único régimen jurídico que puede utilizarse para abordar las distintas formas de ese tipo de violencia.

En segundo lugar, en opinión del CICR, la causa principal del sufrimiento en situaciones de conflicto armado y violaciones del DIH sigue siendo la no aplicación de las normas vigentes—ya sea por no existir la necesaria voluntad política o por alguna otra razón—más que la inexistencia de normas o su falta de idoneidad.

En tercer lugar, la ley es sólo uno de los muchos instrumentos que se pueden utilizar para reglamentar el comportamiento humano, y ninguna rama del derecho, sea internacional o nacional, puede— por sí misma —reglamentar por completo un fenómeno tan complejo como la violencia. Aunque el DIH intenta circunscribir ciertos comportamientos en situaciones de conflicto armado, siempre habrá Estados, grupos armados no estatales y personas que no tendrán reparos en violar las normas, sean cuales fueren las sanciones del caso. El aumento de los ataques suicidas contra civiles en conflictos armados o al margen de esas situaciones es sólo un ejemplo que viene a colación. En otras palabras, si la ley se utiliza como el único instrumento para eliminar o reducir la violencia, debe quedar entendido que tiene límites. Los factores de tipo económico, social, cultural y de otra índole que ejercen una influencia igualmente decisiva sobre la conducta humana deben tenerse en cuenta también al examinar soluciones amplias para cualquier forma de violencia.

Por último, el presente informe examina una serie de cuestiones que pueden significar retos para el DIH. La selección no es exhaustiva y no pretende incluir toda la gama de temas relacionados con el DIH que el CICR está examinando o con los cuales trabaja, o a los que puede dirigir su atención en el futuro.

II. EL DIH Y EL TERRORISMO

Si, como se afirma anteriormente, los principios y las normas del DIH forman parte del dominio público desde hace tres años, se debe en gran medida a los debates sobre la relación entre los conflictos armados y los actos de terrorismo. La pregunta que se formula con más frecuencia es si el DIH tiene una función que desempeñar en lo que se refiere a abordar el terrorismo, y cuál es esa función.

El DIH y los actos terroristas

Un examen de la idoneidad del derecho internacional, incluido el DIH, para abordar el terrorismo evidentemente nos obliga a preguntarnos, "¿Qué es el terrorismo?" Las definiciones abundan, tanto en la legislación nacional como en el plano internacional, pero como es bien sabido, no existe actualmente una definición jurídica internacional amplia de ese término. Desde hace varios años no se registran avances en el proyecto de convenio general de las Naciones Unidas sobre el terrorismo internacional debido al problema, entre otros, que representa determinar si los actos cometidos en situaciones de conflicto armado deben quedar excluidos de su ámbito, y cómo proceder al respecto.¹

Sin embargo, independientemente de la inexistencia de una definición amplia en el plano internacional, los actos terroristas son delitos en virtud del derecho interno y de los convenios internacionales y regionales sobre terrorismo vigentes, y pueden ser calificados como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, si se cumplen las condiciones del caso. En consecuencia, a diferencia de algunas otras esferas del derecho internacional, existe abundante reglamentación con respecto al "terrorismo"— aunque no universalmente definido como tal. El CICR considera, no obstante, que el término mismo es muy susceptible a interpretaciones políticas subjetivas y que darle una definición jurídica probablemente no contribuirá a reducir sus repercusiones emocionales o su utilización.

El DIH es el conjunto de leyes aplicables cuando la violencia armada alcanza el nivel de conflicto armado, *y está confinada al conflicto armado únicamente*, sea internacional o no internacional. Los tratados pertinentes son, naturalmente, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977, aunque el DIH abarca toda una serie de otros instrumentos jurídicamente vinculantes, así como el derecho consuetudinario.

¹ Véase llamada de pie de página No. 3.

Aunque el DIH no ofrece una definición de terrorismo, prohíbe explícitamente la mayoría de los actos que se cometen contra los civiles y los bienes de carácter civil en los conflictos armados que comúnmente se considerarían actos "terroristas" si se cometieran en tiempo de paz.

Un principio básico del DIH estipula que las personas que intervienen en conflictos armados deben hacer una distinción en todo momento entre la población civil y entre los bienes de carácter civil y los objetivos militares. El principio de distinción es piedra angular del DIH. De él se derivan normas específicas orientadas a la protección de los civiles, como la prohibición de ataques deliberados o directos contra civiles y bienes de carácter civil, la prohibición de ataques indiscriminados y del uso de "escudos humanos", y otras normas que rigen la conducción de las hostilidades con el propósito de poner a salvo a los civiles y los bienes de carácter civil de los efectos de las hostilidades. El DIH también prohíbe la toma de rehenes, trátase de civiles o de personas que ya no participan en las hostilidades.

Una vez alcanzado el umbral del conflicto armado, podría argumentarse que **poco aporta designar "terroristas" la mayoría de los actos de violencia contra civiles o bienes de carácter civil porque esos actos ya constituyen crímenes de guerra en el marco del DIH.** Las personas que presuntamente hayan cometido crímenes de guerra pueden ser objeto de enjuiciamiento penal por los Estados de conformidad con las bases de la jurisdicción del derecho internacional; y, en caso de violaciones graves en el marco definido por los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional 1 deben ser objeto de enjuiciamiento penal, de conformidad con el principio de jurisdicción universal.

El DIH también prohíbe específicamente las "medidas de terrorismo" y los "actos de terrorismo" contra personas en poder de una Parte en conflicto. El cuarto Convenio de Ginebra, en su artículo 33 estipula que "están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo", y en el párrafo 2 d) del artículo 4 del Protocolo adicional II se prohíben los "actos de terrorismo" contra las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas. El contexto en el que se hace referencia a esas prohibiciones sugiere que el objetivo principal es subrayar un principio general del derecho, a saber, que la responsabilidad penal es individual y que ni las personas ni la población civil en su conjunto pueden ser objeto de castigos colectivos que, evidentemente, son una medida que puede inducir al terror.

En las secciones relativas a la conducción de las hostilidades, los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra también prohíben actos encaminados a sembrar el terror entre la población civil. En el párrafo 2) del artículo 51 del Protocolo adicional 1 y en el párrafo 2) del artículo 13 Protocolo adicional II se estipula que:

"No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil".

El objetivo principal de estas disposiciones es reiterar la prohibición de actos en conflictos armados internacionales o no internacionales que no ofrezcan una ventaja militar definida. Aunque incluso un ataque legítimo contra un objetivo militar puede sembrar el temor entre los civiles, esas normas prohíben los ataques especialmente destinados a aterrorizar a la población civil –como campañas de bombardeo o disparos contra civiles en zonas urbanas – que no puedan justificarse en aras de una prevista ventaja militar.

La prohibición explícita de actos de terrorismo contra personas en poder del enemigo, así como la prohibición de tales actos en el transcurso de las hostilidades– junto con las demás disposiciones básicas anteriormente mencionadas –demuestra que el DIH confiere protección a los civiles y los bienes de carácter civil contra esos tipos de ataque cuando se

cometen en situaciones de conflicto armado. **En consecuencia, en los conflictos armados contemporáneos, el problema no es la inexistencia de normas sino la falta de observancia de las normas.**

Una reciente dificultad en el marco del DIH es la tendencia de los Estados a calificar de "terroristas" todos los actos de guerra de grupos armados organizados en el transcurso del conflicto armado, particularmente en conflictos armados no internacionales. Aunque se reconoce en general que las partes en un conflicto armado internacional pueden, en el marco del DIH, atacar legítimamente los objetivos militares enemigos, los Estados se han mostrado mucho más renuentes a reconocer que el mismo principio se aplica en situaciones de conflictos armados no internacionales. En consecuencia, los Estados involucrados en conflictos armados se inclinan cada vez más a calificar de "terrorismo" cualquier acto cometido por no insurgentes nacionales, pese a que en el marco del DIH, ese tipo de acto podría no ser ilegal (por ejemplo, los ataques contra personal o instalaciones militares). Lo que se está pasando por alto aquí es que una diferencia crucial entre el DIH y el régimen jurídico del terrorismo es que el DIH se basa en la premisa de que ciertos actos de violencia –contra objetivos militares– no están prohibidos. Sin embargo, cualquier acto de "terrorismo" es, por definición, prohibido y criminal.²

Hay que tener presente la necesidad de diferenciar entre actos de guerra legítimos y actos de terrorismo con el fin de no refundir esos dos regímenes jurídicos. Ello reviste particular importancia en situaciones de conflictos armados no internacionales, en las que todos los actos de violencia por parte de grupos armados organizados contra objetivos militares están sujetos, en todo caso, a procesamiento penal interno. La tendencia a calificarlos, además, de "terroristas" puede mermar el incentivo de los grupos armados a respetar el DIH, y puede ser también un obstáculo en un posible posterior proceso político de resolución del conflicto.

Calificación jurídica

La calificación jurídica de lo que suele llamarse la "guerra mundial contra el terrorismo" ha sido otro tema objeto de gran controversia.³ Aunque ese término es ahora de uso corriente en algunos países, es necesario examinar, en función del DIH, si se trata simplemente de un dispositivo retórico o si se refiere a un conflicto armado mundial en el sentido jurídico. Sobre la base de un análisis de los datos disponibles, el CICR no comparte la opinión de que se esté librando una guerra mundial y adopta un enfoque de caso por caso con respecto a la calificación jurídica de las situaciones de violencia a las que coloquialmente se hace referencia como parte de la "guerra contra el terrorismo". En términos sencillos, cuando la violencia alcanza el nivel de conflicto armado, sea internacional o no internacional, es aplicable el DIH. De lo contrario, entran en juego otros sistemas jurídicos.

De conformidad con el Convenio de Ginebra de 1949, los conflictos armados internacionales son los que se libran entre los Estados. Así, la guerra de 2001 entre la coalición dirigida por

² Como ya se ha mencionado, una de las principales dificultades que impide la conclusión de las negociaciones en relación con el proyecto de convenio general de las Naciones Unidas sobre el terrorismo internacional es la de determinar si los actos cometidos en situaciones de conflicto armado deben quedar excluidos del ámbito de dicho Convenio, y cómo proceder al respecto. Aunque existe acuerdo general en el sentido de que los actos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado en conflictos armados internacionales no entrarían en el ámbito del Convenio, lo que se debate es si los actos cometidos por grupos armados no estatales deben ser excluidos. Por las razones anteriormente expuestas, el CICR considera que en el Convenio no se debe definir como "terroristas" los actos permisibles en virtud del DIH cuando son cometidos por grupos armados organizados en conflictos armados no internacionales. Como ya se ha puesto de relieve, todos los actos de violencia cometidos por grupos armados organizados son ya punibles en el marco del derecho penal interno.

³ Más recientemente, se ha dicho que la "guerra mundial contra el terrorismo" se limita a "Al-Qaeda, los Talibanes y las fuerzas asociadas", pero esa caracterización no modifica las premisas básicas del enfoque.

los Estados Unidos y el régimen Talibán de Afganistán (librada como parte de la "guerra contra el terrorismo") es un ejemplo de conflicto armado internacional.

El DIH no prevé situaciones de conflicto armado internacional entre Estados y grupos armados no estatales por la sencilla razón de que los Estados nunca han estado dispuestos a conceder a los grupos armados los privilegios de que disfrutaban los miembros de los ejércitos regulares.⁴ Decir que se está librando una guerra internacional mundial contra grupos como Al-Qaeda significaría que, en virtud del derecho de la guerra, se tendría que considerar que sus seguidores tienen los mismos derechos y obligaciones que los miembros de las fuerzas armadas organizadas. Ya en 1949 era evidente que ninguna nación contemplaría la posibilidad de eximir a los miembros de los grupos armados no estatales del procesamiento penal de conformidad con el derecho interno por actos de guerra que no estuvieran prohibidos en el marco del derecho internacional – elemento fundamental del estatuto de combatiente y de prisionero de guerra. Quienes se encargaron de la redacción de los Convenios de Ginebra, que otorgan el estatuto de prisionero de guerra en condiciones estrictamente definidas, eran plenamente conscientes de las realidades políticas y prácticas de los conflictos armados internacionales y ajustaron como correspondía las disposiciones de los tratados.

La llamada "guerra contra el terrorismo" también puede adoptar la forma de un conflicto armado no internacional, como el que se viene librando en Afganistán entre el Gobierno afgano, apoyado por una coalición de Estados y distintos grupos armados, a saber, vestigios de los Talibanes y de Al-Qaeda. Se trata de un conflicto no internacional, aunque con un componente internacional en la forma de una presencia militar extranjera en una de las partes, ya que se libra con el consentimiento y el apoyo de las respectivas autoridades nacionales y no intervienen dos Estados enemigos. En consecuencia, las hostilidades en Afganistán se rigen por las normas aplicables a los conflictos armados no internacionales establecidas en las normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional humanitario. El mismo conjunto de leyes se aplicaría en circunstancias semejantes cuando el nivel de violencia alcanza el de un conflicto armado y cuando una parte armada no estatal es parte en un conflicto armado (por ejemplo, la situación en Somalia).

Queda por dilucidar la cuestión de si, tomados en conjunto, todos los actos de terrorismo que se llevan a cabo en diversas partes del mundo (al margen de las situaciones de conflicto armado como las de Afganistán, Iraq o Somalia) son, o no, parte del mismo conflicto armado que se entiende en el sentido jurídico. En otras palabras, ¿es posible decir que los bombardeos en Glasgow, Londres, Madrid, Bali o Casablanca se pueden atribuir a una parte en un conflicto armado, tal como se entiende en virtud del DIH? ¿Puede decirse, además, que el nivel de violencia en cada uno de esos lugares ha alcanzado el de un conflicto armado? En ambos casos, la respuesta parecería ser negativa.

Por otro lado, es evidente que las autoridades de los Estados concernidos no aplican las normas de la conducción de las hostilidades en los casos de personas que presuntamente han planificado o llevado a cabo actos de terrorismo, lo que podrían haber hecho si hubieran aplicado un paradigma de los conflictos armados. Las normas del DIH les habrían permitido tomar como objetivo directo a los presuntos culpables e incluso causar lo que se conoce como "daños colaterales" a los civiles y bienes de carácter civil en las inmediaciones siempre que los daños civiles incidentales no fuesen excesivo en relación con la ventaja militar anticipada. En su lugar, aplican las normas de represión del delito. Intentan capturar a los presuntos culpables para someterlos a juicio posteriormente y al así hacerlo se cuidan de evacuar las estructuras civiles con el fin de evitar cualquier daño a las personas, edificios y objetos cercanos.

⁴ La única excepción se señala en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I, y está sujeta a condiciones específicas, es decir, la existencia de una guerra de liberación nacional.

En resumen, **cada situación de violencia armada organizada debe examinarse en el contexto específico en que se produce y debe calificarse jurídicamente como conflicto armado, o no, sobre la base de las circunstancias fácticas. El derecho de la guerra se aplica a situaciones de conflicto armado, tanto desde un punto de vista práctico como jurídico.** Es preciso recordar siempre que las normas del DIH sobre lo que constituye homicidio legítimo o la detención en conflictos armados internacionales, por ejemplo, permiten una mayor flexibilidad que las normas aplicables en conflictos no armados que se rigen por otros sistemas de derecho como el derecho de los derechos humanos. **En otras palabras es, a la vez, peligroso e innecesario, en términos prácticos, aplicar el DIH a situaciones que no son de guerra. Esto no siempre se entiende cabalmente.**

El estatuto de las personas

El CICR también adopta un enfoque de caso por caso, basado en los datos disponibles, para determinar el régimen jurídico que se aplica al estatuto y a los derechos de las personas detenidas en relación con la llamada "guerra mundial contra el terrorismo". Si una persona es detenida en relación con un conflicto armado internacional, se aplican plenamente los tratados pertinentes del DIH. Si una persona es detenida en relación con un conflicto armado no internacional, la privación de libertad se rige por las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, otros tratados aplicables, el derecho internacional consuetudinario y otros cuerpos de derecho como el derecho de los derechos humanos y el derecho interno. Si una persona es detenida al margen de una situación de conflicto armado, sólo se aplican esos otros cuerpos de derecho.

En este contexto, conviene repetir que *únicamente en situaciones de conflictos armados internacionales* el DIH otorga a los combatientes (y prisioneros de guerra) el estatuto de miembros de las fuerzas armadas. La característica principal de este estatuto es que da a los combatientes el derecho a participar directamente en las hostilidades y les concede inmunidad contra enjuiciamiento penal por actos realizados de conformidad con el DIH, como ataques legítimos contra objetivos militares. En caso de captura, los combatientes pasan a ser prisioneros de guerra y, como tales, no pueden ser procesados o condenados por haber participado en las hostilidades. El corolario es que los combatientes capturados pueden ser internados, sin ninguna forma de enjuiciamiento, hasta el final de las hostilidades activas. Sin embargo, los combatientes capturados pueden ser objeto de enjuiciamiento penal por crímenes de guerra u otros actos criminales cometidos antes del internamiento o durante ese período. En caso de enjuiciamiento penal, el III Convenio de Ginebra estipula que una sentencia sólo tendrá validez contra un prisionero de guerra cuando haya sido dictada por los mismo tribunales y siguiendo el mismo procedimiento que con respecto a las personas pertenecientes a las fuerzas armadas de la Potencia detenedora. Frecuentemente no se entiende que los prisioneros de guerra que han sido absueltos en enjuiciamientos penales puedan ser retenidos por la Potencia detenedora hasta el final de las hostilidades activas. En caso de duda sobre el estatuto de un beligerante capturado, su estatuto deberá ser determinado por un tribunal competente.

Los tratados de derecho internacional humanitario no contienen ninguna referencia explícita a "combatientes ilícitos." Esa designación es una manera conveniente de referirse a las personas – civiles – que han participado directamente en las hostilidades *en un conflicto armado internacional* sin ser miembros de las fuerzas armadas en el marco definido por el DIH, y que han caído en manos enemigas. En el contexto de las normas del DIH aplicables a conflictos armados internacionales, los civiles gozan de inmunidad contra los ataques "salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación". No se cuestiona que, aparte de la pérdida de protección general contra los ataques durante el tiempo que dure esa participación directa, los civiles, al contrario de los combatientes, puedan también ser objeto de enjuiciamiento penal en virtud del derecho interno por el simple hecho de haber tomado parte en las hostilidades. En otras palabras, no se benefician del "privilegio" de los combatientes de no estar sujetos a enjuiciamiento penal por

haber tomado las armas y, por consiguiente, a veces al hacerse referencia a ellos se los denomina "beligerantes no privilegiados" o "combatientes ilícitos".

Con respecto al estatuto y a los derechos de los civiles que han participado directamente en las hostilidades *en un conflicto armado internacional* y han caído en manos enemigas, hay básicamente dos escuelas de pensamiento. De acuerdo con la primera, los "beligerantes no privilegiados" sólo están amparados por las disposiciones contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y (posiblemente) en el artículo 75 del Protocolo adicional I, aplicables bien sea como derecho convencional o como derecho consuetudinario. De acuerdo con la segunda postura, compartida por el CICR,⁵ los civiles que han participado directamente en las hostilidades, y que cumplen con el criterio de nacionalidad establecido en el IV Convenio de Ginebra (artículo 4),⁶ son personas protegidas en el sentido de ese Convenio. Quienes no cumplen con el criterio de nacionalidad están como mínimo protegidos por las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del artículo 75 del Protocolo adicional I, bien como derecho convencional bien como derecho consuetudinario.

Así pues, no hay una categoría de personas afectadas por conflictos armados internacionales o involucradas en ellos, que quede al margen de la protección que otorga el DIH. Asimismo, no hay un "vacío" entre los Convenios III y IV de Ginebra, es decir, no hay un estatuto intermedio que pudiera corresponder a los "beligerantes no privilegiados" que cumplen con los criterios de nacionalidad.

La pregunta obvia aquí es ¿qué constituye participación "directa" en las hostilidades y cómo debería definirse el aspecto temporal de la participación? (la frase dice: "mientras dure tal participación" en las hostilidades). Como se explica en el capítulo IV.2 del informe, se trata de una cuestión que el CICR viene intentando aclarar desde 2003.

Las personas que han participado directamente en las hostilidades pueden ser internadas por el adversario si es absolutamente necesario para la seguridad de la Potencia detenedora. De conformidad con el IV Convenio de Ginebra, una persona protegida que haya sido internada tiene derecho a que la decisión de internamiento sea reconsiderada en el más breve plazo y a que se examine automáticamente cada seis meses. Mientras esté en detención, es posible que se considere que esa persona ha perdido ciertos derechos y privilegios previstos en el IV Convenio de Ginebra, cuyo ejercicio sería perjudicial para la seguridad del Estado, como se estipula en el artículo 5 de ese Convenio y con sujeción a las garantías procesales del derecho convencional y del derecho internacional consuetudinario.

De conformidad con el IV Convenio de Ginebra, las personas que han sido internadas deben ser puestas en libertad lo antes posible después de finalizadas las hostilidades en el conflicto armado internacional durante el cual fueron capturadas, si no antes, a menos que estén sujetos procesamiento penal o hayan sido acusados de un delito. Eso significa que, al finalizar un conflicto armado internacional, el IV Convenio de Ginebra ya no se puede

⁵ Esta interpretación se reconoce implícitamente en el párrafo 3) del artículo 45 del Protocolo Adicional I—por lo menos para los Estados parte en ese tratado: "La persona que haya tomado parte en las hostilidades y no tenga derecho al estatuto de prisionero de guerra ni disfrute de un trato más favorable de conformidad con lo dispuesto en el IV Convenio, tendrá derecho en todo momento a la protección del artículo 75 del presente Protocolo".

⁶ De conformidad con el artículo 4 del IV Convenio:

"El presente Convenio protegé a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas".

"No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él. Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder están".

considerar como un marco jurídico válido para la detención de personas que no estén sujetas a procesamiento penal.

En pocas palabras, es difícil determinar qué otras medidas, aparte de: a) pérdida de la inmunidad contra el ataque, b) internamiento, si está justificado por razones de seguridad, c) posible pérdida de ciertos derechos y privilegios durante el internamiento, y d) inculpación penal, que podría aplicarse a las personas que han participado directamente en las hostilidades sin exponerlas a riesgo de graves violaciones de sus derechos a la vida, a la integridad física y a la dignidad personal de conformidad con el DIH, como los intentos de modificar la prohibición absoluta de la tortura, y del trato cruel e inhumano. El CICR se opondría a toda medida de esa índole.

El estatuto de combatiente, que entraña el derecho a participar directamente en las hostilidades, y el *estatuto de prisionero de guerra*, no existen en los *conflictos armados no internacionales*. Los civiles que participan directamente en las hostilidades en esos conflictos están sujetos, mientras lo sigan haciendo, a las mismas normas con respecto a la pérdida de protección contra ataques directos que se aplican durante los conflictos armados internacionales. El proceso de investigación a cargo de expertos anteriormente mencionado también intenta aclarar el significado del concepto de "participación directa en las hostilidades" en el contexto de conflictos armados no internacionales. Cuando son capturados, los civiles detenidos en conflictos armados no internacionales no disfrutan del estatuto de prisionero de guerra, de conformidad con las leyes, y pueden ser objeto de enjuiciamiento penal por el Estado detenedor en función del derecho interno por cualesquiera actos de violencia cometidos durante el conflicto, incluidos, naturalmente, los crímenes de guerra. Sus derechos y el trato debido durante la detención se rigen por las disposiciones del derecho humanitario, el derecho de los derechos humanos y el derecho interno.

Es preciso destacar el hecho de que nadie, independientemente de su estatuto jurídico, puede ser sometido a actos prohibidos por el DIH, como asesinato, violencia contra la vida y la persona, tortura, trato cruel o inhumano o ultrajes a la dignidad personal, y que a nadie se le puede negar el derecho a un juicio justo. En ese sentido, los "combatientes ilícitos" están plenamente protegidos por el DIH y resulta incorrecto sugerir que sus derechos son mínimos o inexistentes. Uno de los propósitos del derecho de la guerra es proteger la vida, la salud y la dignidad de todas las personas que intervienen en conflictos armados o que son afectadas por ese tipo de situaciones. Es inconcebible que el simple hecho de calificar a alguien de "combatiente ilícito" (o algo parecido) baste para privarle de los derechos que la ley garantiza a todas las personas.

