

Marzo
2003
Nº 849

Septiembre
2003
Nº 851

Junio
2003
Nº 850

Diciembre
2003
Nº 852

Revista fundada en 1869
y publicada por el
Comité Internacional
de la Cruz Roja
Ginebra



CICR

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

Debate humanitario: derecho, políticas, acción

SELECCIÓN DE ARTÍCULOS 2003

Misión de la Revista Internacional de la Cruz Roja

- **Publicación periódica del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Revista Internacional de la Cruz Roja tiene el cometido de favorecer la reflexión sobre las políticas, la acción y el derecho humanitarios y, a la vez, fortalecer el diálogo entre el CICR y las otras instituciones o personas interesadas por lo humanitario.**

- Foro para el análisis, la reflexión y el diálogo sobre las cuestiones humanitarias en tiempo de conflicto armado y en otras situaciones de violencia colectiva, la *Revista* desea estimular el debate de ideas. Presta especial atención a la acción humanitaria en sí misma, pero también procura contribuir al conocimiento de su historia, al análisis de las causas y características de los conflictos -para dar una mejor comprensión de los problemas ocasionados por éstos- y a la prevención de violaciones del derecho internacional humanitario.

- La *Revista* es una publicación especializada en derecho internacional humanitario destinada tanto al público académico como al público general. Se esfuerza por promover el conocimiento, el examen crítico y el desarrollo de este derecho. Fomenta el debate sobre cuestiones tales como las relaciones entre el derecho internacional humanitario, el derecho de los derechos humanos y el derecho de los refugiados.

- La *Revista* es un vector de la información, la reflexión y el diálogo sobre las cuestiones que interesan al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y, en especial, sobre la doctrina y las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja. La *Revista* procura así contribuir a promover la cohesión dentro del Movimiento.

- **La *Revista* se dirige a varios públicos, en particular los Gobiernos, las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, los círculos académicos, los medios de comunicación y a toda persona interesada específicamente en las cuestiones humanitarias.**

Marzo de **2003**
Nº 849 de la versión original

Los nuevos tipos de conflictos

- 9** *Editorial*
- 11** **Las guerras del siglo XXI**
HERFRIED MÜNKLER
- 27** **La situación jurídica de los "combatientes ilegales/
no privilegiados"**
KNUT DÖRMANN
- 59** **Observaciones sobre las intervenciones humanitarias**
ROBERT KOLB

Junio de **2003**
Nº 850 de la versión original

La interpretación del derecho internacional humanitario por los tribunales internacionales

- 77** *Editorial*
- 79** **La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario**
VINCENT CHETAIL
- 115** **Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario: crítica de los conflictos armados internacionalizados**
JAMES STEWART

Septiembre de **2003**
Nº 851 de la versión original

Las víctimas después de la guerra: acción humanitaria, reparación y justicia

157

Editorial

161

¿Cuándo acaba una guerra?

La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja cuando las armas enmudecen

MARION HARROFF-TAVEL

189

Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario

LIESBETH ZEGVELD

Diciembre de **2003**
Nº 852 de la versión original

África y la acción humanitaria

223

Editorial

227

El CICR en África: contexto y desafíos

CHRISTOPH HARNISCH

239

El tiempo como factor para comprender la violencia de la guerra: el ejemplo de África

DANIEL PALMIERI

Resúmenes de artículos no traducidos en español

- 257** Marzo de 2003, Nº 849 de la versión original
- 259** Junio de 2003, Nº 850 de la versión original
- 261** Septiembre de 2003, Nº 851 de la versión original
- 265** Diciembre de 2003, Nº 852 de la versión original
-

Nota: En el sitio web www.cicr.org (en la sección "recursos informativos") pueden consultarse los índices completos de cada número, así como los artículos no publicados en esta Selección, en su idioma original, inglés o francés (algunos también en español).

De las opiniones expresadas en los textos publicados por la *Revista* sólo se responsabiliza el respectivo autor. La publicación de los mismos no es, pues, una toma de posición del CICR. Dígase lo mismo en cuanto a los textos de la Redacción. Sólo se pueden atribuir al CICR los que la Institución firma.

Marzo
2003
Nº 849

Revista fundada en 1869
y publicada por el
Comité Internacional
de la Cruz Roja
Ginebra



CICR

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

DEBATE HUMANITARIO: DERECHO, POLÍTICAS, ACCIÓN

SELECCIÓN DE ARTÍCULOS 2003

Editorial

Cuando la edición de marzo de 2003 de la RICR está en prensa, acaba de desencadenarse un conflicto armado internacional en Irak. En los últimos meses, han tenido lugar largos debates sobre la licitud, la legitimidad y las razones éticamente aceptables de librar esa guerra, tanto en los círculos diplomáticos como eruditos, e incluso en la prensa. Para los defensores de esta guerra, así como para sus opositores, los debates han afectado gravemente las relaciones internacionales y conmocionado el orden jurídico internacional.

En el ámbito del derecho internacional humanitario, que –recordémoslo– es plenamente aplicable al conflicto en Irak, no es pertinente, ni debe serlo, la pregunta de si una guerra está justificada o no. A medida que transcurre el conflicto podrá determinarse si los métodos y medios de guerra empleados en la conducción de las hostilidades, así como si la protección que se presta a las víctimas, preservan un grado mínimo de humanidad y si el derecho humanitario es respetado. Aunque estén en desacuerdo acerca de si la guerra está justificada o no, las partes en el conflicto deben reducir todo lo posible los daños causados por la guerra. El CICR está sumamente preocupado por las desastrosas consecuencias que el conflicto puede acarrear desde el punto de vista humano y, en particular, por el efecto de las operaciones militares para la población civil. Por eso ha exhortado a las partes en conflicto a que respeten escrupulosamente las normas y los principios del derecho internacional humanitario. Ha realizado asimismo un gran trabajo de preparación para responder de forma inmediata a las necesidades humanitarias que ocasione el conflicto armado.

En los próximos números, la Revista examinará varios aspectos relacionados con el derecho y la acción humanitarias en el marco del conflicto en Irak.

En esta edición, se presenta una variada gama de temas vinculados con el derecho y la acción humanitarias. Varias contribuciones abordan la situación conflictiva actual y futura desde una perspectiva histórica. En los dos primeros artículos se analizan las nuevas formas de conflictos bélicos surgidas en estos últimos años y se llega a la conclusión de que los llamados nuevos conflictos, e incluso las formas emergentes de conflictos bélicos señalan el retorno de patrones y modalidades tradicionales en materia de guerra, heredados de épocas pasadas. El artículo sobre los "combatientes ilegales", aunque trata de un tema de actualidad, pone de manifiesto la recurrencia de un viejo problema. Los dos últimos artículos se ocupan de cuestiones históricas. El primero de ellos aporta una nueva perspectiva (nacionalista) a la cuestión todavía no resuelta, del emblema de la cruz roja, mientras que el segundo está dedicado a un episodio de la historia del CICR en la Unión Soviética antes de la II Guerra Mundial.

Editorial

De conformidad con su cometido de difundir y promover el derecho internacional humanitario, la Revista publica varias contribuciones que refieren y comentan cuestiones específicas y desarrollos de esa rama del derecho, en particular el artículo relativo a las reservas formuladas por los Estados a los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra. Este número contiene asimismo las "Observaciones y recomendaciones" aprobadas por la Conferencia Internacional de expertos gubernamentales y no gubernamentales, que se celebró en Ginebra en febrero de 2003, sobre la tragedia de las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado o de disturbios internos, tema al que se dedicó el número anterior de esta publicación.

LA REVISTA

Las guerras del siglo XXI

HERFRIED MÜNKLER*

En un pasaje de su obra *De la guerra*, al que los comentaristas no han prestado la atención que merece¹, el teórico prusiano de la guerra Carlos de Clausewitz describió la guerra como "un verdadero camaleón", que cambia permanentemente y adapta su apariencia a las variables condiciones sociopolíticas en que se libra. Clausewitz explicó esta metáfora distinguiendo tres elementos de la guerra: la violencia intrínseca de sus componentes, la creatividad de los estrategas y la racionalidad de quienes toman las decisiones políticas. Atribuye el primero de esos elementos, la "violencia intrínseca de sus componentes, el odio y la enemistad, que deben considerarse como instinto ciego", al populacho; considera que el segundo, "el juego de probabilidades y el azar que hace de la guerra una actividad libre del espíritu", es asunto de los generales; y entiende, por último, que "la naturaleza subordinada de una herramienta política, por la cual pertenece estrictamente a la razón", hace de la guerra un instrumento de gobierno². En cada uno de estos ámbitos, las evoluciones sociales, las mudables relaciones políticas, los adelantos tecnológicos y, por último, los cambios culturales, generan continuamente nuevas configuraciones. Por ende, la guerra también adquiere constantemente nuevas y diferentes formas. En opinión de Clausewitz, el factor que ocasiona los cambios más profundos y trascendentales en las formas que adopta la guerra es la interdependencia entre la violencia elemental, la creatividad estratégica y la racionalidad política.

La asimetría, el rasgo más destacado de las nuevas guerras

La creatividad estratégica y la teoría de la velocidad

A la luz de la definición de la guerra de Clausewitz, la especial creatividad de Mao Tse-Tung como teórico de la guerra de guerrillas reside en su hallazgo de

* Profesor de Teoría Política en la Universidad Humboldt, Berlín, Alemania. Ha publicado recientemente un libro sobre las nuevas guerras: *Die neuen Kriege*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 2002.

que un proceder lento, una desaceleración del curso de los acontecimientos, brinda la oportunidad de oponer con éxito una resistencia armada a un enemigo que es superior tanto por sus recursos técnicos como por su organización militar. Un hallazgo que elevaría la guerra en pequeña escala, antes concebida meramente como una estrategia concomitante de la guerra en gran escala, al nivel de una estrategia político-militar por derecho propio. Un aparato militar superior en medios técnicos y en organización tiende a acelerar el curso de la guerra, pues es el mejor medio de hacer valer su superioridad. Ejemplos de ello son la caballería de Murat, que perseguía y destruía rápidamente al enemigo vencido por Napoleón en el campo de batalla; los tanques de Guderian que, mediante pequeñas explosiones, abrían brechas profundas en el frente enemigo; y los cazabombarderos y los misiles de crucero de Schwartzkopf durante la Guerra del Golfo, que paralizaron las estructuras de mando y de aprovisionamiento iraquíes antes incluso de que comenzara la guerra en tierra. La consumada habilidad estratégica de Helmut von Moltke el Viejo en la conducción de las guerras de unificación de Alemania, en 1866 y 1870-1871, pone de manifiesto el hecho de que era mejor que sus adversarios en desplegar los medios disponibles para acelerar los acontecimientos. De modo similar, la impresionante superioridad que el aparato militar estadounidense ha alcanzado sobre todos sus potenciales enemigos en los dos últimos decenios se debe, en gran medida, a su capacidad de aprovechar las diversas oportunidades que se presentan para acelerar el ritmo de los acontecimientos en los diferentes niveles de combate.

Se puede afirmar, pues –y Paul Virilio³, el teórico francés de la velocidad, así como sus partidarios, comparten esta opinión–, que el desarrollo de la guerra sigue constantemente los imperativos de la aceleración y que, en cualquier conflicto, resultará vencedor quien tenga el mayor potencial de aceleración y la habilidad de emplearlo de manera eficaz. Sin embargo, la metáfora del camaleón de Clausewitz es una advertencia de que la historia de la guerra no sigue modelos de desarrollo unidireccionales, basados por lo general en adelantos técnicos, sino que está sujeta a la interacción de factores mucho más complejos. La aceleración tiene su precio; implica, ante todo, gastos cada vez mayores en logística, un número proporcionalmente decreciente de fuerzas de combate de la totalidad de las tropas, un aumento vertiginoso de los costes para equipar a éstas con

¹ Una excepción es Andreas Herberg-Rothe, *Das Rätsel Clausewitz: Politische Theorie im Widerstreit*, Munich, 2001, esp. pp. 98 y sigs.

² Carl von Clausewitz, *De la guerra*, editorial Labor, Barcelona, 1984. Original alemán: *Vom Kriege*, 19a ed., Werner Hahlweg, Bonn, 1980.

³ De la vasta obra de Virilio, v. en particular su ensayo sobre *La vitesse de libération*, París, 1995.

armas modernas y, por último, un aparato militar cada vez más vulnerable y propenso a plantear problemas⁴.

La creatividad de Mao residió en su negativa a sumarse a la carrera por una mayor aceleración de las hostilidades, pues su ejército campesino no podría haber ganado una guerra de esa naturaleza. Rechazó el principio de la aceleración y, transformando una debilidad en fortaleza, hizo de la lentitud su consigna y definió a la guerra de guerrillas como una "larga guerra de resistencia"⁵. La estrategia de las guerrillas consiste, asimismo, en emplear todos los medios posibles para lograr que el enemigo pague realmente el precio de la aceleración, en una medida tal que el coste de la guerra termine siendo prohibitivo. Raymond Aron sintetizó esta situación en la fórmula de que los guerrilleros ganan la guerra si no la pierden y los que luchan contra ellos pierden la guerra si no la ganan⁶. Cada parte tiene un marco temporal diferente. En Vietnam, los estadounidenses aprendieron a sus expensas cuán eficaz puede ser este proceder. La asimetría, principal característica de las nuevas guerras en los últimos decenios, se basa en gran medida en las diferentes velocidades con que las partes se combaten: la asimetría de la fuerza radica en una capacidad de aceleración que supera la del enemigo, mientras que la asimetría de la debilidad se basa en una disposición y una habilidad para disminuir el ritmo de la guerra. Por lo general, esta estrategia acarrea un aumento considerable de víctimas en el propio bando. Por otro lado, la guerra simétrica, como las de los siglos XXVIII, XIX e incluso XX, puede definirse como una guerra que las partes libran a la misma velocidad. En la guerra simétrica, lo que decidía la victoria eran, por lo general, mínimas ventajas por lo que respecta a la aceleración.

Armas de alta tecnología y de tecnología rudimentaria

Las guerras del siglo XXI, como se verá al analizar la importancia estratégica de la desaceleración en la era de la aceleración, difícilmente serán una prolongación de las tendencias del siglo XX. La disponibilidad de más recursos materiales y un mayor desarrollo tecnológico no decidirán automáticamente la victoria. La enorme superioridad de Estados Unidos en medios técnicos militares no es una garantía de que este país vaya a salir victorioso de todas las guerras que

⁴ Martin van Creveld, en su libro tan comentado *The transformation of War*, Simon & Schuster Inc., Nueva York, 1991, dejando de lado la disponibilidad de la bomba atómica, basa sobre todo su opinión de que las guerras del futuro no se librarán con ejércitos convencionales en la desmesurada estructura logística de los ejércitos modernos.

⁵ Para más detalles, v. Herfried Münkler, *Über den Krieg: Stationen der Kriegsgeschichte im Spiegel ihrer theoretischen Reflexion*, Weilerwist, 2002, pp.173 y sgs.

⁶ Raymond Aron, *Der permanente Krieg*, Francfort /M, 1953, p.48.

parece cada vez más dispuesto a librar. Sin embargo, las sociedades occidentales, con un alto grado de desarrollo económico y basadas en la primacía del derecho, la participación política y una mentalidad "posheroica" (es decir, para las cuales la "guerra heroica" y el sacrificio de la vida han dejado de ser un ideal), no tendrán más remedio que proseguir el desarrollo tecnológico de sus aparatos militares si desean preservar su capacidad de respuesta militar.

Las democracias occidentales son sencillamente incapaces de librar la "larga guerra de resistencia" de Mao Tse-Tung. Como están preparadas para el diálogo, más que para el sacrificio, y esto es lo que distingue a las sociedades "posheroicas" de las de la era "heroica", harán todo lo que esté a su alcance por evitar o reducir todo lo posible sus propias pérdidas en combate, y ello sólo puede lograrse con una tecnología militar superior. Ejemplos de esto son la Guerra del Golfo de 1991, en la que las fuerzas iraquíes perdieron alrededor de 100.000 hombres, mientras que la coalición liderada por Estados Unidos sólo perdió unos 140; y el caso más impresionante de todos, el de Kosovo, que ha pasado a la historia militar como la primera guerra en la que los vencedores no perdieron un solo hombre en combate. En consecuencia, las carreras de armamentos del siglo XXI ya no serán simétricas, como las de los siglos XIX y XX, cuando Alemania e Inglaterra rivalizaron en la construcción de buques de guerra, o Estados Unidos y la URSS en la de sistemas de lanzamiento nucleares. Una competencia entre las armas de alta tecnología y las de tecnología rudimentaria es, en cambio, asimétrica. Desde el 11 de septiembre de 2001, somos conscientes de que una simple navaja, si se la emplea para secuestrar un avión y estrellarlo contra edificios o ciudades, puede servir para hacer temblar los cimientos de una superpotencia. En ese caso, sin embargo, no fue sólo la desaceleración lo que permitió a los comandos terroristas atacar a Estados Unidos, sino una combinación de velocidad y lentitud. Las infraestructuras de la parte atacada fueron aprovechadas por un grupo clandestino, que pudo preparar los ataques sigilosa y tranquilamente, y transformar luego los aviones en cohetes y el combustible en explosivo. Mohammed Atta y sus cómplices atacaron a Estados Unidos empleando como armas la propia velocidad de este país, desde la concentración y la intensidad del transporte aéreo hasta los medios informativos, que transmitieron la catástrofe del 11 de septiembre de 2001 al mundo entero en tiempo real.

Violencia elemental

Evidentemente, la creatividad estratégica no puede desplegarse independientemente de los otros dos elementos de la trinidad de Clausewitz, a saber, la violencia propia de la guerra y la racionalidad política de quienes toman las grandes decisiones. Por ello, el principio de una desaceleración sistemática de la

violencia, como en una guerra de guerrillas, sólo puede aplicarse con éxito cuando una mayoría abrumadora de la población no ve otro medio para resolver los problemas sociales, económicos y políticos, que una guerra que causará grandes pérdidas y estragos. Sólo entonces proporcionará la población apoyo logístico a las guerrillas, no colaborará con el enemigo y permitirá que cada vez más jóvenes, hombres y mujeres, sean reclutados para la guerra. De lo contrario, los guerrilleros no pueden moverse como pez en el agua entre la población, pues no están en su elemento natural y son presa fácil del enemigo. Este requisito limitó durante mucho tiempo la aplicabilidad de la estrategia asimétrica de la guerra de guerrillas. En la forma que acabamos de describir se la conoce desde comienzos del siglo XIX, pues en principio sólo se usaba como método defensivo y si la población estaba dispuesta a hacer enormes sacrificios.

El aspecto verdaderamente amenazante de las recientes formas de terrorismo internacional es que han sobrepasado las limitaciones de la guerra asimétrica, que hasta ahora han demostrado ser tan efectivas –según la terminología de Clausewitz, el grado limitado de odio y enemistad y las restricciones resultantes al uso de la guerra como herramienta política–, al descubrir que la infraestructura civil del enemigo puede servir como el equivalente funcional de la propia población civil y de la disposición de ésta a sacrificarse⁷.

Además, las actuales tendencias también indican que, en el siglo XXI, amplios sectores de la población podrán pensar que su única oportunidad para el futuro será librar guerras y salir vencedores de ellas. El incremento de los riesgos ambientales, como la escasez de agua, la creciente desertización y la elevación del nivel de los océanos; una mayor desigualdad mundial en la distribución de los bienes de consumo, en las oportunidades de educación y en las condiciones de vida; el desequilibrio de los índices demográficos y los flujos de migración; la inestabilidad de los mercados financieros internacionales y la decreciente habilidad de los Estados para controlar la propia moneda y la economía; y, por último, la rápida disgregación de los Estados en algunas partes del mundo, son factores suficientes para suponer que muchas poblaciones considerarán que los cambios violentos, más que un desarrollo pacífico, ofrecen más probabilidades de garantizar su futuro. Por ello, el empleo de la fuerza para alcanzar un futuro mejor se convertirá en el elemento clave de su razonamiento político y estarán dispuestas no sólo a luchar para obtener recursos vitales, sino a librar guerras asimétricas contra adversarios superiores.

7 V. Herfried Münkler, *Die neuen Kriege*, Reinbek/Hamburgo, 2002, p.175.

Vulnerabilidad del mundo desarrollado

Debido precisamente a su avanzado nivel de desarrollo socioeconómico, estos adversarios superiores adolecen de un alto grado de vulnerabilidad, que, por grande que sea su superioridad militar, no pueden eliminar. El propósito de los diversos proyectos de EE.UU. para instaurar un sistema de defensa antimisiles es hacerse invulnerables. Obviamente, esos sistemas de defensa ya no están dirigidos contra la Unión Soviética, sino contra enemigos que, por pequeños y débiles que sean, constituyen una seria amenaza, ya que poseen ojivas nucleares y algunos sistemas de lanzamiento. Por otra parte, los ataques del 11 de septiembre de 2001 disiparon las esperanzas depositadas en esos proyectos. En principio, la guerra se ha vuelto poco atractiva, tanto política como económicamente, para los países desarrollados. Los costos superan las ganancias. En las sociedades "posheroicas", el máximo valor es la preservación de la vida humana y, con ello, la multiplicación y la intensificación de sentimientos individuales de bienestar.

Desde el final de la II Guerra Mundial por lo menos, las sociedades occidentales han justificado, por consiguiente, cualquier tipo de armamento con el argumento de la defensa: el propósito de ese incremento del arsenal militar no es prepararse para la guerra, sino prevenirla. Si el mundo sociopolítico estuviera formado sólo por tales sociedades, haría mucho tiempo que el concepto de paz eterna de Kant se habría hecho realidad⁸. Pero esto requeriría que todas las sociedades siguieran un curso de desarrollo moldeado en la secularización occidental de la política, la individualización social y, por último, la pluralización de los valores. Ahora bien, esto es precisamente lo que están combatiendo los diversos movimientos fundamentalistas, que, lejos de limitarse a defender vestigios de rancias tradiciones, están, por el contrario, resistiéndose a la modernización según las pautas occidentales. El dilema que ha determinado el desarrollo sociopolítico de los años ochenta y noventa será también decisivo en el siglo XXI: el hecho de que un mundo en el que la sociedad se ha desarrollado gracias al diálogo y a la cooperación se basa en supuestos que sólo pueden admitirse si se logra una amplia nivelación de las particularidades debidas a la religión, la cultura y la civilización. Así pues, aparte de las luchas por establecer nuevas reglas de distribución de los bienes económicos y oportunidades de educación, y satisfacer así las necesidades vitales, la defensa de la identidad cultural también podría convertirse en un motivo recurrente de guerra. Pero, sobre todo, una teoría del desarrollo

⁸ Klaus-Jürgen Gantzel, por ejemplo, ha defendido la opinión de que, cuando el sistema capitalista haya sido adoptado mundialmente, la guerra desaparecerá como medio de adquirir bienes y servicios. Klaus-Jürgen Gantzel, "Kriegsursachen : Tendenzen und Perspektiven", *Ethik und Sozialwissenschaften*, vol. 3, nº 8, 1997, pp. 257-266.

que anhela con optimismo la paz suele pasar normalmente por alto el hecho de que, en especial gracias al desarrollo socioeconómico de los últimos decenios, han surgido nuevas oportunidades, basadas en la guerra y la violencia, para que los países en desarrollo alcancen una economía rentable.