Las anteriores observaciones sobre la relación entre el DIH y el terrorismo no deben interpretarse en el sentido de que no hay margen o necesidad para una mayor reflexión sobre la interacción entre ambos regímenes jurídicos – el DIH y el que rige el terrorismo – o para el esclarecimiento o la evolución del derecho. A decir verdad, como se demostrará en las deliberaciones sobre los principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa (véase capítulo III y Anexo 1), el CICR se ha estado ocupando de los medios de abordar determinados problemas de tipo jurídico que también plantean los actos de terrorismo. Lo que se sostiene es que **la lucha contra el terrorismo requiere la aplicación de una variedad de medidas– de investigación, diplomáticas, financieras, económicas, jurídicas, educativas y de otra índole -que abarcan todo el espectro desde tiempo de paz hasta conflicto armado, y que el DIH no puede ser el único instrumento jurídico al que se recurra en una labor tan compleja.**

A través de su historia, el DIH ha demostrado poder adaptarse a nuevos tipos de conflicto armado. El CICR está dispuesto a ayudar a los Estados y otros interesados a esclarecer o desarrollar las normas que rigen los conflictos armados, si esas normas son las que se consideran insuficientes – y no la voluntad política para aplicar las normas existentes. **La**

principal dificultad con que tropiecen el CICR, y otros, será, entonces, la de asegurar que todo esclarecimiento o evolución preserve las actuales normas de protección previstas en el derecho internacional, incluido el DIH. El CICR es consciente del importante desafío a que hacen frente los Estados en su tarea de proteger a sus ciudadanos contra actos de violencia indiscriminados y que tienen por objeto sembrar el terror entre la población civil. Sin embargo, el CICR está convencido de que cualquier medida que se adopte— incluidos los esfuerzos encaminados al esclarecimiento o la evolución del derecho — debe permanecer dentro de un marco jurídico apropiado, que preserve especialmente el respeto de la dignidad humana y de las garantías fundamentales de que debe gozar todo ser humano.

III. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES RELATIVOS AL INTERNAMIENTO O LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA

De conformidad con el IV Convenio de Ginebra, el internamiento es la medida de control más severa que puede adoptar contra una persona protegida una parte en un conflicto armado internacional. El Convenio estipula que el internamiento, que es una forma de privación de la libertad sin inculpación penal, sólo podrá imponerse por "razones imperiosas" de seguridad (Artículo 78) o si la seguridad de la Potencia detenedora lo haga "absolutamente necesario" (Artículo 42). El internamiento ha de cesar tan pronto como desaparezcan los motivos para ello, o a más tardar cuando finalicen las hostilidades. El Convenio también señala claramente los principios procesales básicos que garantizan que los Estados no abusen la considerable medida de discreción con la que cuentan para determinar qué actos constituyen una amenaza para su seguridad. Debe admitirse, sin embargo, que las normas son bastante rudimentarias desde el punto de vista de la protección individual. Por otro lado, la práctica reciente de los Estados — por ejemplo, el internamiento aplicado por Estados parte en coaliciones multinacionales — se ha caracterizado por divergencias en la interpretación y la aplicación de las normas pertinentes, lo que ha dado lugar a gran preocupación.

El internamiento también se practica en los conflictos armados no internacionales, y se menciona explícitamente en el Protocolo adicional II, haciéndose referencia a este tema en más detalle en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Sin embargo, las disposiciones convencionales no ofrecen nuevas orientaciones sobre los procedimientos a aplicar en casos de internamiento. Se sostiene que el vacío debe llenarse haciendo referencia al derecho de los derechos humanos y el derecho interno aplicables, dado que las normas del DIH aplicables en conflictos armados no internacionales constituyen una red de seguridad reforzada por las disposiciones de esos cuerpos de derecho.

En consecuencia, la dificultad de interpretar las actuales disposiciones del DIH en relación con el internamiento no es algo nuevo. Lo que ha planteado un problema más recientemente, sobre todo a consecuencia de las operaciones de lucha contra el terrorismo al margen de los conflictos armados, es la detención administrativa, es decir, la detención sin inculpación penal de personas que presuntamente han participado en distinta medida en actos de terrorismo. Si bien el derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe todas las formas de ese tipo de detención (por ejemplo, la detención preventiva, en determinadas circunstancias, de inmigrantes con fines de expulsión), se ha dicho que la detención administrativa por razones de seguridad nacional no es una de ellas. Una cuestión conexa pero distinta es la de determinar qué casos de detención administrativa exigen que los Estados deroguen el derecho a la libertad de la persona en virtud de los tratados de derechos humanos pertinentes.

La práctica reciente de los Estados al elaborar y aplicar la legislación de lucha contra el terrorismo ha demostrado que la detención administrativa se utiliza cada vez más como

instrumento de prevención en la lucha contra el terrorismo. Sin embargo, también ha demostrado grandes divergencias en la interpretación del derecho de los derechos humanos en lo que atañe a los derechos procesales de las personas afectadas. Más aún, no existe acuerdo en el plano internacional en cuanto a que la detención administrativa por razones de seguridad sea legítima. Aunque muchos Estados parecen opinar que es legítimo, algunas organizaciones no gubernamentales y expertos tienen una opinión decididamente contraria.

Además de las evidentes necesidades de protección y con el fin de asegurar la coherencia en su diálogo con diversas autoridades detenedoras, el CICR ha preparado orientaciones institucionales, tituladas "Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna". El documento, que refleja la posición oficial del CICR y que ahora orienta sus operaciones, figura como Anexo 1 del presente informe. Se exponen allí una serie de principios generales y garantías específicas que en opinión del CICR deben regir, como mínimo, toda forma de detención sin inculpación penal. Las observaciones acompañantes ilustran las fuentes— tanto convencionales como de otra índole, incluidas las políticas y las prácticas óptimas —de las que se derivan las normas. Es importante hacer hincapié en el hecho de que los principios y garantías enunciados en las orientaciones prevén normas mínimas que han de ser nuevamente calibradas en cada contexto de aplicación específico.

El CICR y la Case Western Reserve University de Ohio (Estados Unidos de América), organizaron conjuntamente, en septiembre de 2007, una reunión informal de expertos sobre las garantías procesales que deberían aplicarse en situaciones de internamiento o detención administrativa, reunión que puede ser el punto de partida para un posterior debate más amplio con los Estados y otras partes interesadas.

IV. LA CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES

Una serie de conflictos armados actuales y recientes han colocado las cuestiones relativas a la conducción de las hostilidades en un lugar prominente en los programas de los debates militares y jurídicos. Esas cuestiones también despiertan cada vez mayor interés en el público, sobre todo por las numerosas imágenes y relatos que difunden los medios de comunicación de civiles muertos o heridos y bienes civiles destruidos en curso de operaciones militares. El doble problema de seleccionar los objetivos y las armas es elemento central del debate. En consecuencia, las secciones que siguen a continuación se centran en los métodos y medios de hacer la guerra.

1. Cuestiones de carácter general, en particular la guerra asimétrica

En su informe a la XXVIII Conferencia Internacional de 2003, el CICR presentó un amplio estudio sobre las principales dificultades en el ámbito del derecho que rige la conducción de las hostilidades. En el informe se destacaban las divergencias en la interpretación de ciertas normas, como las relativas a la definición de los objetivos militares, al principio de la proporcionalidad y a la obligación de tomar precauciones en los ataques y contra los efectos de los ataques. En su mayor parte, ese análisis sigue siendo válido actualmente.

Las investigaciones llevadas a cabo para el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, publicado en 2005, arrojaron nueva luz sobre las normas aplicables a la conducción de las hostilidades en conflictos armados internacionales y no internacionales. El estudio confirmó que en las principales disposiciones del Protocolo adicional I sobre la conducción de las hostilidades se refleja el derecho consuetudinario

aplicable en conflictos armados internacionales. También encontró que muchas de esas disposiciones eran de carácter consuetudinario en los conflictos armados no internacionales. En consecuencia, la evolución del derecho consuetudinario en gran medida ha llenado el vacío existente en el derecho convencional, que sigue siendo bastante rudimentario.

Sin embargo, debe señalarse que, en su mayor parte, las normas pertinentes que se examinan en el estudio simplemente reiteran las disposiciones del Protocolo adicional I y no esclarecen las divergencias existentes en la interpretación y aplicación de ciertas normas sobre la conducción de las hostilidades. Esto no debe ser una sorpresa para nadie, ya que el objetivo del estudio era examinar la práctica y la *opinio iuris* de los Estados para identificar el contenido del derecho consuetudinario. Tras examinar la amplia práctica recopilada sobre el tema no fue posible formular normas consuetudinarias que fuesen más detalladas que las disposiciones convencionales pertinentes.

Vale la pena mencionar que la aplicación concreta de las normas convencionales y consuetudinarias identificadas en el informe del CICR de 2003 como normas que debían ser objeto de esclarecimiento, es probablemente un desafío de mayor envergadura en el entorno de conflicto contemporáneo, que se caracteriza cada vez más por la guerra asimétrica (especialmente debido a la creciente participación de grupos armados no estatales) y la guerra urbana.

La guerra asimétrica

La guerra asimétrica se caracteriza por grandes desigualdades en las capacidades militares de las partes beligerantes.⁷ Su objetivo fundamental es encontrar la forma de superar el poderío militar del adversario. La asimetría generalmente hace que los enfrentamientos armados contemporáneos sean más sangrientos, lo que a su vez deja escaso margen para el imperio de la ley. Si bien la guerra asimétrica puede tener muchas facetas, afecta especialmente el cumplimiento de las normas más fundamentales de la conducción de las hostilidades, a saber, los principios de distinción y de prohibición de la perfidia. La sección que figura a continuación se centra exclusivamente en los desafíos relacionados con esta faceta, contiene varios ejemplos y no pretende ser de carácter exhaustivo.

Cuando es atacada, una parte beligerante que es más débil en capacidad militar y tecnológica puede sentirse tentada a cubrirse de los métodos y medios modernos y complejos de hacer la guerra. En consecuencia, puede que utilice prácticas prohibidas por el DIH, como las de simular un estatuto de protección, mezclar combatientes⁸ y objetivos militares con la población civil y los bienes de carácter civil, o utilizar civiles como escudos humanos. Esas prácticas sin duda aumentan el riesgo de víctimas y daños incidentales en la población civil. La parte que es objeto de ataque puede a veces tratar deliberadamente de ocasionar víctimas y daños incidentales en la población civil. El propósito ulterior puede ser el de beneficiarse de la imagen tan negativa que transmiten los medios de comunicación que cubren esos incidentes. La idea es "generar" imágenes de civiles muertos y heridos y socavar así el apoyo a la continuación de la acción militar del adversario.

Los Estados o grupos armados en desventaja tecnológica pueden tender a explotar el estatuto de protección de que gozan ciertos objetos (como los lugares religiosos o culturales, o las unidades sanitarias) al lanzar sus ataques. Los métodos de combate como la simulación del estatuto de civil o de no combatiente, o de llevar a cabo operaciones militares desde una aglomeración de civiles, generalmente equivalen a perfidia. Además, la parte más débil suele atacar "blancos no protegidos" ya que, especialmente en las sociedades modernas, esos ataques son los que más daños ocasionan, o porque la parte no tiene la posibilidad de atacar al personal o las instalaciones militares del enemigo. En consecuencia, la violencia se dirige contra los civiles y los bienes de carácter civil, a veces a modo de ataques suicidas. La toma de rehenes también es ahora más frecuente.

Los peligros de la asimetría se relacionan con los medios de combate que probablemente utilizarán las fuerzas en desventaja. Parece cada vez más probable que los Estados o los grupos armados que se ven impotentes ante armamento complejo tratarán de adquirir, o construir, armas químicas, biológicas e incluso tal vez armas nucleares (especialmente el "guión de la bomba sucia"), contra las cuales resultan ineficaces los medios tradicionales de defensa de la población civil y los bienes de carácter civil.

Un beligerante militarmente superior puede tender a descuidar las normas de protección de la población civil y los bienes de carácter civil en respuesta a las constantes violaciones del DIH por el adversario. Por ejemplo, al tener que hacer frente a combatientes enemigos y objetivos militares que están siempre ocultos entre la población civil y los bienes de carácter

⁷ La doctrina ofrece numerosas definiciones de "guerra asimétrica", pero tratar de definir el término escapa al ámbito del presente informe. Tal como aquí se utiliza, simplemente denota una relación caracterizada por la desigualdad entre los beligerantes- especialmente en términos de armamento. La asimetría no es, sin duda, un nuevo fenómeno, pero sí una característica cada vez más común de los conflictos contemporáneos.

⁸ El concepto de "combatiente" se emplea aquí en su sentido genérico, indicando personas que no gozan de la protección contra ataques que se concede a los civiles, pero no entraña el derecho al estatuto de combatiente o prisionero de guerra. En consecuencia, incluye a los civiles con participación directa en las hostilidades.

civil, un atacante- que está legalmente obligado por la prohibición de ataques indiscriminados –puede, en respuesta a la estrategia del adversario, revisar progresivamente su evaluación del principio de la proporcionalidad y aceptar un mayor número de víctimas y daños incidentales en la población civil. Otra posible consecuencia sería una interpretación más general de lo que constituye "participación directa en las hostilidades" (véase la sección 2 más adelante). La parte militarmente más fuerte también puede sentirse tentada a adoptar una interpretación más amplia del concepto de objetivo militar.⁹ Esas situaciones harían que la población civil en general fuese más vulnerable a los efectos de las hostilidades.

En resumen, las desigualdades militares pueden hacer que la parte más débil trate de compensar su inferioridad haciendo caso omiso de las normas vigentes sobre la conducción de las hostilidades. Enfrentado a un enemigo que sistemáticamente se niega a respetar el DIH, un beligerante puede tener la impresión de que las prohibiciones jurídicas se aplican exclusivamente en beneficio del adversario. El verdadero peligro en ese tipo de situación es que todas las partes en un conflicto percibirán como perjudicial la aplicación del DIH ("efecto de espiral degradante") y ello dará lugar, a la postre, a conculcar de manera generalizada el DIH y al debilitamiento de sus principios fundamentales..

La guerra urbana

Problemas semejantes en relación con la definición de objetivos militares y la interpretación del principio de la proporcionalidad y de las medidas de precaución se derivan también de la propagación de la Guerra urbana.¹⁰ Las operaciones militares en tierra en contextos urbanos son especialmente complejas: quienes resisten el ataque tienen la ventaja de disponer de innumerables posiciones de fuego y pueden atacar cualquier lugar en cualquier momento. El temor de los ataques por sorpresa tiende a reducir la capacidad de las fuerzas armadas del atacante para identificar correctamente las fuerzas enemigas y los objetivos militares y evaluar las víctimas y daños incidentales en la población civil que pueden registrarse a causa de sus operaciones. Asimismo, los bombardeos de artillería y aéreos contra objetivos militares ubicados en ciudades se complican por la proximidad de esos objetivos a la población civil y bienes de carácter civil.

El CICR considera que los desafíos que plantean la guerra urbana y la guerra asimétrica para el DIH no pueden resolverse *a priori* modificando el derecho convencional. Hay que señalar que en tales circunstancias, no suelen ser las normas las que ocasionan problemas, sino la falta de voluntad, o a veces de capacidad, de las partes en un conflicto armado– y de la comunidad internacional –para hacerlas cumplir, especialmente por conducto del derecho penal. El CICR reconoce que los conflictos armados contemporáneos, especialmente los asimétricos, entrañan graves riesgos para las normas derivadas del principio de distinción. Es de fundamental importancia hacer frente a esos riesgos y desplegar todos los esfuerzos posibles para mantener y reforzar las normas básicas para la protección de la población civil, que con

⁹ Preocupa particularmente la postura, no necesariamente limitada al ámbito de la guerra asimétrica, que promueve los ataques contra objetivos "no militares" para alcanzar con mayor eficacia los efectos deseados de las operaciones militares. Por ejemplo, con el fin de bajar la moral del enemigo o poner a la población en contra del Gobierno, un beligerante puede decidir atacar blancos que no se consideran esenciales para la supervivencia de la población civil, como instalaciones de entretenimiento o recreación, tiendas o establecimientos de venta de artículos suntuarios, y otros semejantes, que no corresponden a la definición tradicional de objetivos militares.

¹⁰ Existe un vínculo entre la propagación de la guerra urbana y la guerra asimétrica: los beligerantes tecnológicamente inferiores, al no poder defenderse en espacio abierto, generalmente intentarán refugiarse en un contexto urbano. Sin embargo, el vínculo entre ellas no es automático: las fuerzas en desventaja en la guerra asimétrica también pueden tratar de buscar refugio en zonas montañosas alejadas, por ejemplo; asimismo, la guerra urbana es cada vez más común en conflictos armados simétricos.

tanta frecuencia sufre las consecuencias de los conflictos armados. Las propias normas son tan pertinentes en los "nuevos" tipos de conflictos y guerra como lo eran en los conflictos o formas de guerra que existían en la época en que se adoptaron. Los valores fundamentales en los que se basan esas normas, que deben salvaguardarse, son eternos. Aunque es concebible una evolución del DIH en esferas específicas, como por ejemplo en relación con las restricciones y limitaciones de ciertas armas, no parece necesario por el momento llevar a cabo una revisión importante de los tratados existentes.

No obstante, existe siempre la necesidad de evaluar la eficacia de las normas de protección de la población civil y los bienes de carácter civil, para mejorar la aplicación de esas normas o esclarecer la interpretación de determinados conceptos en los que se basan las normas. Sin embargo, eso debe hacerse sin perjuicio del marco y los principios fundamentales del DIH, cuyo objetivo es precisamente asegurar la protección de la población civil. Pese a ciertas deficiencias de algunas de las normas que rigen la conducción de las hostilidades, mayormente vinculadas a la imprecisión de su redacción, esas normas siguen desempeñando un importante papel en la limitación del empleo de las armas. Una nueva erosión del DIH podría hacer retroceder a la humanidad a la época en que el uso de la fuerza armada prácticamente no tenía límites.

La XXX Mesa Redonda organizada conjuntamente por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario y el CICR en San Remo, del 6 al 8 de septiembre de 2007, volvió a examinar el derecho sobre la conducción de las hostilidades (véase el programa en el anexo 2). Este tema, elegido para conmemorar el centenario de los Convenios de La Haya de 1907, así como el 30º aniversario de los dos primeros Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, dio lugar a deliberaciones sobre el derecho convencional vigente y los acontecimientos en relación con las normas que rigen la conducción de las hostilidades. También se hizo hincapié en el análisis prospectivo de las cuestiones que plantea la aplicación de las normas pertinentes y de las posibles soluciones de las alegadas deficiencias que pueden resultar problemáticas para quienes está a cargo de su aplicación práctica.

2. El concepto de "participación directa en las hostilidades"

En lo que respecta a la conducción de las hostilidades, el DIH fundamentalmente distingue entre dos categorías generales de personas, a saber, los miembros de las fuerzas armadas, que conducen las hostilidades en nombre de las partes en un conflicto armado, y los civiles, que presuntamente son pacíficos¹¹ y deben gozar de protección contra los peligros derivados de las operaciones militares. Si bien es cierto que, a través de la historia, la población civil siempre ha contribuido a las actividades de la guerra, en mayor o menor medida, esas actividades se llevaban a cabo a cierta distancia del campo de batalla. Incluían, por ejemplo, la producción o la puesta a disposición de armas, equipo, alimentos y alojamiento, así como apoyo económico, administrativo y político. Normalmente, sólo una pequeña minoría de civiles participaba en la efectiva conducción de las operaciones militares.

En los últimos decenios esas pautas han cambiado radicalmente. Se ha producido un continuo traslado de las operaciones militares alejándolas de los campos de batalla para llevarlas hacia los centros de población civil, así como una participación cada vez mayor de civiles en actividades más estrechamente relacionadas con la efectiva conducción de las hostilidades. Aún más recientemente, se ha registrado una tendencia a "imprimir un carácter civil" a las fuerzas armadas, lo que significa la introducción de un gran número de contratistas privados, así como de personal de los servicios de inteligencia y otros

¹¹ Este término se emplea para dar a entender civiles que no participan directamente en las hostilidades.

empleados públicos civiles, en la realidad del conflicto armado moderno. Por otro lado, en una serie de conflictos armados contemporáneos, las operaciones militares han alcanzado un nivel de complejidad sin precedentes y han supuesto una variedad de recursos técnicos y humanos interdependientes, incluidos sistemas de armas de operación a distancia, redes informáticas y sistemas de reconocimiento o de dirección mediante satélites.

En general, la distinción cada vez más imprecisa entre las funciones civiles y militares, la interrelación de los grupos armados con la población civil pacífica, la gran diversidad de tareas y actividades que llevan a cabo los civiles en los conflictos armados contemporáneos y la complejidad de los métodos y medios modernos de hacer la guerra han ocasionado confusión e incertidumbre en cuanto a la forma en que se debe aplicar el principio de distinción en la conducción de las hostilidades. Esas dificultades se agravan aún más cuando los participantes armados no se distinguen de la población civil, como ocurre durante la conducción de operaciones militares clandestinas o encubiertas o cuando las personas actúan como "agricultores de día y combatientes de noche." El resultado es una mayor probabilidad de que las personas civiles pacíficas sean víctimas de ataques erróneos, innecesarios o arbitrarios, mientras que los miembros de las fuerzas armadas, al no poder identificar correctamente a su adversario, corren un mayor riesgo de ser atacados por personas a las que no pueden distinguir de los civiles de carácter pacífico – en tanto que tienen el deber de proteger a los civiles, para lo cual tendrían que haber recibido el entrenamiento necesario.

Cuestiones jurídicas de fundamental importancia

Esta tendencia ha puesto de manifiesto la importancia de diferenciar no sólo entre la población civil y las fuerzas armadas, sino también entre las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades y las personas civiles que "participan directamente en las hostilidades." En el contexto del DIH, el concepto de "participación directa en las hostilidades" describe el comportamiento individual que, si es practicado por las personas civiles, suspende su protección contra los peligros procedentes de operaciones militares. Cabe señalar especialmente que, mientras dure su participación directa en las hostilidades, las personas civiles pueden ser directamente atacadas como si fuesen combatientes.¹² El concepto de participación "directa" o "activa" en las hostilidades, que se deriva del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, se encuentra en múltiples disposiciones del DIH. Sin embargo, a pesar de las graves consecuencias jurídicas del caso, ni los Convenios de Ginebra ni sus Protocolos adicionales ofrecen una definición del tipo de conducta que equivale a participación directa en las hostilidades. Por lo tanto, se necesitan respuestas a las tres preguntas siguientes en relación con los conflictos armados internacionales y no internacionales:

- *¿A quién se considera civil a los fines de conducción de las hostilidades?* La respuesta a esta pregunta delimitará el círculo de personas que gozan de protección contra ataques directos "salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación."
- *¿Qué conducta equivale a participación directa en las hostilidades?* La respuesta a esta pregunta definirá la conducta individual que entraña la suspensión del derecho de las personas civiles a gozar de protección contra el ataque directo.
- *¿Cuáles son las condiciones precisas bajo las cuales las personas civiles que participan directamente en las hostilidades pierden su protección contra el ataque directo?* La respuesta a esta pregunta elucidará cuestiones tales como la duración de la pérdida de la protección civil, las precauciones y presunciones que se aplican en caso de duda, las limitaciones que impone el DIH al uso de la fuerza contra objetivos legítimos y las

¹² Artículo 51 3) del Protocolo adicional I; artículo 13 3) del Protocolo adicional II; Norma 6, Henckaerts, Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Ginebra, CICR, 2005.

consecuencias del restablecimiento de la protección de la población civil.

La iniciativa del CICR

En 2003, el CICR, en cooperación con el *TMC Asser Institute*, inició un proceso de investigación y reflexión a cargo expertos sobre el concepto de la "participación directa en las hostilidades" en el contexto del DIH. El objetivo era determinar los elementos constitutivos de ese concepto y ofrecer orientaciones para su interpretación, tanto en situaciones de conflictos armados internacionales como no internacionales. Se hizo hincapié en la interpretación del concepto de "participación directa" en relación con la conducción de las hostilidades únicamente, sin abordar, o sólo de manera muy marginal, la cuestión del régimen jurídico aplicable en caso de captura o detención de personas que hubieran tenido participación directa en las hostilidades. Además, el proceso de investigación se ocupó del análisis y la interpretación del DIH únicamente, sin perjuicio de las cuestiones que se pudieran plantear debido a la participación directa de personas civiles en las hostilidades bajo otros regímenes del derecho internacional, especialmente el derecho de los derechos humanos, o, cuando se realizan operaciones transfronterizas, el derecho que regula el uso de la fuerza entre Estados.

Entre 2003 y 2006¹³ se celebraron cuatro reuniones oficiosas de expertos en La Haya y Ginebra. Asistieron a cada una de esas reuniones, a título personal, entre 40 y 50 expertos jurídicos de los círculos militares, del Gobierno y académicos, así como de organizaciones internacionales y no gubernamentales.

La *primera reunión de expertos* sentó las bases de las investigaciones y llevó a la conclusión unánime de que el concepto de participación directa en las hostilidades requería ser objeto de mayor interpretación, y que el CICR debía dirigir ese proceso. La *segunda reunión de expertos* examinó el tema en mayor profundidad, sobre la base de un amplio cuestionario, que se distribuyó entre los expertos antes de la reunión, y que se centraba en un gran número de ejemplos prácticos y cuestiones teóricas. La *tercera reunión de expertos* se ocupó de algunas de las cuestiones jurídicas más complejas relacionadas con el tema, como las repercusiones de la pertenencia a grupos armados organizados durante conflictos armados no internacionales, en cuanto a la aplicabilidad de la norma relativa a la participación directa en las hostilidades, la duración de la pérdida de la protección, y la presencia de contratistas privados y empleados civiles en las zonas en conflicto.