La privatización y comercialización de la guerra

Perspectivas históricas de los beneficios de la guerra

¿Pero cómo se ha convertido de nuevo la guerra en una actividad particularmente lucrativa? Hay que recordar que la guerra no siempre fue un negocio deficitario. Por el contrario, varias veces en la historia europea, cuando las circunstancias fueron apropiadas, la formación de ejércitos privados podía ser muy rentable. De otro modo sería imposible explicar el surgimiento de fuerzas mercenarias, como los *condottieri* italianos, los *Reisläufer* suizos o los *Landsknechte* alemanes. Cabe suponer que todos ellos consideraban la guerra como un medio de subsistencia. Como reza el axioma, *bellum se ipse alet*: la guerra se alimenta de la guerra. En los siglos XIV y XV, Italia era un terreno particularmente fértil para estos fenómenos. Los considerables recursos financieros acumulados en las ciudades mercantiles italianas las convertían en provechosos objetivos de las agresiones armadas. Al mismo tiempo, las clases altas urbanas estaban poco dispuestas a participar ellas mismas en las guerras. Como había un exceso de mano de obra en las zonas rurales para la milicia, nada más fácil que concertar contratos laborales a plazo fijo, los llamados *condotta*. Las clases altas urbanas consiguieron que las clases bajas rurales combatieran por ellas. Estas últimas no tardaron en darse cuenta del poder potencial y de las oportunidades de enriquecimiento que esto les brindaba. La actividad castrense se pagaba bien. En pocos años, muchos que habían comenzado con poco o nada estaban viviendo confortablemente, y varios hijosdalgo que se habían hecho *condottieri* alcanzaron el rango de duques y príncipes.

Uno de los rasgos característicos de las guerras comercializadas que libraban los jefes militares en la Alta Edad Media y principios de la época moderna era que quienes las entablaban trataban de evitar grandes batallas y naturalmente, en lo posible, las batallas decisivas. Participar en esas batallas habría socavado su interés en un empleo a largo plazo y, lo que es más importante, habría puesto en peligro sus vidas, algo difícilmente compaginable con la actitud de los que viven de la guerra, pero no quieren morir realmente en ella. Los ejércitos de los *condottieri* trataban de cortar las vías de aprovisionamiento del enemigo para forzarlo a capitular sin luchar. Esto era mucho más atractivo que el exterminio mutuo, y los rescates que podían ganarse capturando a oficiales y soldados enemigos eran ganancias extra muy codiciadas. Si se pagaba el rescate, el enemigo era liberado y la guerra podía recomenzar.

Por lo general, quienes sufrían en este tipo de guerra eran las ciudades y los nobles que empleaban a los mercenarios. Rara vez alcanzaban sus objetivos y debían recolectar constantemente fondos para sufragar sus guerras. Por ello, abrumbaban al pueblo con exacciones especiales e impuestos de guerra. Esto podría describirse como la *forma civilizada* de librar una guerra contra la población, dado que mientras funcionaba, es decir, si los jefes militares y sus soldados recibían su paga con regularidad, no se atacaba a la población en las zonas en que éstos operaban. Las cosas cambiaban rápidamente si no recibían la paga, y los jefes militares adoptaban la *forma incivilizada* de hacer la guerra contra la población, a la que sometían a pillajes y saqueos, incendiaban granjas y caseríos, mataban a los hombres y violaban a las mujeres, a fin de que todos comprendieran que era mejor pagar escrupulosamente que ser sometido a esa forma extrema de cobrarse una deuda.

El aumento continuo de los costos para mantener el aparato militar durante los siglos XVI y XVII encareció demasiado la guerra para el sector privado, y los jefes militares de comienzos de la época moderna fueron desapareciendo poco a poco de la escena. Albrecht von Wallenstein, el último gran jefe militar, tuvo un éxito considerable al principio, pero estaba condenado al fracaso por razones políticas.

Guerras entre Estados y retroceso de la privatización

El constante aumento de los costos de la guerra se debió a tres causas principales: al desarrollo de la artillería, cuyo empleo era decisivo en las batallas; a la transformación de los soldados de a pie en una infantería disciplinada y tácticamente entrenada, que se posicionaba en largas filas para entablar combate con el enemigo y disponía de cada vez más armas de fuego; y, por último, al crecimiento en tamaño de los ejércitos, que debían saber combinar el despliegue de la infantería, la caballería y la artillería para alcanzar la victoria en el campo de batalla. Quienes no lograron asimilar los adelantos tecnológicos y organizativos de la "revolución militar" de comienzos de la época moderna⁹ pronto se quedaron rezagados y desaparecieron del grupo de los que libraban la guerra siguiendo los principios de simetría. Ahora bien, la infantería, la artillería y el ejército ampliado costaban dinero, y no se hicieron realidad hasta que el Estado, como única entidad, pudo reunir los fondos necesarios. Toda una serie de piezas de artillería de diversos calibres ya no estaba al alcance de los recursos de los jefes militares privados. La dimensión de los ejércitos, la necesidad de prácticas para armonizar

⁹ V. Geoffrey Parker, *The Military Revolution and the Rise of the West, 1500-1800*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

el despliegue de las tres armas y, en particular, la necesidad de que la infantería se entrenara constantemente durante largos períodos, hicieron que el abastecimiento de las tropas fuera cada vez más costoso y que la guerra se convirtiera en un negocio cada vez menos atractivo para el sector privado. La guerra y los preparativos que requería quedaron fuera de la lógica de la amortización del capital y se transfirieron a la autoridad directa del Estado.

La primera consecuencia de que la guerra pasara a estar controlada por el Estado fue que las hostilidades duraban, en general, menos, pues ambas partes estaban interesadas en desenlaces rápidos y decisivos. El medio para lograr este resultado eran las batallas, por lo que surgió un tipo de guerra concebido con este fin, es decir, librar batallas para terminar la guerra y lograr un acuerdo de paz. Esto dio lugar a una espectacular intensificación de la violencia en los campos de batalla en Europa, pero simultáneamente estableció límites claros al uso de la violencia en el tiempo y en el espacio. Este tipo de guerra era una lucha de soldados contra soldados, y los civiles estaban en gran medida a salvo de la violencia y la destrucción, a menos que tuvieran el infortunio de vivir en el camino de un ejército que avanzaba o que se encontraran en el campo de batalla. La clara distinción entre combatientes y no combatientes que establece del derecho internacional moderno se basa en buena parte en esta evolución o, en todo caso, difícilmente habría sido reconocida y aplicada sin ella.

Fue, pues, debido al desarrollo de la tecnología de las armas y de la organización militar, en particular, por lo que la guerra y la paz adquirieron estatutos jurídicos distintos, y para señalar la transición de uno a otro comenzaron a utilizarse actos jurídicos, es decir, declaraciones de guerra y acuerdos de paz. Además, la guerra entre Estados y la guerra civil comenzaron a considerarse formas separadas y claramente distinguibles de guerra: la primera estaba amparada por convenios, mientras que esta última, no. Finalmente, en las guerras entre Estados, se distinguía entre combatientes y no combatientes, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899/1907 y con el Convenio de Ginebra de 1864, y se exigía a los beligerantes hacer todo lo posible para evitar que los no combatientes sufrieran los efectos de las hostilidades.

El retorno a la privatización en las nuevas guerras

En las nuevas guerras sucede lo contrario en casi todos los aspectos. La mayor parte de estas guerras no las libran ejércitos bien equipados, sino milicias reclutadas a toda prisa por jefes de tribus o de clanes, además de los seguidores armados de los jefes militares y otros. En estas guerras se usan ante todo armas baratas: armas portátiles, fusiles automáticos, minas antipersonal y ametralladoras

montadas en camionetas. Rara vez se emplean armas pesadas, y cuando se utilizan, son restos de las reservas de la Guerra Fría. El hecho de que se puedan librar guerras de este tipo –e incluso con éxito– se debe principalmente a que no las deciden dos ejércitos en el campo de batalla, sino que se prolongan interminablemente mediante actos de violencia contra la población civil. Mientras que, en los conflictos simétricos, el mero hecho de preparar una guerra, por no hablar de librarla, resulta cada vez más oneroso, los estrategas de las nuevas guerras han logrado abaratar tanto las operaciones militares que han convertido de nuevo la guerra en un negocio prometedor.

Obviamente, esto no significa que el costo social total de una guerra también sea bajo. Por el contrario, las consecuencias a largo plazo de una guerra interna son inmensas: destrucción de la infraestructura, devastación de las zonas rurales, carreteras y campos sembrados de minas y una generación de niños que no han vivido otra cosa que la guerra y la violencia¹⁰. Pero los protagonistas de la guerra no han de pagar los gastos. Adaptando una vieja frase, podría decirse que los jefes militares y los líderes de las milicias se las han ingeniado, de manera absolutamente escandalosa, para privatizar los beneficios de las guerras que libran y nacionalizar los costos. Que esto sea posible tiene mucho que ver con el fracaso en la formación de naciones en muchas partes del Tercer Mundo. En los llamados Estados colapsados, no hay instituciones en funcionamiento que sean capaces de poner fin a la nacionalización de los costos o de mantener éstos, al menos, dentro de ciertos límites. La población civil y los recursos naturales de esos países son presa de los que los someten a su control, con la ayuda de sus seguidores armados. La violencia que propagan los jefes militares hace así cada vez una mella más profunda en la sociedad, hasta que, al final, la única posibilidad de salvación es la intervención de potencias extranjeras. Sin embargo, queda pendiente la cuestión de si estas potencias pueden pacificar el país o si serán arrastradas por las hostilidades, y si el conflicto, a raíz de su intervención y de una eventual conlaintervención, adquirirá un carácter transnacional. Los acontecimientos de Angola, Congo, Somalia y Afganistán y la región del Cáucaso advierten insistentemente de este peligro.

El número creciente de nuevas guerras que se ha observado en los últimos dos decenios, poco más o menos, se caracteriza sobre todo por el hecho de que la distinción entre actividad lucrativa y uso abierto de la fuerza, una distinción

¹⁰ V. Anne Jung (dir.), *Ungeheuer ist nur das Normale: Zue Ökonomie der neuen Kriege*, Medico International, Francfort/M., 2002; Mats Berdal y David M. Malone (dirs.), *Greed and Grievance : Economic Agendas in Civil Wars*, Lynne Rienner Publishers, Boulder / Londres, 2000; François Jean y Jean-Christophe Ruffin (dirs.), *Economie des guerres civiles*, París, 1996.

que se desarrolló desde la nacionalización de la guerra y que es un requisito de toda economía estable basada en la paz, se ha erosionado hasta desaparecer. En las nuevas guerras, la fuerza se ha convertido en una fuente de ingresos para quienes poseen armas y están dispuestos a usarlas, ya sea para procurarse medios de subsistencia, ya sea, con frecuencia, para enriquecerse. De modo que, en las nuevas guerras, reaparece el viejo axioma: la guerra se alimenta de la guerra, y por eso hay que alimentarla con la guerra. Así, las nuevas guerras se caracterizan por la aparición de jefes militares que controlan un territorio por la fuerza de las armas a fin de explotar sus recursos naturales, desde petróleo y minerales hasta metales preciosos y diamantes, o de expedir licencias para su explotación. Paralelamente, no sólo se advierte una proliferación de los mercenarios –la mano de obra bien remunerada de estas guerras– sino un uso creciente de niños soldados, que han demostrado ser un medio de guerra eficaz y económico. La indiferencia de estos niños al peligro, su brutalidad y crueldad con los adversarios, los problemas que plantea el hecho de tener que luchar contra ellos, en particular a las fuerzas internacionales de mantenimiento de la paz, el hecho de que basta proporcionarles drogas y alimentos para tener garantizada su obediencia, son factores que han hecho de los niños soldados uno de los instrumentos favoritos de los jefes militares. Y, desde otro punto de vista, la pobreza y el desamparo que reinan en muchas partes del Tercer Mundo han alcanzado tales proporciones que para poder alimentarse con regularidad o, cuando esto no es posible, para conseguir lo que necesitan mediante el pillaje, muchos niños están dispuestos a alistarse al servicio de un jefe militar. Según ha calculado la ONU, hay en el mundo unos 300.000 niños soldados, definidos como niños de ocho a catorce años, incorporados permanentemente en las filas de una parte beligerante, que llevan armas y las usan en su nombre.

La guerra privada y por su propia cuenta no se ha vuelto sólo atractiva a causa de la desintegración del Estado en muchas partes del denominado Tercer Mundo, sino también, y especialmente, por la facilidad con que las economías de guerra civil son capaces de explotar los flujos de bienes y capitales en el mercado mundial. Además del petróleo y de materias primas de importancia estratégica, como las menas y los minerales, el oro y los diamantes, los jefes militares utilizan sobre todo bienes ilícitos o provistos de certificados fraudulentos para financiar sus guerras y amasar, con frecuencia, enormes fortunas. El narcotráfico y, cada vez más, la trata de mujeres jóvenes también resultan sumamente lucrativos, debido a la fuerte demanda en los países ricos. Las entidades económicas de los países de la OCDE no están exentas de toda culpa por lo que respecta a la renaciente rentabilidad de la guerra.

Dos factores han sido decisivos en la aparición de este nuevo tipo de guerras: la habilidad en financiarlas con los flujos de bienes y capitales generados por la mundialización y, lo que es aún más importante, el hecho de que se han hecho poco costosas. La guerra que el Este y el Oeste mantuvieron durante cuarenta años, preparándose para evitar que tuviera lugar, fue una confrontación sumamente cara. Puede decirse que los costos de esa incesante carrera de armamentos causaron, en cierta medida, el colapso de una de las partes, la URSS. Mientras las instituciones de investigación sobre la paz y los conflictos todavía estaban ocupadas en reconstruir y medir las simetrías de la carrera de armamentos entre el Este y el Oeste, los planificadores y estrategias de las nuevas guerras ya habían logrado evadirse no sólo de esta vertiginosa carrera de armamentos, sino también de la compulsión de prepararse a las guerras simétricas, y de librarlas. Este proceso, al que se ha prestado hasta ahora poca atención, está abriendo el camino a la privatización y la comercialización de la guerra que acabamos de describir y que, a largo plazo, podría resultar más trascendental y decisiva incluso que el conflicto Este-Oeste.

Es probable que estas nuevas guerras no queden confinadas por siempre a las zonas que están ahora afectadas por ellas, es decir, América del Sur y Central, el África subsahariana y Asia central y meridional, y que se propague, por diversos conductos, a las zonas ricas del hemisferio norte. El sur no puede atacar estas zonas con medios militares tradicionales. Y con este punto se relacionan nuestras observaciones introductorias sobre la teoría de Clausewitz. La guerra es un camaleón que se adapta a las configuraciones sociopolíticas del momento; su única característica permanente es la violencia elemental. El 11 de septiembre ha dado alguna idea de las nuevas formas que puede adoptar la guerra y en qué medida éstas pueden suponer una desmilitarización paulatina de la guerra.

La desmilitarización de la guerra

La desmilitarización de la guerra significa que las guerras del siglo XXI serán libradas sólo en parte por soldados y, en su mayor parte, ya no estarán directamente dirigidas contra objetivos militares. Ya se puede observar un retorno a las formas bélicas a las que puso fin la nacionalización de la guerra durante los siglos XXVI y XXVII, reemplazándolas por una organización militar disciplinada. Los objetivos militares están siendo sustituidos ahora, en muchos lugares, por objetivos civiles, desde ciudades y pueblos invadidos y saqueados por líderes de milicias y jefes militares hasta los símbolos del poder político y económico que fueron el blanco de los ataques terroristas del 11 de septiembre. Incluso los medios que se emplean para llevar a cabo estos ataques tienen cada vez menos un carácter genuinamente militar. Por ejemplo, en las guerras de África y de Asia

central un vehículo civil, la camioneta Toyota, ha acabado simbolizando el surgimiento de milicias y jefes militares. Asimismo, los ataques terroristas del 11 de septiembre sólo fueron posibles transformando unos medios civiles en armas de ataque.

Los ataques del 11 de septiembre, y especialmente la serie de atentados terroristas en Israel, han puesto de relieve una nueva amenaza específica: terroristas que usan sus propios cuerpos como armas y vinculan así el éxito del atentado a su propia y segura muerte. Los ataques de este tipo sólo son posibles si se renuncia a todo medio de escape. Es decir, quienes cometen ataques suicidas con bombas compensan su inferioridad militar renunciando a toda posibilidad de sobrevivir¹¹. Por numerosos y bien fundados motivos, estos atentados pueden considerarse moralmente repudiables, pero es difícil negar que con ello ha surgido una nueva forma de "heroísmo" que, para las sociedades "posheroicas" de Occidente, es peligrosísima, no sólo por los instrumentos empleados, sino también por el simbolismo subyacente. Además de evidenciar, de manera sangrienta, la vulnerabilidad de las sociedades atacadas, estas nuevas formas de terrorismo les transmiten otro mensaje, a saber: que por estar orientadas a la preservación de la vida, serán derrotadas, en definitiva, por los que están dispuestos a sacrificar su propia vida. El acto del suicidio es una expresión de desprecio hacia unas sociedades que, por principios de su propia organización social, han repudiado ese sacrificio de la vida o han hecho uso de él sólo metafóricamente¹². Los estrategas del terror se han dado cuenta de que las sociedades "posheroicas", con su estilo de vida y su autosuficiencia, son particularmente vulnerables a los ataques de individuos imbuidos del espíritu de martirio. Éste es un ejemplo más de la creatividad estratégica que, según Clausewitz, es el rasgo característico del camaleón de la guerra.

De las estrategias asimétricas...

Desde el empleo estratégico de la desaceleración contra un aparato militar que depende de la intensificación de las hostilidades hasta el redescubrimiento del suicidio como una amenaza a las sociedades basadas en el diálogo, las últimas novedades en la conducción de la guerra casi siempre consisten en

¹¹ Un informe exhaustivo de las viejas y nuevas formas de los llamados ataques suicidas puede hallarse en Christoph Reuter, *Mein Leben ist eine Waffe: Selbstmordattentäter – Psychogramm eines Phänomens*, Munich, 2001.

¹² V. también Herfried Münkler y Karsten Fischer, "Nothing to kill or die for..." – Überlegungen zu einer politischen Theorie des Opfers", en *Leviathan* 28, 2000, vol. 3, pp. 343-362, y Herfried Münkler, "Terrorismus als Kommunikationsstrategie: Die Botschaft des 11 September", *Internationale Politik* 56, 2001, vol. 12, pp.11-18.

estrategias asimétricas. Por ello, cabe predecir que las guerras del siglo XXI serán predominantemente asimétricas, a diferencia de las llamadas guerras clásicas de la historia europea, a partir del siglo XVII, que eran de carácter casi exclusivamente simétrico. Para que el empleo de la fuerza sea simétrico, han de cumplirse numerosas condiciones: en primer lugar, que las partes concernidas reconozcan que están a la par. Sin embargo, este reconocimiento, al que puede llegarse con la mutua inclusión de los adversarios en un sistema de valores que rija para los dos (caballería) o mediante la sujeción de ambos a normas jurídicas (derecho internacional, leyes de la guerra), se basa en supuestos de igualdad que deben cumplirse en gran parte: armamento muy similar, ausencia de disparidades estratégicas en información y una forma socialmente análoga de reclutamiento y entrenamiento de los combatientes. Basándose en estas condiciones, es posible limitar el empleo de la fuerza y disponer, por ejemplo, que la fuerza sólo se use entre iguales que puedan identificarse mutuamente como combatientes. Los que queden fuera de esta ecuación no serán objeto de ataques deliberados, pero sólo a condición de que se abstengan, por su parte, de emplear la fuerza. La fuerza puede confinarse así a lugares y zonas determinados, como son el campo de duelo, el campo de batalla o el frente. Así pues, las guerras simétricas se caracterizan, en general, por un empleo limitado de la fuerza. En las guerras asimétricas, en cambio, hay una tendencia a que la violencia se propague y penetre en todos los ámbitos de la vida social¹³. Esto es así porque, en las guerras asimétricas, la parte más débil usa la comunidad como cobertura y base logística para dirigir ataques contra un aparato militar superior. El punto de partida de este proceso está marcado por la guerra de guerrillas, y su final, en la actualidad, por el terrorismo internacional.

...a las guerras transnacionales

La principal característica de las guerras simétricas en la historia europea de la época moderna fue que eran guerras internacionales. Cuando la guerra pasó a ser monopolio del Estado y sólo se libraba, por consiguiente, entre Estados, la igualdad y el mutuo reconocimiento necesarios para la guerra simétrica quedaron institucionalmente garantizados. Sólo en el transcurso de la II Guerra Mundial, con la guerra de aniquilación en Oriente y el bombardeo estratégico de zonas habitadas, se infringieron las limitaciones establecidas al empleo de la fuerza. Hasta entonces, el Estado había fijado los límites, distinguiendo entre asuntos internos y externos, amigos y enemigos, guerra y paz, militares y

¹³ Se analiza detalladamente esta distinción en Mary Kaldor, *Neue und alte Kriege: Organisierte Gewalt im Zeitalter der Globalisierung*, Francfort / M., 2000.

policías, lealtad y traición, etcétera. Durante muchos años, en los textos pertinentes se reconoció y se empleó el término interno o la expresión guerra civil como antónimos de guerra internacional o guerra entre Estados. Aún así, el antónimo dependía del sistema de referencia que determinaba la estatalidad, en el sentido de que su significado dependía de los límites fijados por el Estado. La expresión guerra civil es el opuesto simétrico de la de *guerra internacional*; el antónimo asimétrico es *guerra transnacional*, es decir, una guerra en la que los límites fijados por los Estados ya no son determinantes. Este tipo de guerra cruza las fronteras nacionales sin ser una guerra librada entre Estados, como las guerras en y en torno a Angola, Zaire/Congo, Somalia y Afganistán. Se caracteriza por un cambio constante de amigos y enemigos y por una desintegración de las autoridades institucionales (tales como las fuerzas militares y la policía) responsables de mantener el orden y que pueden recurrir a la fuerza. En este contexto, los actos de guerra y la criminalidad resultan indistinguibles, la guerra se prolonga y no hay perspectivas de lograr un acuerdo de paz para ponerle fin. Estas guerras, que se han multiplicado en los años ochenta y noventa, parece que, junto a las guerras de guerrillas terroristas, empiezan a determinar el curso de la violencia en el siglo XXI en muchas partes del mundo.

Conclusión

¿Existe alguna manera de detener, o de lentificar, al menos, la evolución que acabamos de describir? Probablemente, el retorno a la estabilidad de los Estados a escala mundial sea el único medio efectivo de frenar la privatización de la guerra, la asimetría creciente de las estrategias de fuerza y la desmilitarización de la guerra, es decir, la afirmación de autonomía mediante elementos previamente incorporados en estrategias político-militares. Después de todo, la estatalidad está sujeta a los criterios de racionalidad política, que son irreconciliables con esos fenómenos¹⁴. Sin embargo, habida cuenta de las tendencias englobadas bajo el término *mundialización*, parece dudosa la vuelta a una nacionalización de la política a escala mundial. Sólo se lograría el éxito deseado si, en esos Estados, subieran al poder unas élites capaces de resistir a la corrupción, lo que, en las circunstancias actuales, también parece poco probable. Así pues, las guerras del siglo XXI no se librarán, en la mayor parte de los casos, con una potencia de fuego masiva y enormes recursos militares. Tenderán a seguir librándose a fuego lento, sin principio o final claro, mientras que la línea divisoria entre las partes be-

¹⁴ Esta cuestión se debate más a fondo en Herfried Münkler, "Die Kriege der Zukunft und die Zukunft der Staaten", en Wolfgang Knöbl / Gunnar Schmidt (dirs.), *Die Gegenwart des Krieges: Staatliche Gewalt in der Moderne*, Frankfurt / M., 2000, pp.52-71.

ligerantes, por un lado, y el crimen internacional organizado, por otro, será cada vez más difusa. Por ello, ya hay quienes sostienen que tales situaciones no constituyen, en realidad, guerras¹⁵. Olvidan que, antes de que la guerra fuera monopolio del Estado en Europa, hubo una alianza estrecha entre mercenarios y bandidos. Parece que, en el siglo XXI, el camaleón de la guerra va a cambiar cada vez más de apariencia para asemejarse, en muchos aspectos, a las guerras que se libraron entre los siglos XIV y XVII.

¹⁵ Por ejemplo, Erhard Eppler, *Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt: Die Privatisierung und Kommerzialisierung der Gewalt*, Francfort / M., 2002.

La situación jurídica de los "combatientes ilegales/no privilegiados"

KNUT DÖRMANN*

El debate acerca de la situación jurídica de los combatientes ilegales no es nuevo, pero recientemente, a raíz de la campaña militar que Estados Unidos condujo en Afganistán, ha recobrado intensidad y se ha transformado en tema de publicaciones, declaraciones e informes. En este artículo, no se pretende abordar cuestiones relativas a ese conflicto armado específicamente, sino esclarecer, en cierta medida, la protección jurídica a que tienen derecho los "combatientes ilegales/no privilegiados" en virtud del derecho internacional humanitario¹. Basándonos en la afirmación cada vez más frecuente de que este ordenamiento jurídico no proporciona protección alguna a los combatientes ilegales, consideraremos, en particular, si éstos constituyen una categoría de personas que queda fuera de los ámbitos de aplicación del III Convenio de Ginebra (CG III)² y del IV Convenio de Ginebra (CG IV)³ de 1949. A partir de este análisis, examinaremos la protección aplicable a los combatientes ilegales. Pero antes de abordar estas cuestiones, cabe hacer algunas observaciones respecto a la terminología.

Terminología

En conflictos armados internacionales, el término "combatientes" se refiere a las personas que tienen derecho a participar directamente en las hostilidades⁴. Como ha afirmado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "(el) privilegio del combatiente es, en esencia, una licencia para matar o herir a combatientes enemigos y destruir otros objetivos militares del enemigo"⁵. Por consiguiente, los combatientes (legales) no pueden ser enjuiciados por actos lícitos de guerra cometidos en el transcurso de las operaciones militares, aunque su

* Knut Dörmann es asesor jurídico en la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja. En este artículo, se expresan las opiniones del autor y no necesariamente las del CICR.

comportamiento constituya un crimen grave en tiempo de paz. Sólo pueden ser enjuiciados por violaciones del derecho internacional humanitario, en particular por crímenes de guerra. Cuando son capturados, los combatientes tienen derecho a recibir el estatuto de prisionero de guerra y a gozar de la protección que les proporciona el III Convenio de Ginebra. Los combatientes son objetivos militares lícitos. En sentido amplio, los miembros de las fuerzas armadas (con excepción del personal sanitario y de los capellanes) son combatientes. Las condiciones para obtener el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra figuran en el artículo 4 del CG III, así como en los artículos 43 y 44 del P I, que amplían el mencionado artículo 4⁶.

En términos generales, un civil es una persona que no pertenece a las categorías de personas definidas en el artículo 4 A. (1), (2), (3) y (6) del CG III y en el artículo 43 del P I (véase P I, art. 50). De conformidad con el derecho que reglamenta la conducción de las hostilidades, en particular los artículos 48 y ss. del P I, y el derecho internacional consuetudinario, las personas civiles tienen derecho a gozar de una protección general contra los peligros que derivan de las operaciones militares; en particular, no deben ser objeto de ataque. Con excepción del caso relativamente poco frecuente de un levantamiento en masa, las personas civiles no tienen derecho a participar directamente en las hostilidades. Si lo hacen, siguen siendo civiles, pero se convierten en objetivos lícitos de ataque, mientras dure su participación. La situación jurídica de esas personas cuando caen en poder del enemigo será la base del análisis que efectuaremos a continuación.

Mientras que los términos "combatiente", "prisionero de guerra" y "persona civil" se emplean y definen generalmente en los tratados de derecho internacional humanitario, los de "combatiente ilegal" o "combatiente/beligerante no

¹ En este artículo, no se analizará la protección dimanante de otros ordenamientos jurídicos, en particular el derecho de los derechos humanos.

² Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio).

³ Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio).

⁴ Véase el art. 43 (2) del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (P I).

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc.5 rev.1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 68.

⁶ En el art. 44 del P I, se estipulan los criterios que definen el estatuto de prisionero de guerra y de combatiente por lo que atañe a las Partes en el Protocolo. En el derecho internacional consuetudinario, ese estatuto es más incierto.

privilegiado" no figuran en ellos. Sin embargo, se han utilizado con frecuencia, al menos desde el comienzo del último siglo, en textos jurídicos, en manuales militares y en la jurisprudencia. Las connotaciones asociadas a estos términos y sus consecuencias por lo que respecta al régimen de protección aplicable no siempre son muy claras.

Para los fines de este artículo, la expresión "combatiente/beligerante ilegal/no privilegiado" abarca a todas las personas que participan directamente en las hostilidades sin estar autorizadas a hacerlo y que, por ello, no pueden ser consideradas como prisioneros de guerra cuando caen en poder del enemigo. Esta es, al parecer, la interpretación más comúnmente aceptada⁷. Abarcaría, por ejemplo, a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, al igual que a los miembros de la milicia y de otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, que no forman parte de las fuerzas armadas regulares, pero que pertenecen a una parte en conflicto, siempre que no reúnan las condiciones estipuladas en el art. 4 A. (2) del CG III. En el presente artículo, por cuestiones de conveniencia, sólo emplearemos la expresión "combatiente ilegal".

Si una persona que ha participado directamente en las hostilidades es capturada en el campo de batalla, puede no resultar obvia la categoría a que pertenece. Para ese tipo de situación, el art. 5 del CG III (P I, art. 45) prevé un procedimiento especial (tribunal competente) para determinar el estatuto de la persona capturada.

La noción de "combatiente ilegal" sólo es pertinente en el contexto del derecho aplicable en los conflictos armados internacionales, tal como están definidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I. El derecho aplicable en los conflictos armados sin carácter internacional no prevé un privilegio del combatiente (es decir, el derecho a participar en las hostilidades y la impunidad por actos lícitos de hostilidad)⁸. En caso de captura o detención, la situación de todas las personas que no participan directa o activamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas está regida por las disposiciones pertinentes de derecho internacional humanitario (es decir, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo

⁷ Véase, por ejemplo, G. Aldrich, "The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants", *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 892; Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *op. cit.* (nota 5), párr. 69.

⁸ Véase también el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 70.

adicional II, en particular los artículos 4-6), así como del derecho internacional consuetudinario pertinente⁹.

Las normas de protección se aplican independientemente de la manera en que esas personas hayan participado en las hostilidades (por ejemplo, de conformidad con el derecho internacional humanitario o no; de conformidad con el derecho nacional o no; etc.). Tampoco se ha de considerar si la persona era miembro de un grupo rebelde armado, un miembro de las fuerzas armadas de un Estado o una persona civil que (de forma temporal) participó directamente en las hostilidades.

La protección jurídica de los combatientes ilegales en virtud del CG IV

Dado que los combatientes ilegales, según la definición dada en la sección anterior, no llenan las condiciones para pertenecer a la categoría de prisioneros de guerra y, por ende, no están protegidos por el CG III, en esta parte analizaremos, en primer lugar, si los combatientes ilegales entran en el ámbito de aplicación personal del CG IV. Luego, pasaremos revista a las protecciones particulares a que tienen derecho cuando caen en poder del enemigo. Por último, debatiremos brevemente las consecuencias que el derecho tiene en la conducción de las hostilidades.

⁹ Esto puede verse claramente a partir de las siguientes citas (el subrayado es nuestro):

Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra: "(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 (...)"

P II, art.2: "1. El presente Protocolo *se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante "distinción de carácter desfavorable"), *a todas las personas afectadas por un conflicto armado* en el sentido del artículo 1.

2. Al fin del conflicto armado, *todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquél*, así como las que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los artículos 5 y 6 hasta el término de esa privación o restricción de libertad."

P II, art. 4 (1): "*Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas (...)*"

P II, art. 5 (1): "...se respetarán, como mínimo, en lo que se refiere a las *personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado*, ya estén internadas o detenidas..."

P II, art. 6 (1): "El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado."

De conformidad con las normas de interpretación de los tratados internacionales, centraremos nuestra atención en el "sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"¹⁰. De paso, examinaremos los trabajos preparatorios de la Conferencia Diplomática de 1949 y las obras jurídicas pertinentes.

Ámbito de aplicación personal del IV CG según lo estipulado en su artículo 4

En el art. 4 (1), el ámbito de aplicación personal del CG IV está definido como sigue:

"El presente Convenio protege 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."

La definición parece abarcar todos los aspectos. De conformidad con este párrafo, toda persona estaría protegida si cayera en poder de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante. Sólo están excluidos los súbditos de esa parte o Potencia¹¹. Dada la generalidad de los términos en que está redactado este párrafo, y si se lo lee separadamente, se puede interpretar que el ámbito de aplicación de este Convenio no sólo abarcaría a las personas civiles, sino también a los miembros de las fuerzas armadas¹².

Sin embargo, el ámbito de aplicación está limitado por excepciones específicas. Las siguientes categorías de personas están excluidas por los párrafos siguientes del artículo 4:

De conformidad con el párrafo 2:

- "No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él" (esta restricción es más bien teórica, puesto que prácticamente todos los países son Partes en los Convenios de 1949);
- "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 estén."

¹⁰ Art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

¹¹ No obstante, las disposiciones del Título II tienen una aplicación más amplia, como se estipula en el art. 13.

¹² J. Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, CICR, Ginebra, 1958, (en adelante: *Commentary IV*), p. 46.

En lo que respecta a esta última excepción, la redacción no es del todo clara. Según el Comentario del CICR sobre el artículo 4 del CG IV (Commentary), confirmado por los trabajos preparatorios, es necesario efectuar la siguiente distinción:

En el territorio de Estados beligerantes, los súbditos de un Estado neutral o de un Estado cobeligerante, mientras el Estado en cuestión tenga representación diplomática normal en el Estado en cuyo territorio se encuentran, están excluidos. En territorios ocupados, los súbditos de un Estado cobeligerante, mientras el Estado en cuestión tenga representación diplomática normal en el Estado ocupante, están excluidos. Sin embargo, en esta situación, los súbditos de Estados neutrales son personas protegidas, y el Convenio es aplicable en su caso, independientemente de la existencia o no de una representación diplomática normal¹³.

De conformidad con el artículo 4 (4), el CG IV no protege a las personas protegidas por los CG I-III.

Una interpretación textual de los Convenios sólo puede llevar a la conclusión de que todas las personas que no están protegidas por los CG I-III, y por ende también las personas que no respetan las condiciones que les permitirían recibir el estatuto y el trato de prisioneros de guerra, tienen derecho a la protección que asigna el CG IV, siempre y cuando no sean:

- súbditos de un Estado que no es Parte en el Convenio;
- súbditos de la parte o Potencia en cuyo poder están; o
- súbditos de un Estado neutral (sólo si están en el territorio de un Estado beligerante) o de un Estado cobeligerante con representación diplomática normal (para más detalles, véase la cita anterior del Comentario del CICR).

El hecho de que una persona haya participado ilícitamente en las hostilidades no es un criterio para excluir la aplicación del CG IV. Por el contrario, en el artículo 5 del CG IV, donde se estipulan algunas derogaciones, bajo condiciones estrictas, de las protecciones previstas por el CG IV, se utiliza la expresión "personas protegidas" con respecto a personas capturadas por espías o saboteadoras, así como a personas fundadamente sospechosas de dedicarse, o de las que se ha demostrado que se dedican, a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante. Los conceptos de "actividad perjudicial para

¹³ *Commentary IV, op. cit.* (nota 12), p. 46. *Commentaries concerning the Draft Convention, Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949* (en adelante: *Final Record*), Vol. II A, p. 814. Véase también la explicación formulada por el relator suizo ante la Conferencia Diplomática, que confirma esa interpretación, *Final Record*, Vol. II A, p. 793. Véase también la declaración formulada por Estados Unidos, *ibíd.*, p. 794.

la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante" y de "sabotaje"¹⁴ implican, por cierto, la participación directa (sin autorización) en las hostilidades. Así pues, este artículo se aplicaría en particular a personas que no llenan los criterios previstos en los CG I-III y que participan directamente en las hostilidades, es decir a las personas calificadas como "combatientes ilegales"¹⁵.

Otro argumento para fundamentar la aplicación del CG IV a los "combatientes ilegales" puede extraerse del artículo 45 (3) del P I, donde se estipula que:

"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. Tal persona, cuando se encuentre en territorio ocupado y siempre que no se halle detenida como espía, disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio."

Esta disposición del Protocolo adicional I, que fue aprobada por consenso¹⁶, contiene una confirmación implícita de nuestra interpretación del CG IV según la cual los "combatientes ilegales" son personas protegidas en virtud del CG IV, si llenan los criterios de nacionalidad antes mencionados. Al afirmarse, en el artículo 45 (3) del P I, que "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", se reconoce que el CG IV es, en realidad, aplicable a algunas categorías de combatientes ilegales; de otro modo, la frase "ni disfrute de un trato más favorable de conformidad con lo dispuesto en el IV Convenio" no tendría sentido.

¹⁴ Véase E. Rosenblad, "Guerrilla warfare and international law", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1973, pp. 110 y ss. Rosenblad afirma: "Un saboteador, que es [sic] combatiente ilegal, es sancionado, por un lado, de conformidad con el Convenio relativo a las personas civiles. Ciertamente, es una "persona protegida" (art.4) y, por ello, debe ser "tratada con humanidad" en todas las circunstancias (art. 5, párr. 3). No obstante, si se considera necesario "por razones imperiosas de seguridad", una persona puede ser sometida a residencia o internamiento forzosos (art. 78). Además, la Potencia ocupante, bajo ciertas circunstancias, puede retener a un saboteador sin enjuiciarlo (art. 5, párr. 2) y, en caso de enjuiciamiento, puede sentenciarlo a muerte (art. 68, párr. 2)".

¹⁵ Véase F. Kalshoven, "The position of guerrilla fighters under the law of war", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1972, p. 72, en relación con los combatientes de la guerrilla, que el autor define como personas (que participan directamente en las hostilidades) que no son consideradas como prisioneros de guerra, *ibíd.*, pp. 65-69.

¹⁶ CDDH/SR.41, O.R. Vol. VI, p. 155.

En la segunda frase del párrafo ("Tal persona, cuando se encuentre en territorio ocupado y siempre que no se halle detenida como espía, disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio."), se reconoce implícitamente que, en particular, los combatientes ilegales que estén en territorios ocupados (es decir, personas protegidas que participan directamente en las hostilidades en un territorio ocupado sin tener derecho al estatuto de prisionero de guerra) están protegidas por el CG IV. Si los combatientes ilegales que se encuentran en territorios ocupados no estuvieran protegidos por el CG IV, no habría justificación alguna para restringir el ámbito del artículo 5 de dicho instrumento¹⁷.

Nuestra interpretación también puede sustentarse en los manuales militares. Por ejemplo, en el Manual Militar de Estados Unidos FM 27-10, el Derecho de la Guerra Terrestre, 1956, pp. 31, 98 y ss., se estipula lo siguiente (el subrayado y la traducción son nuestros):

"72. Ciertas categorías de personas en zonas ocupadas

Las personas que se encuentran en zonas ocupadas, que no pertenecen a las categorías establecidas en el artículo 4 [CG III] y que cometen actos hostiles contra el ocupante o perjudiciales para la seguridad de éste, están sujetas a un régimen especial [se hace referencia a las disposiciones del CG IV, Título III, Sección III].

73. Personas que han cometido actos hostiles y que no tienen derecho al trato de prisioneros de guerra

Si, por decisión de un tribunal competente, que actúa de conformidad con el artículo 5 [CG III], una persona no entra en ninguna de las categorías previstas en el artículo 4 [CG III], esa persona no tiene derecho a ser tratada como prisionero de guerra. No obstante, es una "persona protegida" en el sentido del artículo 4 [CG IV].

247. Definición de personas protegidas

[cita del artículo 4 del CG IV]

Interpretación. En virtud de las calificaciones establecidas en el párrafo 248, entre las personas protegidas por [el CG IV], se cuentan las personas que han tenido un comportamiento hostil o bélico pero que no tienen derecho a recibir el trato de prisionero de guerra.

¹⁷ Véase al respecto M. Bothe, K. Partsch y W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1982, pp. 261 y ss.

248. Derogaciones

a. Territorio nacional y territorio ocupado

[se hace referencia al artículo 5 del CG IV]

b. Otras zonas. Si, en territorios que no sean los definidos en el apartado a), una Parte en conflicto está convencida de que una persona protegida es fundadamente sospechosa de haber participado en actividades hostiles para la seguridad del Estado o de que ha efectivamente participado en éstas, esa persona tampoco tiene derecho a reclamar los derechos y privilegios estipulados [en el CG IV], pues, si se ejercieran en su favor, se estaría perjudicando la seguridad del Estado de que se trata."

Por otra parte, en el Manual Militar Británico, Parte III, "El derecho de la guerra terrestre", 1957, n°96, se establece lo siguiente:

"Si los combatientes regulares no reúnen estas cuatro condiciones [las estipuladas en el art. 4 del CG III], pueden, en algunos casos, ser considerados beligerantes no privilegiados. Esto significaría que, si son capturados, no tendrían derecho al estatuto de prisionero de guerra. Por lo tanto, los miembros regulares de las fuerzas armadas que son capturados como espías no tienen derecho a ser tratados como prisioneros de guerra. Pero, en principio, deberían tener derecho, como mínimo, a los privilegios limitados que se confieren a los espías o saboteadores civiles en el artículo 5 del Convenio relativo a las personas civiles (...). Los miembros de las fuerzas armadas que son capturados, vestidos de civil cuando actúan como saboteadores en territorio del enemigo, están en una situación análoga a la de los espías."

Trabajos preparatorios

La cuestión de las personas que pueden formar parte de la categoría de combatientes ilegales, tal como ha sido definida a los fines del presente artículo, fue abordada por dos comisiones que trataron sobre los CG III y IV. Es difícil extraer una conclusión categórica de los Informes Finales de esas comisiones, a pesar de que habría razones de peso para interpretar que los "combatientes ilegales" que reúnen los requisitos de nacionalidad establecidos en el artículo 4 del CG IV están protegidos por este Convenio (y que esa protección está sujeta a derogaciones). La dificultad para extraer una conclusión terminante estriba, en primer lugar, en el hecho de que las declaraciones registradas no se pueden considerar como representativas, pues sólo reflejan la opinión de algunas delegaciones. En segundo lugar, las declaraciones se formularon en diferentes comisiones y en diferentes etapas de las negociaciones; en particular, algunas declaraciones relativas al CG III se hicieron cuando aún no se había propuesto el texto del

artículo 5 del CG IV. En tercer lugar, los términos "combatientes ilegales" y "belligerentes no privilegiados" se emplearon pocas veces; se hicieron referencias, en cambio, a los casos de personas que infringen el derecho de la guerra, a saboteadores y a espías. En la Comisión II, el punto de vista subyacente al debate sobre el CG III parece haber sido, principalmente, que los "combatientes ilegales" no deberían tener derecho a la misma protección que los prisioneros de guerra, ni a todas las protecciones conferidas a los civiles "pacíficos"¹⁸, pero sí a recibir un trato humano y no ser sometidos a ejecuciones sumarias¹⁹.

El proyecto de III Convenio, según fue aprobado por la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Estocolmo, y presentado ante la Conferencia Diplomática de 1949, incluía el párrafo siguiente en el artículo 3, relativo a los prisioneros de guerra:

"El presente Convenio también proporcionará una protección fundamental a otras categorías de personas que son capturadas o detenidas a raíz de un conflicto armado y cuya protección no está específicamente estipulada en otro Convenio."

El delegado del CICR, señor Wilhelm, explicó este párrafo de la manera siguiente:

"El CICR no está seguro de qué categoría de personas se quiere proteger. Comprueba que en la presente Conferencia se trata de redactar un Convenio para proteger a los miembros de las fuerzas armadas y a categorías análogas, como los miembros de movimientos de resistencia organizados, y un Convenio para proteger a las personas civiles. Aunque pueda parecer que los dos Convenios protegen a todas las categorías, en realidad, los combatientes

¹⁸ Véase, por ejemplo, Coronel Hodgson (Australia): "No hay, en su opinión, una definición satisfactoria de los derechos del Estado en relación con ciertas personas, como espías, saboteadores, integrantes de la quinta columna y traidores, no se habían definido suficientemente. (...) Es deseable determinar las excepciones necesarias a las normas de protección que figuran en el Convenio." [Comisión III (Civiles), segunda reunión, 26-4-1949], *Final Record*, Vol. II A, p. 622.

¹⁹ Wilhelm (CICR), Cohn (Dinamarca), *Final Record*, Vol. II A, p. 433; Brigadier Page (Reino Unido): "La idea del Convenio relativo a las personas civiles era la protección de las víctimas civiles de la guerra y no la protección de los portadores ilegales de armas, que no podrían esperar recibir la plena protección de las normas de la guerra a las que ellos no se ajustan. Sin duda, deberían fijarse ciertos criterios relativos al trato que ha de conferirse a esas personas, pero éstas no deberían tener derecho a todos los beneficios que prevé el Convenio (...). Para resumir, la delegación del Reino Unido considera que (...) las personas civiles que violan esas normas no deberían tener derecho a recibir el trato conferido a los ciudadanos respetuosos del derecho. No obstante, la delegación del Reino Unido no se opondría a ninguna propuesta razonable destinada a garantizar que esas personas reciban un trato humano." [Comisión III (Civiles)], segunda reunión 26-4-1949), *Final Record*, Vol. II A, p. 621; General Dillon (Estados Unidos): "No cabe duda de que no se priva de todos sus derechos a las categorías de personas que no se mencionan en el artículo 3 [CG III, art. 4]." *Final Record*, Vol. II A, p. 409.

irregulares no están protegidos. Cabe preguntarse si es oportuno conferir protección a personas que no respetan las leyes y costumbres de la guerra; pero, dado que se pueden presentar casos aislados que habría que tener en consideración, parece necesario estipular una cláusula general de protección, similar a la que figura en el Convenio de La Haya de 1907 y a la que hizo referencia el delegado de la URSS. Sin embargo, no parece apropiado introducir esta noción en un artículo cuyo principal objetivo es definir claramente todas las categorías de personas que deben ser protegidas por el presente Convenio [III]."²⁰

De esta declaración, se pueden destacar tres cuestiones esenciales:

-en primer lugar, el Sr. Wilhelm interpretó que los proyectos de Convenios III y IV que se debatieron en Estocolmo no protegían a los beligerantes irregulares o a las "personas que no respetaban las leyes y costumbres de la guerra". Una interpretación bastante sorprendente, si se tiene en cuenta que el ámbito de aplicación personal del CG IV estaba definido de modo muy amplio²¹; a menos que el delegado haya querido decir que esas personas podrían entrar en el ámbito de aplicación personal, pero que las disposiciones sustantivas en verdad no les conferirían protección alguna (si en su declaración sólo se refería a los combatientes ilegales en el campo de batalla, como se sostiene en los textos jurídicos de nuestros días, por ejemplo en Baxter, Draper y Kalshoven).