Después de esas reuniones, los organizadores elaboraron un proyecto de documento sobre pautas de interpretación en relación con el concepto de la participación directa en las hostilidades, para que fuese examinado en la *cuarta reunión de expertos*. Las observaciones recibidas durante esa reunión condujeron a la elaboración de una versión revisada del documento, que se hizo llegar a los expertos para que presentaran sus observaciones por escrito en julio de 2007. Los organizadores finalizarán el documento teniendo en cuenta esas observaciones.

El documento sobre las pautas de interpretación "intentará presentar una interpretación coherente del DIH en el contexto de su relación con la participación directa de personas civiles en las hostilidades. El documento, y las actas completas del proceso de investigación a cargo de expertos, se publicarán en el transcurso de 2008.

¹³ La Haya, 2 de junio de 2003, La Haya, 25 y 26 de octubre de 2004, Ginebra, 23 a 25 de octubre de 2005 y Ginebra, 27 y 28 de noviembre de 2006. En el sitio Web <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-DIH311205>) pueden consultarse los informes resumidos, en los que se ofrece una panorámica de las deliberaciones y de las diversas opiniones expresadas durante las reuniones de expertos.

3. Reglamentación del uso de las municiones en racimo

El uso de municiones en racimo no es, sin duda, el único motivo de preocupación en relación con el uso de armas en el marco de los conflictos armados contemporáneos. Sin embargo, recientemente ha ocupado el primer plano de los debates internacionales sobre los métodos y medios de hacer la guerra. El tema se trata en el presente documento por el hecho de que los problemas que plantean las municiones en racimo guardan estrecha relación con las normas fundamentales de la conducción de las hostilidades (distinción, prohibición de ataques indiscriminados, proporcionalidad y precaución en los ataques).

Municiones en racimo: Un problema persistente

Las municiones en racimo han sido un problema persistente durante decenios. En casi todos los conflictos armados en que se han utilizado, grandes cantidades de municiones en racimo no estallaron conforme a lo previsto. Mucho tiempo después de haber cesado los combates, continúan ocasionando la muerte o mutilación de innumerables civiles, con trágicas consecuencias sociales y económicas para comunidades enteras. En Laos y Afganistán— por ejemplo — las municiones en racimo utilizadas en los decenios de 1970 y 1980 aún dejan muertos y heridos entre la población civil. Por haber contaminado grandes extensiones de terreno, las submuniciones sin estallar también han hecho que la agricultura sea una actividad peligrosa y han perjudicado las labores de desarrollo y reconstrucción. En ambos países, la remoción de estas armas y otros restos explosivos de guerra ha consumido los escasos recursos nacionales e internacionales.

Lamentablemente, conflictos más recientes sólo han hecho que sea más numerosa la lista de Estados que ya sufren las consecuencias de esas armas. Eritrea, Etiopía, Iraq, Líbano, Serbia y Sudán son ejemplos de países en los cuales se han usado municiones en racimo en los últimos diez años. Al igual que Afganistán y Laos, ahora tienen que hacer frente a este dramático legado de las guerras.

Las preocupaciones que plantean las municiones en racimo, sin embargo, no se limitan a los efectos después de un conflicto y a largo plazo de las submuniciones sin estallar. Incluyen también los peligros que significan esas armas durante los conflictos armados, aún cuando funcionen tal como se había previsto. Las municiones en racimo distribuyen grandes cantidades de submuniciones explosivas a lo largo de una amplia zona. Algunos modelos pueden saturar una zona blanco de hasta 30.000 metros cuadrados. Además, la precisión de las submuniciones liberadas suele depender en gran medida del viento, las condiciones climáticas y la fiabilidad de complejos sistemas vectores. En consecuencia, es difícil controlar los efectos de esas armas y hay un grave riesgo de grandes pérdidas de vida entre la población civil, particularmente cuando en una zona blanco los objetivos militares y las personas civiles están mezclados.

Inquietudes en relación con el derecho internacional humanitario

Ningún tratado de DIH contiene normas específicas que rijan las municiones en racimo. Sin embargo, las características y las consecuencias de esas armas plantean numerosas preguntas en torno a si pueden utilizarse de conformidad con las normas fundamentales del DIH. A continuación se señalan algunas de las inquietudes más importantes.

1. Causa preocupación el hecho de que no se haya determinado si las municiones en racimo pueden utilizarse contra objetivos militares en zonas pobladas sin incumplir las *normas del DIH con respecto a la distinción* y **la prohibición de ataques indiscriminados**. Esas normas tienen el objeto de asegurar que los ataques se dirijan contra objetivos militares específicos y no apunten a objetos militares o bienes de carácter civil sin distinción.

Como se ha indicado anteriormente, la mayoría de las municiones en racimo están diseñadas para dispersar grandes cantidades de submuniciones a lo largo de zonas muy extensas. Por otro lado, muchos tipos de submuniciones son de caída libre y utilizan paracaídas o cintas para retardar la caída y quedar listos para explosionar. Eso significa que estos explosivos pueden ser llevados por el viento o alejados de sus objetivos previstos cuando se lanzan a una velocidad de vuelo o altitud incorrectas. Es frecuente que caigan en zonas que no corresponden a los objetivos militares previstos.

Por otro lado, la amplitud de la superficie afectada por estas armas y el gran número de submuniciones no dirigidas que pueden lanzarse parecería dificultar, si no imposibilitar, la tarea de distinguir entre objetivos militares y civiles o bienes de carácter civil en una zona blanco poblada.

2. También existe inquietud con respecto al **principio de proporcionalidad**. Dicho principio reconoce que pueden ocurrir muertos y heridos entre los civiles y daños de carácter civil durante un ataque contra un objetivo militar legítimo, pero exige, si ha de continuar el ataque, que los daños civiles incidentales no sean excesivos en relación con la ventaja militar anticipada. Un ataque que ocasionara excesivos muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil en relación con la ventaja militar concreta y directa anticipada sería indiscriminado y, por lo tanto, prohibido.

Está claro que la aplicación de la norma de proporcionalidad durante la planificación y ejecución de un ataque con municiones de racimo debe incluir una evaluación de las consecuencias incidentales previsibles para la población civil durante el ataque (muerte y lesiones inmediatas) y un estudio de los efectos previsibles de las submuniciones que se transforman en restos explosivos de guerra (REG). Este último aspecto fue confirmado recientemente en la Declaración Final de la Tercera Conferencia de Examen de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCAC), en la que los Estados Partes reconocieron "que los efectos previsibles de los restos explosivos de guerra en las poblaciones civiles son un factor que debe considerarse al aplicar las normas del derecho internacional humanitario relativas a la proporcionalidad y las precauciones en el ataque".

La cuestión principal a ese respecto es: ¿qué es previsible? ¿Es posible sostener actualmente que las consecuencias a corto, medio o largo plazo de la contaminación por municiones en racimo son imprevisibles, en particular cuando se usan dentro o cerca de zonas pobladas? Como se sabe de conflictos pasados, es de prever que los civiles presentes en una zona objetivo tendrán que recoger alimentos y agua, desplazarse, procurarse atención médica y realizar otras actividades cotidianas que los expondrán a los peligros de las submuniciones sin estallar. Si abandonaron la zona durante las hostilidades, es bastante previsible que regresen a la primera oportunidad y, por lo tanto, quedarán expuestos al peligro de las submuniciones sin estallar.

3. **La norma de las precauciones factibles** es particularmente importante en relación con las municiones en racimo, vistos los efectos de esas armas durante los conflictos y después de ellos.¹⁴ Esta norma obliga a ambas partes a adoptar medidas específicas para reducir las probabilidades de que se ataque por error a personas civiles o a bienes de carácter civil y para reducir en lo posible las víctimas civiles al realizar un ataque. Esas medidas se refieren a la cuidadosa elección y verificación de objetivos, la cancelación o suspensión de los ataques, la difusión de advertencias antes de un ataque y la precaución de no situar objetivos militares en zonas pobladas.

La cuestión principal en este contexto es cómo aplicar la norma de las precauciones factibles en el ataque a la luz de las características conocidas y los efectos previsibles de las municiones de racimo. El cumplimiento de la obligación de adoptar todas las medidas posibles de precaución en la elección de los medios y métodos de ataque con vistas a evitar, o en todo caso, minimizar, los muertos y heridos entre los civiles y los daños de carácter civil requeriría, por ejemplo, que una parte estudiara la precisión de la munición de racimo y de su sistema de determinación de objetivos, el tamaño de la zona de dispersión, la cantidad probable de REG, la presencia de personas civiles y su proximidad a objetivos militares, y el empleo de otras municiones y tácticas. También podría exigir que las submuniciones no se usen en zonas pobladas y que se estudie la posibilidad de emplear otras armas. Sin embargo, dada esa variedad de medidas, ¿por qué el alto número de víctimas civiles sigue siendo un rasgo sistemático y previsible de los conflictos en que se utilizan municiones de racimo? La persistencia de ese problema plantea dudas en relación con el grado en que las normas sobre el principio de las medidas de precaución factibles se aplican en la práctica a las municiones en racimo.

4. En 2003 se dio un importante paso para la reducción de los efectos de las submuniciones de racimo y otros restos explosivos de guerra posteriores a un conflicto, cuando los Estados parte en la CCAC adoptaron el *Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra*. El Protocolo, que entró en vigor el 12 de noviembre de 2006, proporciona un marco de trabajo para reducir la amenaza que suponen para la población civil, después del conflicto, todos los artefactos sin estallar y los artefactos abandonados. El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja ha exhortado a todos los Estados a adherirse a este trascendental acuerdo a la brevedad posible.

Sin embargo, el Protocolo no contiene medidas jurídicamente vinculantes para impedir el constante aumento de la carga mundial de restos explosivos de guerra. La magnitud del problema aumenta con mucha mayor rapidez que las operaciones de remoción. Entre los factores que más contribuyen a esta carga, cuando se utilizan, están las municiones en racimo. El Protocolo tampoco aborda el elevado riesgo de los efectos indiscriminados del ataque con municiones en racimo cuando las submuniciones efectivamente explotan como se tenía previsto, particularmente si el ataque se realiza contra una zona poblada.

Actividades del CICR

El CICR y numerosas Sociedades Nacionales han estado exhortando a los Gobiernos a tomar medidas urgentes para abordar el problema de las municiones en racimo. Con el propósito de examinar los medios para hacerlo, el CICR organizó una reunión en Montreux, Suiza (18 a 20 de abril del 2007) para expertos gubernamentales e independientes. La reunión se abocó sin ambages en un debate sobre los retos que plantean las municiones en racimo en los ámbitos humanitario, militar, técnico y jurídico, y examinó los medios de contrarrestar sus efectos para la población civil.

El CICR considera que las características específicas de las municiones en racimo y los graves problemas humanitarios que siempre han causado, particularmente

¹⁴ Protocolo adicional I (artículos 57 y 58) y derecho internacional consuetudinario.

cuando se utilizan contra objetivos militares en zonas pobladas, y las cuestiones anteriormente expuestas son un elemento muy a favor de que se elabore una normativa específica en el ámbito de estas armas. Habida cuenta de los recientes acontecimientos en el plano internacional y de los conocimientos adquiridos en la reunión de Montreux, el CICR considera que se debería concertar un nuevo tratado en el ámbito del DIH para la reglamentación de las municiones en racimo. El tratado debería: i) prohibir el empleo, el desarrollo, la producción, el almacenamiento y la transferencia de municiones en racimo que no sean de precisión o sean de poca fiabilidad; ii) exigir la destrucción de las existencias de submuniciones que no sean de precisión o sean de poca fiabilidad; y iii) prever la asistencia a las víctimas, la remoción de las municiones en racimo y la realización de actividades para minimizar los efectos de esas armas en las poblaciones civiles. **En tanto no se adopte ese tipo de tratado, el CICR considera que los Estados deberían, a título individual, poner fin de inmediato al uso de esas armas, prohibir su traslado y destruir las existencias.**

Un acuerdo internacional de ese tipo contribuiría muchísimo a reducir los futuros efectos de las municiones en racimo. El CICR continuará cooperando con los Gobiernos y las Sociedades Nacionales, como cuestión de urgencia, para hacer avanzar la negociación y la conclusión de un nuevo tratado del DIH sobre las municiones en racimo.

V. CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

La mayoría de los conflictos armados no son de carácter internacional. La vida cotidiana de numerosos civiles atrapados en estos está dominada por el temor y el sufrimiento. El ataque deliberado de civiles, los actos de saqueo y destrucción de bienes de carácter civil, el desplazamiento forzoso de la población, el uso de civiles como escudos humanos, la destrucción de infraestructura vital para la población civil, la violación y otras formas de violencia sexual, la tortura, los ataques indiscriminados: éstos y otros actos de violencia son lamentablemente muy comunes en los conflictos armados no internacionales en todo el mundo. Los desafíos que plantean esos conflictos se relacionan, en cierta medida, con una falta de normas aplicables, pero lo que es más importante aún, con una falta de respeto al DIH.

Retos principales

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra estableció las primeras normas que debían cumplir las partes en los conflictos armados no internacionales. Esas normas protegen a las personas que no participan o ya no participan activamente en las hostilidades prohibiendo el asesinato, la mutilación, la tortura, el trato cruel, la toma de rehenes y os atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes. También se prohíben las condenas dictadas sin que se observen todas las “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. El artículo señala que las obligaciones enumeradas constituyen una red de seguridad “mínima” que las partes tienen la obligación de cumplir.

Con el transcurso del tiempo, la protección conferida en el artículo 3 común se volvió tan esencial para preservar la humanidad en la guerra que hoy se hace referencia a sus disposiciones como “consideraciones elementales de humanidad” que deben observarse en todo tipo de conflicto armado como cuestión del derecho consuetudinario internacional¹⁵. **El artículo 3 común ha pasado a ser, pues, una base de referencia de la que no se puede hacer caso omiso bajo ninguna circunstancia. Se aplica al trato debido a todas las**

¹⁵ Corte Internacional de Justicia, *Nicaragua v. Estados Unidos de América*, párrafo 218.

personas que caen en poder del enemigo, independientemente del estatuto jurídico o político que aquellas tengan o de la entidad bajo cuya custodia se encuentre.

El derecho que rige los conflictos armados no internacionales ha pasado por una constante evolución desde su primera codificación, particularmente con la adopción en 1977, del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, que "desarrolla y completa el artículo 3 común al Convenio de Ginebra."¹⁶ Sin embargo, puede decirse que el derecho convencional aún no satisface algunas de las necesidades esenciales de protección en los conflictos armados no internacionales.

El carácter rudimentario del derecho convencional se ha superado parcialmente gracias al desarrollo del derecho consuetudinario internacional en los últimos 30 años.¹⁷ Las normas consuetudinarias tienen la ventaja de ser aplicables a todas las partes en un conflicto armado— Estados y no Estados — independientemente de cualquier proceso de ratificación formal. Básicamente, colman ciertas lagunas y reglamentan algunas cuestiones que no son suficientemente abordadas en el derecho convencional, particularmente en relación con la conducción de las hostilidades. Por lo tanto, la cristalización del derecho consuetudinario amplió y fortaleció las normas del DIH aplicables en conflictos armados no internacionales. Sin embargo, aunque el derecho consuetudinario internacional es tanto una fuente de derecho internacional como de derecho convencional, sus normas o contenido frecuentemente se ponen en entredicho debido, principalmente, a que es un cuerpo de normas no escritas. Por otro lado, todavía hay esferas en las que el derecho convencional y el derecho consuetudinario siguen siendo limitados. Algunas de ellas se mencionan en otras secciones del presente informe:

- El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra establece las obligaciones que se deberán aplicar, como mínimo, con respecto a las personas que se encuentren detenidas. Sin embargo, no ofrece ninguna orientación en relación con los aspectos de la detención a los que podría aplicarse. No señala, por ejemplo, las garantías procesales para el internamiento, que es una forma de privación de la libertad impuesta por razones imperativas de seguridad recobija por el derecho humanitario (véase capítulo III). En opinión del CICR, habría que recurrir a otros cuerpos y fuentes de derecho, así como a políticas adecuadas, para elaborar un régimen compatible con el artículo 3 común. La posición institucional del CICR, que se expone en el anexo del presente documento, reconoce dicha situación (anexo 1).
- A pesar del considerable progreso del derecho internacional consuetudinario algunas cuestiones relacionadas con el *derecho de la conducción de las hostilidades*, a saber el concepto de la participación directa en las hostilidades, ameritan un mayor examen.

Otras dificultades, ya sea con respecto a las propias normas, o a la realidad sobre el terreno, se relacionan con el ámbito de aplicación del derecho convencional. A veces resulta difícil determinar cuándo una determinada situación equivale a conflicto armado no internacional.

¹⁶ Otros tratados aplicables a los conflictos armados no internacionales incluyen la Convención de 1980 sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados y sus Protocolos, y la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

¹⁷ Véase Henckaerts, Doswald-Beck, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, Ginebra, CICR, 2005: De las 161 normas consuetudinarias existentes identificadas en este estudio, 147 se consideran aplicables en tales casos. En algunas esferas, las normas son idénticas o similares a las del derecho convencional, en particular con respecto al Protocolo adicional II. En otros ámbitos, el estudio identificó normas que trascienden el derecho convencional vigente y que, por lo tanto, han contribuido a colmar lagunas en la reglamentación de los conflictos armados internacionales.

En algunos casos, por ejemplo, no es claro si un grupo que hace uso de la violencia puede ser considerado como "parte en el conflicto" dentro del significado del artículo 3 común. Aparte del nivel de violencia del caso, hay que tener en cuenta también el carácter del grupo no gubernamental cuando una situación se califica en términos jurídicos. Cuando la estructura interna del grupo es poco rígida, o cuando está en juego una cadena de mando clandestina, la pregunta fundamental es si el grupo está lo suficientemente organizado como para poder caracterizarse como parte de un conflicto armado. La determinación de esas condiciones debe hacerse de manera individual.¹⁸ Las normas pertinentes del DIH son aplicables sólo cuando el nivel de violencia y las partes concernidas reúnen los requisitos que corresponden a un conflicto armado no internacional.

Para concluir, a pesar del desarrollo del derecho internacional consuetudinario, el esclarecimiento, y posiblemente el desarrollo del derecho aplicable en conflictos armados no internacionales sigue siendo un importante desafío.

Además de esas dificultades de índole jurídica, el derecho que rige los conflictos armados no internacionales hace frente a otras dificultades en la práctica, siendo probablemente la más importante la guerra asimétrica. Sin embargo, la respuesta a los desafíos que plantea no parece radicar en el ámbito jurídico— especialmente en el desarrollo del DIH. Librada por la parte militarmente inferior (generalmente la parte no estatal), que es usualmente condenada en este tipo de guerra, ya entraña graves violaciones del DIH y puede involucrar responsabilidad penal (ataques contra civiles, bienes de carácter civil y bienes especialmente protegidos, el uso de personas como escudos, la toma de rehenes, etc.) El descuido de las obligaciones de la parte militarmente superior como reacción a las violaciones que comete la otra parte tampoco es una opción. Hacer eso llevaría, en primer lugar, al debilitamiento y luego a la erosión de diversos tipos de protección por los cuales la comunidad internacional viene luchando desde hace mucho tiempo. Ello conduciría, casi inevitablemente, a graves violaciones de la vida, la integridad física y la dignidad prohibidas por el DIH. Los Estados y otros participantes que podrían apresurarse a alegar que el derecho ha dejado de ser adecuado para abordar las formas de violencia armada contemporáneas deben tener esto presente.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el CICR ha previsto examinar los tipos de violencia armada actuales y emergentes, y evaluar la situación actual del derecho de los conflictos armados no internacionales a la luz del derecho convencional y del derecho consuetudinario internacional. Sobre la base de los resultados, evaluará si es necesario un mayor esclarecimiento y desarrollo del derecho con vistas a fortalecer la protección de las personas y los bienes afectados por los conflictos armados no internacionales.

Respeto del DIH en los conflictos armados no internacionales

Los debates en los seminarios regionales de expertos organizados por el CICR en 2003 demuestran que la observancia del DIH plantea mayores dificultades en situaciones de conflictos armados no internacionales, especialmente en relación con las partes no estatales en esos conflictos. Las circunstancias concretas, como la naturaleza cada vez más fragmentada de los conflictos armados en los Estados débiles o desestructurados, el carácter asimétrico de la mayoría de los conflictos y la creciente participación de civiles en las hostilidades tienden a socavar la observancia de la ley. En tales condiciones, la búsqueda de nuevos medios para una mejor aplicación y cumplimiento del derecho humanitario debe considerarse una prioridad.

Cabe señalar que en los últimos 15 años se han realizado considerables esfuerzos para asegurar que las personas culpables de violaciones graves del DIH sean juzgadas y sancionadas. Se han establecido tribunales *ad hoc*, así como la Corte Penal Internacional y

¹⁸ Véase también "El DIH y el terrorismo".

otros tribunales especiales o mixtos. Si bien ese tipo de acontecimientos debe continuar, es preciso también **prestar particular atención a los medios de mejorar el acatamiento del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado. Es de trascendental importancia consolidar los mecanismos preventivos si se quiere que la ley cumpla su cometido de protección. Los Estados tienen un papel de fundamental importancia que desempeñar en ese ámbito.**

A propuesta de los expertos reunidos en los seminarios regionales, el CICR ha centrado su atención en este aspecto del problema. Uno de los resultados ha sido la publicación de *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales* (anexo 3). Esta publicación se basa en la experiencia del CICR en los conflictos armados no internacionales. Es un compendio de algunos de los importantes problemas que ha enfrentado el CICR y de las enseñanzas derivadas de sus actividades para mejorar el respeto del DIH. También incluye una panorámica de las actividades de difusión, las herramientas jurídicas y los métodos de persuasión que ha utilizado el CICR para una mejor observancia del DIH. Las principales conclusiones se esbozan en los párrafos que siguen a continuación. Además de las herramientas presentadas, no debe olvidarse la responsabilidad -individual y colectiva- que incumbe a los Estados que no participan en un conflicto no internacional en lo que atañe al asegurar el respeto del DIH, igualmente con respecto a los participantes armados no estatales. Esa responsabilidad existe en la medida en que los Estados tengan o puedan tener alguna influencia sobre el comportamiento de las partes en un conflicto armado. No se trata de una obligación de alcanzar un resultado específico, sino más bien de una "obligación de medios" que se impone a los Estados: la de tomar todas las medidas apropiadas posibles, en un intento por poner fin a las violaciones del DIH

Al intentar establecer una relación con las partes en conflictos armados no internacionales y mejorar su observancia del DIH, el CICR ha hecho frente a las siguientes dificultades:

Diversidad de los conflictos y de las partes

Los conflictos armados no internacionales difieren ampliamente entre sí. Van de los conflictos que se asemejan a un conflicto convencional, similares a los conflictos armados internacionales, a los que carecen esencialmente de estructura. Las partes, trátense de Estados o de grupos armados organizados, tiene características muy distintas. El nivel de conocimiento del derecho, las razones que motivan la participación en un conflicto armado, el interés o la necesidad de lograr un reconocimiento internacional o la legitimidad política son, todos, factores que afectan directamente el comportamiento de las partes en relación con el respeto del derecho. Los grupos armados organizados, en particular, son en extremo diferentes. Es posible encontrar desde los grupos altamente centralizados (que cuentan con una sólida jerarquía, con una cadena de mando, con capacidades en materia de comunicación, etc.), hasta los descentralizados (compuestos por facciones semiautónomas o separatistas que operan bajo la estructura de una cúpula mal definida). Estos grupos también pueden presentar diferencias por lo que concierne al grado de control territorial, a su capacidad para entrenar a sus miembros y a las medidas disciplinarias o punitivas que toman para sancionar a los miembros que cometen violaciones contra el derecho internacional humanitario.

Negación de la aplicabilidad del DIH

No con poca frecuencia sucederá que una de las partes en un conflicto armado no internacional, sea un Estado sea un grupo armado, niegue la aplicabilidad del derecho humanitario. Las autoridades gubernamentales, por ejemplo, pueden oponerse a que una situación particular sea calificada de conflicto armado. En cambio, pueden afirmar que se trata de una situación de "tensión" o de simple bandidaje o terrorismo, y

rehusarse a calificarla de conflicto armado no internacional, ya que el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado podría, desde su punto de vista, otorgar implícitamente “legitimidad” al grupo armado. Los grupos armados no estatales también podrían negar la aplicabilidad del derecho humanitario rehusándose a reconocer un cuerpo de derecho creado por los Estados, o argumentando que las obligaciones ratificadas por el Gobierno contra el cual están luchando no tienen carácter vinculante para ellos. En estos casos, raramente el derecho podrá servir de marco de referencia, en particular para los grupos cuyas acciones están regidas por una sólida ideología.

•*Falta de voluntad política para aplicar el derecho humanitario*

Una parte en un conflicto armado puede no tener la suficiente voluntad política para respetar las disposiciones del derecho humanitario, o bien carecer de ella. Cuando el objetivo de una parte en un conflicto armado no internacional sea, en su esencia misma, contrario a los principios, normas y espíritu del derecho humanitario, no podrá existir la voluntad política para respetarlo.