-en segundo lugar, el delegado reconoció la necesidad de que esas personas reciban una protección fundamental, que puede derivarse de la cláusula de Martens.

-en tercer lugar, esa protección no debería estipularse en un convenio relativo a los prisioneros de guerra.

El delegado danés respondió diciendo que "no se trataba de conferir a las personas a que se hacía referencia en ese párrafo los mismos derechos y privilegios que a los prisioneros de guerra, sino de concederles, simplemente, un "mínimo de protección", de "evitar que esas personas reciban tratos inhumanos o sean objeto de ejecuciones sumarias"²².

²⁰ *Final Record*, Vol. II A, p. 433.

²¹ "Son personas protegidas por este Convenio aquellas que, en un momento dado y en las circunstancias de que se trate, se encuentren, en el caso de un conflicto o de una ocupación, en poder de una Potencia de la que no son súbditas; (...) Las categorías de personas que, como los prisioneros de guerra, los heridos y enfermos, los miembros del personal médico, están sujetas a otros convenios internacionales, siguen estando protegidas por esos convenios.", art. 3, *Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims*, textos aprobados y enmendados por la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1948, pp. 114-115.

²² *Final Record*, vol. II A, p. 433.

Otros delegados no se oponían a proporcionar un mínimo de protección, pero no estaban de acuerdo en incorporar la correspondiente cláusula de protección al CG III. Por ello, no se mantuvo el párrafo 3 propuesto en el proyecto de artículo 3 [CG III, artículo 4]²³. En cambio, la Conferencia logró consensuar respecto de lo que sería la esencia del artículo 5 del CG III (es decir, la protección como prisionero de guerra de las "personas que resisten al enemigo" hasta que un tribunal competente haya determinado su estatuto). Tampoco se mantuvo la segunda parte de la última propuesta, según la cual: "Incluso en los casos en que la decisión de las autoridades antes mencionadas no sea favorable a que esas personas reciban la protección del presente Convenio, éstas quedarán bajo la salvaguardia de los principios del derecho internacional, tal como deriva de las costumbres que imperan en las naciones civilizadas, de los derechos humanos y de las exigencias de la conciencia pública"²⁴. Por último, el delegado danés sólo pidió, como se lee en la cita a continuación, que en las Actas resumidas se mencionara que no se habían formulado objeciones contra su interpretación del artículo 3²⁵. Los debates de la Comisión se resumieron de la manera siguiente en el Informe presentado a la Asamblea Plenaria:

"Algunas delegaciones hubieran querido ampliar el ámbito de aplicación del Convenio para incluir a otras categorías de personas. Pensaban, particularmente, en los civiles que hubieran tomado las armas para defender su vida, su salud, sus seres queridos, sus medios de subsistencia, en el contexto de un ataque que violara las leyes y condiciones de la guerra, y deseaban garantizar que, en caso de que cayeran en poder del enemigo, esos civiles no fueran objeto de ejecuciones sumarias, sino que fueran tratados de conformidad con las disposiciones o, al menos, los principios humanitarios del Convenio. Se examinaron detenidamente numerosas soluciones para satisfacer ese deseo, pero, al final, la mayoría de los miembros de la Comisión llegaron a la conclusión de que sería difícil adoptar la propuesta sin correr el peligro de debilitar, indirectamente, la protección conferida a las personas que pertenecen a las diversas categorías estipuladas en el artículo 3 [CG III, art. 4]. Una delegación señaló, en particular, que aceptar esa ampliación sería equivalente a rechazar los principios comúnmente aceptados en La Haya y reconocidos en el Convenio relativo a los prisioneros de guerra. En opinión de esta delegación, era fundamental que la guerra, incluso la guerra ilícita, estuviera regida por esos principios. Sin embargo, otra delegación solicitó que en las Actas resumidas

²³ *Final Record*, vol. II A, p. 480.

²⁴ *Final Record*, vol. III, p. 63.

²⁵ *Final Record*, vol. II A, p. 481.

se mencionara que no se habían formulado objeciones, durante el debate en la Comisión Especial, contra su opinión de que el artículo 3 no debería interpretarse de modo tal que se prive a las personas a las que no sean aplicables las disposiciones del artículo 3 de sus derechos humanos o de su derecho de legítima defensa contra actos ilícitos."²⁶

En los debates en sesión plenaria sobre el artículo 5 del CG III (decisión por un tribunal competente en caso de duda), volvió a plantearse la cuestión de las personas que no reúnen las condiciones para ser calificadas como prisioneros de guerra, pero que participan en las hostilidades (es decir, los combatientes ilegales). El capitán Mouton (Países Bajos), al argumentar en favor de una decisión por un tribunal en lugar de la decisión por una "autoridad competente", sostuvo que esta última posición significaría, en la práctica, que "el comandante militar sobre el terreno decide si una persona que ha caído en su poder pertenece o no a las categorías establecidas en el artículo 3 [CG III]". (...) Significa que, si decide que en relación con la persona de que se trate no se aplica el artículo 3, será considerada como un francotirador, puesta contra el paredón y ejecutada inmediatamente". El señor Morosov (Unión Soviética) respondió: "¿Dónde está estipulado que las personas que no están protegidas por el artículo 3 deberían ser ejecutadas? No conozco ley alguna que establezca algo semejante y no conozco a nadie que desearía concebir una cláusula de esa naturaleza. Si una persona no es reconocida como prisionero de guerra según lo estipulado en el artículo 3, entonces recibiría la protección prevista en el Convenio relativo a las personas civiles". El delegado de los Países Bajos no aceptó este punto de vista: "No es cierto que las personas que no pertenecen al artículo 3 están automáticamente protegidas por otros Convenios. El Convenio sobre personas civiles, por ejemplo, sólo trata sobre civiles en determinadas circunstancias, como civiles en un territorio ocupado o civiles que viven en un país beligerante, pero lo que es seguro es que no protege a los civiles que toman las armas contra el adversario en el campo de batalla. Si esas personas no pertenecen a las categorías del artículo 3 y si caen en poder del adversario, corren el peligro de ser ejecutadas (...)"²⁷

En resumen, en los debates sobre el CG III, quedó registrada una declaración (Rusia) según la cual el CG IV se aplica automáticamente cuando no se reúnen las condiciones establecidas por el art. 4 del CG III. Los esfuerzos de la delegación danesa se centraron en garantizar una protección fundamental a los

²⁶ *Final Record*, vol. II A, p. 562. Las dos últimas frases del Informe a la Asamblea Plenaria, que hacen referencia a cuestiones distintas, pero que sin embargo fueron entremezcladas, dieron lugar a controversias en la Asamblea Plenaria. Véase el *Final Record*, vol. II B, p. 268.

²⁷ *Final Record*, vol. II B, pp. 271 y ss.

civiles que resistieran al agresor en el ejercicio de la legítima defensa, sin que el alzamiento llegara a reunir las condiciones de un levantamiento en masa. La delegación de los Países Bajos rechazó la opinión de la delegación rusa en cuanto a los civiles que toman las armas contra el adversario en el campo de batalla. Sin embargo, puede interpretarse que su declaración supone que los civiles que toman las armas contra el adversario en un territorio ocupado o en el territorio del adversario están protegidos por el CG IV.

Los debates relativos al CG IV deben examinarse teniendo en cuenta este telón de fondo. La historia de los debates sobre el proyecto del CG IV parece apoyar la posición de que los "combatientes ilegales" que reúnen los requisitos de nacionalidad establecidos en el correspondiente artículo 4 están protegidos, pero que la protección está sujeta a derogaciones. Algunas delegaciones sostuvieron que el CG IV no debería proteger a las personas que violen las leyes de la guerra, los saboteadores y los espías (que serían combatientes ilegales²⁸, aunque la expresión no se haya empleado en el *Final Record*)²⁹, mientras que otras disintieron de esa opinión³⁰. Como declaró el delegado australiano, "en el debate, se pusieron en evidencia dos líneas de pensamiento: la de las delegaciones que deseaban un Convenio más amplio y "flexible", y la de aquellas que querían un

²⁸ Según se ha establecido, el término "sabotaje", en un contexto militar, significa actos cometidos para dañar o destruir la infraestructura material del enemigo, las "líneas de comunicación" y las "instalaciones militares" (CG IV, artículos 64 y 68). Véase Rosenblad, *op. cit.* (nota 14), p. 109.

²⁹ *Commentary IV, op. cit.* (nota 12), p. 52, ("Algunos consideraron que el Convenio debería aplicarse sin excepción a todas las personas a que se refería, mientras que para otros resultaba obvio que las personas que hubieran violado las leyes de la guerra no tenían derecho a reclamar la protección prevista por ese instrumento. Esta discrepancia de opiniones, sin embargo, no se puso en evidencia [durante los debates preliminares], y el problema sólo se planteó después de la Conferencia de Estocolmo. Se planteó después, porque la Conferencia adoptó una definición de personas protegidas que incluía aquellas que hubieran cometido actos hostiles sin ser miembros de fuerzas armadas regulares.")

³⁰ Sr. Castberg (Noruega): "Naturalmente, los saboteadores no podrían acogerse a la protección estipulada en el Convenio relativo a los prisioneros de guerra; sin embargo, habría que protegerlos contra los tratos criminales y la tortura". El señor Söderholm (Suecia) y el señor Dahl (Dinamarca) compartieron esta opinión. El coronel Du Pasquier (Suiza) adoptó una posición algo ambigua al afirmar que "en relación con el estatuto jurídico de quienes violen las leyes de la guerra, el Convenio, obviamente, no protege a los criminales o a los saboteadores. Además, en el artículo 55 [art. 64 del CG IV] y siguientes se reconoce el principio de que una Potencia ocupante está autorizada a prever regulaciones penales para proteger a sus tropas. Por otra parte, en el artículo 29 [arts. 31 y 32 del CG IV] y siguientes se han determinado los límites de esa legislación penal y, en particular, se ha prohibido la tortura y la toma de rehenes". Estaba a favor de la formulación revisada del art. 3 que había redactado el Comité Internacional de la Cruz Roja [ique habría abarcado a los combatientes ilegales! Así pues, el delegado italiano, señor Maresca, al expresar su apoyo a la formulación del CICR, propuso que se añadiera una cláusula donde se estipulara que las personas protegidas tenían la obligación de no actuar de modo tal que violaran las leyes de la guerra.]. El general Schepers (Países Bajos) compartió la opinión de los delegados escandinavos (Comisión III (Civiles)), segunda reunión, 26-04-1949), *Final Record*, Vol. II A, pp. 621 y ss.

Convenio restringido"³¹. A fin de zanjar esta divergencia, la Comisión aprobó, como solución de avenencia, el proyecto de artículo 3 A (que se transformó en el art. 5 del CG IV). Según esta disposición, las personas que violan las leyes de la guerra, los saboteadores y los espías son "personas protegidas", pero en ciertas circunstancias los Estados pueden privar a esas personas de algunas de las protecciones previstas por el CG IV³². Esta solución conciliatoria fue finalmente adoptada de forma categórica por la Conferencia Diplomática³³.

Si la interpretación del proyecto inicial de artículo 4 del CG IV³⁴ que hizo el delegado británico³⁵ es correcta ("tal como está formulado actualmente, el artículo 3 significaría que las personas que no tengan derecho a recibir la protección prevista por el Convenio relativo a los prisioneros de guerra recibirían exactamente la misma protección que proporciona el Convenio sobre personas civiles, de modo que todas las personas que participen en las hostilidades estarían protegidas, que respeten las leyes de la guerra o no") y habida cuenta de que no se introdujeron modificaciones fundamentales al texto del proyecto, se puede sostener con razón que, al final, las delegaciones aceptaron que el CG IV es aplicable a los combatientes ilegales si reúnen las condiciones estipuladas en el artículo 4. El propósito de conceder a esas personas una protección en cierta medida

³¹ *Final Record*, vol. II A, p. 622.

³² Véase *Final Record*, vol II A, p. 796; Comentarios relativos al proyecto de Convenio, ibíd., p. 814: "La guerra moderna no se libra únicamente en el campo de batalla; también se infiltra en la vida interna de los beligerantes; los agentes secretos del enemigo penetran en los mecanismos internos de la máquina de guerra, sea para espiarlos sea para dañarlos [...] Por ello, numerosas delegaciones han temido que, so capa de la protección que asigna nuestro convenio, los espías, los saboteadores u otras personas peligrosas para el Estado puedan abusar de los derechos que ese instrumento les confiere. Las delegaciones han considerado que es su obligación evitar que las garantías del Convenio se utilicen para efectuar actividades subrepticias. Así se planteó la idea de que el Convenio debería restringirse en cierta medida por lo que atañe a las personas que constituyen una amenaza encubierta contra la seguridad del Estado. Habida cuenta de la dificultad con que se tropieza para descubrir esas actividades clandestinas, la intención es dejar que el Estado adopte libremente las propias medidas de defensa, sin que el Convenio le imponga más obligaciones que la de garantizar un trato humano y lícito. Sobre la base de estas consideraciones se redactó el artículo 3 A [art. 5 del CG IV] (...)".

³³ *Final Record*, vol. II B, pp. 377, 384: 31 votos a favor, 9 abstenciones (CG IV, art. 4); 25 votos a favor, 9 en contra, 6 abstenciones (CG IV, art. 5).

³⁴ Brigadier Page (Reino Unido), Comisión III (Civiles), segunda reunión, 26-4-1949, *Final Record*, vol. II A, p. 621.

³⁵ "Son personas protegidas por este Convenio aquellas que, en un momento dado y en las circunstancias de que se trate, se encuentren, en el caso de un conflicto o de una ocupación, en poder de una Potencia de la que no son súbditas; (...) El ámbito de aplicación de las disposiciones del Título II es, sin embargo, más amplio, como se estipula en el artículo 2. Las personas que están sujetas a otros convenios internacionales, como prisioneros de guerra, heridos y enfermos, miembros del personal sanitario, siguen estando protegidas por dichos convenios." Artículo 3, *Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims*, textos aprobados y enmendados por la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1948, pp. 114-115.

reducida se realiza mediante el artículo 5, que fue incorporado más tarde y que autoriza derogaciones para categorías de personas a las que se suele llamar combatientes ilegales. En pocas palabras, la historia de la redacción del proyecto del CG IV, en particular la declaración del Reino Unido citada más arriba, fundamenta la conclusión de que ese instrumento se aplica a los combatientes ilegales y que la extensión de esa aplicación está supeditada a las limitaciones especificadas en el artículo 5. La historia de los debates sobre el proyecto en su conjunto, especialmente los debates sobre los CG III y IV, pone de manifiesto que la cuestión de las personas que no reúnen las condiciones para ser calificadas como prisioneros de guerra, pero que participan en las hostilidades, era, en esa época, controvertida. A pesar del texto aprobado del artículo 4, no existe indicación alguna de que hubiera consenso general en lo que respecta a la idea de que el CG IV no debería abarcar a los "combatientes ilegales". El ámbito de aplicación personal extendido de ese instrumento fue finalmente aceptado por la Conferencia Diplomática, a pesar de las dudas manifestadas. El resultado de este proceso fue la incorporación del artículo 5.

Textos jurídicos

En los textos jurídicos, se han expresado opiniones divergentes acerca de la aplicabilidad del CG IV a los combatientes ilegales. Sin duda, numerosos autores comparten nuestro punto de vista de que el CG IV se aplica a los combatientes ilegales si éstos reúnen los requisitos de nacionalidad³⁶. Baxter claramente limita

³⁶ K. Ipsen, en D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995, p. 301; H. McCoubrey, *International Humanitarian Law: Modern Developments in the Limitation of Warfare*, Dartmouth, Aldershot, segunda edición, 1998; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruselas, segunda edición, 1999, pp. 397 y ss.; Bothe, Partsch y Solf, *op. cit.* (nota 17), pp. 261 y ss.; Aldrich, *op. cit.* (nota 7), p. 893, nota al pie 12; G.I.A.D. Draper, "The status of combatants and the question of guerrilla warfare", *British Yearbook of International Law*, 1971, p. 197 (reconoce la aplicabilidad del CG IV a las personas que no reúnen las condiciones determinadas en el art. 4 del CG III, pero que participan en las hostilidades en territorio del enemigo o en territorio ocupado, dentro de los límites establecidos en el art. 5 del CG IV); Rosenblad, *op. cit.* (nota 14), p. 98 (reconoce la aplicabilidad del CG IV a los miembros de movimientos de resistencia organizados que no llenan las condiciones del art. 4 del CG III, dentro de los límites establecidos en el art. 5 del CG IV); Kalshoven, *op. cit.* (nota 15), p. 71 (reconoce la aplicabilidad del CG IV a personas que no llenan las condiciones del art. 4 del CG III, pero que participan en las hostilidades en territorio del enemigo o en territorios ocupados. En situaciones diferentes de enfrentamientos en territorio del enemigo o en territorios ocupados, "el combatiente de la guerrilla que caiga en poder del enemigo no recibirá la protección que se asigna a las personas protegidas en territorios ocupados. No obstante, se propone que ese combatiente no quede despojado de toda protección. El principio estipulado en el art. 3 en relación con los conflictos armados sin carácter internacional establece un requisito mínimo, por debajo del cual tampoco deberían situarse los beligerantes en otras situaciones (...). En mi opinión, el argumento más sólido para defender esta posición reside en el elemento de la nacionalidad extranjera del combatiente y, por ende, en la lealtad a la Parte opuesta a la que lo tiene en su poder").

el ámbito de aplicación del CG IV a los combatientes ilegales que operan en territorios ocupados³⁷. El hecho de que no considere que la protección de ese instrumento también rige para los combatientes ilegales que operan en los territorios de las partes en conflicto (Título III, Sección I) y en el territorio del enemigo (Título III, Sección II) no es coherente, dado que la definición de personas protegidas es la misma en cada caso. A pesar de que el texto del CG IV contiene indicaciones claras en este aspecto, algunos comentaristas jurídicos no reconocen en absoluto la aplicabilidad del CG IV a los combatientes ilegales³⁸. Sin embargo, no exponen razonamiento jurídico alguno que fundamente su posición. Afirman que el CG IV no es aplicable a los combatientes ilegales, pero no proporcionan ningún análisis del artículo 4 de ese instrumento. Cuando estos autores hacen referencia a la jurisprudencia (en particular a *ex parte* Quirin)³⁹, se trata de jurisprudencia anterior al CG IV. Si tan sólo se tiene en cuenta que la cuestión no estaba reglamentada específicamente en ningún instrumento de derecho internacional humanitario antes de la aprobación del CG IV, este enfoque es algo discutible. La jurisprudencia más reciente adopta una posición bastante diferente. En el asunto Delalic, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) consideró que:

"271. [...] Si una persona no tiene derecho a recibir las protecciones estipuladas en el III Convenio en calidad de prisionero de guerra (o en el Convenio I o II), se aplica necesariamente el IV Convenio, *a condición de que reúna los requisitos establecidos en el correspondiente artículo 4*"⁴⁰.

En 1949, cuando se aprobó el CG IV, se conocían los problemas relacionados con los combatientes ilegales (véanse los debates que tuvieron lugar durante la Conferencia). Por ello, en nuestra opinión, es prácticamente indefendible el argumento de que los combatientes ilegales fueron excluidos del ámbito de aplicación del CG IV, a pesar de los términos más bien generales en que está redactado el artículo 4. Lo mismo podría decirse de la afirmación de que existe

³⁷ R.R. Baxter, "So-called 'unprivileged belligerency': Spies, guerrillas, and saboteurs", *British Yearbook of International Law*, 1951, pp. 328 y ss.; R.R. Baxter, "The duties of combatants and the conduct of hostilities (Law of The Hague)", in Henry Dunant y UNESCO (ed.), *International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1988, pp. 105 y ss.

³⁸ Por ejemplo, I. Detter, *The Law of War*, Cambridge University Press, 2000, p. 136; R.K. Goldmann/B.D. Tittmore, "Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: Their status and rights under international humanitarian and human rights law", en <http://asil.org/taskforce/goldman.pdf>, p. 38; C. Greenwood, "International law and the 'war against terrorism'", *International Affairs* 2002, p. 316; Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *op. cit.* (nota 5), párr. 74.

³⁹ 317 U.S. 1, 63 S.Ct.2 (1942).

⁴⁰ TPIY, Juicio, *El fiscal c/Delalic et al.*, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 271.

paralelamente un derecho internacional consuetudinario que de forma general se aplica a los combatientes ilegales y que constituiría una suerte de *lex specialis* (el Manual de Estados Unidos, citado más arriba, no sería conforme con esa norma de derecho internacional consuetudinario). En este sentido, debería asimismo recordarse que quienes elaboraron el proyecto del P I evidentemente entendían que el ámbito de aplicación del CG IV incluía, al menos, ciertos tipos de combatientes ilegales.

Principales protecciones previstas por el CG IV para los combatientes ilegales

En lo que respecta al trato de las personas protegidas, el CG IV dispone varios tipos de protección en función de la situación de estas personas en poder de otra Parte o Potencia. En el Título III del mencionado instrumento, se define el ámbito de protección material de las personas protegidas según lo estipulado en el artículo 4 del CG IV. La Sección I del Título III contiene disposiciones comunes a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados, que incluyen:

normas sobre trato humano; protección especial de las mujeres; no discriminación; prohibición de la utilización de las personas protegidas como escudos humanos; prohibición de la coacción, los castigos corporales, la tortura, etc.; responsabilidad individual; y prohibición de los castigos colectivos, el pillaje, las represalias y la toma de rehenes.

En la siguiente Sección, se establecen disposiciones específicas sobre el trato debido a los extranjeros en el territorio de una parte en conflicto (Sección II), entre las que figuran:

el derecho a salir del territorio; el trato debido a las personas detenidas; el derecho a recibir socorros individuales o colectivos, así como atención médica, y a practicar su religión; trabajo remunerado; medidas de control, es decir, residencia forzosa e internamiento y el correspondiente procedimiento; y traslado a otra Potencia.

La Sección III, relativa a las personas protegidas en territorios ocupados, contiene normas sobre:

deportación y traslados; niños; trabajo; víveres y suministros médicos para la población; higiene y sanidad pública; socorros; legislación penal; procedimientos penales; trato debido a los detenidos; y medidas de seguridad.

En la Sección IV, sobre el trato debido a los internados, se incluyen normas relativas *inter alia* a:

lugares de internamiento; alimentación y vestimenta; higiene y asistencia médica; religión, actividades intelectuales y físicas; propiedad personal y recursos financieros; administración y disciplina; relaciones con el exterior; sanciones penales y disciplinarias; traslado de los internados; fallecimientos; liberación, repatriación y hospitalización en países neutrales.

En el artículo 79, Sección IV, se estipula que las personas protegidas no podrán ser internadas, excepto de conformidad con las disposiciones de los artículos 41, 42, 43 (extranjeros en el territorio de una parte en el conflicto) y artículos 68 y 78 (personas protegidas en territorios ocupados).

Dado que los combatientes ilegales reciben la protección del CG IV si reúnen los requisitos de nacionalidad establecidos en el artículo 4, las formas de protección que citamos más arriba también son aplicables a ellos. Además de las protecciones generales dispuestas en el Título III, Sección I, aplicable a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados, se determinan protecciones específicas para los combatientes ilegales que actúen en territorios ocupados y para los que lo hagan en territorios del adversario. No obstante, puede haber derogaciones a estas protecciones en virtud del artículo 5 del CG IV (véase más adelante).

El hecho de que en el CG IV sólo se incluyan diferentes protecciones *específicas* en favor de los extranjeros en el territorio de una parte adversaria en el conflicto y de las personas en un territorio ocupado, y que estén, en ambos casos, en poder de la parte adversa, puede haber llevado a algunos expertos a la conclusión de que la situación de los combatientes ilegales que están en la zona de las operaciones militares (en el frente o en el campo de batalla en el propio país, que no está ocupado) no fue tomada en consideración cuando se elaboró el proyecto del CG IV y, en particular, los artículos 4 y 5⁴¹.

Sin embargo, si se acepta la interpretación del artículo 6 del CG IV propuesta en el Comentario editado por J.S. Pictet, sería difícil defender ese punto de vista:

"Se desprende de ello que el término "ocupación", tal como se emplea en el artículo, tiene un significado más amplio que el que tiene en el artículo 42 del Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya de 1907. En lo que concierne a las personas, la aplicación del IV Convenio de Ginebra no depende de la existencia de un estado de ocupación en el sentido del artículo 42

⁴¹ Véase A. Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1976, p. 411; Baxter, "Unprivileged belligerency", *op. cit.* (nota 37), pp. 329 y ss.

mencionado más arriba. Las relaciones entre la población civil de un territorio y las tropas que avancen en ese territorio, en una situación de combate o no, están regidas por el presente Convenio. No existe un periodo intermedio entre lo que podría llamarse la etapa de invasión y el comienzo de un régimen estable de ocupación. Incluso una patrulla que ingresa en un territorio del enemigo sin la intención de quedarse allí debe respetar los Convenios en relación con los civiles que encuentre en su camino (...). El Convenio es absolutamente categórico en este aspecto: todas las personas que estén en poder de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas son personas protegidas. No hay lagunas".

Según esta interpretación, toda persona que reúna los requisitos de nacionalidad enunciados más arriba y que sea capturada mientras las fuerzas armadas enemigas estén presentes (desde el momento de la invasión hasta el retiro de las tropas) estaría protegida por las disposiciones del CG IV (Título III, Secciones I, III y IV).

No obstante, esta interpretación del concepto de ocupación no está universalmente aceptada. Por ejemplo, el Manual Militar alemán afirma: "La expresión 'territorios ocupados' no abarca las zonas de batalla, es decir las zonas donde siguen desarrollándose combates y donde no se ha instaurado una autoridad permanente de la Potencia ocupante (zona de invasión, zona de retiro)". En el comentario sobre esa disposición del manual se explica, además: "El derecho de la ocupación no es aplicable hasta tanto las fuerzas armadas que han invadido un país no hayan establecido un control real de cierto territorio (luego de la invasión) y deja de ser aplicable cuando las fuerzas armadas ya no tienen ese control (luego del retiro). Las normas fueron concebidas para ser aplicadas en situaciones estables"⁴². Del mismo modo, la distinción propuesta por Draper, Baxter y Kalshoven⁴³ puede resultar significativa sólo si se entiende de manera diferente el concepto de ocupación. Para ellos, probablemente éste implique un control mínimo del territorio durante cierto tiempo por la parte adversa.

Como consecuencia de esta interpretación, las personas que reúnan los requisitos de nacionalidad antes expuestos y que se encuentren en poder del enemigo en zonas de batalla donde no se ha establecido control real alguno, no es-

⁴² H.P. Gasser, *in* Fleck (ed.), *op. cit.* (nota 36), p. 528.

⁴³ Véanse notas al pie 30 y 31.

tarían protegidas por las disposiciones del Título III, Secciones III y IV del CG IV. Recibirían la protección de las disposiciones del Título II del CG IV, más bien generales⁴⁴ y de la Sección I, Parte III⁴⁵.

¿Pero qué protección recibirían si fueran llevadas de la zona de batalla al territorio del enemigo o a un territorio ocupado, o si la zona de batalla misma se convierte en un territorio ocupado (es decir, si las tropas extranjeras establecen allí un control real)? ¿Es importante el hecho de que estas personas no estuvieran en el territorio del enemigo o en el territorio ocupado cuando fueron capturadas? La respuesta normal a esta pregunta posiblemente es que debería aplicarse el derecho aplicable al lugar donde las personas están detenidas, es decir:

- Título III, Secciones I, II y IV, del CG IV para las personas que son trasladadas a territorio ocupado;
- Título III, Secciones I, II y IV, del CG IV para las personas que son trasladadas a territorio del enemigo.

La generalidad de los términos en que está redactado el artículo 4 del CG IV permite esa interpretación, al especificar que el Convenio "protege 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

44 Disposiciones sobre:

- la designación de zonas y localidades sanitarias y de seguridad, así como de zonas neutralizadas;
- la concertación de acuerdos para la evacuación de categorías de personas especialmente vulnerables;
- la protección de hospitales civiles;
- la protección del personal sanitario;
- la protección de los medios de transporte terrestres, marítimos y aéreos de civiles heridos y enfermos y de otras categorías de personas especialmente vulnerables;
- el libre paso de los envíos de socorros;
- la protección especial de los niños;
- la autorización de intercambiar noticias familiares; y
- las facilidades que deben darse para la búsqueda de personas desaparecidas.

A los efectos de este artículo, estas disposiciones no son relevantes porque no reglamentan el trato, la detención o el enjuiciamiento de las personas protegidas.

45 Además, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, cuya aplicación es reconocida en todo tipo de conflicto armado como asunto de derecho internacional consuetudinario (véase la Corte Internacional de Justicia en *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ, Compilación de 1986, (p. 114, párr. 218) también sería aplicable, al igual que otras garantías fundamentales, que se analizan más abajo.

ocupante"⁴⁶. Se puede sostener nuestro punto de vista recurriendo al Comentario editado por Pictet, donde se afirma: "El artículo se refiere tanto a las personas que estaban en el territorio antes del desencadenamiento de la guerra (o del comienzo de la ocupación) como a aquellas que se dirigen a ese territorio o se encuentran en él como resultado de circunstancias diversas: viajeros, turistas, personas que han naufragado e incluso, a veces, espías o saboteadores"⁴⁷.

No obstante, los autores que comparten el punto de vista de que el CG IV es aplicable a los combatientes ilegales en territorios ocupados o en territorio del enemigo, no avanzan en esta línea de pensamiento. Al parecer, limitan las protecciones específicas del CG IV a los combatientes ilegales que están operando en territorios ocupados o en territorio del enemigo en el momento en que son capturados⁴⁸. En palabras de Draper: "Si están *operando sea en territorios ocupados sea en territorios del enemigo*, su situación no es en absoluto clara y la protección que han de recibir es especulativa"⁴⁹.

Si se comparte este punto de vista, debería quedar absolutamente claro que, al menos, el artículo 75 del P I y el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, como derecho internacional consuetudinario, proporcionan una protección fundamental.

⁴⁶ En el asunto Rajic, (Revista de la Acusación, *Fiscal c/ Ivica Rajic*, IT-95-12-R61, párrafos 35-37), el TPIY sostuvo que: "En el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre los Convenios de Ginebra, se propone que la definición de persona protegida sea interpretada de manera amplia. En el Comentario se afirma que la finalidad de las expresiones "en cualquier momento y de la manera que sea" es garantizar que todas las situaciones y todos los casos queden contemplados", Comité Internacional de la Cruz Roja, *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* 47 (Ginebra, 1958) (...) En la pág. 47, añade que la expresión "en poder de" está empleada en un sentido muy general.

No se trata de una mera cuestión de estar directamente en poder del enemigo, como un prisionero. Para decirlo de otro modo, la expresión "en poder de" no debe interpretarse necesariamente en un sentido físico; significa, simplemente, que la persona se encuentra en un territorio que está bajo el control de la Potencia en cuestión".

⁴⁷ *Commentary IV, op. cit.* (nota 12), p. 47.

⁴⁸ Draper, *op. cit.* (nota 36), p. 197; Baxter, "Unprivileged belligerency", *op. cit.* (nota 37), pp 328 y 343 y ss.; Baxter, "Duties of combatants", *op. cit.* (nota 37), pp. 105 y ss.; Kalshoven, *op. cit.* (nota 15), pp. 70 y ss., 73; Rosas, *op. cit.* (nota 41), pp. 411 y ss. En una de sus publicaciones, el CICR también ha sostenido ese punto de vista, que podría llevar a la misma interpretación: "...así, por ejemplo, los guerrilleros que no reúnen estas condiciones [las del artículo 4 del CG III] y operan en territorio ocupado están protegidos por el CG IV", *Reglas aplicables en la guerrilla*, Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra, 24 de mayo-12 de junio de 1971, Documentación presentada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, enero de 1971, p. 21.

⁴⁹ Draper, *op. cit.* (nota 36), p. 197.

Derogaciones

Los derechos y privilegios definidos, en particular, en el Título III del CG IV no son absolutos. El artículo 5 del CG IV establece derogaciones en circunstancias específicas:

"Si, en el territorio de una Parte en conflicto, ésta tiene serias razones para considerar que *una persona protegida por el presente Convenio resulta fundamentalmente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado, o si se demuestra que se dedica, de hecho, a dichas actividades*, tal persona no podrá ampararse en los derechos y privilegios conferidos por el presente Convenio que, de aplicarse en su favor, *podrían causar perjuicio a la seguridad del Estado*.

Si, en un territorio ocupado, una *persona protegida por el Convenio es capturada por espía o sabotadora, o porque se sospecha fundamentalmente que se dedica a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante*, dicha persona podrá quedar privada de los derechos de comunicación previstos en el presente Convenio, en los casos en que la seguridad militar lo requiera indispensablemente.

Sin embargo, en cada uno de estos casos, tales personas siempre serán tratadas con humanidad y, en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el presente Convenio. Recobrarán, asimismo, el beneficio de todos los derechos y privilegios de persona protegida, en el sentido del presente Convenio, en la fecha más próxima posible, habida cuenta de la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante, según los casos." (el subrayado es nuestro)

Es posible interpretar que este artículo es aplicable, en particular, a personas que participan directamente en las hostilidades sin reunir las condiciones estipuladas en los CG I-III, es decir a las personas que se denominan "combatientes ilegales"⁵⁰. Como señalamos más arriba, los conceptos de "actividades perjudiciales para la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante" y de "sabotaje"⁵¹ sin duda abarcan la participación directa en las hostilidades (de personas que no están autorizadas a hacerlo).

⁵⁰ Véase Kalshoven, *op. cit.* (nota 15), p. 72, en relación con los combatientes de la guerrilla, a los que define como personas (que participan directamente en las hostilidades) que no son consideradas prisioneros de guerra, *ibíd.*, pp. 65, 69.

⁵¹ Véanse referencias en la nota 10.

El artículo 5 establece la siguiente distinción:

- en el territorio de una parte en conflicto, esas personas no tienen derecho a reclamar los derechos y privilegios estipulados en el CG IV, pues, de ser ejercidos en favor de ellas, podrían ser perjudiciales para la seguridad del Estado⁵²;
- en territorios ocupados, se considera que, en los casos en que la seguridad militar lo requiera indispensablemente, esas personas quedarán privadas de los derechos de comunicación previstos en el CG IV.

Además de los problemas de interpretación que conllevan expresiones como "se sospecha fundadamente"⁵³, "actividades perjudiciales para la seguridad del Estado", "en los casos en que la seguridad militar lo requiera indispensablemente", el significado del artículo 5 (2), que da derecho a derogar sólo las provisiones relativas a la comunicación, se vuelve algo oscuro en el tercer párrafo, según el cual "en cada uno de estos casos" (es decir tanto en las situaciones referidas en el párrafo 1 como en las referidas en el párrafo 2) las personas protegidas "serán [sin embargo] tratadas con humanidad y, en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el presente Convenio"⁵⁴. Si sólo pueden derogarse las disposiciones relativas a la comunicación, ¿por qué se necesita establecer los derechos a un trato humano y a un proceso equitativo como protecciones fundamentales?⁵⁵

⁵² En cuanto a las posibles derogaciones establecidas en el párrafo 1, en *Commentary IV, op. cit.* (nota 12), p. 55, se señala lo siguiente: "Esos derechos a los que se hace referencia no son muy extensivos, en el caso de las personas protegidas detenidas son bastante limitados; consisten, esencialmente, en el derecho a intercambiar correspondencia, el derecho a recibir socorros individuales o colectivos, el derecho a recibir asistencia espiritual de ministros de su credo y el derecho a ser visitados por representantes de la Potencia protectora o del Comité Internacional de la Cruz Roja. Es razonable suponer que no se puede recurrir al argumento de la seguridad del Estado para privar a esas personas del beneficio de otras disposiciones, por ejemplo la del artículo 37, según el cual esas personas deben ser tratadas con humanidad cuando estén en detención preventiva o cumpliendo un castigo de privación de libertad; o la del artículo 38, según el cual podrán recibir tratamiento médico si su estado de salud lo requiere. Además, sería realmente inhumano impedir que un capellán visite a una persona detenida que se encuentra gravemente enferma. La tortura y el recurso a las represalias están, obviamente, prohibidos. Cabe señalar, por otra parte, que esta disposición no dispensa a la Potencia detenedora de sus obligaciones respecto de la parte adversa. Ésta sigue estando plenamente vinculada por la obligación que le impone el artículo 136 de transmitir a la oficina oficial de información datos relativos a las personas protegidas que estén en su poder por más de dos semanas. En realidad, éste no es un derecho o un privilegio de la persona protegida, sino una obligación de la Potencia detenedora".

⁵³ En lo que respecta a la sospecha, es importante subrayar que "no se puede considerar sospechosa a una categoría de personas en su conjunto; no pueden tomarse medidas colectivas en virtud de este artículo; deben existir fundamentos que justifiquen la acción en cada caso individual", *Commentary IV, op. cit.* (nota 12), p. 55. Véase también *Final Record*, vol. II A, p. 815 (Informe de la Comisión III a la Asamblea Plenaria).

⁵⁴ Rosas, *op. cit.* (nota 41), p. 412.

⁵⁵ Véase el debate que tuvo lugar en la Conferencia entre los representantes de la URSS y los del Reino Unido, *Final Record*, vol. II B, pp. 379 y ss.

Las dos categorías de protecciones no derogables incluyen: el derecho a un "trato humano", como se lo define en los artículos 27 y 37 y, por consiguiente, la prohibición de la tortura y de los malos tratos⁵⁶, así como los derechos a un proceso equitativo que figuran en los artículos 71-76⁵⁷, que son aplicables, en caso de diligencias judiciales, a los internados que estén en territorios no ocupados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 126⁵⁸.

Garantías fundamentales dimanantes del derecho internacional consuetudinario

Como hemos visto, la protección de los combatientes ilegales prevista en el CG IV depende de si reúnen los requisitos de nacionalidad determinados en el artículo 4. Resta saber hasta qué punto las protecciones del CG IV están complementadas por otras normas de derecho internacional y en qué medida esas normas son aplicables a los combatientes ilegales que no reúnen los mencionados requisitos.

Las garantías fundamentales aplicables a todas las personas en poder de una parte en conflicto están definidas, actualmente, en el artículo 75 del P I. El ámbito de aplicación correspondiente está definido del siguiente modo:

"Cuando se encuentren en una de las situaciones a que hace referencia el artículo 1 del presente Protocolo, las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias,

⁵⁶ Art.32, CG IV. Véase también el *Final Record*, Vol. II A, p. 815 (Informe de la Comisión III a la Asamblea Plenaria): "El tercer párrafo define lo que los dos primeros expresan más bien vagamente. Confirma las obligaciones del Estado en lo que respecta al trato humano y los procedimientos penales correctos; no debilita en absoluto la vehemencia de la prohibición de la tortura o de los tratos brutales". Véanse también los fallos del TPIY en el asunto Delalic, que fueron adoptados "a fin de determinar la esencia del delito de trato inhumano [de conformidad con los Convenios de Ginebra], la terminología debe entenderse en el contexto de las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales". El Tribunal tomó en consideración la prohibición de los tratos inhumanos en el contexto del art.12, II CG; arts.13, 20 y 46, CG III; arts. 27 y 32, CG IV; art. 3 común I-CG IV; art. 75, P I; y arts. 4 y 7, P II; de conformidad con estos artículos las personas protegidas "deben ser tratadas con humanidad". Toda conducta que se oponga al comportamiento prescrito en estas disposiciones será considerada como trato inhumano.

⁵⁷ *Commentary IV, op. cit.* (nota 12), p. 58.

⁵⁸ *Ibid.*, art.126, p. 497; Kalshoven, *op. cit.* (nota 15), p. 72. De otro modo, se tomaría como base el artículo 3 común, *Commentary IV, op. cit.* (nota 12), artículo 5, p. 58.

las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos. Cada Parte respetará la persona, el honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas esas personas."

Este artículo garantiza claramente que ninguna persona en poder de una parte en un conflicto armado internacional quede fuera de la protección del derecho internacional humanitario⁵⁹. Define los criterios fundamentales aplicables a todas las personas y, de ese modo, aumenta la protección existente, por ejemplo en las situaciones a que se hace referencia en el artículo 5 del CG IV. Como hemos señalado más arriba, en el artículo 45 (3) del P I se reconoce explícitamente la aplicación del artículo 75 a los combatientes ilegales.

El mencionado artículo 45⁶⁰ no sólo contiene una confirmación implícita de nuestra interpretación del ámbito personal de aplicación del CG IV, sino que, por lo que respecta al artículo 75 del P I, completa la protección debida a los combatientes ilegales. Esto se realiza de dos maneras:

En primer lugar, el artículo 45 (3), junto con el artículo 75, proporciona una protección fundamental a los combatientes ilegales que no están protegidos por el CG IV porque no reúnen los requisitos de nacionalidad estipulados en el artículo 4 del CG IV y, si se sigue la interpretación defendida por Baxter, Draper y Kalshoven, a quienes caen en poder del enemigo cuando se encuentran en el campo de batalla⁶¹. Antes, estos tipos de combatientes ilegales estaban protegidos solamente en virtud del artículo 3 común, que es considerado parte del derecho internacional consuetudinario, o de la cláusula de Martens.

En segundo lugar, por lo que atañe a los combatientes ilegales que están protegidos por el CG IV, completa esa protección estableciendo garantías fundamentales que deben ser respetadas en todas las circunstancias. Más específicamente:

⁵⁹ Véase la declaración del CICR en la Conferencia Diplomática de 1974-1977, CDDH/III/SR.43, OR vol. XV, pp. 25 y ss.; Finlandia, *ibíd.*, p. 27, Bélgica, *ibíd.*, p. 31, Santa Sede, *ibíd.*, p. 34.

⁶⁰ Este párrafo no abarca a los combatientes a quienes se deniega el estatuto de prisionero de guerra por aplicación del párrafo 4 del artículo 44 (es decir los miembros de las fuerzas armadas que no cumplen las exigencias fundamentales de distinción). En realidad, éstos siguen estando dentro del ámbito de las garantías procesales del III Convenio, mientras que la disposición de que se trata aquí concierne a las personas a las que se deniegan esas garantías.

⁶¹ Véase también el Comentario del CICR sobre el proyecto de Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (octubre de 1973), en particular sobre el proyecto de artículo 65 [artículo 75 del P I]: "El propósito de este proyecto es rectificar una omisión en el derecho convencional existente; por un lado, las personas que no están protegidas por los Convenios I-III no están siempre necesariamente protegidas por el IV Convenio, como demuestra el artículo 4 de este instrumento; por otro lado, el artículo 5 del IV Convenio relativo a las derogaciones es más bien difícil de interpretar y parece restringir indebidamente los derechos de las personas protegidas", pp. 81 y ss.

1) En lo que respecta a los combatientes ilegales que están en poder del enemigo en territorio de éste, el artículo 75 del P I garantiza específicamente que se respeten diversas garantías judiciales (párr.4). Antes de la aprobación del P I, esto sólo era posible en virtud del artículo 3 común, como parte del derecho internacional consuetudinario⁶², o del artículo 126 del CG IV⁶³. Además, en el artículo 75 del P I se estipulan otras protecciones en relación con el trato (párrafos 1 y 2) y con la detención, la prisión y el internamiento (párr. 3), que, en ciertos casos, mejoran la protección que contienen las Secciones I, II y IV del Título III del CG IV.

2) En lo que respecta a los combatientes ilegales que están en poder del enemigo en un territorio ocupado, el artículo 75 del P I añade otras garantías judiciales, como la presunción de inocencia. Se complementan las protecciones relativas al trato, a la detención, a la prisión y al internamiento. Además, el artículo 45 (3) del P I restringe las posibilidades de derogación establecidas en el artículo 5 del CG IV.

Bothe, Partsch y Solf, en su comentario sobre el P I, comparten en gran medida esta interpretación:

"De conformidad con el párrafo 3, las salvaguardias y protecciones del artículo 75 se aplican a todas las personas que hayan participado en las hostilidades, pero que no tengan derecho a recibir el estatuto o el trato de prisionero de guerra, y que no reúnan las condiciones para recibir un trato más favorable en virtud del IV Convenio. Esta categoría de personas abarca: miembros de las fuerzas armadas que pierden el derecho a recibir el estatuto y el trato de prisionero de guerra [por ejemplo, los espías, según el artículo 46 del P I, o los combatientes que no se distinguen de la población civil, según exige el artículo 44 (3) del P I], nacionales de Estados que no son Partes en el IV Convenio, nacionales de la Potencia detenedora, y nacionales de un Estado neutral o cobeligerante con el que la Potencia detenedora mantiene relaciones diplomáticas normales [véanse las exclusiones fundadas en la nacionalidad, en el artículo 4 del CG IV], los espías y los mercenarios. Sin perjuicio de las derogaciones permitidas en el artículo 5 del IV Convenio, en este párrafo también considera las protecciones establecidas en el artículo 75 como criterios humanitarios fundamentales aplicables a los civiles protegidos por el

⁶² "A este respecto, se prohíben en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas (...) d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables (...)".

⁶³ "Se aplicarán, por analogía, los artículos del 71 al 76, ambos incluidos, a las diligencias judiciales contra internados que estén en el territorio nacional de la Potencia detenedora."

IV Convenio que participan directamente en las hostilidades en el territorio de una parte en conflicto o en cualquier otra zona que no sea un territorio ocupado. En territorios ocupados, prácticamente neutraliza las derogaciones permitidas en el artículo 5 del cuarto Convenio, excepto para las personas detenidas por espías."⁶⁴

Véase también el Comentario del CICR sobre el artículo 45 del P I:

"En principio, en un conflicto armado de carácter internacional, *una persona de nacionalidad enemiga que no tenga derecho al estatuto de prisionero de guerra es una persona civil protegida por el IV Convenio, de manera que la protección no tiene lagunas*. Sin embargo, *las cosas no son tan sencillas en el marco de los conflictos armados a los que se refiere el párrafo 4 del artículo 1 (Principios generales y ámbito de aplicación), ya que los adversarios pueden ser de la misma nacionalidad. Además, la noción de ocupación puede a menudo fluctuar en las operaciones de guerrilla, dado que ninguna frontera jurídica fija delimita las regiones en poder de uno y otro bando, lo cual puede dar lugar a dificultades técnicas insuperables relacionadas con la aplicación de algunas disposiciones del IV Convenio*. Esta es una de las razones por las que el presente párrafo dispone que, a falta de un trato más favorable según el IV Convenio, el inculcado tiene derecho en todo momento a la protección del artículo 75 del Protocolo (*Garantías fundamentales*). Esta norma se confirma, por lo demás, en el párrafo 7, apartado b, de dicho artículo 75. Pero puede también suceder que el inculcado, sin que se le deniegue el beneficio del IV Convenio, caiga en el ámbito del artículo 5 de éste, en el que se estipulan importantes suspensiones de derechos. En tal caso, las garantías del artículo 75 (*Garantías fundamentales*) se mantienen en su integridad. Por último, éstas se le reconocen igualmente al interesado cuando el IV Convenio le es íntegramente aplicable, siempre que el trato resultante le sea más favorable, independientemente de que los delitos de los que se le acusa constituyan o no infracciones graves a los Convenios o al Protocolo (artículo 75 – *Garantías fundamentales*, párrafo 7, apartado b). Lo mismo se aplica, por ejemplo, a los extranjeros en el territorio de una parte en el conflicto que hayan tomado parte en las hostilidades contra esta parte, ya que el IV Convenio no indica las garantías judiciales que deben otorgárseles."⁶⁵ (El subrayado es nuestro.)