•*Desconocimiento del derecho*

En muchos de los conflictos armados no internacionales, participan portadores de armas que poseen muy poca, o ninguna formación en materia de DIH. Este desconocimiento del derecho obstaculiza en gran medida los esfuerzos por mejorar el respeto del DIH y por reglamentar el comportamiento de las partes en los conflictos.

La vasta experiencia del CICR en situaciones de conflicto armado no internacional le ha permitido extraer una serie de enseñanzas que pueden ser útiles para abordar con más eficacia la cuestión de una mejor observancia del DIH por las partes en conflictos armados no internacionales.

•*Presentar el derecho de manera “estratégica”*

Hacer que las partes en un conflicto armado simplemente adquieran un conocimiento del derecho o de sus obligaciones específicas, no es una medida suficiente para garantizar su respeto. El derecho debe presentarse y discutirse de manera “estratégica”, de tal suerte que sea pertinente y adaptado al contexto, y que sea un elemento constitutivo de un plan ideado de compromiso con las partes. Esto es necesario si se pretende que éstas desarrollen una actitud positiva frente al derecho, punto de partida para lograr su respeto. Presentar el derecho de manera “estratégica” supone conocer y comprender la motivación y los intereses de las partes en un conflicto. Así será más fácil explicar por qué el respeto del derecho conviene a los intereses de la parte en un conflicto. Los argumentos pueden basarse en las siguientes consideraciones: eficacia militar y disciplina; expectativa de respeto recíproco e interés mutuo; reputación (el respeto del derecho puede contribuir a mejorar su imagen o la reputación pública de la parte en un conflicto); indicación de valores culturales fundamentales que reflejan los del DIH; intereses a largo plazo (por ejemplo, facilitar la reconciliación nacional posconflicto y un retorno a la paz) y el riesgo de enjuiciamiento penal.

- *Comprender las características particulares del conflicto y de las partes para lograr una adaptación consecuente*

Habida cuenta de la diversidad de conflictos armados y de partes, no existe un enfoque uniforme para abordar el problema de la falta de respeto del derecho humanitario. Todo esfuerzo por mejorar su respeto será más eficaz en la medida en que se tengan en cuenta las características particulares de una situación específica. Esta afirmación cobra mayor validez por lo que concierne a las partes en sí. Conocer y comprender las motivaciones y los propósitos de una parte en un conflicto será de gran utilidad para poderle explicar por qué el respeto del derecho debe estar dentro de sus intereses.

Trabajar en el contexto de un proceso de compromiso a largo plazo

Toda tentativa de influenciar el comportamiento de las partes en un conflicto armado no internacional tendrá mayor eficacia si se inscribe en el contexto de un proceso que, además de un compromiso, implique el establecimiento de relaciones con cada una de las partes en el conflicto. En una perspectiva a largo plazo, se presentarán oportunidades para determinar las características de las partes, que han de servir de base para orientar de manera “estratégica” las discusiones en materia de derecho. También se irán presentando ocasiones propicias para resolver cuestiones tales como la voluntad política y la capacidad de la parte concernida, y el cumplimiento del derecho.

Además de las actividades de difusión y formación, que son de importancia fundamental para dar a conocer las normas del DIH y crear una base para los debates sobre el respeto de la ley, hay una serie de herramientas jurídicas a las que han recurrido el CICR y otros actores humanitarios en sus esfuerzos por que las partes en los conflictos armados no internacionales mejoren el respeto del derecho humanitario. Si bien es cierto que estas herramientas, por sí mismas, no garantizan un mayor respeto, constituyen una base que puede servir de fundamento a las gestiones jurídicas y respecto de la cual es posible reclamar la responsabilidad. Esas herramientas, que están interrelacionadas y se refuerzan mutuamente, incluyen, entre otras cosas, lo siguiente:

- Acuerdos especiales entre las partes en conflictos armados no internacionales por lo que se comprometen explícitamente a respetar el derecho humanitario (véase artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra)
- declaraciones unilaterales (o “declaraciones de intención”) de grupos armados partes en conflictos armados no internacionales por las que se comprometen a respetar el DIH
- Inclusión del derecho humanitario en los códigos de conducta de los grupos armados
- Referencias al derecho humanitario en los acuerdos de alto el fuego o de paz
- Concesiones de amnistía por simple participación en las hostilidades

Cabe esperar que la publicación del documento titulado *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*, del cual sólo se ofrece un resumen aquí, será de información y ayuda para quienes deseen contribuir a mejorar el respeto del que DIH en los conflictos armados no internacionales.

VI. Reglamentación de las empresas militares y de seguridad privadas

Durante los últimos años, las funciones tradicionales del Estado y sus fuerzas armadas en época de guerra se han ido adjudicando cada vez más a empresas militares y de seguridad

privadas (EMP/ESP). Aunque la presencia de esas empresas en situaciones de conflicto no es nueva, su número ha aumentado y, lo que es más importante aún, el carácter de sus actividades ha variado. Además del apoyo logístico más tradicional, las EMP/ESP participan cada vez más en actividades que las ponen en estrecha proximidad con las operaciones militares y, por lo tanto, con las personas protegidas por el DIH. Esas actividades incluyen la protección del personal y los recursos militares, el entrenamiento y la prestación de asesoramiento a las fuerzas armadas, el mantenimiento de los sistemas de armamento, la interrogación de detenidos y, a veces, incluso el combate.

Muchas de las deliberaciones relativas a las EMP/ESP se centran en la legitimidad de la contratación externa del uso de la fuerza y en determinar si deberían imponerse límites formales a los derechos de los Estados al respecto. Sean cuales fueren los resultados de esas deliberaciones, la única suposición realista a mediano plazo es que la presencia de las EMP/ESP en los conflictos armados irá en aumento. La tendencia de numerosos Estados a reducir sus fuerza armadas significa que habrá menos tropas disponibles para el combate activo. Dado el carácter tan complejo de los sistemas de armas modernos, las fuerzas armadas dependen también cada vez más de los conocimientos especializados en este ámbito. Las EMP/ESP también seguirán siendo contratadas por Estados cuyos ejércitos no cuenten con una dotación de personal suficiente o carezcan del entrenamiento necesario. Inclusive algunas organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales utilizan ahora los servicios de las EMP/ESP para cubrir sus necesidades de seguridad. No cabe descartar que en el futuro grupos armados de oposición contraten también a las EMP/ESP. Es posible, asimismo, aunque por el momento no parezca probable, que las EMP/ESP sean contratadas para operaciones militares multinacionales si los Estados no pudieran proporcionar las tropas necesarias.

Habida cuenta de su mandato exclusivamente humanitario, los intereses del CICR no radican en unirse al debate sobre la legitimidad del uso de empresas privadas en los conflictos armados, sino más bien en encontrar los medios que conduzcan a una mejor observancia del DIH. Lo que interesa al CICR no es si las EMP/ESP deberían estar presentes en los conflictos armados sino, más bien, cuál es la posición del DIH cuando están presentes. ¿Cuáles son las obligaciones de las EMP/ESP y de su personal y cuáles son las obligaciones de los Estados? Esos son los aspectos en que se centra la siguiente sección del informe.

Se sostiene a veces que las EMP/ESP funcionan dentro de un vacío jurídico, y que el derecho internacional no ofrece soluciones en cuanto al modo de abordar las violaciones que comete el personal de esas empresas. Esa situación ha sido tema de numerosos informes en los medios de comunicación. Hacer una afirmación tan amplia resulta incorrecto desde un punto de vista jurídico, y es importante destacar que existen obligaciones en ese sentido. Sin embargo, también es cierto que hay problemas de aplicación debido a la falta de voluntad o a la incapacidad de los Estados y otras partes interesadas para respetar las normas en la práctica. Por otro lado, a veces las normas internacionales existentes están formuladas de una manera tan general que requieren esclarecimiento para poder dar una orientación práctica y realista a los Estados sobre la transposición de esas normas a sus sistemas y prácticas jurídicas nacionales. Tal es el caso, en particular, con respecto a dos cuestiones principales:

1. El estatuto, los derechos y las obligaciones de los empleados de las EMP/ESP
2. La obligación que tienen los Estados de respetar y asegurar el respeto del DIH en relación con las actividades las EMP/ESP

Aunque la primera cuestión es más bien clara a nivel jurídico, aunque muchas veces confusa en la práctica, la segunda requiere mayor esclarecimiento.

El estatuto, los derechos y las obligaciones de los empleados de las EMP/ESP

Las EMP/ESP son empresas privadas. Si bien el DIH es de carácter vinculante para los participantes no estatales, es así sólo en la medida en que sean partes en un conflicto armado (es decir, grupos armados organizados). Como entidades jurídicas, las empresas privadas no están obligadas por el DIH, contrariamente a lo que ocurre con su personal quienes, como personas, deben registrarse por el DIH en situaciones de conflicto armado.

Las personas que trabajan para empresas privadas en conflictos armados tienen derechos y obligaciones en el marco del DIH – pero no hay un estatuto en particular que abarque a todos los empleados. El estatuto de cada persona depende de la situación específica en la que esa persona opere y de las funciones que desempeñe. Asimismo, la actitud hacia los mercenarios, que suele tener una gran carga emocional y connotaciones políticas elevadas, tiende a complicar el examen jurídico del estatuto de esas personas.

En los conflictos armados internacionales, los empleados de las EMP/ESP pueden ubicarse en cualquiera de las siguientes categorías jurídicas:

En primer lugar, pueden ser miembros de las fuerzas armadas en el sentido de los artículos 4 A) 1) y 3) del Tercer Convenio de Ginebra¹⁹ si forman parte de esas fuerzas, como ha ocurrido en una serie de casos. Con mucha mayor frecuencia, sin embargo, los Estados recurren a las EMP/ESP debido a que están reduciendo sus propias fuerzas armadas. En consecuencia, es probable que existan algunos casos en que las EMP/ESP formen parte de las fuerzas armadas.

En segundo lugar, los empleados de las EMP/ESP pueden ser milicias u otro cuerpo de voluntarios pertenecientes a un Estado parte en un conflicto armado en el sentido del artículo 4 A) 2) del Tercer Convenio de Ginebra.²⁰ Esto ocurre si, en una situación de conflicto armado internacional, constituyen un grupo "perteneciente a" una parte en conflicto y reúnen los cuatro criterios que definen a ese grupo: estar mandados por una persona que responda de sus subordinados, tener un signo distintivo fijo, llevar las armas a la vista y dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

En tercer lugar, cabe la posibilidad de que algunos de los empleados de las EMP/ESP se ubiquen en la categoría de las personas que siguen a las fuerza armadas en el sentido del artículo 4A) 4) del Tercer Convenio de Ginebra – uno de los ejemplos que se mencionan explícitamente en ese artículo es el que se refiere a los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares y a proveedores. Es importante subrayar que los civiles que siguen a las fuerzas armadas siguen siendo personas civiles. Aunque tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra en un conflicto armado internacional, no tienen, en tanto personas civiles, el derecho de participar directamente en las hostilidades y pueden, por lo tanto, ser objeto de enjuiciamiento penal en virtud del derecho interno si así lo hacen. Sin embargo, no todos los contratistas se ubican en la categoría de personas civiles que siguen a las fuerzas armadas. Para que una persona se ubique en esa categoría, debe haber una verdadera vinculación, es decir, la persona debe prestar un servicio a las fuerzas armadas, no simplemente al Estado.

De hecho, por las limitaciones de todas las categorías anteriormente mencionadas, la mayoría de los empleados de las EMP/ESP se ubican en la categoría de personas civiles. Como tales, se benefician de la protección que se ofrece a los civiles en el marco del DIH. En situaciones de conflicto armado internacional, están amparados por las disposiciones del Cuarto Convenio de Ginebra (en tanto reúnan los criterios de nacionalidad establecidos en el artículo 4), del Protocolo adicional I y del derecho consuetudinario. En los conflictos armados no internacionales, están amparados por las disposiciones del artículo 3 común, el

¹⁹ Véase también el artículo 43 del Protocolo adicional I.

²⁰ *Ibid.*

Protocolo adicional II y el derecho consuetudinario. Sin embargo, si participan directamente en las hostilidades, pierden la protección contra los ataques de que gozan como civiles en ambos tipos de conflicto.

Por último, en relación con el estatuto, debe hacerse mención al término "mercenario", tal como se utiliza frecuentemente, sobre todo en los medios de comunicación, para describir a los empleados de las EMP/ESP. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esa descripción es incorrecta en la mayoría de los casos debido a la estrecha definición que se da a ese término en el marco del DIH. Para ser considerada "mercenaria" en el marco del DIH, una persona debe reunir los siguientes seis criterios: 1) haber sido especialmente reclutada para combatir en un conflicto armado; 2) de hecho tomar parte directa en las hostilidades; 3) estar animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal; 4) no ser nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; 5) no ser miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; 6) no haber sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto. Varios de estos criterios pueden dar lugar a la exclusión de la mayoría de los empleados de las EMP/ESP de la categoría de "mercenario", tal como se define en el DIH. Ello se debe a que, en primer lugar, los empleados de las EMP/ESP no son específicamente contratados para combatir en un conflicto armado y no toman parte directa en las hostilidades. Por lo general son contratados para prestar otros servicios, por ejemplo en los ámbitos de entrenamiento, seguridad personal u operaciones de inteligencia. En segundo lugar, todos los nacionales de una de las partes en conflicto están excluidos. Por último, por el simple hecho de incorporarlas a sus fuerzas armadas, un Estado que desee utilizar a las EMP/ESP puede evitar que su personal sea considerado mercenario, inclusive si se reúnen todas las demás condiciones.

De cualquier manera, desde el punto de vista del DIH aplicable en conflictos armados internacionales, la persona que se clasifique en la categoría de mercenario no se considera combatiente y no tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra (artículo 47 del Protocolo adicional I). En consecuencia, los mercenarios pueden ser objeto de enjuiciamiento penal en virtud del derecho interno por la participación directa en las hostilidades. No obstante, siempre que cumplan con el criterio de nacionalidad señalado en el artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra, los mercenarios son personas protegidas (dentro de los límites establecidos en el artículo 5 de ese Convenio). De otro modo se les aplicarían las disposiciones del artículo 75 del Protocolo adicional I en virtud del derecho convencional o del derecho internacional consuetudinario.

Naturalmente, los Estados tienen la libertad de decretar la prohibición absoluta del funcionamiento de las EMP/ESP, o de prohibir algunos de los servicios que prestan, como los que entrañan participación directa en las hostilidades. Por ejemplo, los Estados partes en la Convención Internacional sobre el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, y en la Convención sobre la eliminación del mercenarismo en África, están obligados a tipificar como delito el mercenarismo en su ordenamiento jurídico interno. La cuestión del mercenarismo guarda estrecha vinculación con la cuestión de hasta qué punto un Estado puede y debe contratar externamente el uso de la fuerza, aspecto que sigue siendo importante. El DIH, sin embargo, no se ocupa de esa cuestión.

Obligaciones de los Estados

Los Estados tienen una serie de obligaciones en el marco del derecho internacional con respecto a las actividades de las EMP/ESP. Es preciso aclarar esas obligaciones para que los Estados promulguen legislación y apliquen mecanismos adecuados.

De conformidad con el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra, todos los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. Son varias las categorías de Estados que tienen una función que desempeñar,

en particular: los Estados que contratan a las EMP/ESP, los Estados en cuyo territorio operan las EMP/ESP, los Estados en cuyas jurisdicciones se constituyen las EMP/ESP, y los Estados cuyos nacionales son empleados de las EMP/ESP.

Los Estados que contratan a las EMP/ESP tienen la relación más estrecha con ellas. Al comienzo, es importante hacer hincapié en que incumbe a los propios Estados la responsabilidad de respetar y cumplir sus obligaciones en virtud del DIH. Por ejemplo, el artículo 12 del Tercer Convenio de Ginebra estipula claramente que independientemente de las responsabilidades individuales que pueda haber, la Potencia detenedora es responsable del trato que reciban los prisioneros de guerra. Esa estrecha relación también significa que los Estados pueden ser directamente responsables por los actos de las EMP/ESP cuando éstos son atribuibles a ellas en virtud del derecho de la responsabilidad del Estado, y particularmente si las EMP/ESP están facultadas para ejercer elementos de la autoridad gubernamental o si actúan siguiendo instrucciones o bajo la dirección o el control de las autoridades estatales.

Por otro lado, los Estados que contratan a las EMP/ESP tienen la obligación de asegurar el respeto del DIH por la empresa. Es ésa una obligación de carácter jurídico más bien general, pero hay prácticas óptimas que ofrecen una indicación del modo en que los Estados pueden darle cumplimiento. Por ejemplo, los Estados podrían incluir ciertos requisitos en el contrato de la empresa, como una formación adecuada en el ámbito del DIH, la exclusión de determinadas actividades, como la participación en operaciones militares o la investigación de los antecedentes de los empleados para cerciorarse de que no hayan cometido violaciones en el pasado.

Por último, los Estados que contratan a las EMP/ESP, igual que todos los demás Estados, deben reprimir los crímenes de guerra e impedir otras violaciones del DIH que comete el personal de las EMP/ESP.

Los Estados en cuyo territorio operan las EMP/ESP también tienen la obligación de asegurar el respeto del DIH en sus jurisdicciones. En la práctica, eso se puede hacer promulgando reglamentos que establezcan un marco jurídico para las actividades de las EMP/ESP. Por ejemplo, los Estados podrían establecer un sistema de registro que impusiera ciertos criterios a las EMP/ESP; o podrían aplicar un sistema de licencias, bien fuera para las distintas empresas o para determinados servicios previamente definidos, o para cada tipo de servicio en particular.

Los Estados en cuyas jurisdicciones se constituyen las EMP/ESP o en los que esas empresas tienen su sede, también tienen la obligación de asegurar el respeto del DIH. Esos Estados están particularmente bien situados para adoptar medidas prácticas y eficaces porque, al igual que los Estados en cuyo territorio operan las EMP/ESP, tienen la posibilidad de reglamentar las actividades de las EMP/ESP o de aplicar un sistema de licencias. Podrían promulgar reglamentos que exijan que las EMP/ESP cumplan una serie de condiciones para operar legalmente, como, por ejemplo, que sus empleados reciban un entrenamiento adecuado y que sean objeto de una apropiada investigación de antecedentes.

Por último, hay que mencionar a los **Estados cuyos nacionales son empleados de las EMP/ESP**. Aunque esos Estados pueden no tener prácticamente ninguna vinculación con la empresa como tal, o con la operación, tienen una firme vinculación jurisdiccional con los empleados por lo que pueden estar bien situados para ejercer la jurisdicción penal sobre ellos en caso de que cometan violaciones del DIH, incluso en el extranjero.

En pocas palabras, diferentes Estados tienen obligaciones en el marco del DIH. Tomadas en conjunto, esas obligaciones forman un marco jurídico bastante amplio para las operaciones de las EMP/ESP. Algunas de las obligaciones son relativamente amplias, por lo que es necesario contra con orientación para que los Estados puedan

cumplirlas. Hay muchas formas en las que se puede hacer esto eficientemente y que permiten colmar los vacíos que subsisten en el ámbito de la rendición de cuentas.

La iniciativa suiza en relación con las EMP/ESP (llevada a cabo en cooperación con el CICR)

Habida cuenta de la presencia cada vez mayor de las EMP/ESP en los conflictos armados, el Gobierno de Suiza ha lanzado una iniciativa que promueve el respeto del DIH y propone los medios para llevarla a cabo. Los objetivos de la iniciativa²¹ son:

1. contribuir al debate intergubernamental de las cuestiones que plantea el uso de las empresas militares y de seguridad privadas;
2. estudiar y desarrollar prácticas óptimas, sobre la base de las obligaciones existentes, para ayudar a los Estados en relación con el respeto y la garantía del respeto del DIH y el derecho de los derechos humanos.

El CICR trabaja en estrecha cooperación con el Gobierno suizo en esta iniciativa, con el propósito de alcanzar un mayor respeto del DIH.

Tras la celebración de consultas iniciales, se celebraron dos reuniones para expertos gubernamentales, miembros de los círculos académicos, organizaciones no gubernamentales y miembros de la industria en 2006, en las que se examinaron las obligaciones existentes y la posibilidad de reglamentación. El proceso continuará hasta 2008 con la celebración de consultas de expertos sobre cuestiones concretas, y reuniones intergubernamentales.

²¹ Para mayor información se ruega consultar el sitio Web de la iniciativa: <http://www.eda.admin.ch/psc>.

VII. LA OCUPACIÓN Y OTRAS FORMAS DE ADMINISTRACIÓN DE TERRITORIOS EXTRANJEROS

Ocupación

La ocupación es una situación reglamentada por el derecho internacional. Se basa fundamentalmente en el concepto del control eficaz de un territorio según la definición que figura en el artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907: "Se considera un territorio como ocupado cuando se encuentra de hecho colocado bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende más que a los territorios donde dicha autoridad se halla establecida y con medios para ser ejecutada".

No se cuestiona que las disposiciones pertinentes del Reglamento de La Haya de 1907, del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977 siguen siendo plenamente aplicables en todos los casos de ocupación total o parcial de un territorio extranjero, independientemente de que la ocupación haga frente, o no, a resistencia armada. En términos generales, el derecho de la ocupación proporciona el marco jurídico para el ejercicio temporal de autoridad por parte de una Potencia ocupante; intenta lograr un equilibrio entre las necesidades de seguridad de esas Potencia, por un lado, y los intereses de la autoridad derrocada y los de la población local, por el otro. En la interpretación clásica del derecho de la ocupación, el título de soberanía no pasa a la Potencia ocupante y, básicamente, ésta última tiene que mantener, en la medida de lo posible, el *status quo ante*. La Potencia ocupante está obligada a respetar las leyes e instituciones existentes y a introducir cambios sólo cuando sea necesario para el desempeño de sus funciones en virtud del derecho de la ocupación, a mantener el orden y la seguridad públicos, a garantizar la administración normal y la seguridad del territorio.

Sin embargo, el derecho de la ocupación ha sido cuestionado sobre la base de que no es adecuado para las complejas características de las situaciones de ocupación más recientes. La renuencia de algunos Estados a aceptar la aplicabilidad del derecho de la ocupación a situaciones en las que están involucrados se ha justificado alegando que esas situaciones difieren considerablemente de la ocupación clásica por una fuerza beligerante y deben regirse por un cuerpo de normas más específicas que las del derecho de la ocupación.

De conformidad con algunos estudiosos, ciertos conceptos fundamentales del derecho internacional público, como el derecho a la libre determinación, así como los acontecimientos en el ámbito del derecho de los derechos humanos, no se reflejan plenamente en el derecho de la ocupación. La aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a situaciones de ocupación ha dado lugar a importantes interrogantes que merecen examen, como hasta qué punto puede llegar una Potencia ocupante en la aplicación de esas normas en un territorio ocupado. También han surgido determinadas cuestiones en relación con el derecho a la libre determinación, entre ellas, si una Potencia ocupante puede tomar medidas legislativas para promover el ejercicio de ese derecho por la población y si el derecho a la libre determinación puede justificar cambios radicales en el territorio ocupado, sean de índole social, económica, política o institucional.

Un aspecto que guarda vinculación con el tema es el debate más general sobre la supuesta creciente falta de idoneidad de la premisa que sirve de base al derecho de la ocupación, a saber, que el ejercicio de la autoridad provisional a la que tiene derecho el ocupante no permite la introducción de cambios radicales en la estructura jurídica, política, institucional o económica del territorio en cuestión. En realidad, se ha dicho que es el carácter estático del derecho de la ocupación pone un énfasis indebido en el mantenimiento de la situación sociopolítica del territorio ocupado. En ese contexto, se ha señalado que la transformación de un sistema de gobierno opresor, o la reconstrucción de una sociedad que se está viniendo abajo, a través de la ocupación, podrían servir a los intereses de la comunidad

internacional y posiblemente ser necesarios para el mantenimiento o el restablecimiento de la paz internacional. En consecuencia, puede decirse que ha existido una creciente divergencia entre el derecho de la ocupación, que exige el respeto de las leyes e instituciones existentes, y la percibida necesidad de alterar fundamentalmente una sociedad bajo ocupación en determinadas circunstancias.

Las cuestiones anteriormente expuestas son igualmente pertinentes cuando los objetivos de transformación de ciertas situaciones de ocupación, generalmente justificadas por consideraciones de derechos humanos, se derivan de un mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ciertas normas del derecho de la ocupación han dado lugar a debates sobre su compatibilidad con las responsabilidades señaladas por el Consejo ya que, en determinadas situaciones, es casi imposible conciliar la obligación de mantener el *status quo ante* con el objetivo de derrocar un sistema de gobierno. Algunos han descrito esta situación como un conflicto de obligaciones, o como una "excepción cautelar" por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con respecto a partes del derecho de la ocupación. El alejamiento de las disposiciones del derecho de la ocupación parece ser algo aceptado por los estudiosos del derecho, al punto de que no afecta las normas de *jus cogens* contenidas en los instrumentos del DIH.