⁶⁴ Bothe, Partsch y Solf, *op. cit.* (nota 17), pp. 261 y ss.

⁶⁵ Comentario sobre el artículo 45, en *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, CICR, Plaza & Janés Editores, Bogotá, 2000, apart. 1761. Véase también el comentario sobre el artículo 51, en *ibid.*, apart.1942.

Las protecciones previstas en el artículo 75 del P I ahora forman parte del derecho internacional consuetudinario⁶⁶. La mayor parte de los autores que parecen no reconocer la aplicabilidad del CG IV a los combatientes ilegales comparten el punto de vista de que el artículo 75 del P I es aplicable a los combatientes ilegales⁶⁷. Los autores que limitan la aplicabilidad del CG IV a ciertos tipos de combatientes ilegales también reconocen la aplicabilidad del mencionado artículo 75 a todos los combatientes ilegales⁶⁸. Los autores que escribieron antes de la aprobación del P I reconocieron que algunas garantías humanitarias fundamentales son aplicables a los combatientes ilegales. Derivaron esas garantías sea del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, sea del artículo 5 (3) del CG IV, sea de la cláusula de Martens, según aceptaran la aplicabilidad del CG IV a los combatientes ilegales o no⁶⁹.

Enjuiciamiento de los combatientes ilegales

No existen discrepancias en cuanto a la opinión de que los combatientes ilegales pueden ser enjuiciados por su mera participación en las hostilidades, aunque respeten todas las normas del derecho internacional humanitario⁷⁰. Sin embargo, la legislación nacional debe prever disposiciones que permitan esa posibilidad⁷¹. Si, además, los combatientes ilegales cometen violaciones graves del derecho internacional humanitario, pueden ser enjuiciados por crímenes de guerra⁷². En cualquiera de esos procedimientos, los inculpados tienen derecho a las garantías de un proceso equitativo, previstas en el CG IV, si éste es aplicable (es decir, si los combatientes ilegales reúnen los requisitos de nacionalidad estipulados en el artículo 4 del mencionado Convenio), o al menos a las previstas en el artículo 75 del P I, que refleja el derecho internacional consuetudinario. Parece haber consenso general para considerar que, una vez en poder del enemigo,

⁶⁶ Véase Greenwood, *op. cit.* (nota 38), p. 316; Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *op. cit.* (nota 5), párr.76; Aldrich, *op. cit.* (nota 7), p. 893.

⁶⁷ Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *op. cit.* (nota 5), párr. 74; Y. Dinstein, "The distinction between unlawful combatants and war criminals", en Y.Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity*, 1989, p. 112.

⁶⁸ Ipsen, en Fleck (ed.), *op. cit.* (nota 36), p. 301; McCoubrey, *op. cit.* (nota 36), p. 137; David, *op. cit.* (nota 36), pp. 397 y ss.; Bothe, Partsch y Solf, *op. cit.* (nota 17), pp. 261 y ss.; Aldrich, *op. cit.* (nota 7), p. 893, nota al pie de página 12.

⁶⁹ G. Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, Stevens, Londres, 1968, pp. 115 y ss.; Draper, *op. cit.* (nota 36), p. 197; Rosenblad, *op. cit.* (nota 14), p. 98; Kalshoven, *op. cit.* (nota 15), p. 71.

⁷⁰ C. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, A.Pedone, París, 1983, p. 68; Dinstein, *op. cit.* (nota 67), p. 105; *Commentary IV*, *op. cit.* (nota 12), p. 50; Kalshoven, *op. cit.* (nota 15), pp. 73 y ss.

⁷¹ Dinstein, *op. cit.* (nota 67), p. 114; Kalshoven, *op. cit.* (nota 15), p. 73.

⁷² Baxter, "Unprivileged Belligerency", *op. cit.* (nota 37), p. 73.

los combatientes ilegales no pueden ser ejecutados o sancionados sin un juicio equitativo previo⁷³. Es interesante observar que Dinstein limita considerablemente la competencia de un Estado que captura a un combatiente ilegal para sancionarlo por su mera participación en las hostilidades, al afirmar que "un combatiente ilegal puede ser enjuiciado por un acto cometido en el transcurso de la misma misión que concluyó cuando fue capturado por el adversario. (...) Por lo tanto, si el enemigo lo captura posteriormente no puede enjuiciarlo por los delitos cometidos en el pasado"⁷⁴. Así pues, Dinstein aplica a los combatientes ilegales las normas del Reglamento de La Haya relativo a los espías. Esta restricción también ha sido incluida en el artículo 44 (5) del P I (que estipula que "[e]l combatiente que caiga en poder de una Parte adversa mientras no participa en un ataque ni en una operación militar preparatoria de un ataque, no perderá, a consecuencia de sus actividades anteriores, el derecho a ser considerado como combatiente y prisionero de guerra") en relación con los miembros de las fuerzas armadas que no se han distinguido de la población civil, tal como se exige en el párrafo 3 del mencionado artículo⁷⁵.

⁷³ Draper, *op. cit.* (nota 36), pp. 197-198; Baxter, "Unprivileged Belligerency", *op. cit.* (nota 37), pp. 336, 337, 340; Baxter, "Duties of Combatants", *op. cit.* (nota 37), pp. 105 y ss.; Schwarzenberger, *op. cit.* (nota 69), pp. 115 y ss.; M.H.F. Clarke, T.Glynn y A.P. V. Rogers, "Combatant and Prisoner of War Status", en M.A.Meyer (ed.), *Armed Conflict and the New Law: aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Conventions*, Instituto Británico de Derecho Internacional y Derecho Comparativo, Londres, 1989, p. 125; Rousseau, *op. cit.* (nota 70), p. 68; Dinstein, *op. cit.* (nota 67), p. 112; Kalshoven, *op. cit.* (nota 15), pp. 73 y ss.

⁷⁴ Dinstein, *op. cit.* (nota 67), p. 112.

⁷⁵ Véase el comentario sobre el artículo 44 en *Comentario, op. cit.* (nota 65), apartados 1721 y ss. (omitimos aquí las notas al pie de página):

"El Relator explica la presente disposición como sigue:

'El párrafo 5 representa una importante innovación desarrollada por el Grupo de Trabajo. Serviría para garantizar que todo combatiente capturado mientras no participa en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque conserva sus derechos de combatiente y su estatuto de prisionero de guerra haya o no violado anteriormente la norma establecida en la segunda frase del párrafo 3. Esta norma debiera en muchos casos cubrir a la gran mayoría de los prisioneros y protegería contra todo intento por parte de quienes los hayan capturado de desenterrar o forjar antecedentes que pudieran privarles de la protección que les corresponde.'

Por lo tanto, sólo se puede privar de su estatuto de combatiente y de su derecho a ser considerado como prisionero de guerra al miembro de las fuerzas armadas cogido *in fraganti*. Para que sea aplicable el párrafo 4 del presente artículo, es necesario que la infracción se haya cometido en el momento de la captura o inmediatamente antes de la captura. Este vínculo con las circunstancias de la captura debe ser lo suficientemente estrecho en el tiempo para que los mismos que la realizan puedan comprobarlo. Se trata, pues, del delito flagrante. No cabe la menor duda de que hay aquí, *mutatis mutandi*, una analogía con la situación del espía y, por consiguiente, cierta relación con la noción de beligerante no privilegiado. De la misma manera que el espía, el combatiente que no lleve sus armas abiertamente debe ser sorprendido *in fraganti* para que le sea aplicable la sanción. Y también como el espía, el combatiente que es capturado, pero que no comete esa infracción, no incurre en ninguna responsabilidad por sus actos anteriores. Cabe señalar, no obstante, que, contrariamente al espionaje, que no está prohibido por el derecho de

"Protecciones" de los combatientes ilegales en la conducción de las hostilidades

Sólo la población civil y las personas civiles gozan de protección general contra los peligros que derivan de las operaciones militares. Están protegidas contra los ataques directos, a menos que participen directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación. Una persona civil es "cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a las que se refieren el artículo 4 (A) (1)⁷⁶, (2)⁷⁷, (3)⁷⁸ y (6)⁷⁹ del III Convenio y el artículo 43 del presente Protocolo" (es decir, miembros de las fuerzas armadas). Así pues, no quedan lagunas en lo que respecta al derecho de la conducción de las hostilidades⁸⁰. Las personas pueden ser combatientes o civiles. Si se toma en consideración que los combatientes ilegales no reúnen, por definición, los criterios del artículo 4 (A) 1), 2), 3) y 6) del CG III ni del artículo 43 del P I, se concluye que son civiles. Mientras dure su participación directa en las hostilidades, pueden ser, lícitamente, objeto de ataques. Cuando no participan directamente en las hostilidades, están protegidos como personas civiles y no pueden ser objeto de ataques directos. Ha de subrayarse que el hecho de que una persona civil haya participado, en algún momento, directamente en las hostilidades no significa que pierde su inmunidad contra los ataques directos de una vez y para siempre⁸¹.

los conflictos armados, sino sólo castigado, el hecho de que un combatiente no lleve abiertamente las armas está prohibido por el Protocolo y compromete, en principio, su responsabilidad. Pero en la práctica, el adversario no puede hacer nada contra él en el terreno penal, mientras no lo haya sorprendido en flagrante delito en el momento de la captura. La prohibición existe, pero la sanción sólo es aplicable con esta condición. El combatiente que comete esta infracción conserva, al menos provisionalmente, su estatus de combatiente y su derecho a la condición de prisionero de guerra. Si lo capturan y no la ha cometido, entonces es prisionero de guerra y sólo podrá castigársele en cumplimiento del párrafo 2".

76 Miembros de las fuerzas armadas regulares.

77 Miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, que no pertenecen a las fuerzas armadas regulares.

78 Miembros de las fuerzas armadas regulares de un gobierno o de una autoridad no reconocidos.

79 Levantamiento masivo.

80 En relación con las diferentes perspectivas adoptadas en el CG IV y en el P I, véase al comentario sobre el artículo 50 en *Comentario, op. cit.* (nota 65), apartado 1908: "El IV Convenio de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles, contiene en su artículo 4 una definición de las personas protegidas por este Convenio contra la arbitrariedad del enemigo cuando se encuentren en poder de éste, lo que es el principal objeto del Convenio. Pero su Título II, que lleva el epígrafe de "Protección general de la población contra ciertos efectos de la guerra" tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues, según el artículo 13, este Título se refiere "al conjunto de la población de los países en conflicto". Se trata de una definición que se acerca mucho a la definición de la población civil que se da en el presente artículo 50".

81 Véase el artículo 51 (3) del P I: "Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y *mientras dure tal participación*" (el subrayado es nuestro). Comentario del artículo 51 en *Comentario, op. cit.* (nota 65), apartado 1944; Bothe, Partsch y Solf, *op. cit.* (nota 17), p. 301.

Si los combatientes ilegales que han depuesto las armas o que ya no tienen medios de defenderse se rinden a discreción, no deben ser ejecutados ni heridos⁸². Está prohibido, asimismo, declarar que no se dará cuartel⁸³.

Conclusión

Como se ha demostrado a lo largo de este artículo, difícilmente se puede sostener que los combatientes ilegales no tienen derecho a protección alguna en virtud del derecho internacional humanitario. Si reúnen los requisitos de nacionalidad estipulados en el artículo 4 del CG IV, están sin lugar a dudas protegidos por ese Convenio. El hecho de que una persona haya participado ilícitamente en las hostilidades no es un criterio para excluir la aplicación del CG IV, aunque puede constituir una razón para derogar algunos derechos de conformidad con el artículo 5 de ese instrumento. Las protecciones específicas del CG IV dependen de la situación en que esas personas se encuentran cuando caen en poder del enemigo. Son más amplias cuando los combatientes ilegales caen en poder del enemigo en un territorio ocupado. Por lo que respecta a aquellos que caen en poder del enemigo en territorio de éste, las protecciones previstas por el derecho internacional humanitario también están bastante desarrolladas; en cambio, lo están mucho menos en lo que concierne al combatiente que es capturado en el campo de batalla, donde no se ha establecido control real alguno, en función de la interpretación que se haga del concepto de ocupación. Las garantías previstas en el artículo 75 del P I son las protecciones fundamentales aplicables a todas las personas, incluidos los combatientes ilegales, que caen en poder de una Parte en un conflicto armado internacional, independientemente de si pertenecen al ámbito de aplicación del CG IV o no.

⁸² Artículo 23 (c) del Reglamento de La Haya de 1907. Véase también CICR, *Reglas aplicables en la guerrilla*, op. cit. (nota 48), p. 19.

⁸³ Artículo 23 (d) del Reglamento de La Haya de 1907. Véase también CICR, *Reglas aplicables en la guerrilla*, op. cit. (nota 48), p. 19; Kalshoven, op. cit. (nota 15), pp. 67 y ss.

Observaciones sobre las intervenciones humanitarias

ROBERT KOLB*

1. A raíz de las múltiples atrocidades cometidas en el último decenio del siglo XX, en particular las relacionadas con la intervención de la OTAN en Kosovo, el tema de las intervenciones humanitarias está en el candelero político y doctrinal¹. Jurídicamente, la intervención humanitaria es una forma de intervención extranjera coercitiva². Puede ser definida como el uso de la fuerza para detener o impedir violaciones flagrantes de los derechos humanos más fundamentales (en particular, los asesinatos en masa y el genocidio) en un tercer Estado, a condición de que las víctimas no sean súbditos del Estado que interviene y de que una organización internacional competente³ como, en especial, las Naciones Unidas por medio del Consejo de Seguridad, no la haya autorizado⁴. La intervención humanitaria no debe realizarla, necesariamente, un único Estado, pero sí debe ser unilateral. Así pues, si varios Estados unen sus recursos militares para intervenir en un territorio extranjero, esa acción constituye una intervención colectiva. Sin embargo, la intervención es unilateral, puesto que se trata de una acción coercitiva emprendida por diferentes Estados que actúan como si fueran una entidad única. Además, una intervención humanitaria tiene lugar solamente cuando el tercer Estado no ha dado su consentimiento. Si lo da, no hay razón, desde el punto de vista jurídico, de recurrir al concepto de intervención humanitaria; se trataría, más bien, de una intervención por invitación.

Según otra hipótesis, si la intervención del Estado o del grupo de Estados se basa en un cometido asignado por la comunidad internacional a través de sus órganos autorizados (el principal de los cuales sería el Consejo de Seguridad), es inapropiado, en el plano jurídico, plantear la cuestión de la intervención humanitaria. La razón estriba en que, en ese caso, se ha conferido a los Estados interesados el derecho a actuar, y lo ejercen bajo la forma de una acción coercitiva

* Robert Kolb, Doctor en Derecho Internacional, L.L.M., asistente de cátedra, Universidad de Berna, Suiza. El autor es profesor en el Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario, Ginebra.

delegada en ellos. Dado que tienen derecho a intervenir, no cabe invocar la controvertida doctrina de la intervención humanitaria. Por lo que atañe a su objetivo, esas acciones bien pueden llamarse "intervenciones humanitarias" pero, considerando que se efectúan en virtud de un derecho reconocido, esa expresión es equívoca y debería evitarse.

Para resumir, puede decirse que dos tipos de voluntades o consentimientos anulan el concepto de intervención humanitaria: por un lado, el consentimiento del Estado en cuyo territorio se realizará la acción; por otro, el del órgano competente de una organización internacional. Por consiguiente, la intervención humanitaria consiste en una intervención coercitiva en el plano interestatal, que se realiza sin ninguna otra justificación fundamentada en una expresión de voluntad jurídicamente vinculante.

Desde otra perspectiva, la intervención humanitaria también debe diferenciarse de lo que a veces se llama "intervención de humanidad", es decir, una intervención coercitiva para proteger a los propios nacionales en el extranjero si se hallan en una situación de peligro inminente que compromete su vida o integridad física (pero no sus bienes)⁵; el ejemplo arquetípico es la situación en que nacionales de un Estado son tomados como rehenes en el extranjero, y el gobierno local no puede o no quiere actuar. En tales casos, el Estado que interviene emprende la acción en favor de sus ciudadanos, a causa del estrecho vínculo que lo une con las personas que se propone proteger. En el caso de una intervención humanitaria, sin embargo, un Estado o un grupo de Estados siempre interviene en favor de extranjeros, con el argumento, al menos aparentemente, de que se están cometiendo crueldades que atentan contra la moral humana. Así pues, se prescinde del vínculo de ciudadanía, y el acto de intervención humanitaria se funda, en cambio, en valores humanitarios fundamentales de la comunidad internacional, es decir el orden público internacional. Por consiguiente, la intervención humanitaria puede compararse, intelectualmente, con el principio de

¹ Véase, por ejemplo, F. R. Tesón, *Humanitarian Intervention: An inquiry into Law and Morality*, segunda edición, Irvington-on-Hudson, Nueva York, 1997.

² Acerca de las diferentes formas de intervención, véase L. Oppenheim, en R. Jennings y A. Watts (eds.), *International Law*, novena edición, Londres, 1992, pp. 427 y ss.

³ Esa autorización puede ser conferida por una organización u organismo regional si previa autorización del Consejo de Seguridad de la ONU, art. 53 de la Carta de las Naciones Unidas. Véase G. Ress, "Article 53 of the Charter", en B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, 1995, pp. 722 y ss.

⁴ Acerca del concepto de intervención humanitaria, véase, por ejemplo, U. Beyerlin, "Humanitarian intervention", *EPIL*, vol. II (E-I), (1995), pp. 926 y ss.

⁵ Véase Randelzhofer, "Article 2 (4)", en Simma, *op. cit.* (nota 3), p. 123-126. Sobre terminología, véase también J. Salmon (ed.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruselas, 2001, p. 610.

jurisdicción universal en asuntos penales y la "intervención de humanidad", con el principio de personalidad pasiva⁶. Por último, hay que tener en cuenta que por intervención humanitaria se entiende sólo la intervención basada en el uso de la fuerza armada. La intervención pacífica, por ejemplo a través de protestas, notas diplomáticas o algunos tipos de contramedidas, no corresponde a este concepto. Ello se debe a que la intervención pacífica es lícita en sí misma, como el Instituto de Derecho Internacional recordó en su conocida resolución sobre "la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en asuntos internos de los Estados" aprobada en la sesión de 1989 en Santiago de Compostela⁷. Como ya existe una autorización para actuar en el derecho internacional, no hace falta otra autorización en el caso de la intervención humanitaria.

2. Las intervenciones humanitarias fueron frecuentes en el siglo XIX. Es probable que entonces existiera una costumbre permisiva de intervención, autorizada por los poderes de Europa y, por ende, fundamentada en el *jus publicum europaeum*. Es importante recordar que, en el siglo XIX, el derecho consuetudinario no correspondía, como en la actualidad, a un concepto democrático basado en prácticas universales (o, al menos, en la tolerancia de esas prácticas) y, consecuentemente, a una *opinio juris universalis*, sino que se trataba de una noción elitista. Los grandes poderes de Europa tenían un peso especial, y si decidían resolver un asunto de cierta manera, ésta se consideraba generalmente una posición consuetudinaria. Por ejemplo, J. C. Bluntschli, un autor liberal del siglo XIX, nos recuerda que el derecho internacional se producía por una suerte de "legislación" y, en particular, por las decisiones tomadas en los Congresos que solían celebrarse en esa época: "Cuando los Estados, reunidos en congreso general europeo,

⁶ Sobre estos principios de jurisdicción universal, véase, por ejemplo, Oppenheim, *op. cit.* (nota 2), pp. 469-472.

⁷ Véase *Yearbook of the Institute of International Law, Resolutions, 1957-1991*, París, 1992, arts. 1 y 2, p. 209. Véase, en particular, el art. 2 (2): "Sin perjuicio de las funciones y poderes que la Carta atribuye a los órganos de las Naciones Unidas en caso de violación de las obligaciones asumidas por los miembros de la Organización, los Estados, tienen derecho a tomar, de forma individual o colectiva, medidas diplomáticas, económicas y de otra índole, respecto de otro Estado que haya violado la obligación enunciada en el artículo 1 [respeto de los derechos humanos], a condición de que esas medidas estén permitidas por el derecho internacional y no impliquen el uso de la fuerza armada en violación de la Carta de las Naciones Unidas. Esas medidas no pueden considerarse como una intervención ilícita en los asuntos internos de ese Estado". Puede verse que el uso de la fuerza no está prohibido de forma general, sino sólo cuando podría contradecir los principios estipulados en la Carta de las Naciones Unidas. Dado que la excepción con respecto a los poderes del Consejo de Seguridad está dispuesta al principio, cabría preguntarse si, mediante esta forma, el Instituto se propuso dejar abierta la cuestión de la intervención humanitaria. Esta interpretación parece plausible.

están de acuerdo respecto de ciertas medidas, éstas adquieren un carácter obligatorio para todos los Estados europeos"⁸. Como en esos congresos predominaban las potencias europeas, éstas tuvieron un papel fundamental en la elaboración de las normas de licitud internacional.

Entre los ejemplos del tipo de intervención humanitaria señalada, se cuentan la intervención, en 1827, de Francia y Gran Bretaña en Grecia, "a fin de detener el derramamiento de sangre y los daños causados por los turcos"; la de Francia y Gran Bretaña, el año 1856, en el Reino de las dos Sicilias, tras una serie de arrestos por motivos políticos y el trato presuntamente cruel y arbitrario que se daba a los prisioneros políticos; la intervención de Gran Bretaña, Francia, Austria, Prusia y Rusia en Siria, tras la masacre, en 1860, de unos 6.000 cristianos maronitas por sirios drusos; y la intervención de los poderes europeos en Creta (1866), Bosnia (1875), Bulgaria (1877) y Macedonia (1887) contra persecuciones cometidas por los turcos. Incluso fuera del continente europeo, se invocaban fundamentos humanitarios para justificar las intervenciones, por ejemplo la de Estados Unidos en Cuba en 1898⁹. Sería erróneo pensar que cada una de estas intervenciones estaba dictada exclusivamente por motivos ocultos tras una fachada cínica de palabras magnánimas. Es cierto que nunca fueron emprendidas por razones puramente desinteresadas, pero eso no debería sorprender. También es verdad que estaban fundadas en la protección de los cristianos y por ello eran selectivas¹⁰. Sin embargo, algunas intervenciones también respondieron, al menos en parte, a preocupaciones humanitarias auténticas. Se basaron en una postura ideológica, ampliamente compartida en el siglo XIX, que sostenía valores humanitarios. Formaba parte del concepto, muy extendido en esa época, de "naciones civilizadas", que más tarde quedará plasmado en el artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El ideal de civilización, del que Europa se enorgullecía, había permitido que se iniciara la lucha para eliminar

⁸ J. C. Bluntschli, *Le droit international codifié*, París, 1870, p. 101 (art. 110): "Lorsque les Etats rassemblés en congrès général européen sont d'accord sur certaines dispositions, celles-ci deviennent obligatoires pour tous les Etats européens". Véase también el art. 12, *ibíd.*, p. 56.