A los fines del presente informe, resulta prematuro proponer cualquier solución definitiva. Se sugiere, sin embargo, establecer algún tipo de límites a los cambios que pudieran efectuarse durante una situación de ocupación, si se acepta la necesidad del cambio, como algunos proponen. Aunque una Potencia ocupante puede disponer de cierto grado de flexibilidad en la aplicación de normas de derechos humanos, incluido el derecho a la libre determinación, indudablemente no se le puede dar plena libertad para modificar la legislación y las instituciones de modo que se ajusten a sus propias necesidades o valores políticos, jurídicos, culturales y económicos. El derecho de la ocupación, no ha de olvidarse, es un todo coherente que imprime un delicado equilibrio entre una diversidad de intereses, en cuyo contexto las derogaciones sólo deberían ser posibles en circunstancias excepcionales.

Otras formas de administración de territorios extranjeros

Aparte de las distintas dificultades que plantean las situaciones de ocupación contemporáneas, ha surgido otro conjunto de dificultades en relación con la aplicabilidad del DIH a las operaciones de mantenimiento de la paz de la Naciones Unidas, particularmente las que suponen la administración internacional de un territorio con un mandato al amparo del Capítulo VII. En sus diversas intervenciones con mandatos al amparo del Capítulo VII, las Naciones Unidas no siempre han asumido funciones de gobierno directas, sino que en su lugar han recurrido a instituciones nacionales o, de no existir éstas, han asignado responsabilidad a las fuerzas que trabajan sobre el terreno o a una entidad específica encargada de la administración del territorio concernido. Entre las cuestiones importantes derivadas de esas situaciones figuran la de determinar si el DIH y el derecho de la ocupación son aplicables a ese tipo de operaciones de las Naciones Unidas, y bajo qué circunstancias. En consecuencia, parece necesario definir claramente el marco jurídico que regula la administración de un territorio por fuerzas multinacionales o por una administración civil internacional y la particular pertinencia del DIH y del derecho de la ocupación en ese contexto. Con esos propósitos, sería conveniente llevar a cabo un examen para determinar si el DIH ofrece soluciones prácticas a muchos de los problemas que enfrenta una administración internacional civil o militar.

Sobre la base de las cuestiones anteriormente señaladas, así como de otras que han planteado recientes dificultades para el derecho de la ocupación (algunas de ellas ya mencionadas en el informe del CICR presentado a la XXVIII Conferencia Internacional), el CICR tiene previsto analizar hasta qué punto las normas del derecho de la ocupación podrían fortalecerse, esclarecerse o desarrollarse. En 2007 el CICR inició un proyecto sobre

el derecho de la ocupación con el propósito de examinar cuestiones surgidas en relación con recientes situaciones de ocupación y otras formas de administración de territorios extranjeros. El proyecto, que incluye consultas con los principales interesados directos y la organización de reuniones de expertos, tiene previsto llevar a cabo una labor de seguimiento de las deliberaciones habidas en una reunión de expertos de 2003 que tuvo como tema principal la aplicabilidad del DIH y del derecho de la ocupación a las operaciones de paz multinacionales. El CICR confía en que, con la ayuda de eminentes expertos jurídicos, podrá formular propuestas, en cuanto al procedimiento y al fondo, para seguir adelante.

VIII. MEJORA DEL RESPETO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: LA FUNCIÓN DE LAS SANCIONES

La mejor observancia del DIH, tanto en tiempo de conflicto armado como en tiempo de paz, es una prioridad constante del CICR. En su informe a la XXVIII Conferencia Internacional, el CICR centró su atención en los medios y métodos de lograr un mayor respeto y observancia del DIH en los conflictos armados, particularmente destacando el grado y el ámbito de la obligación de los Estados "de respetar y hacer respetar" el DIH en todas las circunstancias. También organizó una serie de cinco seminarios regionales de expertos que en los que se examinaron, junto con otras cuestiones, los mecanismos de supervisión y represión existentes y probables en el ámbito del DIH.²²

Cuatro años después de la presentación del informe a la XXVIII Conferencia Internacional, el objetivo de alcanzar un mayor respeto, observancia y cumplimiento del derecho humanitario sigue siendo un desafío ambiguo, que es fundamentalmente responsabilidad de las partes en los conflictos armados, sean estatales o no estatales.

La aplicación presupone una comprensión del respeto de la ley por parte de todos los beligerantes, y la firme intención de hacerlo. También requiere la acción sostenida de los Estados en sus ordenamientos jurídicos y la práctica con vistas a adoptar la gran diversidad de medidas de aplicación en el plano nacional que se requieren en el marco del DIH, incluidos la promulgación de legislación, la elaboración de manuales militares y los programas adecuados de entrenamiento y supervisión del mando dentro de las fuerzas armadas y de seguridad. Por otro lado, hay que prever sanciones adecuadas, de tipo penal o disciplinario, que se aplicarán contra quienes violen las normas.

Se han alcanzado importantes progresos en los últimos cuatro años en los ordenamientos jurídicos nacionales de numerosos Estados, que han intentado adaptar su práctica y legislación a las disposiciones del DIH y obligaciones concomitantes. Esto se refleja, entre otras cosas, en el establecimiento de un número cada vez mayor de comités nacionales y otras entidades encargadas de asesorar a sus gobiernos sobre cuestiones relacionadas con el DIH y su aplicación en el plano nacional. No obstante, es mucho lo que queda por hacer, y eso es motivo de constante preocupación para el CICR.

También se han logrado avances sustanciales en los últimos 15 años con respecto a la creación de mecanismos internacionales para el reconocimiento de la responsabilidad penal individual. Se han establecido tribunales *ad hoc*, así como la Corte Penal Internacional y tribunales especiales o mixtos. Algunos Estados también se han mostrado dispuestos a ejercer jurisdicción extraterritorial en relación con crímenes de guerra con el fin de juzgar y castigar las violaciones graves del DIH en sus propios tribunales nacionales. Sin embargo, aunque podría decirse que el reconocimiento de la responsabilidad penal individual ha pasado por importantes acontecimientos, la mejora de la observancia del DIH por todos los beligerantes en el campo de batalla sigue siendo un reto importante.

²² En el capítulo V se examina uno de los resultados concretos de las reuniones de expertos.

Iniciativa del CICR con respecto a la función y el efecto disuasor de las sanciones contra los perpetradores de violaciones graves del DIH

En 2004 el CICR publicó un estudio²³ sobre las raíces del comportamiento en la guerra, cuyo propósito era determinar los factores que revisten fundamental importancia en el condicionamiento de la conducta de los beligerantes. Una de las principales conclusiones del estudio fue que el entrenamiento, las órdenes estrictas y las sanciones eficaces por no obedecer esas órdenes son el mejor medio de influir en el comportamiento de quienes portan las armas.

El CICR ha estado examinando esas conclusiones con detenimiento, centrando su atención particularmente en la función de las sanciones para asegurar un mayor respeto del DIH. También ha procurado sustanciar mejor las conclusiones y reflexionar sobre dos cuestiones que se han considerado esenciales. Esas cuestiones guardan relación con la naturaleza y las características de las sanciones y con el entorno en que se aplican. Ambas cuestiones se están examinando con vistas a disuadir a los portadores de armas de cometer violaciones graves del DIH.

²³ Daniel Muñoz-Rojas, Jean-Jacques Frésard, *The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing DIH Violations*, CICR, Ginebra, octubre de 2004.

Naturaleza y características de las sanciones

La primera parte del examen efectuado por el CICR se centra en tres cuestiones principales, empezando por el **carácter disuasor** de las sanciones, es decir, la función que desempeña la amenaza de castigo en oposición al castigo mismo.

Al respecto, el CICR observó que si las sanciones se aplicaban de manera aleatoria y eran, por lo tanto, imprevisibles, los combatientes por lo general estaban dispuestos a correr el riesgo y violar la ley, por considerar que existía una gran probabilidad de que no fuesen castigados. Por otro lado, si las sanciones se consideraran algo puramente hipotético, no serían un medio eficaz de prevenir las violaciones, por muy fuerte que fuese la sanción. Esto demuestra que es necesario fortalecer la eficacia y legitimidad de las sanciones en todos los niveles. En realidad, no se trata tanto de un problema de disposiciones penales inadecuadas, sino más bien de falta de aplicación. En el fragor del conflicto armado, los tribunales— sean nacionales o internacionales —por lo general no pueden ni deben intervenir en la condena y sentencia de quienes cometen las violaciones. En consecuencia, es necesario contar con otras soluciones, o soluciones de carácter complementario, que hagan efectivas las sanciones. Si quienes cometen violaciones graves del DIH esperan ser castigados, bien sea a través del sistema de justicia penal o de cualquier otro medio, su comportamiento podría cambiar. En ese sentido, habría que explorar la aplicación de sanciones disciplinarias debido a la rápida y eficaz señal que transmiten a los combatientes y al fuerte estigma que conllevan en términos de rechazo por parte de los compañeros. Sin embargo, habría que obrar con cautela en relación con dos aspectos: en primer lugar, podría considerarse que las sanciones disciplinarias conducen a que se realicen esfuerzos por ocultar la gravedad de un delito y, en segundo lugar, podrían no bastar para satisfacer los intereses de las víctimas.

La segunda cuestión se relaciona con el tema de determinar **a quién se aplican** las sanciones. En todos los tipos de conflicto armado, el derecho internacional hace extensiva la responsabilidad penal por las violaciones más allá del círculo de efectivos perpetradores para abarcar un gran número de posibles participantes, incluidos altos oficiales militares y civiles. El CICR tiene particular interés en evaluar las repercusiones de esta mayor responsabilidad en relación con la función de las personas concernidas (portadores de armas, jefes de delegaciones, comandantes o funcionarios civiles) y las sanciones que corresponderían a su comportamiento ilícito.

La tercera cuestión se refiere a las **formas de justicia**— civiles o militares —y sus repercusiones en términos de asegurar un mayor respeto del DIH. Si no se han adoptado disposiciones con respecto a la jurisdicción exclusiva de tribunales civiles o militares, habrá que adoptar medidas para establecer los criterios para la asignación de las competencias.

La influencia del entorno sobre el efecto disuasor de las sanciones

La segunda parte de esta reflexión intenta examinar el contexto en el que ocurren las violaciones del DIH y la aplicabilidad de las sanciones. La identificación de los factores que influyen en el comportamiento en los conflictos armados requiere un proceso de reflexión que trascienda el tema de las sanciones y considere todos los elementos que podrían ejercer influencia en ese comportamiento, especialmente porque, evidentemente, las sanciones no son interpretadas y comprendidas de la misma manera por los portadores de armas en todos los lugares. Conviene también tratar de conciliar los valores de distintos grupos con los del DIH. El CICR está dispuesto a emprender un estudio sobre la eficiencia de las sanciones, en el que se tendría en cuenta la influencia de los factores que caracterizan escenarios previamente identificados en los cuales se requiere aplicar sanciones, y que es una esfera de las investigaciones que, en gran medida, aún no se ha explorado.

Las expectativas y las necesidades de las víctimas

Al examinar la función de las sanciones, es importante examinar detenidamente los intereses de las víctimas de violaciones del DIH y el tipo de sistema que mejor podría satisfacer sus expectativas y necesidades. El hecho de que en la acción penal no siempre se tengan en cuenta los intereses de las víctimas suele ser una fuente de frustración, desencanto e ira. Cuestiones como la verdad, la indemnización y la investigación de antecedentes, que desempeñan una función muy importante para que las sociedades y las personas que las integran se recuperen y reconstruyan su vida, no pueden ser adecuadamente abordadas en el contexto de un sistema de justicia penal tradicional. En ese sentido, hay que considerar otros mecanismos que también impongan sanciones, aunque de naturaleza distinta a las sanciones estrictamente penales, lo que daría como resultado un proceso de negociación entre las víctimas, los perpetradores y la sociedad afectada. El CICR confía en seguir explorando otros procesos, o procesos complementarios, y evaluar sus repercusiones en lo que se refiere a prevenir violaciones graves del DIH.

Cómo se llevan a cabo las investigaciones

Con el fin de llevar a cabo este examen, el CICR ha estado trabajando con un grupo de expertos independientes que provienen de distintos ámbitos. Se les invitó a responder por escrito a cuatro estudios de casos y asistieron a dos reuniones informales que se celebraron en abril del 2006 y junio de 2007, en las que examinaron temas como la naturaleza de las sanciones, las diversas formas de responsabilidad y justicia, los riesgos de que se entablen acciones judiciales, y la amnistía, las necesidades de las víctimas y los mecanismos de la justicia transicional. Las reuniones ayudaron a limitar el número de cuestiones que serán objeto de examen en una reunión interregional de mayor envergadura que se celebrará en noviembre de 2007. El propósito de la reunión de noviembre será desarrollar y redactar propuestas concretas que sean de ayuda para el CICR en sus actividades para ayudar a establecer un sistema integrado de sanciones que tenga una influencia a largo plazo eficaz sobre el comportamiento de los combatientes y su entorno, con vistas a promover una mejor observancia del DIH.

ANEXO 1:

**Principios y garantías procesales relativos al internamiento
o detención administrativa en conflictos armados
y otras situaciones de violencia interna**

Veáse documento adjunto

ANEXO 2:

Programa de la XXX Mesa Redonda de San Remo sobre "La conducción de las hostilidades: Revisión del derecho de los conflictos armados un siglo después de las Convenciones de La Haya de 1907 y treinta años después de los Protocolos adicionales de 1977"



Comité Internacional de
la Cruz Roja (CICR)



Instituto Internacional
de Derecho Humanitario (IIHL)

XXX Mesa Redonda de Sanremo
sobre los problemas actuales en el ámbito del derecho internacional
humanitario

La conducción de las hostilidades

***Revisión del derecho de los conflictos armados
un siglo después de las Convenciones de La Haya de 1907 y
treinta años después de los Protocolos adicionales de 1977***

Programa

6 – 8 de septiembre de 2007
Sanremo, Italia



***Bajo el Alto Patronato del
Presidente de la República Italiana
el Excmo. Dr. Giorgio Napolitano***

Miércoles, 5 de septiembre de 2007

- 15:00-20:00 Inscripción de los participantes – Centro de Congresos, Grand Hôtel de Londres
Todas las sesiones plenarias se celebrarán en el Centro de Congresos
- 18:00-20:00 Cóctel de bienvenida, Grand Hôtel de Londres

Jueves, 6 de septiembre de 2007

09:30-10:15

Sesión de apertura

Presidente: Prof. Michel Veuthey, Presidente interino, Instituto Internacional de Derecho Humanitario (IIHL)

Mensaje del Presidente de la República Italiana, Giorgio Napolitano

Mensajes de bienvenida:

- Dr. Claudio Borea, Alcalde de San Remo
- Excmo. Senador Sr. Gianni Vernetti, Subsecretario de Estado de Asuntos Exteriores, Italia
- Sr. Daniel Klingele, Ministro de Asuntos Exteriores, Suiza
- Dra. Liesbeth Lijnzaad, Asesora Jurídica, Ministerio de Asuntos Exteriores, Países Bajos
- Dr. Massimo Barra, Presidente, Cruz Roja Italiana

Alocución:

- w Dr. Jakob Kellenberger, Presidente, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

**I. La conducción de las hostilidades desde una perspectiva ética, histórica y de futuro:
Introducción al tema central de la Mesa Redonda
(10:15-12:30)**

Moderador: Dr. Rolph K. Jenny, Vicepresidente, Instituto Internacional de Derecho Humanitario

- 10:15-10:35 Fundamento ético y filosófico de las normas relativas a la conducción de las hostilidades
Dr. Hugo Slim, Investigador Jefe, Centro para el Diálogo Humanitario, Ginebra, Suiza
- 10:35-10:55 Desde las Convenciones de La Haya de 1907 hasta los Protocolos Adicionales de 1977 y años subsiguientes – Evolución histórica de las normas relativas a la conducción de las hostilidades
Dr. Philip Spoerri, Director de Derecho Internacional y Cooperación en el Movimiento, CICR - Miembro, IIHL
- 10:55-11:25 Pausa/Café
- 11:25-11:45 Transformaciones contemporáneas de la guerra
Coronel (ret.) Thomas X. Hammes, Cuerpo de Marines, EE.UU.
- 11:45-12:30 Debate
- 12:30-14:30 Pausa para el almuerzo

**II. El empleo de la fuerza en el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos
(14:30-15:40)**

Moderador: General Giuseppe Valotto, Presidente, Centro Alti Studi per la Difesa (CASD), Roma, Italia

- 14:30-14:55 Normas que rigen la conducción de las hostilidades y el mantenimiento del orden:
¿Regímenes complementarios o incompatibles?
Sra. Jelena Pejic, Asesora Jurídica, División Jurídica, CICR
- 14:55-15:20 La conducción de las hostilidades en el contexto de la lucha contra el terrorismo
Coronel William K. Lietzau, Cuerpo de Marines de los Estados Unidos, Comandante de Batallón, Sede del Cuerpo de Marines, Washington D.C.
- 15:20-15:40 Debate

**III. Combatientes y objetivos militares frente a personas civiles y bienes de carácter civil
(15:40-19:00)**

Moderador: Prof. Yves Sandoz, Miembro, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

- 15:40-16:05 Las nociones de combatiente, grupo armado, persona civil y población civil en los conflictos armados internacionales
General de Brigada Kenneth Watkin, Procurador General Militar de las Fuerzas Armadas Canadienses
- 16:05-16:30 Las nociones de combatiente, grupo armado, persona civil y población civil en los conflictos armados no internacionales
Dr. Jann K. Kleffner, Profesor Adjunto de Derecho Internacional, Universidad de Ámsterdam, Director gerente, Yearbook of International Humanitarian Law, Países Bajos
- 16:30-16:50 Pausa/Café
- 16:50-17:15 La noción de participación directa en las hostilidades
Dr. Nils Melzer, Asesor Jurídico, División Jurídica, CICR
- 17:15-17:30 Debate
- 17:30-18:00 La definición de objetivo militar
Prof. Hays Parks, Consejero Jurídico General Adjunto Asociado (Asuntos Internacionales), Departamento de Defensa, EE.UU.
Dr. Knut Dörmann, Jefe Adjunto, División Jurídica, CICR
- 18:00-18:20 Debate
- 18:20-18:40 El derecho aplicable en caso de duda
Sr. Daniel Klingele, Jefe, Sección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Ministerio de Asuntos Exteriores, Suiza
- 18:40-19:00 Debate
- 19:30 Recepción ofrecida por el Casino de Sanremo

Viernes, 7 de septiembre de 2007

**IV. Métodos de guerra
(09:00-12:30)**

Moderadora: Prof.^a Marie Jacobsson, Asesora Jurídica Principal, Ministerio de Asuntos Exteriores,
Suecia
Miembro de la Comisión de Derecho Internacional - Miembro, IIHL

- 09:00-09:45 Prohibición de los ataques indiscriminados y principio de proporcionalidad – Casos prácticos
Prof. Ove Bring, Miembro del Consejo, IIHL
Sr. Stéphane Bourgon, Abogado Defensor ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Canadá
- 09:45-10:30 Precauciones en el ataque: aspectos jurídicos – Casos prácticos
Prof. Wolff Heintschel von Heinegg, Universidad Europea de Viadrina, Frankfurt/Oder, Alemania – Miembro, IIHL
Prof. Marco Sassòli, Universidad de Ginebra, Suiza
- 10:30-11:00 Debate
- 11:00-11:30 Pausa/Café
- 11:30-12:10 La prohibición de los escudos humanos y las precauciones contra los efectos de los ataques: aspectos jurídicos – Casos prácticos
Prof. Michael Schmitt, United States Naval War College, EE.UU.
Prof.^a Françoise Hampson, Universidad de Essex, Reino Unido
- 12:10-12:30 Debate
- 12:30-14:30 Almuerzo

**V. Medios de guerra
(14:30-16:10)**

Moderador: General de Brigada Erwin Dahinden, Ministerio de Defensa, Suiza - Miembro, IIHL

- 14:30-14:50 El principio de la prohibición de los daños superfluos o los sufrimientos innecesarios
Dr. Théo Boutruche, Profesor Auxiliar, Facultad de Derecho, Universidad de Ginebra, Suiza
- 14:50-16:10 Reuniones de los grupos de trabajo:
- I. Biotecnología y armas
Sr. John Borrie, Especialista en Investigación y Director de Proyectos, Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme, Ginebra
Sr. Richard Lennane, Jefe, Departamento de las Naciones Unidas de Asuntos de Desarme, Dependencia de Apoyo a la Aplicación de la Convención sobre armas biológicas, Ginebra
 - II. Las armas “no letales” y sus implicaciones jurídicas
Dr. Robin Coupland, Asesor Médico, División Jurídica, CICR
Prof. Marco Odello, Universidad de Aberystwyth, Gales (Reino Unido) - Miembro, IIHL
 - III. Armas que tienen efectos para la población civil después del conflicto (minas, bombas de racimo, restos explosivos de guerra)
Sr. Ronald Bettauer, Consejero Jurídico Adjunto, Departamento de Estado, EE.UU.
Dr. Knut Dörmann, Jefe Adjunto, División Jurídica, CICR
- 16:10-16:50 Pausa/Café

VI. La conducción de las hostilidades y los regímenes especiales de protección (16:50-17:50)

Moderador: General Giorgio Blais, Vicepresidente, Instituto Internacional de Derecho Humanitario

- 16:50-17:10 La conducción de las hostilidades y sus repercusiones en la asistencia humanitaria
General Arne W. Dahl, Fiscal Público, Oficina del Director, Fiscalía Pública, Noruega - Miembro, IIHL
- 17:10-17:30 La conducción de las hostilidades y la protección del medio ambiente
Dr. Heike Spieker, Jefe, Departamento de Derecho Internacional Humanitario e Instituciones Internacionales, Cruz Roja Alemana - Miembro, IIHL
- 17:30-17:50 Debate
- #### VII. Guerra aérea (17:50-19:00)
- Moderador: Prof. Edoardo Greppi, Universidad de Turín, Italia - Miembro, IIHL
- 17:50-18:30 Especificidad de las normas relativas a la conducción de las hostilidades en el contexto de la guerra aérea
Prof. Yoram Dinstein, Miembro del Consejo, IIHL
- 18:30-19:00 Debate
- 20:30 Cena oficial

Sábado, 8 de septiembre de 2007

Medios de guerra (continuación)

Moderador: General de Brigada Erwin Dahinden, Ministerio de Defensa, Suiza - Miembro, IIHL

- 09:00-09:40 Informes de los Grupos de Trabajo sobre los medios de guerra
- Grupo I
 - Grupo II
 - Grupo III
- Debate

VIII. Aplicación de las normas relativas a la conducción de las hostilidades (09:40-12:00)

Moderador: Magistrado Fausto Pocar, Vicepresidente, Instituto Internacional de Derecho Humanitario
Presidente, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- 09:40-10:05 **Aplicación de las normas relativas a la conducción de las hostilidades por las fuerzas armadas: una perspectiva desde el interior**
Coronel (ret.) Charles Garraway, Reino Unido - Miembro, IHL
- 10:05-10:30 **Pausa/Café**
- 10:30-10:55 **Reparaciones e indemnizaciones en caso de violación de las normas relativas a la conducción de las hostilidades: práctica y perspectivas futuras**
Prof.^a Liesbeth Zegveld, Universidad de Leiden, Países Bajos
- 10:55-11:10 **Problemas actuales de la aplicación de las normas relativas a la conducción de las hostilidades**
Emb. William Taft, Profesor Visitante, Stanford Law School, EE.UU. - Miembro, IHL
- 11:10-11:35 **Aplicación de las normas relativas a la conducción de las hostilidades por jurisdicciones penales nacionales e internacionales**
Prof. Eric David, Universidad Libre de Bruselas, Bélgica
- 11:35-12:00 **Debate**
- 12:00-13:00 **Clausura de la Mesa Redonda**
(12:00-13:00)
Presidente: Prof. Michel Veuthey, Presidente interino, Instituto Internacional de Derecho Humanitario
- 12:00-12:30 **Resumen y conclusiones: Desafíos contemporáneos de las normas relativas a la conducción de las hostilidades**
Dr. Philip Spoerri, Director de Derecho Internacional y Cooperación en el Movimiento, CICR - Miembro, IHL
- 12:30-13:00 **Palabras de clausura**
Dr. Giovanni Lorenzo Forcieri, Subsecretario de Estado, Ministerio de Defensa, Italia
Prof. Michel Veuthey, Presidente interino, Instituto Internacional de Derecho Humanitario

ANEXO 3:

**Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario
en los conflictos armados no internacionales**

**Comité Internacional de la Cruz Roja
Abril de 2007**

Índice

Prefacio

Introducción

El derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales

Desafíos específicos

Lecciones aprendidas

Mejorar el respeto mediante la difusión de las normas

Mejorar el respeto mediante herramientas jurídicas

Mejorar el respeto mediante la “Argumentación Estratégica”

Observaciones finales

PREFACIO

En la actualidad, la mayor parte de los conflictos armados más comunes son de carácter no internacional. En este tipo de conflictos se presentan hostilidades entre las fuerzas armadas de un Gobierno y grupos armados organizados no estatales, o bien entre los miembros de estos últimos. Una de las características de un conflicto armado no internacional es que, por lo general, participan en él personas familiarizadas con la historia política y económica, la organización social, la cultura y las costumbres de cada una de las partes. Tristemente, se caracterizan también por la brutalidad extrema que suele acompañar los combates entre quienes tienen orígenes comunes o compartidos.

El derecho internacional humanitario (DIH) provee el marco normativo respecto del cual se debe evaluar el comportamiento de las partes en los conflictos armados no internacionales. En 1949, los Estados acordaron, mediante la adopción del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, cumplir ciertas normas mínimas en estas guerras. Las disposiciones del artículo 3 común vinculan a todas las partes en los conflictos armados no internacionales, incluidos los grupos armados organizados no estatales. El artículo 3 común, del que suele decirse refleja las consideraciones elementales de humanidad, ha sido desde entonces complementado por otras disposiciones convencionales y por el derecho humanitario consuetudinario que rige la conducta de las partes en los conflictos armados no internacionales.

La redacción de las leyes constituye tan sólo el primer paso para garantizar la protección de quienes no toman parte en las hostilidades, como es el caso de las personas civiles, y de quienes han dejado de participar en ellas, como es el caso de los heridos y de los enfermos de las fuerzas armadas y de los grupos armados. El verdadero desafío consiste, y ha consistido siempre, en lograr que los miembros de las partes adversarias conozcan las normas y las apliquen. Esta publicación tiene por objeto presentar a los Estados y a los grupos armados, así como a los actores humanitarios y a otros actores que trabajan con las partes en los conflictos armados no internacionales, algunas sugerencias respecto a las diferentes maneras en que se puede lograr una mayor aplicación del derecho.

No nos hagamos la ilusión de que hay herramientas jurídicas o argumentos políticos que pueden ser útiles en los casos en que de manera sistemática se burla el derecho, cuando ni siquiera existe la voluntad política de conformarse con él. Habida cuenta también de la gran variedad de causas por las que se presentan los conflictos armados no internacionales y de la diversidad de participantes, la labor de quienes esperan ayudar a las partes para que respeten el derecho exige gran paciencia, sentido común y conocimiento. No obstante, la experiencia ha demostrado que cuando las condiciones requeridas existen, algunos argumentos políticos y herramientas jurídicas pueden resultar útiles para persuadir a las partes en conflicto a fin de que mejoren el respeto de las normas.

La presente publicación contiene una selección de herramientas jurídicas y argumentos políticos que el CICR, y otros, han utilizado en la labor realizada con los Estados y los grupos armados organizados, a fin de lograr de su parte un mayor respeto del derecho. Nuestro interés es recomendarlos a una audiencia más amplia no por el hecho de que siempre han dado buenos resultados, sino porque, bajo las condiciones adecuadas, todos, o algunos de ellos, pueden llevarse a la práctica. Además de su constante empeño por mejorar el respeto del derecho, mediante la aplicación de las estrategias formuladas en el presente documento, el CICR mantiene firme su compromiso de seguir explorando nuevas fórmulas que permitan proveer una mayor protección a las personas afectadas por los conflictos armados no internacionales.

Dr. Jacob Kellenberger
Presidente
Comité Internacional de la Cruz Roja

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la mayor parte de los conflictos armados son de carácter no internacional. En este tipo de conflictos, que tienen lugar dentro de las fronteras de un Estado, se oponen el Estado y uno o a varios grupos armados organizados no estatales, o estos grupos entre sí.

El miedo o la amenaza de destrucción y de sufrimiento extremo rigen el diario transcurrir de muchos civiles que quedan atrapados en estas situaciones. Tomar a la población civil como objetivo deliberado, destruir los bienes civiles, cometer actos de pillaje, provocar el desplazamiento forzado de las poblaciones, utilizar a las víctimas civiles como escudos humanos, destruir infraestructuras vitales para la población civil, recurrir a la violación y a otras formas de violencia sexual, torturar a las víctimas y realizar ataques indiscriminados, constituyen, entre otros, actos de violencia tristemente muy frecuentes en los conflictos armados que hoy se desarrollan en el mundo entero.

El derecho internacional humanitario (DIH) es un cuerpo de derecho que provee la protección necesaria a las personas directamente afectadas por un conflicto armado, siempre y cuando sea respetado por las partes que intervienen en él. Cuando no existe el respeto del DIH, el sufrimiento humano aumenta y resulta más difícil reparar las consecuencias de un conflicto.

¿Qué se puede hacer para disminuir la brecha que existe entre las buenas intenciones, tal como se encarnan en el derecho, y la realidad del sufrimiento? ¿Qué se puede hacer para influir en el comportamiento de las partes en un conflicto? ¿Cuáles son los desafíos? ¿Cuáles son las estrategias o enfoques que han conducido a un éxito demostrado? ¿Qué lecciones se pueden aprender de la práctica?

En sus operaciones sobre el terreno, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) busca aliviar y prevenir el sufrimiento humano y para lograrlo puede, entre otros medios, hacer un llamamiento a las partes en conflicto para que actúen de conformidad con el derecho humanitario. Ello implica un diálogo regular y confidencial, tanto con los Estados como con los grupos armados, así como la realización de gestiones ante ellos.

La presente publicación, que se fundamenta en la práctica del CICR en conflictos armados no internacionales, contiene una síntesis de algunos de los grandes desafíos que el CICR ha debido enfrentar y de las lecciones aprendidas en sus esfuerzos por lograr un mayor respeto del DIH. Incluye también una reseña general de las actividades de difusión, de las herramientas jurídicas y de los métodos de persuasión a los que el CICR ha recurrido para mejorar el cumplimiento del derecho humanitario.

Las “partes” a las cuales se hace alusión en el presente documento son los Estados o los grupos armados organizados no estatales que son partes en conflictos armados no internacionales y que, por ende, se hallan vinculados por el DIH.

COMETIDO DEL CICR: PROMOCIÓN Y FIEL APLICACIÓN DEL DIH

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 dispone que, en situación de conflicto armado no internacional, “un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.” Al hacer esta propuesta formal de servicios, el CICR se declara dispuesto a realizar las labores que le encomienda el derecho humanitario.

Los esfuerzos del CICR en los conflictos armados no internacionales están regidos por su misión institucional: proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y mantener el empeño por prevenir el sufrimiento, promoviendo y fortaleciendo el derecho humanitario. El DIH constituye una herramienta esencial en el cumplimiento de esta misión. Si es respetado por las partes en conflicto, este cuerpo de leyes provee la protección necesaria a las personas afectadas por las situaciones de conflicto armado.

El respeto del DIH es crucial para que el CICR pueda desempeñar su amplio papel en situaciones de conflicto armado: “lograr la protección y la asistencia a las víctimas militares y civiles de dichos acontecimientos”²⁴. Esto se afirma en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en los que se describe que el mandato del CICR es trabajar por “la fiel aplicación del derecho internacional humanitario”²⁵ y por “la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario.”²⁶

EL DIH EN LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

¿Cuáles son las normas del DIH aplicables en los conflictos armados no internacionales?

Las normas del DIH aplicables en situaciones de conflicto armado no internacional emanan tanto del derecho convencional como del derecho consuetudinario.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 se aplica específicamente en caso de conflicto “que no sea de índole internacional”. Es decir, conflictos armados entre Gobiernos y grupos armados organizados, o entre estos grupos, aunque no se limita a estos tipos de conflictos. El artículo 3 común no contiene una definición de “conflicto armado”. Sin embargo, con base en la práctica, se han podido establecer algunos criterios como los siguientes:

Las partes en el conflicto deben ser identificables, es decir, deben poseer una organización y una estructura mínimas, además de una cadena de mando.

El conflicto armado debe presentar un nivel mínimo de intensidad. Las partes recurren habitualmente a sus fuerzas armadas o a medios militares, y no sólo a las fuerzas de policía. La duración de la violencia constituye otro elemento que debe considerarse.

En consecuencia, el artículo 3 común no es aplicable en situaciones de disturbios y tensiones interiores, tales como los motines y los actos esporádicos y aislados de violencia.

Conviene también hacer resaltar que el artículo 3 común establece de manera explícita que su aplicación no surte efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en un conflicto.

El artículo 3 común, que suele ser calificado de “tratado en miniatura”, establece la protección mínima que se debe otorgar a quienes no participan, o han dejado de participar,

²⁴ Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, aprobados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Ginebra el mes de octubre de 1986, Artículo 5.2.d.

²⁵ *Ídem*, Artículo 5.2.c.

²⁶ *Ídem*, Artículo 5(2)(g)

en las hostilidades (como la población civil, los miembros de las fuerzas armadas de las partes en conflicto capturados, heridos o que han depuesto las armas). Asimismo, estipula un trato humano y no discriminatorio para todas estas personas, prohibiendo, en particular, los actos de violencia contra la vida y la integridad personal (especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura), la toma de rehenes y los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes. Por otra parte, el artículo prohíbe las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables. Por último, impone a las partes la obligación de recoger y asistir a los heridos y enfermos.

Tal como lo afirmó la Corte Internacional de Justicia en 1986, las disposiciones del artículo 3 común reflejan el derecho internacional consuetudinario y constituyen las normas mínimas de las que no deben alejarse las partes en cualquier tipo de conflicto.²⁷

El artículo 3 común

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

- 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

²⁷ Véase *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, 1986, I.C.J. Reports, p. 114, párrafos 218 y 219.

El Protocolo adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra, adoptado el 8 de junio de 1977, fue aprobado específicamente para ser aplicado en algunas situaciones de conflicto armado no internacional; en sus disposiciones, la protección es más amplia que la de las normas mínimas contenidas en el artículo 3 común. El Protocolo adicional II sólo es aplicable en el territorio de un Estado que lo ha ratificado. Su ámbito de aplicación es más restringido que el del artículo 3 común: se aplica únicamente en los conflictos entre las fuerzas armadas de un Estado y las “fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (Protocolo adicional II, artículo 1, párrafo 1).

Al igual que el artículo 3 común, el Protocolo adicional II estipula que se debe dar un trato humano y no discriminatorio a las personas que no participan, o que han dejado de participar, en las hostilidades. En sus disposiciones se incrementa la protección contemplada en el artículo 3 común y se prohíben los castigos colectivos, los actos de terrorismo, las violaciones, la prostitución forzada y los atentados al pudor, la esclavitud y el pillaje. Este Protocolo contiene disposiciones y normas de protección específicas para ciertas categorías de personas, tales como los niños, las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto y las personas acusadas de infracciones relacionadas con el mismo, los heridos, los enfermos, los náufragos, el personal médico y religioso y la población civil (los ataques contra la población civil, la inanición como método de guerra y el desplazamiento forzado están también prohibidos).

Otros **tratados de derecho humanitario** son igualmente aplicables en situaciones de conflicto armado no internacional. Cabe mencionar entre ellos los siguientes: el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampas y otros artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II enmendado anexo a la Convención de 1980 sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales (CCAC)); los Protocolos I, III, IV y V anexos a la CCAC y de conformidad con el párrafo 6 del artículo 1 de la CCAC según su enmendado el 21 de diciembre de 2001; la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, del 14 de mayo de 1954 y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, aprobado el 26 de marzo de 1999.

Pese a que la existencia de tantas disposiciones y tratados pueda parecer suficiente, las normas convencionales aplicables en los conflictos armados no internacionales son, realmente, rudimentarias si se comparan con las aplicables en los conflictos armados internacionales. Además de que existen menos normas convencionales, ellas no son tan precisas y, por lo que concierne al Protocolo adicional II, su aplicación está sujeta a las situaciones específicas arriba mencionadas.

Las normas del **derecho internacional humanitario consuetudinario** permiten, no obstante, llenar algunos vacíos importantes en la reglamentación de los conflictos armados no internacionales²⁸. En primer lugar, en la actualidad se considera que muchas de las disposiciones del Protocolo adicional II hacen parte del derecho internacional consuetudinario y, por ende, tienen carácter vinculante para todas las partes en los conflictos armados no internacionales. Estas normas incluyen la prohibición de los ataques contra la población civil; la obligación de respetar y proteger al personal médico y religioso, a las unidades y medios de transporte sanitarios; la prohibición de la inanición; la prohibición

²⁸ Para mayor información acerca del derecho consuetudinario y para obtener una descripción completa de las normas del DIH aplicables en los conflictos armados no internacionales como materia de derecho consuetudinario, véase el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: J-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2005.

de los ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil; la obligación de respetar las garantías fundamentales de las personas que no participan, o que han dejado de participar, en las hostilidades; la obligación de recoger, de respetar y de proteger a los heridos, enfermos y náufragos; la obligación de proteger a las personas privadas de libertad; la prohibición del desplazamiento forzado de las personas civiles y medidas de protección específicas para las mujeres y los niños.

El derecho internacional humanitario consuetudinario también va más allá de las rudimentarias disposiciones del artículo 3 común y del Protocolo adicional II. La práctica ha dado origen a un número importante de normas consuetudinarias adicionales relativas a la conducción de las hostilidades (por ejemplo, la distinción entre bienes civiles y objetivos militares, la prohibición de los ataques indiscriminados y de los ataques que constituyen una violación del principio de proporcionalidad), normas sobre personas y bienes especialmente protegidos (por ejemplo, personal y objetos de asistencia humanitaria) y normas relativas a los métodos específicos de hacer la guerra (por ejemplo, las prohibiciones de negación de cuartel y de la perfidia).

No obstante, el DIH no es el único cuerpo de derecho que garantiza la protección de las personas en situaciones de conflicto armado no internacional. Las disposiciones del **derecho internacional de los derechos humanos**, en particular las de los derechos humanos no derogables, son complementarias al DIH y también protegen a las personas vulnerables en dichas situaciones. Por otra parte, el **derecho interno** del Estado en que se desarrolla un conflicto suele contemplar normas que establecen protecciones y límites adicionales por lo que respecta al comportamiento; además, puede proporcionar un conjunto de garantías que debe ser respetado en situaciones de conflicto armado no internacional.

¿Quién está obligado a aplicar el derecho humanitario en los conflictos armados no internacionales?

Todas las partes en conflictos armados no internacionales –sean actores estatales sean grupos armados- están vinculadas por las normas pertinentes del DIH.

Los Estados se hallan explícitamente vinculados por los tratados en los cuales son Partes y por el derecho consuetudinario aplicable. Además, el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra establece que los Estados Parte deben, en todas las circunstancias, no sólo “respetar”, sino “hacer respetar” el derecho humanitario.

Aunque sólo los Estados pueden, de manera formal, ratificar o los diversos tratados internacionales o ser partes en ellos, los grupos armados que intervienen en un conflicto armado no internacional deben conformarse también al artículo 3, al derecho internacional humanitario consuetudinario y, toda vez que sea aplicable, al Protocolo adicional II. La amplia práctica de las cortes y tribunales internacionales y de otros órganos internacionales afirma esta obligación.

Como materia de derecho consuetudinario que vincula tanto a los Estados como a los grupos armados, esta obligación es extensible a otras personas o agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones, o bajo su dirección o control.²⁹

²⁹ Véase estudio del CICR, *op. cit.*, norma 139.

DESAFÍOS ESPECÍFICOS

Los actores que desean comprometerse con las partes en los conflictos armados no internacionales a fin de mejorar su respeto del DIH, pueden verse confrontados a varios desafíos específicos.

Diversidad de los conflictos y de las partes

Los conflictos armados no internacionales difieren ampliamente entre sí. Van de los conflictos que se asemejan a un conflicto convencional, similares a los conflictos armados internacionales, a los que carecen esencialmente de estructura. Esta diversidad, característica de los conflictos y de las partes que intervienen en ellos, dificulta significativamente la formulación de enfoques o de planes de acción comunes que permitan mejorar el respeto del derecho humanitario.

La naturaleza de las partes, sean Estados sean grupos armados organizados, también varía ampliamente. El nivel de conocimiento del derecho, las razones que motivan la participación en un conflicto armado, el interés o la necesidad de lograr un reconocimiento internacional o la legitimidad política son, entre otros, factores que pueden afectar las perspectivas de quienes desean comprometerse con una de las partes a fin de mejorar su respeto del derecho. El grado de voluntad para discutir acerca del derecho y del conflicto, o para aceptar la intervención de terceras partes (como por ejemplo el CICR, otros actores humanitarios, los organismos de las Naciones Unidas, terceros Estados neutrales) es otra variable.

Los grupos armados organizados, en particular, son en extremo diferentes. Es posible encontrar desde los grupos altamente centralizados (que cuentan con una sólida jerarquía, con una cadena de mando, con capacidades en materia de comunicación, etc.), hasta los descentralizados (compuestos por facciones semiautónomas o separatistas que operan bajo la estructura de una cúpula mal definida). Estos grupos también pueden presentar diferencias por lo que concierne al grado de control territorial, a su capacidad para entrenar a sus miembros y a las medidas disciplinarias o punitivas que toman para sancionar a los miembros que cometen violaciones contra el derecho humanitario.

Otros factores afectarán también los esfuerzos de los actores humanitarios o de las organizaciones que se empeñan en trabajar con las partes en un conflicto armado no internacional a fin de mejorar su respeto del derecho. Cabe mencionar entre ellos el grado de accesibilidad al territorio en el que se desarrolla un conflicto y la disponibilidad de información fidedigna sobre el mismo, así como el nivel y la calidad de los contactos con los altos mandos de las partes.

Estos y otros factores pertinentes deben tenerse en cuenta a la hora de emprender con las partes en un conflicto armado no internacional cualquier iniciativa tendiente a mejorar el respeto del derecho.

Negación de la aplicabilidad del derecho humanitario

No con poca frecuencia sucederá que una de las partes en un conflicto armado no internacional, sea un Estado sea un grupo armado, niegue la aplicabilidad del derecho humanitario, lo que hace más difícil entablar una discusión acerca del respeto del derecho.

Las autoridades gubernamentales, por ejemplo, pueden oponerse a que una situación particular sea calificada de conflicto armado. En cambio, pueden afirmar que se trata de una situación de “tensión” o de simple bandidaje, y rehusarse a catalogarla de conflicto armado no internacional. Partiendo de esta base, un Estado puede tratar de entorpecer o de bloquear el contacto con un grupo armado o el acceso al área geográfica que se halla bajo el control de dicho grupo. Asimismo, un Estado puede ser reacio a que se hagan

negociaciones o compromisos que, desde su punto de vista, puedan otorgar “legitimidad” al grupo armado.

Los grupos no estatales también pueden negar la aplicabilidad del derecho humanitario rehusándose a reconocer un cuerpo de derecho creado por los Estados, o argumentando que las obligaciones ratificadas por el Gobierno contra el cual están luchando, no tienen carácter vinculante para ellos. En estos casos, raramente el derecho podrá servir de marco de referencia, en particular para los grupos cuyas acciones están regidas por una sólida ideología.

Falta de voluntad política para aplicar el derecho humanitario

Todo actor que pretenda mejorar el respeto del derecho puede verse confrontado a otro desafío importante: una parte en un conflicto armado puede no tener la suficiente voluntad política para respetar las disposiciones del derecho humanitario, o bien carecer de ella. Aunque probablemente resulte difícil establecer el grado de voluntad política en una situación particular, el profundo conocimiento del contexto, así como el diálogo y los contactos eficaces con las figuras importantes de la cúpula de las partes, pueden ser de gran utilidad en esta labor.

También puede haber diferencias en las actitudes de las facciones pertenecientes a una misma parte. Así por ejemplo, el ala militar de una parte puede reconocer la importancia de respetar el derecho, mientras que sus representantes políticos se niegan a respetar el derecho humanitario y a fomentar el respeto de sus disposiciones. El caso contrario es posible también.

Cuando el objetivo de una parte en un conflicto armado no internacional sea, en su esencia misma, contrario a los principios, normas y espíritu del derecho humanitario, no podrá existir la voluntad política para respetarlo. Consideremos, por ejemplo, las partes que cometen algunos actos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra determinado grupo de población civil, o las partes cuyo único interés es lograr el control de los recursos económicos o la riqueza. En estos casos, las violaciones del DIH se convierten en el medio a través del cual se persiguen los objetivos.

Seguridad y acceso

En el marco de los conflictos armados no internacionales, las amenazas contra la seguridad son frecuentes, particularmente en los conflictos desestructurados o en aquéllos en que las partes no poseen la capacidad para proporcionar garantías eficaces de seguridad. Las amenazas contra la seguridad o la falta de garantías de seguridad pueden impedir el acceso a determinadas áreas o a las partes en el conflicto, lo cual constituirá un obstáculo a la hora de entablar un diálogo sobre un tema cualquiera, incluido el derecho humanitario.

Desconocimiento del derecho

En muchos de los conflictos armados no internacionales, participan portadores de armas que poseen muy poca, o ninguna formación en materia de DIH. Este desconocimiento del derecho obstaculiza en gran medida los esfuerzos por mejorar el respeto del DIH y por reglamentar el comportamiento de las partes en los conflictos. En realidad, la probabilidad de que un cuerpo de derecho sea respetado es mínima, salvo si quienes tienen el deber de respetarlo y de aplicarlo reciben la formación y el entrenamiento necesarios para respetar sus obligaciones.

LECCIONES APRENDIDAS

La vasta experiencia del CICR en situaciones de conflicto armado no internacional confirma que el DIH es, cuando se respeta, un instrumento que permite prevenir y aliviar el sufrimiento, ya que establece un marco de conducta al que deben sujetarse las partes. En el presente apartado se reseñan algunas experiencias extraídas de la práctica del CICR.

Luego, se hace una descripción de las herramientas jurídicas a las que se puede recurrir oportunamente para mejorar el respeto del derecho. Estas herramientas están relacionadas entre sí y se apoyan mutuamente.

Presentar el derecho de manera “estratégica”

Hacer que las partes en un conflicto armado simplemente adquieran un conocimiento del derecho o de sus obligaciones específicas, no es una medida suficiente para garantizar su respeto.

El derecho debe presentarse y discutirse de manera “estratégica”, de tal suerte que sea pertinente y adaptado al contexto, y que sea un elemento constitutivo de un plan ideado de compromiso con las partes. Esto es necesario si se pretende que éstas desarrollen una actitud positiva frente al derecho, punto de partida para lograr su respeto.

Si bien es cierto que el derecho siempre debe presentarse de manera precisa y sin comprometer las disposiciones vigentes, las exposiciones sobre este tema no deben ser teóricas o “académicas”. Los términos utilizados en las discusiones en materia de derecho deben ser persuasivos y pertinentes para las circunstancias. Es muy importante tener en cuenta la motivación y las percepciones de las partes en un conflicto.

La complejidad jurídica de un diálogo también debe corresponder al nivel de conocimiento y de competencia de quienes participan en él.

Comprender las características particulares del conflicto y de las partes para lograr una adaptación consecuente

Habida cuenta de la diversidad de conflictos armados y de partes, no existe un enfoque uniforme para abordar el problema de la falta de respeto del derecho humanitario. Todo esfuerzo por mejorar su respeto será más eficaz en la medida en que se tengan en cuenta las características particulares de una situación específica.

Esta afirmación cobra mayor validez por lo que concierne a las partes en sí. Conocer y comprender las motivaciones y los propósitos de una parte en un conflicto será de gran utilidad para poderle explicar por qué el respeto del derecho debe estar dentro de sus intereses (véase “Argumentación Estratégica”).

La tarea de definir los enfoques más eficaces o promisorios sólo será posible si se invierten recursos y tiempo para familiarizarse con el conflicto y con las partes.

Trabajar en el contexto de un proceso de compromiso a largo plazo

Toda tentativa de influenciar el comportamiento de las partes en un conflicto armado no internacional tendrá mayor eficacia si se inscribe en el contexto de un proceso que, además de un compromiso, implique el establecimiento de relaciones con cada una de las partes en el conflicto.

En el transcurso de un proceso tal, se presentarán oportunidades para negociar el acceso, para establecer buenos contactos con las personas adecuadas y para recabar información fidedigna respecto de las circunstancias que rodean el conflicto. Asimismo, será posible determinar las características de una parte, que han de servir de base para orientar de manera “estratégica” las discusiones en materia de derecho. En la medida en que el proceso avance, se irán presentando ocasiones propicias para resolver cuestiones relativas a la voluntad política y a la capacidad de la parte concernida, y al cumplimiento del derecho.

Una perspectiva a largo plazo debe comportar también imprescindibles iniciativas de “seguimiento”, las cuales revisten gran importancia, en particular cuando la parte ha asumido el compromiso de respetar el derecho (véase “Herramientas para formalizar un compromiso expreso”). De allí la importancia de estimular y de ayudar a las partes para que lleven sus compromisos a la práctica. Para realizar esta labor, el CICR ha concebido un proceso de diálogo bilateral confidencial y de gestiones, el cual incluye actividades para recordar a la parte concernida sus obligaciones y compromisos, actividades de seguimiento y de elaboración de informes y actividades de formación y de fortalecimiento de la capacidad.