⁹ Sobre esta práctica, véase W. G. Grewe, "The epochs of international law", Berlín / Nueva York, 2000, p. 489 y ss, y A. Rougier, "La théorie de l'intervention d'humanité", *Revue générale de droit international public*, vol. 17 (1910), pp. 472 y ss. Para un debate sobre intervención humanitaria en los viejos textos de derecho internacional, véase la reseña presentada por L. Oppenheim en F. Roxburgh (ed.), *International Law*, tercera edición, vol. I, Londres, 1920, p. 221. Véase también, en particular, E. C. Stowell, *Intervention*, Washington D. C., 1921 y *International Law*, Nueva York, 1931, p. 349 y ss., y P. Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. I, París, 1922, p. 570.

¹⁰ Sin embargo, también se efectuaron intervenciones diplomáticas en favor de judíos, por ejemplo en Rumania. Véase Rougier, *op. cit.* (nota 9), pp. 476 y ss.

la esclavitud y había hallado una suerte de expresión natural en el ámbito de la intervención humanitaria. Esta ideología humanitaria puede retrotraerse a la noción de liberalismo cívico y de primacía del derecho, a la que el siglo XIX dio suma importancia¹¹.

Hacia fines del siglo XIX, el respaldo doctrinal para las intervenciones humanitarias estaba quebrantado. Los escritores anglosajones por lo general apoyaron las intervenciones humanitarias invocando preceptos de derecho natural, como E. S. Creasy¹², W. E. Hall¹³, H. Wheaton¹⁴ o T. J. Lawrence¹⁵. Los escritores del continente europeo, por su parte, habían comenzado a cuestionar el principio, pues lo consideraban incompatible con el derecho positivo internacional y la igualdad de los Estados; ésa era la posición de P. Pradier-Fodéré¹⁶, A. W. Heffter¹⁷, F. von Liszt¹⁸ y de los autores T. Funck-Brentano y A. Sorel¹⁹. Otros autores creían que la intervención humanitaria no podía "ser considerada jurídicamente correcta, pero [que podía ser] moralmente justificable e incluso recomendable"; se consideraba que era un acto de política que sobrepasaba el ámbito del derecho²⁰. Otros, como E. Arntz, pensaban que la intervención humanitaria debía ser aceptada, pero no ejercida unilateralmente. Ese derecho debía ejercerse, en cambio, en nombre de toda la humanidad, presuponiendo una decisión colectiva de todos los Estados, con excepción del infractor, o al menos por el mayor número posible de Estados civilizados²¹. Esta posición se fundaba en la idea de minimizar el peligro que hay en las intervenciones humanitarias de que se cometan abusos.

¹¹ Así, Grewe, *op. cit.* (nota 9), p. 490, escribe: "Esta tendencia [hacia la intervención humanitaria] era coherente con las normas formativas intrínsecas de la época. La idea humanitaria pertenecía a la moral y a la sustancia ideológica de la sociedad de las naciones civilizadas. El "derecho internacional" de las "naciones civilizadas" se fundaba en una base espiritual de la que la estima de la vida humana formaba parte. La introducción del humanitarismo en el derecho internacional implicó el vínculo entre el derecho internacional y los conceptos constitucionales generales de liberalismo cívico. Los derechos humanos que fueron incorporados en el derecho internacional eran los más básicos de los derechos fundamentales; eran los derechos humanos generales que se consideraban particularmente fundamentalmente e indispensables: el derecho a la vida, a la libertad y a la primacía del derecho".

¹² *First Platform of International Law*, Londres, 1876, p. 297.

¹³ *International Law*, Oxford, 1880, p. 247.

¹⁴ *Elements of International Law*, Londres, 1836, sección 69.

¹⁵ *The principles of International Law*, quinta edición, Londres, 1913, sección 66. Véase también Stowell, *op. cit.* (nota 9).

¹⁶ *Traité de droit international public européen et américain*, vol. I, París, 1885, p. 663.

¹⁷ *Le droit international de l'Europe*, Berlín / París, 1883, p. 113.

¹⁸ *Das Völkerrecht*, Berlín, 1898, p. 122.

¹⁹ *Précis du droit des gens*, París, 1877, p. 223.

²⁰ C. H. Stockton, *Outlines of International Law*, Nueva York / Chicago / Boston, 1914, p. 100.

²¹ Véase E. Nys, *Le droit international*, vol. II, Bruselas, 1912, p. 232, citando a Arntz. Véase también, por ejemplo, W. E. Hall en P. Higgins (ed.), *A Treatise on International Law*, octava edición, Oxford, 1924, p. 344.

3. La adopción de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, de sus artículos 2 (4)²² (los Estados miembros deberán abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza) y 51²³ (el derecho de los Estados miembros a la legítima defensa en caso de ataque armado) modificó en gran medida esta situación. A partir de ese momento, quedó abolida la costumbre de la intervención humanitaria, si aún podía considerarse una práctica válida. En efecto, la Carta colma todas las lagunas por las que aún podrían haberse justificado las intervenciones humanitarias: contiene una prohibición general del uso de la fuerza, mientras autoriza la legítima defensa en caso de un ataque armado. El significado de estas disposiciones fue, justamente, lo que se debatió durante la Guerra Fría, pero nunca se sostuvo que podía invocarse el artículo 51 para fundamentar las intervenciones humanitarias, lo que, por supuesto, era imposible. Es casi inconcebible pensar que un Estado que trata de poner remedio a una situación a través de una intervención humanitaria, esté respondiendo en legítima defensa a un "ataque armado"; y es poco probable que sus derechos subjetivos hayan sido violados (a menos que se invoquen derechos *erga omnes*). Después de 1945, durante la Guerra Fría, la práctica de la intervención humanitaria fue muy esporádica. Por ello no puede decirse que haya surgido una nueva costumbre, especialmente porque cuando se efectuaron intervenciones humanitarias, hubo terceros Estados que protestaron y manifestaron su repudio con vehemencia. Esto era entendible en un mundo dividido en dos zonas de influencia opuestas. No hubo, al parecer, más que tres casos de intervención humanitaria propiamente dicha en esa época. India justificó su intervención militar en Bangladesh, los años 1971-1972, aduciendo, en parte, razones de humanidad²⁴; un segundo ejemplo es la invasión de Uganda por tropas de Tanzania para librar al país del régimen dictatorial de Idi Amin²⁵. El último ejemplo es la invasión de

²² "Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas."

²³ "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales."

²⁴ Véase *Review of the International Commission of Jurists*, junio de 1972, pp. 57 y ss. Véase también T. Franck y N. Rodley, "After Bangladesh: The law of humanitarian intervention by armed force", *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, pp. 275 y ss.; Teson, *op. cit.* (nota 1), pp. 200 y ss.

²⁵ Véase S. K. Chatterjee, "Some legal problems of support role in international law: Tanzania and Uganda", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, 1981, pp. 755 y ss.; Teson, *op. cit.* (nota 1), pp. 159 y ss.

Camboya por las tropas vietnamitas, a fin de eliminar el régimen de los jemereros rojos²⁶. Este último caso suscitó considerables protestas, aunque las matanzas sin precedente que perpetraron los jemereros rojos todavía no se conocían públicamente.

En el decenio de 1990, las más de las intervenciones por razones humanitarias se hicieron bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Ejemplos de ello son las intervenciones en Somalia²⁷ y Timor oriental²⁸. Paralelamente, se expusieron varias doctrinas que formulaban un deber de acción humanitaria, con las expresiones de "deber de injerencia" o "asistencia humanitaria coercitiva". Dentro de este orden de ideas, el francés B. Kouchner y su compatriota M. Bettati, profesor de derecho internacional, llevaron la batuta²⁹. La cuestión de la acción humanitaria ocupó un lugar preeminente cuando la OTAN intervino en Kosovo, el año 1999. En cierto modo, la intervención de la OTAN fue el último de los acontecimientos a los que, desde hacía mucho tiempo, el paulatino debilitamiento de la defensa de la soberanía con la que los Estados aún podían oponerse a las intervenciones, había abierto el camino. Además, el hecho de que, por primera vez, una intervención humanitaria no se realizara contra un Estado del Tercer Mundo socavó la tradicional resistencia a las intervenciones de esos Estados. El mundo árabe, debido a su solidaridad religiosa con los kosovares, también se mostró, en general, a favor de la intervención. Puede decirse, entonces, que ésta contó, por primera vez, con el respaldo de un segmento considerable de la comunidad internacional, aunque seguía habiendo una fuerte oposición (que, cabe señalar, fue suficiente para sembrar dudas sobre una nueva costumbre permisiva)³⁰. Se necesita más que nunca una respuesta jurídica a la vieja cuestión sobre la licitud de esas intervenciones.

²⁶ Véase G. Klintworth, *Vietnam's Intervention in Cambodia in International Law*, Canberra, 1989; M. Leifer, "Vietnam's intervention in Kampuchea: The rights of State v. the rights of people", en I. Forbes y M. Hoffmann (eds.), *Political Theory, International Relations and the Ethics of Intervention*, Basingstoke, 1993, pp. 145 y ss.

²⁷ Véase Naciones Unidas, *The United Nations and Somalia, 1992-1996*, Nueva York, 1996, Publicación de las Naciones Unidas, no. E. 96. I. 8. En relación con el aspecto "intervención humanitaria", véase, por ejemplo, R. E. Gordon, "Humanitarian intervention by the United Nations: Iraq, Somalia and Haiti", *Texas International Law Journal*, vol. 31, 1996, pp. 43 y ss.

²⁸ Véase, por ejemplo, G. Cahin, "L'action internationale au Timor Oriental", *AFDI*, vol. 46, 2000, pp. 139 y ss.; M. Rothert, "United Nations intervention in East Timor", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39, 2000, pp. 257 y ss.

²⁹ M. Bettati y B. Kouchner, *Le devoir d'ingérence: peut-on les laisser mourir?*, París, 1987. Véase también P. Legros y M. Libert, *L'exigence humanitaire: le devoir d'ingérence*, París, 2000.

³⁰ Véase en particular la *Ministerial Declaration of the Meeting of Foreign Ministers of the Group of 77*, Nueva York, 24 de septiembre de 1999, <http://www.g77.org/Docs/decl1999.html>. Los ministros subrayaron la necesidad de mantener distinciones claras entre la asistencia humanitaria y otras actividades de la ONU. Rechazaron el llamado derecho de intervención humanitaria, que no tenía fundamento en la Carta de las Naciones Unidas ni en el derecho internacional.

4. Los principales argumentos de los defensores de la doctrina de la intervención humanitaria, así como de sus oponentes, se basan en la Carta de las Naciones Unidas. En opinión de estos últimos³¹, la Carta ha optado claramente por una política que prohíbe el uso de la fuerza por los Estados de forma individual, habida cuenta de los resultados desastrosos que la fuerza desenfrenada produce cuando se la deja a los Estados *uti singuli*; establece una excepción sólo para los casos de legítima defensa. Así pues, la Carta prohíbe que los Estados efectúen intervenciones humanitarias de forma individual. Como argumento de orden práctico, añaden que toda solución contraria daría lugar a abusos graves, a la parcialidad política y a la selectividad, así como a una política de intervencionismo unilateral por las grandes potencias, las cuales podrían utilizar el derecho del modo que les parezca conveniente. Los defensores de la intervención sostienen dos tipos de argumentos. Los primeros son de orden técnico. Se arguye que la intervención humanitaria no se dirige contra la integridad territorial ni la independencia política del Estado donde se realiza la intervención, y que, por ende, no es incompatible con el artículo 2 (4)³². Además, sostienen que la Carta no es un instrumento destinado a proteger un único valor, el de la paz a cualquier precio, sino que es, en realidad, la expresión de varios propósitos. Uno de sus valores fundamentales, dicen, es la prohibición del uso de la fuerza; pero otro es la protección de los derechos humanos fundamentales. Puede añadirse que, desde 1945, la protección de los derechos humanos se ha convertido, progresivamente, en una preocupación de las Naciones Unidas, y hoy es considerada como uno de los principales elementos del orden jurídico internacional. Así pues, en casos de conflicto grave entre el mantenimiento de la paz y el respeto de los derechos humanos, es decir, cuando se cometen violaciones flagrantes de los derechos individuales y crueldades extremas, los defensores sostienen que la soberanía y el no recurso a la guerra deben ceder ante los imperativos humanitarios. En otras palabras, hay una obligación, al menos en los casos más extremos, de conciliar la necesidad de "evitar en lo posible el conflicto" y la necesidad de

³¹ Véase, por ejemplo, I. Brownlie, "Humanitarian intervention", en J. N. Moore (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore / Londres, 1974, pp. 217 y ss.; I. Brownlie, "Thoughts on the kind-hearted gunmen", en R. Lillich (ed.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, 1973, pp. 139 y ss.; Randelzhofer, *op. cit.* (nota 5), p. 124, con numerosas referencias; G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", *RCADI*, vol. 207, 1987-VII, pp. 374-5.

³² Véase, por ejemplo, M. Reisman y M. Mc Dougal, "Humanitarian intervention to protect the Ibo", en R. B. Lillich (ed.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, 1973, p. 177.

"proteger los derechos humanos"³³. Por último, añaden un argumento práctico que tiene matices emotivos y morales y que es, tal vez, el más fuerte: "¿la comunidad internacional debe quedarse de brazos cruzados cuando se asesina en masa a millones de seres humanos sólo porque en el Consejo de Seguridad un miembro permanente ofrece amparo al culpable?"³⁴

Estos tipos de argumentos fueron reproducidos, con las correspondientes variaciones y adaptaciones, acerca de la intervención en Kosovo. Algunos autores tomaron una postura negativa respecto a la cuestión en general o, al menos, respecto de ese caso concreto. Se cuentan entre ellos Charney³⁵, Valticos³⁶ y Nolte³⁷. Otros, como Reisman³⁸, Wedgwood³⁹, Hilpold⁴⁰, Köck⁴¹, Picone⁴², Simma⁴³ y Weckel⁴⁴, admitieron que la acción era lícita, aunque los dos últimos au-

33 Véase, por ejemplo, J. P. Fonteyne. "The customary international law doctrine of humanitarian intervention: its current validity under the UN Charter", *California Western International Law Journal*, vol. 4, 1974, pp. 203 y ss. y 255. Véase también, más reciente, C. Tomuschat, "General course on public international law", *RCADI*, vol. 281, 1999, pp. 224-6, parte c, p. 224. Puede recordarse, asimismo, que la CIJ, en el caso *Nicaragua* (1986), rechazó la justificación presentada por Estados Unidos acerca de su intervención en esa región, en particular, *inter alia*, para la protección de los derechos humanos, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c/ Estados Unidos de América), Merits, Judgment, ICJ Reports, 1986, pp. 134-5. La Corte dijo, en esencia, que no se admite el uso unilateral de la fuerza para proteger los derechos humanos. Como éste no era un caso extremo y no se había presentado ningún argumento de intervención humanitaria, la Corte sólo reafirmó las normas generales, basadas en la protección de la integridad territorial. De ese fallo no se puede hacer ninguna inferencia certera sobre el problema de la intervención humanitaria.

34 Véase Tomuschat, *loc. cit.* (nota 33).

35 J. I. Charney, "Anticipatory humanitarian intervention in Kosovo", *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 834 y ss.

36 N. Valticos, "Les droits de l'homme, le droit international et l'intervention militaire en Yougoslavie", *RGDIP*, vol. 104, 2000, pp. 5 y ss.

37 G. Nolte, "Kosovo un Konstitutionalisierung: Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten", *ZaöRV*, vol. 59, 1999, pp. 941 y ss.

38 W. M. Reisman, "Kosovo's antinomies", *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 860-62.

39 R. Wedgwood, "NATO's campaign in Yugoslavia", *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999 pp. 828 y ss.

40 P. Hilpold, "Sezession und humanitäre Intervention: Völkerrechtliche Instrumente zur Bewältigung innerstaatlicher Konflikte", *AJPIL*, vol. 54, 1999, pp. 529 y ss.

41 H. F. Köck, "Legalität und Legitimität der Anwendung militärischer Gewalt", *AJPIL*, vol. 54, 1999, pp. 133 y ss.

42 P. Picone, "La guerra del Kosovo e il diritto internazionale generale", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83, 2000, pp. 309 y ss.

43 B. Simma, "NATO, the UN and the use of force: Legal aspects", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 1 y ss.

44 P. Weckel, "L'emploi de la force contra la Yougoslavie ou la Charte fissurée", *RGDIP*, vol. 104, 2000, pp. 19 y ss.

tores, con mayores restricciones. Otros, como Cassese⁴⁵, Currie⁴⁶ y Henkin, fueron más lejos y vieron en la nueva práctica una norma emergente de derecho internacional consuetudinario⁴⁷.

5. El problema de la intervención humanitaria es que, en cierta medida, contrapone dos absolutos jurídicos: la paz y los imperativos humanitarios fundamentales. En ambos, están en juego los más altos valores del derecho internacional, por lo que el arreglo resulta un intrincado asunto jurídico y humano.

Por un lado, está el peligro de ofrecer más posibilidades a los Estados de recurrir unilateralmente a la fuerza. Por experiencia se sabe que esto no conduce ni a la paz ni a la justicia. Durante mucho tiempo, el derecho internacional buscó la forma de acabar con el uso unilateral de la fuerza, hasta lograrlo, finalmente, a través del Pacto de la Sociedad de Naciones, movido por el reconocimiento de que ese uso de la fuerza había sumido al mundo en la anarquía y el desastre. Permitir un retorno al uso unilateral de la fuerza –inicialmente por buenas causas pero, progresivamente, una vez suprimidas las restricciones, para acciones más dudosas– significa, en cierta medida, un retroceso del derecho hacia la anarquía y la fuerza brutal, sin la certeza de mitigar el sufrimiento humano. Además, cuando se recurre unilateralmente a la fuerza, hay propensión a los abusos, la parcialidad política y la selectividad, así como a la imposición de la política coercitiva de los Estados dominantes en un momento dado. En última instancia, esto nos retrotrae a una dimensión problemática en el ejercicio de la justicia privada⁴⁸.

Inversamente, ¿puede el derecho obligar a los Estados a abstenerse de actuar (si el Consejo de Seguridad no interviene) cuando se están perpetrando los crímenes más horribles, como cuando los jermes rojos operaron en Camboya y exterminaron entre el 25 y el 33% de la población del país? Difícilmente podría el derecho imponer esa restricción. Los hechos, normalmente relacionados con principios morales, la descartarán. Se abandonará la letra de un derecho que disponga el respeto de la soberanía territorial cuando ésta sirve para encubrir la comisión de crímenes repudiables.

⁴⁵ A. Cassese, "Ex iniuria ius non oritur: Are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 23 y ss. A. Cassese, "A follow-up: Forcible humanitarian countermeasures and opinio necessitatis", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 791 y ss.

⁴⁶ J. Currie, "NATO's humanitarian intervention in Kosovo: Making or breaking international law?", *CYLIL*, vol. 36, 1998, pp. 303 y ss.

⁴⁷ L. Henkin, "Kosovo and the law of humanitarian intervention", *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 824 y ss.

⁴⁸ Véase R. Kolb, "Du droit international des Etats et du droit international des hommes", *Revue africaine de droit international et de droit comparé*, vol. 12, 2000, pp. 226 y ss. y 232-5.

6. En este estado de cosas, la cuestión es determinar cómo el derecho puede reconciliar esos imperativos aparentemente exclusivos, en lo que respecta a las normas positivas. Por supuesto, puede argüirse que el conflicto entre esos imperativos siempre debería resolverse en favor de los principios humanitarios, sobre todo porque la intervención humanitaria presupone violaciones flagrantes que deberían ser hechos excepcionales en el ámbito del derecho internacional. Pero ése, se afirma, es un análisis demasiado simplista. Si se echa un vistazo a los acontecimientos de los diez últimos años, se comprueba que ese modo de violencia no tiene una respuesta simple. El conflicto entre los dos principios es real y omnipresente, no excepcional.

a. La Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, creada tras la intervención en Kosovo bajo la égida del Gobierno canadiense y de un grupo de fundaciones privadas en respuesta a un llamamiento realizado por el señor Kofi Annan, secretario general de las Naciones Unidas, produjo un informe detallado⁴⁹ sobre intervención humanitaria titulado "La responsabilidad de proteger". Éste contiene importantes pasajes sobre la intervención humanitaria (expresión que la Comisión rechaza⁵⁰). Según la Comisión, era posible conciliar, en cierto modo, los principios supremos en conflicto. Intentó restringir al máximo las intervenciones unilaterales por parte de los Estados, estableciendo un umbral lo más alto posible para ese tipo de acción. Así, el punto de partida de su análisis es la presunción de que prevalece el principio de no intervención y que cualquier excepción a esta norma deberá justificarse de conformidad con los estrictos términos dispuestos en el Informe⁵¹. Esta posición refleja el estado del derecho internacional.

Luego, la Comisión establece las condiciones según las cuales prevalecen los intereses de protección. Su enfoque es multifacético y se basa en la relación acumulativa de criterios surgidos de teorías jurídicas bien arraigadas. Según la Comisión, para que una intervención sea lícita, debe haber: 1) una causa justa; 2) una intención correcta (*recta intentio*); 3) una situación de último recurso (*última ratio*); 4) respeto del principio de proporcionalidad; 5) posibilidades razonables de éxito; 6) un pedido previo de autorización para realizar la acción al Consejo de Seguridad⁵².

⁴⁹ Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, *La Responsabilidad de Proteger*, Centro de Desarrollo Internacional, Canadá, diciembre de 2001. Disponible (también en español) en: <http://www.iciss-ciise.gc.ca/report-e.asp>

⁵⁰ *Ibíd.* párrs. 2.28 – 2.33

⁵¹ *Ibíd.* párrs. 4.11

⁵² *Ibíd.*, Principios básicos, p. XII, arts. 1-3. Para un comentario de estos criterios, véase párrs. 4.18 y ss. del Informe.

Muchos de estos principios derivan no sólo de la doctrina de la guerra justa (*bellum justum*)⁵³, sino también, y más visiblemente, de las condiciones previstas por la doctrina jurídica para situaciones incluso más extremas de lucha contra el orden jurídico establecido, es decir el llamado derecho de resistencia (*ius resistendi*)⁵⁴. En particular, la condición de "posibilidades razonables de éxito" surge directamente de esa doctrina.

Por lo que respecta a la causa justa, se afirma claramente que sólo un daño grave e irreparable contra seres humanos, es decir pérdidas considerables de vidas humanas (reales o previsibles) o depuración étnica a gran escala, pueden justificar el derecho a una intervención militar⁵⁵. Los dos elementos, pérdidas de vidas y depuración étnica, son subsidiarios. Esto no significa que la depuración étnica no implique pérdidas de vidas; significa, simplemente, que la depuración llevada a cabo por expulsiones forzosas o violaciones puede ser suficiente⁵⁶. El elemento que tienen en común es que la pérdida de vidas, así como los otros delitos, deben

53 Sobre este concepto. véase, *inter alia*: (1) sobre el período grecorromano: S. Clavdetscher-Thürlemann, *Polemos dikaios und bellum iustum: Versuch einer Ideengeschichte*, Zurich, 1985; M. Mantovani, *Bellum iustum: Die Idee des gerechten Krieges in der römischen Kaiserzeit*, Berna / Frankfurt-am-Main, 1990; S. Albert, *Bellum iustum: Die Theorie des gerechten Krieges und ihre praktische Bedeutung für die auswärtigen Auseinandersetzungen Roms in republikanischer Zeit*, Lassleben, 1980; H. Hausmaninger, "Bellum iustum und iusta causa belli im älteren römischen Recht", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1961, vol. 11, pp. 335 y ss.