MEJORAR EL RESPETO MEDIANTE LA DIFUSIÓN DE LAS NORMAS

Las actividades de difusión y de formación hacen parte de los esfuerzos del CICR por difundir las normas de derecho humanitario, y por sentar las bases necesarias para entablar discusiones acerca del respeto del derecho. Estas actividades están dirigidas, en particular, a aquellos individuos o grupos cuyas acciones y comportamientos pueden afectar a las víctimas de los conflictos armados, o a quienes pueden facilitar la acción del CICR. Dentro de estas categorías se incluyen las fuerzas armadas, la policía, las fuerzas de seguridad y otros portadores de armas, así como los responsables de la toma de decisiones y los líderes de opinión, tanto en el plano local como internacional.

La estrategia del CICR se desarrolla en tres niveles diferentes: concienciación, promoción del derecho humanitario mediante la enseñanza y la formación e integración de este derecho en los planes y programas oficiales, jurídicos, educacionales y operacionales. Su objetivo último es influir en las actitudes y el comportamiento a fin de incrementar la protección de la población civil y de otras víctimas de los conflictos armados, facilitar el acceso a estas víctimas y mejorar la seguridad del personal humanitario.

El CICR alienta a que las partes en conflictos armados cumplan su responsabilidad de incorporar el DIH en su doctrina, formación y reglas de enfrentamiento, y les presta ayuda cuando la requieren. Esta responsabilidad se deriva de la obligación que tienen todas las partes de respetar y de garantizar el respeto del DIH. A la luz del derecho consuetudinario, tanto los Estados como los grupos armados partes en los conflictos armados no internacionales tienen la obligación de impartir formación en materia de DIH a sus miembros³⁰.

En el derecho convencional, la obligación de los Estados de impartir instrucción en materia de DIH a las respectivas fuerzas armadas está contemplada en los artículos 47, 48, 127 y 144 de los Convenios de Ginebra I, II, III y IV, respectivamente, así como en el artículo 83 de su Protocolo adicional I. Esta obligación convencional es aplicable tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado internacional. El Protocolo adicional II, aplicable específicamente a los conflictos armados no internacionales, dispone en su artículo 19 que el Protocolo “deberá difundirse lo más ampliamente posible”.

³⁰ Véase Estudio del CICR, *op. cit.*, norma 142.

También es importante difundir y enseñar el DIH a la población civil. Tal como lo disponen los Convenios de Ginebra (artículos 47, 48, 127 y 144, respectivamente) y su Protocolo adicional I (artículo 83), el DIH debe ser difundido a la población civil, incluso en tiempo de paz.

La labor del CICR de recordar a las partes sus obligaciones jurídicas

Cuando se desencadena un conflicto armado, es importante comunicar formalmente a las partes -Estados o grupos armados- el carácter jurídico que adquiere la situación, y recordarles las normas aplicables, es decir, sus obligaciones a la luz del derecho humanitario.

Por lo general, el CICR hace esta comunicación mediante una carta o un memorando enviado directamente a las partes en un conflicto, de manera bilateral y confidencial. Cuando no es posible establecer contacto con una o más partes, la comunicación puede hacerse a través de un comunicado de prensa.

El CICR envía este documento al inicio del conflicto o en el transcurso del mismo, si una situación particular así lo exige. De esta forma, se sientan las bases para iniciar un diálogo a fin de promover el respeto del derecho. El hecho de no enviar esta comunicación preliminar dificultará considerablemente la posterior invocación de las normas protectoras, cuando se cometan violaciones.

MEJORAR EL RESPETO A TRAVÉS DE HERRAMIENTAS JURÍDICAS

Las siguientes son algunas de las herramientas jurídicas a las que han recurrido el CICR y otros actores humanitarios, en sus esfuerzos por que las partes en los conflictos armados no internacionales mejoren el respeto del derecho humanitario.

Si bien es cierto que estas herramientas, por sí mismas, no garantizan un mayor respeto, ellas constituyen una base que puede servir de fundamento a las gestiones jurídicas y respecto de la cual es posible reclamar la responsabilidad.

1. ACUERDOS ESPECIALES

Los acuerdos especiales entre las partes en conflictos armados no internacionales dan la posibilidad a estas partes a formular un compromiso explícito de respetar el derecho humanitario.

Puesto que los acuerdos especiales se basan en el consentimiento mutuo de las partes y establecen claramente que éstas tienen las mismas obligaciones de conformidad con el DIH, en esos acuerdos se pueden contemplar otros incentivos adicionales para que se cumplan esas obligaciones.

El artículo 3 común dispone explícitamente que la conclusión de un acuerdo especial no surte efecto alguno sobre el estatuto jurídico de las partes en un conflicto.

Descripción Básica

Según lo dispuesto en el artículo 3 común, los acuerdos especiales autorizan a las partes en conflictos armados internacionales (entre un Estado y uno o más grupos armados o entre grupos armados) a comprometerse explícitamente a respetar el derecho humanitario.

Un acuerdo especial puede crear nuevas obligaciones jurídicas, para lo cual debe ir más allá de las disposiciones del DIH ya aplicable en las circunstancias específicas (un acuerdo “constitutivo”), o bien retomar simplemente el derecho que ya vincula a las partes, independiente del acuerdo (un acuerdo “declaratorio”). Asimismo, puede limitarse únicamente a ciertas normas específicas que, en el marco de un conflicto en curso, pueden adquirir una pertinencia particular. En este caso, el acuerdo debe establecer claramente que pese a su alcance limitado, sus disposiciones se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en las otras normas aplicables que no se mencionan en él.

Es necesario alentar a las partes para que incluyan en los acuerdos especiales normas dimanantes tanto del derecho convencional, como del consuetudinario. El estudio del CICR, *Derecho internacional humanitario consuetudinario*, puede ser de gran ayuda para establecer cuáles son las normas que se incluyen dentro de esta última categoría.

Utilidad

Un acuerdo especial puede proveer una relación sencilla del derecho aplicable al contexto, o bien una extensa lista de las disposiciones del DIH que va más allá del derecho ya aplicable, y lograr un compromiso claro de las partes para confirmar este derecho.

Un acuerdo especial puede proporcionar una sencilla relación del derecho aplicable en el contexto, o de una serie ampliada de disposiciones del DIH que van más allá del derecho ya aplicable, y lograr un compromiso claro de las partes para respetar ese derecho.

Un acuerdo especial proveerá una base importante para las intervenciones de seguimiento en materia de violaciones del derecho. El hecho de que un líder identificable de cada parte firme un acuerdo especial, en virtud del cual asume la responsabilidad de garantizar que el mismo sea respetado, permitirá no sólo establecer la persona contacto y un punto de referencia para futuras gestiones, sino también enviar una clara señal a sus fuerzas. Además, como es bastante probable que un acuerdo especial sea de conocimiento público, una amplia gama de actores en la comunidad internacional sabrá de su existencia y estará en capacidad de ayudar a las partes en el cumplimiento de sus compromisos.

Los beneficios de un acuerdo especial van más allá de los términos formales plasmados en el documento. El hecho mismo de que las partes en un conflicto se pongan en contacto para negociar el acuerdo, puede ser de gran valor. Además, a diferencia de las formas unilaterales de expresar el compromiso adquirido por una parte individual (véase “Declaraciones unilaterales” y “Códigos de Conducta”), en estos acuerdos especiales, que se basan en el consentimiento y compromiso mutuos, y que claramente atribuyen a las partes las mismas obligaciones del DIH, se pueden contemplar incentivos adicionales que deben ser respetados.

Un acuerdo especial puede también ser útil cuando la caracterización jurídica de un conflicto parece dudosa, o cuando las partes en el mismo discrepan a este respecto. Un acuerdo especial no necesariamente requiere que las partes asuman la misma posición frente a la cuestión; las disposiciones del derecho humanitario se hallan establecidas y cobran vigencia en virtud del compromiso expreso contenido en dicho acuerdo.

Limitaciones / Obstáculos

Los ejemplos de acuerdos especiales son, en la práctica, menos comunes que otras herramientas jurídicas. Una explicación de ello es que los Estados pueden considerar que ser partes en un acuerdo de esta naturaleza implica otorgar un cierto grado de legitimidad a un grupo armado. No obstante, el artículo 3 común establece claramente que la conclusión de un acuerdo especial no surte efecto alguno sobre el estatuto jurídico de las partes en el conflicto.

En la práctica, podría ser posible lograr mayor éxito en la conclusión de acuerdos especiales cuando un conflicto sea aparentemente insoluble y/o bien cuando los términos bajo los cuales se desarrolla, sean más o menos los mismos para el Estado y para el (los) grupo(s) armado(s), es decir, cuando un grupo armado ejerce un significativo control territorial, cuando tiene una cadena de mando eficaz, etc.

Un obstáculo adicional en la conclusión de acuerdos especiales puede ser la renuencia de las partes a comprometerse con mayores obligaciones jurídicas que no vendrían al caso.

Práctica

En ocasiones, las partes en un conflicto armado no internacional son abordadas directamente por una tercera parte que les sugiere y les ayuda a negociar los términos de un acuerdo especial.

En 1992, por ejemplo, por invitación del CICR, las diferentes partes en el conflicto de la República de Bosnia-Herzegovina (BiH) concluyeron un acuerdo especial. Si bien es cierto que el impacto del acuerdo fue limitado en términos de prevención de las violaciones del derecho, sus contenidos son instructivos. El texto del acuerdo empezó con el compromiso de las partes de respetar y de hacer respetar las disposiciones del artículo 3 común, que se citó en su totalidad. Asimismo, las partes acordaron poner en vigencia disposiciones adicionales relativas a la protección de los enfermos, heridos y náufragos, de los hospitales y de otras unidades sanitarias, así como de la población civil. Estas disposiciones adicionales abarcaron también el trato debido a los combatientes capturados, la conducción de hostilidades, la asistencia a la población civil y el respeto de la Cruz Roja. Algunos artículos específicos de los Convenios de Ginebra o de sus Protocolos adicionales fueron citados cuando se estimó que era pertinente hacerlo.

Además de sus importantes y exhaustivos compromisos, el acuerdo BiH incluyó otras varias disposiciones. En primer lugar, en sus términos se dispuso que el acuerdo no afectaría el estatuto jurídico de las partes y que se aplicaría sin perjuicio del derecho internacional del conflicto armado vigente. En segundo lugar, el acuerdo incluyó el compromiso de difundir tanto el DIH como las disposiciones del acuerdo mismo. Por otra parte, se establecieron medidas específicas relativas a su aplicación, tales como el compromiso de realizar investigaciones en torno a las supuestas violaciones del DIH y la obligación de adoptar las medidas necesarias para ponerles fin y para sancionar a los responsables, así como la designación de funcionarios de enlace y el ofrecimiento de garantías de seguridad al CICR.

Cabe mencionar, entre otros ejemplos de acuerdos especiales, el de Yemen, concluido en 1962, y el de Nigeria, concluido en 1967, acuerdos que fueron negociados por el CICR y en los que se incluyeron compromisos para actuar de conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949.

Algunos acuerdos concluidos entre las partes en un conflicto armado no internacional se refieren tanto al DIH como al derecho de los derechos humanos y, por consiguiente, no son acuerdos basados en el artículo 3 común, en el sentido estricto. Por ejemplo, el Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos, concluido entre el Gobierno de El Salvador y el Frente

Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) en 1990, incluyó compromisos para respetar el artículo 3 común y el Protocolo adicional II, además de varias disposiciones de derechos humanos. El Acuerdo General sobre Respeto a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, concluido entre el Gobierno de Filipinas y el Frente Nacional Democrático de Filipinas (NDFP por sus siglas en inglés), es un ejemplo más.

Los compromisos establecidos en los acuerdos especiales han proporcionado una base a las intervenciones de seguimiento con las partes en un conflicto, bien sea por lo que concierne al respeto del DIH en general, o bien a una cuestión específica o a un objetivo operacional. Por ejemplo, el CICR se refirió al Acuerdo BiH de 1992, para solicitar a las partes que llevaran a efecto sus compromisos y que permitieran al CICR proporcionar socorros y protección a las víctimas del conflicto. De la misma manera, el CICR basó sus gestiones en el acuerdo especial de Filipinas, concluido en 1998. Otros actores humanitarios, tales como la Misión de Observación de las Naciones Unidas en el Salvador (ONUSAL), que se refirió al Acuerdo de 1990 concluido en El Salvador, han basado también varias de sus acciones en los acuerdos especiales.

Existen ejemplos de conflictos en que los intentos por negociar un acuerdo especial no se tradujeron en un documento global, sino en varios acuerdos separados. Éste fue el caso en Tayikistán, por ejemplo, donde las negociaciones se hicieron bajo los auspicios de las Naciones Unidas, entre 1995 y 1997. El CICR participó en las reuniones en calidad de observador, y aprovechó este foro para manifestar sus preocupaciones de índole humanitaria.

Contenidos de los Acuerdos Especiales

Un acuerdo especial podría contener algunos de los siguientes elementos: primero, una clara y amplia relación de las disposiciones del DIH aplicables que provengan tanto del derecho convencional como del consuetudinario; segundo, un compromiso de las partes para respetar y hacer respetar estas disposiciones del DIH; tercero, una referencia en virtud de la cual se establezca que el acuerdo no ha de modificar el estatuto jurídico de las partes en el conflicto; cuarto, la responsabilidad de las partes en materia de difusión del DIH y de los términos del acuerdo mismo; y, por último, algunas disposiciones relativas a la aplicación del acuerdo especial.

Si se juzga conveniente, el acuerdo podría incluir también el ofrecimiento de garantías de seguridad a quienes realicen labores humanitarias en las áreas bajo control de las partes.

En el evento de que un acuerdo especial contemple algunas, más no todas las disposiciones pertinentes del DIH, se debe poner de relieve, en el texto mismo y siempre que sea posible, que este acuerdo de alcance limitado deberá respetarse sin perjuicio de las otras normas aplicables que no se mencionan en él.

2. DECLARACIONES UNILATERALES

Los grupos armados que toman parte en conflictos armados pueden hacer una declaración (o "declaración de intención") en virtud de la cual se comprometen a respetar el DIH.

Algunos grupos armados toman la iniciativa por sí mismos y declaran su compromiso mediante comunicados públicos. En otros casos, el CICR o cualquier actor humanitario u organización humanitaria puede lanzar el proceso, negociar y/o recibir las declaraciones.

Descripción Básica

Aunque resulta claro que todas las partes en conflictos armados no internacionales están vinculadas por el DIH, los grupos armados no pueden ratificar los tratados de DIH ni ser partes en ellos de manera formal, ya que sólo los Estados pueden hacerlo. Por consiguiente, los grupos armados pueden considerarse técnicamente no vinculados por las obligaciones internacionales contempladas en el derecho convencional. Por otra parte, la falta de compromiso expreso de un grupo armado puede obstaculizar los esfuerzos por difundir las normas y fomentar su respeto.

Así pues, una declaración tiene por objetivo principal ofrecer a los grupos armados una oportunidad para que expresen su compromiso de conformarse con las normas del DIH.

Se debe poner de relieve que los grupos armados, independientemente de que hagan o no una declaración unilateral, siempre estarán vinculados por las disposiciones y normas del DIH aplicable en un conflicto específico, incluidos el artículo 3 común y el derecho internacional humanitario consuetudinario, así como el Protocolo adicional II, toda vez que sea aplicable.

Pese a que no existe una práctica establecida para estos casos, una declaración unilateral se debe dar a conocer y su aplicación se debe fomentar. Más adelante ella podrá servir de base para las actividades de seguimiento. De hecho, el CICR ha citado algunas de ellas en el marco de sus gestiones respecto de las violaciones del derecho humanitario, o cuando ofrece su ayuda para realizar actividades de difusión.

Utilidad

Las declaraciones unilaterales constituyen para los grupos armados la oportunidad de manifestar explícitamente su compromiso de respetar las normas del derecho humanitario, y para sus jerarquías, la oportunidad de asumir una responsabilidad para garantizar el respeto del derecho por parte de sus miembros. Además, ellas pueden ser de utilidad para los líderes de un grupo armado responsables de la difusión del DIH entre sus miembros.

Tal como sucede con las otras formas de “expresar un compromiso”, la importancia de una declaración universal no reside simplemente en el hecho de promulgarla. El proceso de negociación de una declaración tal puede resultar útil para el compromiso y para el diálogo ya emprendidos con un grupo armado. Una vez concluidas, las declaraciones unilaterales pueden ejercer una gran influencia sobre los continuos esfuerzos de seguimiento realizados en aras de fomentar el respeto del derecho.

Limitaciones / Obstáculos

Suele decirse con frecuencia que los grupos armados hacen las declaraciones unilaterales por razones políticas y que, por lo tanto, la posibilidad de que se respeten cabalmente los compromisos incluidos en ella, es un poco remota. Asimismo, suele surgir el temor de que en virtud de la aceptación de dichas declaraciones, los grupos armados puedan instrumentalizar al CICR o a otros actores humanitarios, en un intento por lograr legitimidad política.

Pese a que esto puede llegar a suceder, las consideraciones políticas también suelen llevar a los Estados a ratificar tratados o a asumir otros compromisos, lo cual no es óbice para que la comunidad internacional acepte estos últimos y trate de apoyar a los Estados para que les den cumplimiento.

Por lo que atañe a los grupos armados, la práctica demuestra que pese al hecho de que sus motivaciones puedan parecer de índole política, se debe tratar de capitalizar el compromiso expreso adquirido por un grupo armado.

En ocasiones han surgido inquietudes por lo que respecta al impacto jurídico de las declaraciones unilaterales; se ha llegado a decir incluso que fomentar estas declaraciones puede llevar a poner en tela de juicio el carácter vinculante del derecho. Pero no es así: las obligaciones de los grupos armados en materia de DIH, aplicables independientemente de cualquier declaración, permanecerán inmodificables aun cuando el grupo armado presente una declaración incompleta, o finalmente se rehúse a hacer una. Sin embargo, no se deben ahorrar esfuerzos para lograr que las declaraciones unilaterales contengan la totalidad de las obligaciones existentes. Si una declaración contiene tan sólo algunas de las normas aplicables, se debe aclarar, en el texto mismo y siempre que sea posible, que se le debe dar cumplimiento sin perjuicio de las otras normas aplicables que no se mencionan en ella.

Práctica

Existe una larga historia de grupos armados que han hecho declaraciones unilaterales para manifestar su intención de respetar las disposiciones del DIH.

Los contenidos de las declaraciones unilaterales pueden hacer referencia al artículo 3 común exclusivamente (por ejemplo, la que hizo en 1956 el Frente de Liberación Nacional (FLN) en Argelia), o al artículo 3 común y al Protocolo adicional II (por ejemplo, la que hizo en 1998 el FMLN en El Salvador y la de 1991, hecha por el NDFP en Filipinas). Asimismo, ellas pueden incluir las disposiciones del DIH que el grupo se compromete a respetar, sin hacer referencia a disposiciones convencionales específicas (por ejemplo, la que hizo en 1995 el Ejército de Liberación Nacional (ELN) en Colombia).

Además de las declaraciones unilaterales que se han hecho por iniciativa de los mismos grupos armados, existen otras que son la respuesta a la solicitud hecha por el CICR o por otros actores humanitarios a los grupos armados a fin de que sienten por escrito su voluntad de respetar el DIH. Por lo general, el CICR hace sus solicitudes de manera bilateral y confidencial, mientras que, en algunas ocasiones, los otros actores y organizaciones las hacen de manera pública. Tanto el CICR como otras organizaciones han hecho este tipo de solicitudes en Colombia, Indonesia, Liberia y Sudán, entre otros países. El Llamamiento de Ginebra (*Geneva Call*) es una organización no gubernamental que alienta a los grupos armados para que firmen una "Escritura de Compromiso para la Adhesión a una Prohibición Total de las Minas Antipersonal y para una Cooperación en la Acción contra las Minas."

Por regla general, al recibir una declaración unilateral el CICR acusará su recibo y alentará al grupo para que adopte todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a los compromisos objeto de ella. Éste fue el caso, por ejemplo, en septiembre de 1987, cuando la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (CGSB) -una organización coordinadora compuesta por varios grupos armados partes en el conflicto colombiano- declaró su intención de respetar el DIH; también fue el caso de las declaraciones unilaterales recibidas del NDFP, en Filipinas, tanto en 1991 como en 1996.

Por otra parte, el CICR utilizará estas declaraciones como base para sus intervenciones de seguimiento, ya sea para entablar discusiones sobre las alegaciones de violaciones del derecho, o bien para recordar a un grupo su compromiso adquirido de respetar el DIH. Intervenciones de esta naturaleza se han realizado con grupos armados en Angola, Colombia, Nicaragua, Rwanda, Sudáfrica y Sri Lanka, entre otros países.

Contenidos de las Declaraciones Unilaterales

Los términos de una declaración unilateral pueden contener, entre otros elementos, una clara y amplia relación de las disposiciones del DIH aplicables en el conflicto específico, así como un compromiso expreso de los grupos armados para respetar y garantizar el respeto de estas disposiciones que pueden emanar de normas tanto del derecho convencional, como del consuetudinario.

Si una declaración aborda una cuestión específica y no comporta un compromiso para respetar la totalidad de las disposiciones del DIH, entonces podrá referirse exclusivamente a aquéllas relacionadas con dicha cuestión. En lo posible, estas declaraciones restrictivas deben establecer claramente que se les dará cumplimiento sin perjuicio de lo dispuesto en las otras normas aplicables que no se mencionan en ellas.

También puede ser útil incluir en una declaración unilateral un compromiso de los grupos armados para difundir tanto el DIH como los términos de la declaración misma. Por otra parte, si se juzga conveniente, la declaración podría incluir además el ofrecimiento de garantías de seguridad a quienes realicen labores humanitarias en las áreas bajo control de las partes.

3. INCORPORACIÓN DEL DERECHO HUMANITARIO EN LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE LOS GRUPOS ARMADOS

Mediante la adopción y distribución de un código de conducta conforme al DIH, la jerarquía de un grupo armado establece un mecanismo que permite a sus miembros respetar este derecho.

Este indicio de compromiso para respetar las normas del DIH, aunque menos público que una declaración de intención o un acuerdo especial, puede conducir a una mejor aplicación de las normas del DIH por parte un grupo armado. Además, puede producir un impacto directo por lo que concierne a la formación que en materia de DIH reciben sus miembros, así como a la difusión del derecho.

Descripción Básica

Los códigos de conducta conformes al DIH proveen un mecanismo concreto que permite a las personas respetar el derecho. Las normas fundamentales del DIH deben presentarse de tal manera que los grupos armados puedan comprenderlas fácilmente. El código de conducta debe comportar también una descripción de los medios necesarios para aplicar el DIH, incluidas las sanciones internas.

En la práctica de los Estados, algunos mecanismos similares son comunes (la doctrina, los manuales militares, etc.). Aunque son menos conocidos, existen casos de grupos armados que han tomado la iniciativa de redactar códigos de conducta, o que han aceptado distribuir uno suministrado por el CICR o por otro actor.

Utilidad

Además de servir como medio para expresar un compromiso con el derecho, con base en la cual se pueden realizar intervenciones en torno al respeto, esta herramienta jurídica puede

producir un impacto directo por lo que concierne a la difusión de las normas, así como a la formación que en materia de DIH reciben los miembros de los grupos armados.

El hecho de que la jerarquía de un grupo armado inicie o acepte un código de conducta, indica un grado de propiedad y de compromiso para garantizar el respeto del derecho. Es probable que esta actitud influya más en el comportamiento de los miembros del grupo armado, que toda otra que pueda ser percibida como una imposición hecha desde “afuera”.

Entablar discusiones con la jerarquía de un grupo armado, ya sea en torno a la redacción de un código de conducta o a la incorporación del DIH en uno ya existente, puede ser de utilidad en el proceso de compromiso con el grupo. El período de negociaciones y de discusiones sobre un código de conducta puede aprovecharse para informar a los líderes del grupo armado acerca del DIH, como también para lograr una comprensión de la voluntad política y de las posturas de dicho grupo por lo que concierne a la observancia del derecho.

Cuando un grupo armado ha hecho una declaración unilateral, se le puede sugerir, como “paso lógico a seguir”, la elaboración de un código de conducta que incorpore el DIH. Ofrecer ayuda para la elaboración de un código de conducta o para la inclusión del DIH en uno ya existente, puede servir para que el grupo ponga en práctica los compromisos de su declaración unilateral.

Limitaciones / Obstáculos

No establecer suficientes contactos con un grupo armado, como un todo, o con los miembros adecuados de su jerarquía, puede constituir un obstáculo para el éxito de las negociaciones en torno a la elaboración de un código de conducta. Así por ejemplo, los contactos que se limitan a los representantes políticos de un grupo, y en los que no intervienen las autoridades operacionales o militares responsables de la adopción y distribución de códigos de conducta, pueden restringir el alcance de las negociaciones.

Además, un grupo armado puede carecer de la organización y del control necesarios para la elaboración eficaz de un código de conducta.

Práctica

A menudo, los actores pueden solicitar a los grupos armados la elaboración o la adopción de códigos de conducta o “normas de enfrentamiento” para sus miembros. Aunque las más de las veces el CICR hace este requerimiento de manera bilateral y confidencial, otros actores pueden hacerlo públicamente.

Por iniciativa propia, grupos armados han elaborado alguna vez códigos de conducta en Argelia, Colombia, El Salvador, Costa de Marfil, Filipinas, Liberia, Nepal, Sierra Leona y Sri Lanka, entre otros países. Estos códigos difieren en su manera de plasmar el DIH, y en ocasiones aluden exclusivamente a las tradiciones locales o a normas culturales. No obstante, cuando los contactos y el diálogo han sido posibles, los códigos de conducta han proporcionado una base para entablar discusiones en materia de derecho. En algunos casos (como por ejemplo en Colombia, El Salvador y Nicaragua), el CICR u otros actores han ofrecido sus servicios para revisar y comentar los códigos de conducta existentes.

En ocasiones, grupos armados han distribuido códigos de conducta recibidos del CICR o de otro actor. A mediados del decenio de 1990, tras una serie de discusiones con el CICR, las Fuerzas Aliadas Sudanesas (SAF por sus siglas en inglés) distribuyeron un código de conducta conforme al DIH, que contenía 10 puntos. Las discusiones a este respecto condujeron también a la realización de sesiones de difusión y de formación en materia de DIH, destinadas a los miembros de dichas fuerzas.

4. REFERENCIAS AL DERECHO HUMANITARIO EN LOS ACUERDOS DE ALTO EL FUEGO O DE PAZ

La inclusión de compromisos en materia de DIH en los acuerdos de alto el fuego o de paz a los que se han adherido las partes en los conflictos armados no internacionales, resulta de utilidad para garantizar el respeto de las disposiciones del DIH que seguirán vigentes o que entrarán en vigor tras el cese de hostilidades.

Por otra parte, la inclusión de compromisos de esta índole en un acuerdo de alto el fuego puede también ser útil para recordar a las partes sus obligaciones a la luz del DIH, en caso que de se renueven las hostilidades.

Descripción Básica

Los acuerdos de alto el fuego o de paz suelen contener referencias al derecho humanitario. Para poder comprender claramente la importancia de estas referencias, es necesario establecer las diferencias entre estos dos tipos de acuerdos.

Mediante los acuerdos de alto el fuego, las partes en un conflicto convienen suspender las hostilidades, con frecuencia, pero no siempre, a fin de facilitar las negociaciones de paz. Además, los acuerdos de alto el fuego contienen frecuentemente compromisos de las partes para respetar obligaciones específicas del DIH, o para abstenerse de cometer violaciones del mismo.

Los acuerdos de paz, por el contrario, se concluyen normalmente con el interés de poner fin a un conflicto y de que las hostilidades no se reanuden. Las referencias al DIH incluidas en estos acuerdos aluden, por lo general, a las disposiciones del derecho que seguirán vigentes o que entrarán en vigor tras el cese de las hostilidades (véase más adelante), y están acompañadas del compromiso de las partes de cumplir con estas obligaciones posconflicto.

En cualquier caso, no se deben escatimar esfuerzos para garantizar que el derecho humanitario quede claramente plasmado en dichos acuerdos.

Utilidad

Habida cuenta de que los acuerdos de alto el fuego no necesariamente garantizan el fin de las hostilidades, la suspensión de éstas puede constituir una oportunidad para recordar a las partes sus obligaciones a la luz del derecho humanitario, y para lograr de ellas el compromiso de respetarlas, en caso de reanudación de las hostilidades. Estos compromisos pueden constituir la base de futuras intervenciones orientadas a fomentar el respeto del derecho, si el conflicto continúa.

La inclusión en los acuerdos de paz de una relación precisa de las disposiciones del DIH que seguirán vigentes o que entrarán en vigor después del cese de las hostilidades, facilitará las intervenciones para garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones.

Limitaciones / Obstáculos

Los acuerdos de alto el fuego y de paz que se concluyen en el marco de conflictos armados no internacionales se negocian entre las partes (Estados y grupos armados), por lo general a través de terceros Estados o de intermediarios neutrales. La capacidad de las agencias o

de las organizaciones humanitarias para influir en el esquema y los contenidos de estos acuerdos puede ser limitada. Se debe hacer hincapié en que las obligaciones de índole humanitaria no deben ser ignoradas ni negociadas en el exterior con el interés de alcanzar objetivos políticos.

Práctica – Acuerdos de Alto el Fuego

En ocasiones, los acuerdos de alto el fuego incluyen un compromiso general de las partes para garantizar el respeto del DIH, tal como sucedió en 1999, cuando las partes en el conflicto de la República Democrática del Congo concluyeron en acuerdo de alto el fuego.

Estos acuerdos incluirán a menudo una enumeración específica de los diferentes actos y de las violaciones del derecho humanitario que las partes prometen no cometer. Por ejemplo, en un acuerdo concluido en 2002, las partes en el conflicto de Angola convinieron garantizar la protección de las personas y de sus bienes, no provocar el desplazamiento forzado de la población civil, no cometer actos de violencia en su contra o destruir la propiedad. Un acuerdo de alto el fuego concluido en 2002 entre las partes en el conflicto de Sri Lanka, incluyó su compromiso de abstenerse de recurrir a la práctica de la tortura y de la intimidación. Entre los casos de acuerdos que incluyen el compromiso de no cometer actos de violencia, cabe mencionar los siguientes: el Acuerdo Marco de Cese de Hostilidades, de 2002, concluido entre el Gobierno de Indonesia y el Movimiento para la Liberación de Aceh (GAM), y el Acuerdo de Cese de Hostilidades, concluido el mismo año entre el Gobierno de Sudán y el Movimiento/Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés (SPLM/A).

Además de incluir disposiciones específicas de DIH, los acuerdos de alto el fuego suelen contener compromisos de las partes para permitir la circulación expedita de la asistencia humanitaria o el fácil acceso de las agencias humanitarias. Acuerdos de este tipo se firmaron en Guinea-Bissau, Liberia y Sudán, entre otros países.

El CICR y otros actores, pese a no haber participado en la negociación de los acuerdos mismos, han recurrido a sus disposiciones para recordar a las partes sus obligaciones a la luz del DIH, para fomentar el respeto del derecho o para negociar el acceso. Algunos ejemplos del recurso a estas disposiciones son las gestiones hechas sobre la base del acuerdo de alto el fuego concluido en 1999 en la República Democrática del Congo, y del concluido en 2002 para el cese de las hostilidades entre el Gobierno de Indonesia y el GAM.

El DIH en los Acuerdos de Alto el Fuego

En la práctica, los acuerdos de alto el fuego pueden contener compromisos de las partes para respetar y hacer respetar las disposiciones del DIH aplicables en el conflicto específico. Además de una simple enumeración de los diferentes actos y violaciones que las partes prometen no cometer, estos acuerdos pueden referirse explícitamente a disposiciones específicas de los tratados pertinentes del DIH y del DIH consuetudinario. Asimismo, pueden contener un compromiso de las partes para permitir la circulación expedita de la asistencia humanitaria o el fácil acceso de los organismos humanitarios, en particular para que presten los servicios que se puedan requerir durante el cese de las hostilidades.

Práctica – Acuerdos de Paz

Tal como se ha señalado, las referencias al DIH que se hacen en los acuerdos de alto el fuego conciernen, por lo general, a las disposiciones del derecho que seguirán vigentes, o que entrarán en vigor, tras el cese de las hostilidades, y van acompañadas del compromiso de las partes de cumplir con sus obligaciones posconflicto. En la práctica, estos compromisos han incluido, entre otras, la obligación de liberar a los "prisioneros de guerra" o detenidos pertenecientes a las respectivas partes (ej.: en Angola, Bosnia-Herzegovina, Camboya, Costa de Marfil, Liberia y Sierra Leona); las obligaciones de las partes frente a las

personas evacuadas y desplazadas, y frente a la población civil; la obligación de las autoridades militares y civiles de explicar la desaparición y muerte de miembros de sus filas y de la población civil (por ejemplo, Rwanda, Bosnia-Herzegovina); y la obligación de las partes de comunicar la ubicación minas terrestres (por ejemplo, Rwanda).

Además de los compromisos posconflicto anteriormente descritos, en los acuerdos de paz se han incluido también otras disposiciones relativas al DIH, tales como los compromisos de promover el pleno respeto del DIH (por ejemplo, Liberia y Sierra Leona), de impartir formación en materia de DIH a las fuerzas de defensa y de seguridad (por ejemplo, Burundi), y de facilitar las operaciones humanitarias (por ejemplo, Costa de Marfil, Liberia, Sierra Leona, Somalia).

Aunque por lo general las negociaciones de los acuerdos de paz tienen carácter confidencial y se realizan entre las partes concernidas y una tercera parte negociadora, en ocasiones otros actores pueden estar facultados para revisar y comentar las disposiciones del DIH contempladas en el borrador de un acuerdo. Fue así como el CICR pudo hacer sus comentarios acerca de los términos relacionados con el DIH durante las negociaciones de los acuerdos concluidos en Sierra Leona, Burundi y Costa de Marfil.

El DIH en los Acuerdos de Paz

Con base en la práctica, se puede considerar la inclusión en los acuerdos de paz de las siguientes disposiciones del DIH aplicables con posterioridad al conflicto: la obligación de liberar a los detenidos de las partes en el conflicto, las responsabilidades de las partes para con los civiles evacuados, desplazados e internados, la obligación de las autoridades militares y civiles de explicar las desapariciones y muertes, y la obligación de las partes de comunicar la ubicación de minas terrestres.

Además, puede resultar útil si los acuerdos de paz incluyen las siguientes disposiciones relacionadas con el DIH: la promoción del pleno respeto del DIH; la formación en materia de DIH entre las fuerzas de defensa y de seguridad (en particular cuando los miembros de un grupo armado se están integrando a las fuerzas armadas nacionales) y la facilitación de las operaciones humanitarias.

Herramientas para la formalización de un "Compromiso Expreso"

Cuatro de las herramientas jurídicas descritas en la presente publicación, a saber, los acuerdos especiales, las declaraciones unilaterales, la incorporación del DIH en los códigos de conducta de los grupos armados y las referencias al DIH en los acuerdos de alto el fuego o de paz, presentan una característica común: todas constituyen la oportunidad para una parte en un conflicto de hacer un "compromiso expreso" de su voluntad o intención de respetar el DIH.

Mediante cualquiera de estas cuatro herramientas, la jerarquía de una parte en un conflicto armado da un paso afirmativo: ella firma o acepta una relación del derecho aplicable, mediante la cual toma posesión y adquiere el compromiso de hacer respetar las disposiciones pertinentes del DIH. Este compromiso expreso constituye la prueba de que la parte reconoce sus obligaciones a la luz del derecho.

Cualquiera de las herramientas útiles para la formalización de un compromiso expreso puede servir de base para las acciones de seguimiento por lo que concierne a las violaciones del derecho, toda vez que proporcionan un refuerzo adicional a las gestiones. Asimismo, pueden ser utilizadas como base para la difusión del derecho.

Por otra parte, cualquiera de las herramientas puede tener un impacto positivo en el proceso de compromiso a largo plazo, así como en el establecimiento de la relación con una parte en el conflicto. Tanto los acuerdos especiales como las declaraciones unilaterales, los acuerdos de alto el fuego o los acuerdos de paz, sirven como punto de partida para establecer un contacto y para entablar un diálogo. Las negociaciones o discusiones pueden constituir la oportunidad para identificar una figura responsable, para aprender más acerca de la parte y para entablar un diálogo relativo al respeto del derecho humanitario.

Las herramientas útiles para la formalización de compromisos expresos, en particular, constituyen una oportunidad única para los grupos armados de declarar su voluntad y compromiso de respetar las disposiciones del DIH, puesto que, formalmente, ellos no pueden firmar ni ratificar tratados a este respecto.

No existen consecuencias jurídicas para una parte que se rehúsa a hacer un compromiso expreso, cuando así se le solicita. Una parte en el conflicto estará vinculada por las normas pertinentes del derecho humanitario, independientemente de su decisión de hacer o no un compromiso expreso.

Además de los compromisos escritos, las partes pueden hacer compromisos verbales para adherir las normas del derecho humanitario. Pese a que estos compromisos no tienen el mismo peso que las herramientas anteriormente citadas, ellos pueden ser útiles en las gestiones de seguimiento. En la medida de lo posible, estos compromisos verbales deben ser registrados, por ejemplo en actas de reuniones, para futuras referencias.

5. CONCESIONES DE AMNISTÍA POR SIMPLE PARTICIPACIÓN EN LAS HOSTILIDADES

Los miembros de los grupos armados partes en los conflictos armados no internacionales tienen poco incentivo para conformarse al DIH, dada la probabilidad de que en el futuro sean sometidos a juicio penal interno y de que se les impongan penas severas por haber tomado parte en el conflicto, incluso si respetaran el derecho.

La concesión de la amnistía por participación en las hostilidades puede ser útil para proporcionar a los miembros de los grupos armados un incentivo jurídico para respetar el DIH.

Las amnistías también pueden servir para facilitar las negociaciones de paz o para emprender un proceso de reconciliación nacional posconflicto.

Es importante recordar que no se pueden conceder amnistías por los crímenes de guerra u otros crímenes a la luz del derecho internacional.

Descripción Básica

El artículo 6, párrafo 5, del Protocolo adicional II dispone: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.”

Esta amnistía se puede conceder únicamente para los actos de simple participación en las hostilidades, y no para los crímenes de guerra u otros crímenes a la luz del derecho internacional. En consecuencia, sólo puede ser otorgada a las personas que participan en las hostilidades y que han actuado de conformidad con las normas del DIH. Esta restricción en las concesiones de amnistía es clara en los Trabajos Preparatorios del artículo 6, párrafo 5, del Protocolo adicional II y también es lógicamente inevitable, habida cuenta de que el objetivo fundamental del DIH es garantizar un comportamiento legítimo de las partes. El derecho consuetudinario reconoce la misma restricción: la norma 159 del estudio del CICR, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, dispone que las autoridades deben esforzarse por conceder la amnistía más amplia posible, "salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello."

Utilidad

Dos funciones distintas pueden beneficiarse de una eventual concesión de amnistía por simple participación en las hostilidades.

La primera está directamente relacionada con el tema esencial del mejoramiento del respeto del derecho humanitario por las partes en los conflictos armados no internacionales. Los miembros de los grupos armados partes en dichos conflictos tienen poco incentivo para conformarse al DIH, si se tiene en cuenta que, salvo si ellos vencen en el conflicto, es probable que sean sometidos a juicio penal interno y se les impongan las penas máximas por haber tomado parte en el conflicto, incluso si respetan el DIH. La concesión de una amnistía por simple participación en las hostilidades –lo cual es comparable a la posición de un combatiente al que se le otorga el estatuto de prisionero de guerra en un conflicto armado internacional (a estas personas el enemigo no las puede enjuiciar por el simple hecho de participar en las hostilidades)– si se ofrece durante el conflicto armado en sí, puede ser útil para promover un mayor respeto del DIH por parte de los miembros de los grupos armados.

La segunda función, aunque no está directamente relacionada con el tema del mejoramiento del respeto del derecho humanitario, es que la concesión de amnistías, además de servir de ayuda para facilitar las negociaciones de paz, puede ser una contribución al proceso de reconciliación nacional posconflicto.

En efecto, la mayor parte de amnistías por actos cometidos por miembros de las partes en conflictos armados no internacionales, tal como figuran en los acuerdos de paz o en la legislación nacional posconflicto, tienen esta intención secundaria.

Limitaciones / Obstáculos

Las amnistías por actos de simple participación en las hostilidades son quizás una opción realista en un reducido número de conflictos armados no internacionales.

Quienes intervienen en las negociaciones para la concesión de una amnistía deben poseer una gran sensibilidad por el contexto político y por las actitudes de las partes concernidas.

A la luz del derecho internacional, las concesiones de amnistías no pueden incluir los crímenes de guerra y otros crímenes considerados como tal por el mismo derecho.

Práctica

Desde la adopción del Protocolo adicional II, muchos Estados han concedido la amnistía a personas que han tomado parte en un conflicto armado no internacional. La mayor parte de estas amnistías figuran en los acuerdos de paz o en la legislación nacional posconflicto.

Ellas han tenido por objetivo principal la facilitación de las negociaciones de paz o contribuir a la reconciliación nacional posconflicto. Aunque el tema escapa al ámbito de la presente publicación, debe subrayarse la inadmisibilidad de las amnistías por crímenes de guerra y otros crímenes a la luz del derecho internacional.

Por ejemplo, la comunidad internacional criticó públicamente una disposición relativa a una amnistía no permitida contenida en el Acuerdo de Paz de Lomé, concluido en 1999 entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario (RUF por sus siglas en inglés). Los términos del acuerdo otorgaban un indulto total y sin condiciones "a todos los combatientes y colaboradores respecto de cualquier acto cometido en la consecución de sus objetivos". El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para Sierra Leona recibió la orden de adicionar, junto con su firma en nombre de las Naciones Unidas, una renuncia en la cual se estableciera que la disposición relativa a la amnistía "no se aplicarían a los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario."³¹ Posteriormente, el Secretariado General de las Naciones Unidas reafirmó que: "la concesión de una amnistía a quienes han cometido violaciones graves al derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional es inaceptable. La experiencia de Sierra Leona ha confirmado que esta clase de amnistías no fomentan una paz duradera ni la reconciliación."³²

La guerra en Argelia es uno de los ejemplos más tempranos de amnistías concedidas a fin de promover un mayor respeto del DIH. En 1958, como una respuesta a las gestiones emprendidas por el CICR ante el Gobierno de Francia respecto de los lugares de detención, se crearon campos especiales para los combatientes del Ejército de Liberación Nacional (ALN por sus siglas en francés) que portaban armas abiertamente. Los miembros del ALN detenidos no fueron enjuiciados por haber participado en las hostilidades, a menos que fueran sospechosos de haber cometido atrocidades. Este trato dado a los miembros de un grupo armado es similar a una amnistía: permite alcanzar el mismo resultado eliminando la amenaza de someter a juicio a quienes participan en las hostilidades actuando de conformidad con el derecho.

En el marco de varios conflictos armados no internacionales que se desarrollan en el mundo hoy, se sigue sugiriendo la concesión de amnistías con el fin de promover un mayor respeto del derecho humanitario.

MEJORAR EL RESPETO A TRAVÉS DE LA "ARGUMENTACIÓN ESTRATÉGICA"

Resulta razonable concluir que los intentos por explicar por qué está en el interés de una parte respetar el derecho, pueden ser eficaces para promover su respeto. Esta "argumentación estratégica" tendrá mayor probabilidad de éxito que el simple hecho de hacer una relación del derecho y de exhortar a una parte para que lo respete.

Para que sea eficaz, toda argumentación estratégica tendrá que ser adaptada a las características tanto de las partes como del conflicto. Por consiguiente, en la medida de lo posible, los argumentos deben basarse en un conocimiento bien fundado de las motivaciones y de los intereses de la parte en el conflicto, el cual se logra a través de buenos contactos y de un proceso de compromiso con la parte concernida.

³¹ Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona*, UN Doc. S/2000/915, 4 de octubre de 2000, párr. 22-24.

³² Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, UN Doc. S/2001/331, 30 de marzo de 2001, párr. 10.

La argumentación estratégica debe utilizarse con prudencia, pues comporta el riesgo de una posible reacción. Ella no debe tener por efecto la anulación del DIH para favorecer cuestiones pragmáticas o resultados oportunistas. Por otra parte, para utilizar la argumentación estratégica se requiere discreción y una concienciación acerca de la sensibilidad de ciertos argumentos.

Los siguientes ejemplos de argumentación estratégica se han utilizado en el diálogo y en el compromiso con partes en conflictos armados no internacionales.

Eficacia militar y disciplina

Las partes en un conflicto deben tener conocimiento de que las disposiciones del DIH fueron originalmente elaboradas por mandos militares en consideración a la necesidad de establecer un equilibrio entre las necesidades militares y los dictados de humanidad. En cierta medida, las normas se concibieron para preservar los intereses militares. Los miembros de las fuerzas armadas (y, en particular, los grupos armados) deben ser receptivos frente al argumento de que el derecho fue elaborado por quienes entendían la utilidad de estos principios en los conflictos armados.

Con éxito se ha logrado explicar a los mandos de las partes en un conflicto la importancia de contar con tropas bien disciplinadas, que respeten la estructura de mando y que no consientan las conductas que constituyen una violación al derecho.

Además, puede argüirse que el hecho de acatar las normas del DIH puede aportar algunas ventajas prácticas. Así por ejemplo, se ha sugerido a una parte que si ella proporciona un buen trato a sus prisioneros, es posible que la gente deponga más fácilmente las armas.

Los argumentos de la eficacia militar y de la disciplina pueden ser útiles para persuadir a una parte de respetar el derecho unilateralmente, sin importar cuál sea el comportamiento de su adversario.

Respeto recíproco e interés mutuo

Pese a que la obligación de respetar el DIH no se fundamenta en la reciprocidad –una parte debe cumplir con sus obligaciones sin importar cuál sea el comportamiento de la otra– se puede argumentar, como una cuestión de pragmatismo, que el respeto de las normas del DIH debe ser de interés común para las dos partes en un conflicto.

A las partes en un conflicto armado no internacional se les puede recordar, por ejemplo, que si proporcionan un trato humano a los detenidos enemigos, la posibilidad de que los miembros de sus filas detenidos por la parte adversaria sean tratados de la misma forma, será mayor.

Reputación

Las más de las partes en un conflicto armado se preocupan por su reputación –a nivel de su circunscripción, de sus aliados e internacional– hecho que, en ocasiones, resulta útil para explicar cómo el respeto del derecho puede contribuir a mejorar su imagen o su reputación pública. En el ámbito local, esto resulta particularmente cierto cuando una parte es dependiente de estas cuestiones, y cuando trata de obtener el apoyo de la población civil.

Recurso a los valores esenciales

Los principios fundamentales del derecho humanitario se reflejan con frecuencia en los valores, en la ética o en la moralidad de las culturas y tradiciones locales. El hecho de

indicar cómo ciertas normas o principios del DIH también se encuentran presentes en la cultura de una parte en un conflicto, puede conducir a un mayor respeto.

Intereses a largo plazo

Existen diversos argumentos estratégicos de efecto a largo plazo que pueden servir para persuadir a las partes en un conflicto a respetar el derecho humanitario.

En primer lugar, puede argüirse que, si bien las violaciones pueden conducir a una ventaja a corto plazo, las consecuencias podrían ser contraproducentes a la larga (daño de su reputación a largo plazo, pérdida de apoyo o incluso ostracismo por parte de la población, entre otras). Es posible citar ejemplos de partes en un conflicto que han actuado al margen del derecho y que han sido posteriormente sancionadas, o que han sido objeto de críticas y de condenas, tanto a nivel nacional como internacional. Pero también es posible citar ejemplos de casos contrarios, es decir, de partes que han actuado de conformidad con el DIH y que se han beneficiado en consecuencia.

En segundo lugar, puede señalarse que la legitimidad del poder de una parte en el futuro – bien sea al frente del Gobierno o en la oposición– puede verse debilitada si consiente la anarquía. Las acciones de una parte durante el conflicto pueden tener un efecto sobre las percepciones de quienes ella pretende gobernar una vez éste concluya.

En tercer lugar, el respeto del DIH servirá para facilitar la reconciliación nacional posconflicto y un retorno a la paz, quizás los objetivos a largo plazo de las más de las partes en los conflictos armados no internacionales.

Enjuiciamiento penal

Habida cuenta de los recientes e importantes progresos en materia de justicia penal internacional y de represión de los crímenes de guerra, las partes en un conflicto deben ser conscientes de la posibilidad de ser sometidas a juicio por violaciones graves del derecho. Gracias a la institución de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para ex Yugoslavia (TPIY) y para Rwanda (TPIR), y de la Corte Penal Internacional (CPI), el marco de referencia para enjuiciar a los actores de crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales ha sido fortalecido.

Economía

Las partes en un conflicto pueden responder al argumento económico de que el respeto del DIH puede implicar una economía de recursos. Así por ejemplo, el respeto del DIH puede limitar la destrucción inútil de infraestructuras y de bienes civiles.

OBSERVACIONES FINALES

La presente publicación busca contribuir a una mejor comprensión de las formas en que se puede lograr un efectivo compromiso con las partes en conflictos armados no internacionales, a fin de mejorar el respeto del derecho humanitario.

En diferentes conflictos y oportunidades, el CICR u otros actores han utilizado las lecciones, herramientas jurídicas y medios de persuasión aquí descritos en sus esfuerzos por mejorar el respeto del DIH. Se espera, pues, que los contenidos de esta publicación sean de ayuda para quienes estén contemplando la posibilidad de emprender un esfuerzo similar.