(2) sobre la Edad Media, véase F. H. Russell, *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge / Londres, 1975; G. Hubrecht, "La guerre juste dans la doctrine chrétienne, des origines au milieu du XVIe siècle", *Recueil de la Société Jean Bodin*, 1961, vol. 15, p. 107 y ss.; J. Salvioli, *Le concept de guerre juste d'après les écrivains antérieurs à Grotius*, segunda edición, París, 1918; A. Vanderpol, *La doctrine scolastique du droit de la guerre*, París, 1925, pp. 28 y ss.; A. Vanderpol, *Le droit de la guerre d'après les théologiens et les canonistes du Moyen Age*, París / Bruselas, 1911; G. Beesterm-Iler, *Thomas von Aquin und der gerechte Krieg: Friedensethik im theologischen Kontext der Summa Theologicae*, Colonia 1990.

(3) en general, véase: P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, París, 1983, pp. 250 y ss. y 597 y ss.; P. Haggenmacher, "Mutations du concept de guerre juste de Grotius à Kant", *Cahiers de philosophie politique et juridique*, no. 10, 1986, pp. 117-122; J. B. Elshtain, *The Just War Theory*, Oxford / Cambridge (Massachusetts), 1992; R. Regout, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours*, París, 1935; D. Beaufort, *La guerre comme instrument de secours ou de punition*, La Haya, 1933; M. Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, segunda edición, Nueva York, 1999; Y. de la Brière, *Le droit de juste guerre*, París, 1938; G. I. A. D. Draper, "The just war doctrine", *Yale Law Journal*, vol. 86, 1978, pp. 370 y ss.; K. Szetelnicki, *Bellum iustum in der katholischen Tradition*, Friburgo, 1992.

(4) Sobre la relación con doctrinas de otras religiones o ideologías, véase: J. Kelsay y J. T. Johnson, *Just War and Jihad: Historical and Theoretical Perspectives on War and Peace in Western and Islamic Tradition*, Nueva York / Londres, 1991; R. Steinweg, *Der gerechte Krieg: Christentum, Islam, Marxismus*, Frankfurt-am-Main, 1980.

54 Véanse las diferentes contribuciones en A. Kaufmann y L. E. Backmann (eds.), *Widerstandsrecht*, Darmstadt, 1972.

55 Informe, *op. cit.* (nota 49), art. 1 citado, y párrs. 4.18 y ss.

56 *Ibid.*, párr. 4.19.

ser perpetrados a gran escala. La Comisión añade una lista de situaciones incluidas en las dos condiciones antes mencionadas⁵⁷. Además, señala el hecho de no haber caído en la tentación de identificar violaciones de los derechos humanos que no alcanzan el nivel de asesinato en masa o depuración étnica, como causa legítima para la intervención⁵⁸. En realidad, esto habría significado ir demasiado lejos. Por otra parte, ha de señalarse que la Comisión admite la posibilidad de cierto tipo de intervención preventiva ("pérdidas reales o previsibles"), la cual es bastante problemática desde todo punto de vista. La Comisión trata la cuestión de las pruebas, por lo general muy delicada, de manera equilibrada⁵⁹.

En lo que respecta a la "intención correcta"⁶⁰, la Comisión hace hincapié en que el objetivo fundamental de la intervención debe ser atajar o evitar el sufrimiento humano. Otros objetivos, por ejemplo apoyar reivindicaciones de autodeterminación, carecen de legitimidad (al menos si se los postula como motivación principal). En este caso, pueden surgir los típicos problemas de causas primarias y secundarias y de las relaciones entre ellas: ¿la causa humanitaria debe ser la única causa?; ¿sólo debe ser predominante?; ¿sólo debe estar presente? La Comisión subraya que una de las mejores maneras de llenar el criterio de "intención correcta" es evitar el unilateralismo y proceder mediante intervenciones colectivas y multilaterales.

57 *Ibíd.*, párr. 4.20: "Es importante aclarar cuáles son las circunstancias que están incluidas en estas dos condiciones y cuáles quedan excluidas de ellas. A juicio de la Comisión, estas condiciones *incluyen* normalmente los siguientes tipos de situaciones que conmueven las conciencias:

- los actos definidos en el marco de la Convención contra el Genocidio de 1948, que conllevan grandes pérdidas de vidas humanas reales o inminentes;
- grandes pérdidas de vidas humanas reales o inminentes, sean o no producto de una intención genocida e impliquen o no la acción de un Estado;
- diferentes tipos de "depuración étnica", como el asesinato sistemático de los miembros de un grupo concreto con el fin de reducir o eliminar su presencia en una zona determinada; el traslado sistemático de los miembros de un grupo concreto fuera de una determinada zona geográfica; los actos de terror encaminados a forzar la huida de ciertas personas; y la violación sistemática de mujeres de un grupo determinado con objetivos políticos (ya sea como otra forma de terrorismo o para modificar la composición étnica de dicho grupo);
- los crímenes de lesa humanidad y las infracciones de las leyes de la guerra, tal como se definen en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, así como en otros instrumentos, que conlleven matanzas o depuraciones étnicas en gran escala;
- el colapso de un Estado, que expone a la población a la inanición masiva o la guerra civil; y
- las catástrofes naturales o ecológicas de grandes proporciones, a las que el Estado no quiera o no pueda hacer frente ni solicitar asistencia, y que provoquen o puedan provocar importantes pérdidas humanas".

58 *Ibíd.*, párr. 4.25.

59 *Ibíd.*, párrs. 4.28 - 4.31.

60 *Ibíd.*, art. 2.A. citado y párrs. 4.33 - 4.36.

Por otra parte, la intervención debe ser el último recurso⁶¹, es decir que previamente deben haberse analizado todos los otros medios diplomáticos y no militares. No es necesario que realmente se hayan intentado todos esos medios y que hayan demostrado ser infructuosos; en cambio, es necesario probar que había motivos razonables para creer que, en las circunstancias del caso, si se intentaba aplicarla, la medida no habría tenido éxito debido, por ejemplo, a falta de tiempo.

Además, la intervención debe guardar proporción, en escala, duración e intensidad, con el objetivo humanitario perseguido; lo que significa que la fuerza empleada debe ser del mínimo nivel necesario para lograr el objetivo⁶². La Comisión añade que todas las normas de derecho internacional humanitario (derecho de los conflictos armados) deben ser respetadas durante las intervenciones.

Por último, cabe hacer algunos comentarios sobre el criterio de "posibilidades razonables de éxito" de la operación⁶³. La idea subyacente es que, a fin de justificar la intervención, debe haber probabilidades razonables de lograr una cesación o una atenuación de las atrocidades que se propone eliminar. No puede haber intervención legítima si su resultado más probable no es sino una agravación o una expansión del conflicto. En tal caso, la concepción general es que la operación no cumple su objetivo y que resulta más útil no emprenderla que llevarla adelante. Éste es, en realidad, un aspecto de proporcionalidad: la medida tomada debe parecer capaz de producir el resultado propuesto, una condición que no puede cumplir una intervención humanitaria que, con probabilidad, empeorará la situación (o, al menos, no podrá mejorarla).

Se ha de elogiar a la Comisión por su empeño intelectual en abordar la difícil cuestión que debía tratar. Produjo un informe lo más equilibrado posible entre los dos imperativos supremos y contradictorios en este ámbito: la paz y la justicia. No obstante, puede verse claramente que la mayor parte de los criterios propuestos por la Comisión son adaptables o flexibles y exigen una interpretación contextual, para la que se deja un margen bastante amplio. No estamos insinuando que esto sea una falla, sino más bien que es inevitable en este caso. Pero la consecuencia es que todos los Estados podrán justificar unilateralmente las intervenciones con cierta flexibilidad, basándose en los criterios propuestos, puesto que la aplicación y la interpretación están librada, en cierta medida, a la buena fe. Es ineludible que las amplias interpretaciones políticas que se hagan después tengan por efecto la extensión del ámbito de la intervención. Además,

⁶¹ *Ibid.*, art. 2.B citado y párrs. 4.37 – 4.38.

⁶² *Ibid.*, art. 2.C citado y párrs. 4.39 – 4.40.

⁶³ *Ibid.*, art. 2.D citado y párrs. 4.41 – 4.43.

en la categoría de "necesidad extrema", el conflicto entre los dos absolutos de paz y justicia parece dar lugar a una suerte de prioridad predeterminada de uno sobre otro, del de justicia sobre el de paz. Ésta es, por cierto, una vía posible y, si hubiera menos pugnas políticas en el mundo, sería muy recomendable (pero, en tal caso probablemente tampoco se cometerían matanzas que obliguen a recurrir a las intervenciones humanitarias). Se podría añadir aquí que, según ya se ha dicho acertadamente, sólo la justicia es, a fin de cuentas, la base para un orden y una vida pacíficos y duraderos⁶⁴. De todos modos, es posible preguntarse si no existe algún otro medio de distribución normativa entre esos dos importantes principios, es decir, uno por el que pueda evitarse toda norma o excepción fija y *a priori* en este ámbito. Esta solución también tiene escollos, pero valdría la pena tratar de encontrarla, al menos de manera experimental.

b. Por lo expuesto más arriba, el autor del presente artículo sostiene que el derecho no tiene que dar, forzosamente, una respuesta suficiente y *a priori* a tales casos de conflicto entre absolutos. Esto no significa que el derecho no tenga respuesta alguna, sino más bien que no debe darse una respuesta bajo la forma de norma o de excepción. Si así fuera, el conflicto ya se habría resuelto en favor de uno de los elementos "absolutos" en detrimento del otro, al menos en ciertos contextos. Pero eso es, precisamente, lo que debe evitarse pues, en tal caso, se daría *a priori* menos peso a uno de los absolutos que al otro en ciertas circunstancias, con todas las consecuencias que eso implicaría en el mundo real, con sus peligros, trampas y abusos. Sería mejor recurrir al concepto que postula la filosofía jurídica moderna de "acción arriesgada"⁶⁵. La humanidad tiene que actuar en un número cada vez mayor de situaciones, pero no tiene la posibilidad de cerciorarse de que las condiciones para la acción se cumplen debidamente (o de que es la medida acertada). Así pues, se emprende una acción, pero se emprende de manera arriesgada.

Este concepto, aplicado a nuestro problema, podría inducir las conclusiones siguientes. El derecho internacional no reglamenta *a priori*, de manera decisiva, el conflicto entre el uso de la fuerza y los valores humanitarios fundamentales. El peligro de que se emplee una fuerza desenfrenada justifica la presunción de que las intervenciones humanitarias unilaterales están prohibidas, aunque sólo sea para mantener el umbral lo más alto posible. No obstante, la acción no queda completamente excluida. Si se la emprende, se incurre un riesgo personal,

64 Véase, por ejemplo, Legaz y Lacambra, *Rechtsohphilosophie*, Neuwied / Berlín, 1965, p. 770.

65 Véase, por ejemplo, A. Kaufmann, *Rechtssphilosophie*, segunda edición, Munich, 1997, pp. 301 y ss.

moral y jurídico. Así pues, si otros Estados de la comunidad internacional aceptan, de manera general, que había causas válidas para la intervención humanitaria, se permitirá que continúe la acción a *posteriori* por aquiescencia. La Asamblea General de las Naciones Unidas puede prestar particular colaboración en este sentido. Por consiguiente, cuando se realiza la intervención, está desprovista de toda autorización jurídica definitivamente establecida (puesto que hay una presunción de ilicitud); su licitud sigue pendiente y hay que determinarla definitivamente en una etapa posterior⁶⁶.

En la práctica, la intervención debería respetar, en todos los casos, las condiciones establecidas por la "Comisión sobre Intervención y Soberanía de los Estados", si se quiere que la comunidad en general la acepte. Pero estas condiciones son demasiado amplias para ser categóricas para que sean, de por sí, decisivas; la acción sigue siendo una "acción arriesgada".

No estamos sugiriendo aquí que esta solución sea completamente satisfactoria o que no tenga defecto alguno. Sin embargo, puede decirse que se acerca, tal vez, a un equilibrio satisfactorio entre los dos grupos de valores jurídicos que se desea preservar como sacrosantos, es decir los de *pax et justitia*.

⁶⁶ Obviamente, este enfoque *ex post facto* podría acarrear algunas dificultades. Por ejemplo, podría ser difícil determinar en un momento dado si se ha cometido un crimen de agresión, dado que los elementos constitutivos del crimen, en particular la ilicitud del uso de la fuerza, podrían concretarse sólo después de cierto tiempo. Se podrían pensar diferentes soluciones: 1) en el caso de una motivación humanitaria real (que eventualmente determinaría un tribunal), no podría cometerse ningún crimen de agresión, debido a la ausencia de un elemento particular del *mens rea* necesario para ser considerado culpable. Un intento subjetivo de actuar para salvar una población anularía *eo ipso* el crimen. 2) La motivación humanitaria no impide una condena por agresión si se comprueba que se ha tratado de un uso ilícito de la fuerza, pero puede tomarse como fundamento para mitigar la gravedad del crimen. La determinación del crimen en sí quedaría flotante, como una suerte de *hereditas iacens*, hasta que la comunidad internacional no haya realizado una regularización final o una negativa de los actos. Naturalmente, esta situación podría plantear problemas particulares con respecto al requisito del derecho penal de que el comportamiento prohibido debe ser suficientemente claro y predecible. *Mutatis mutandi*, se deberían efectuar consideraciones similares para cuestiones de responsabilidad internacional (que también pueden diferir según reconocimientos específicos de licitud o de ilicitud por parte de terceros Estados).

Junio
2003
Nº 850

Revista fundada en 1869
y publicada por el
Comité Internacional
de la Cruz Roja
Ginebra



CICR

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
DEBATE HUMANITARIO: DERECHO, POLÍTICAS, ACCIÓN

SELECCIÓN DE ARTÍCULOS 2003

Editorial

El derecho internacional humanitario, como todas las ramas del derecho, no es estático y siempre debe interpretarse y aplicarse de manera que se puedan confirmar sus objetivos principales y su pertinencia. En los decenios de 1980 y 1990, en particular el último, los tribunales internacionales tuvieron que conocer cada vez más de cuestiones relativas al derecho internacional humanitario. Identificaron los objetivos fundamentales, las normas y los principios pertinentes de los tratados y del derecho consuetudinario, se pronunciaron acerca de la manera en que éstos se inscriben en el derecho internacional general, así como en el derecho penal internacional, en el derecho de la responsabilidad de los Estados y en el derecho de los derechos humanos. En esta deliberación jurídica sobre el derecho internacional humanitario se ha sentado por resultado una multitud de precedentes persuasivos y autoritativos relativos a la aplicación de las normas de los conflictos armados.

*En el presente número de la Revista, se examina esta contribución de los tribunales internacionales al derecho internacional humanitario. En un artículo, en el que se concentran las decisiones y las opiniones de la Corte Internacional de Justicia, se da una sinopsis general sobre la manera en que la Corte ha ayudado a esclarecer la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional general, así como a determinar el tenor de los principios fundamentales de la ley humanitaria. Asimismo, se analiza cómo la Corte Internacional de Justicia ha tratado la complejidad de los vínculos entre los tratados humanitarios, el derecho consuetudinario y el *ius cogens*.*

En el artículo siguiente, se examina desde diferentes perspectivas la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia. Desde una perspectiva general, se evalúa el efecto que ésta ha tenido en el derecho internacional humanitario, por lo que atañe, en particular, a su función interpretativa que permite aplicar disposiciones convencionales antiguas a conflictos modernos entre etnias. Este aspecto controvertido del cometido del tribunal en la aplicación del derecho internacional humanitario es objeto de análisis de otra contribución, en la que se aborda con mayor detenimiento el tema de la extensión del régimen de infracciones graves y de la doctrina del interés común. En un último artículo, se pasa revista a la cuestión de la jurisprudencia del tribunal, para saber si debería adoptarse una definición única de conflicto armado, a fin de reemplazar la dicotomía entre conflicto armado internacional o no internacional.

Aparte de los artículos temáticos, en una contribución específica se examina la aplicación del derecho internacional humanitario en la Federación de Rusia. En otro artículo, se analiza, desde un punto de vista práctico, la cuestión del

Editorial

examen de las armas en virtud del artículo 36 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra.

Por último, la Revista publica algunos importantes documentos del CICR sobre la guerra reciente en Irak, incluido el memorándum que la Institución dirigió a los beligerantes a fin de recordar a los Estados los compromisos que, de conformidad con el derecho internacional humanitario, les incumben durante las hostilidades.

LA REVISTA

La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario

VINCENT CHETAİL*

El derecho internacional humanitario es una parte importante del derecho público internacional y uno de los más antiguos cuerpos de normas internacionales. Como principal órgano judicial de derecho público internacional, la Corte Internacional de Justicia contribuye a la interpretación de los valores fundamentales que la comunidad internacional ha expresado a través del derecho internacional humanitario¹. Las decisiones judiciales no son, por sí mismas, una fuente del derecho, pero los dictámenes de la Corte Internacional de Justicia son unánimemente considerados como la mejor expresión del contenido del derecho internacional vigente². Desde la perspectiva del derecho internacional general, la jurisprudencia internacional es, entonces, de suma importancia para determinar el marco jurídico del derecho humanitario³. Desde la particularmente breve y elusiva referencia a las "consideraciones elementales de humanidad" en su primera sentencia emitida el 9 de abril de 1949, sobre el caso del *Estrecho de Corfú*⁴, la Corte Internacional de Justicia ha tenido la ocasión de tratar cuestiones de derecho humanitario en dos casos muy debatidos: la sentencia del 27 de junio de 1986 sobre *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*⁵ y la Opinión consultiva, emitida diez años después, el 8 de julio de 1996, sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares*⁶. Estos dos casos han sido muy comentados, y no es nuestra intención examinar aquí las circunstancias específicas de cada uno de ellos⁷ o la particular posición de la Corte con respecto a las armas nucleares en el ámbito del derecho internacional humanitario⁸. Deliberadamente optamos por situar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en una perspectiva más general, en el marco del derecho humanitario, y

* El autor es asistente de docencia e investigación en el Instituto para Graduados de Estudios Internacionales (Ginebra) y en el Centro de Derecho Europeo y Derecho Comparativo (Lausana). Además, es consultor para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). El autor agradece a los profesores Vera Gowlland-Debbas y Andrew Clapham sus valiosos comentarios. También quisiera agradecer a sus colegas Mariano García Rubio y Jeremy Allouche su revisión del borrador final de este artículo.

considerarla a la luz de otros casos pertinentes, en particular la Opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención sobre el crimen de genocidio*⁹ y el caso contencioso sobre *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*¹⁰. Así pues, se demostrará cómo la jurisprudencia de la Corte Inter-

¹ Para un punto de vista más general, véanse P.-M. Dupuy, "Le juge et la règle de droit", *RG-DIP*, vol. 93, 1989, pp. 570-597; *ibíd.*, "Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", en R.-J. Dupuy (ed.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, Pedone, París, 1999, pp. 117-130; G. Abi-Saab, "The International Court as a world court", en V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, pp. 3-16; V. Gowlland-Debbas, "Judicial insights into fundamental values and interests of the international community", en A.S. Muller, D. Raic y J.M. Thuranszky (eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1997, pp. 327-366.

² H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens y Sons, Londres, 1958, en particular pp. 6-22, y pp. 61-71; E. McWhinney, "The legislative role of the World Court in an era of transition", en R. Bernhardt, W.K. Geck, G. Jaenicke, y H. Steinberger (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1983, pp. 567-579; O. Schachter, "Creativity and objectivity in international tribunals", *ibíd.*, pp. 813-821; L. Condorelli, "L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes", en Société Française pour le Droit International, *La juridiction internationale permanente*, Coloquio Lyon, Pédone, París, 1986, pp. 277-313; R.Y. Jennings, "The judicial function and the rule of law in international relations", en *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, vol. III, Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, pp. 139-151; M. Mendelson, "The International Court of Justice and the sources of international law", en V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, *op. cit.* (nota 1), pp. 63-89; F. Francioni, "International 'soft law': A contemporary assessment", *ibíd.*, pp. 167-178; J.J. Quintanan, "The International Court of Justice and the formulation of general international law: The law of maritime delimitation as an example", en A.S. Muller y otros (eds.), *The International Court of Justice. Its Future Role after Fifty Years*, *op. cit.* (nota 1), pp. 367-381; S. Rosenne., *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1997, en particular pp. 1606-1615 y 1628-1643; M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, en particular pp. 1-31 y pp. 67-96.

³ Acerca de la importancia de la jurisprudencia internacional en el ámbito del derecho humanitario o del derecho de los derechos humanos, véanse I.P. Blishchenko, "Judicial decisions as a source of international humanitarian law", en A. Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica S.r.l., Nápoles, 1979, pp. 41-51; R. Abi-Saab, "Los 'Principios Generales' del derecho humanitario según la Corte Internacional de Justicia", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, no. 82, 1987, pp. 387-396; N.S. Rodley, "Human rights and humanitarian intervention: The case law of the World Court", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, pp. 321-333; S.M. Schwebel, "The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice", en V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, *op. cit.* (nota 1), pp. 327-350.

⁴ *Corfu Channel Case (Merits)*, ICJ Reports 1949, p. 22.

⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986, p. 14.

⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, p. 226.

nacional de Justicia es una importante contribución en dos aspectos: por un lado, esclarece la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional general (parte 1); por otro, elucida el contenido de los principios fundamentales del derecho internacional humanitario (parte 2).

7 Estos casos han sido objeto de la mayor parte de los textos escritos sobre asuntos tratados por la Corte. Para el caso de *Military Activities in Nicaragua*, véanse, en particular el número especial del *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987; P.W. Kahn, "From Nuremberg to The Hague: The United States position in *Nicaragua v. United States*", *Yale Journal of International Law*, vol. 12, 1987, pp. 1-62; P.-M. Eisemann, "L'arrêt de la CIJ dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci", *AFDI*, vol. XXXII, 1986, pp. 153-189; J. Verhoeven, "Le droit, le juge et la violence: Les arrêts Nicaragua c. Etats-Unis", *RGDIP*, vol. 91, 1987, pp. 1159-1239; T.D. Gill, *Litigation Strategy at the International Court: A Case Study of the Nicaragua v. United States Dispute*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1989; W. Czaplinski, "Sources of international law in the Nicaragua case", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, pp. 85-99; C. Lang, *L'affaire Nicaragua/Etats-Unis devant la Cour internationale de Justice*, LGDJ, Biblioteca de derecho internacional, vol. 100, París, 1990; J. Crawford, "Military activities against Nicaragua case (*Nicaragua v. United States*)", en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier, Amsterdam/Lausana/Nueva York/Oxford/Shannon/Singapur/Tokyo, 1997, pp. 371-378. Para el caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, véanse las numerosas y extensas contribuciones publicadas en el número especial de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, no. 139, 1997; L. Boisson de Chazournes. y P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. Véase también M. Perrin de Brichambaut, "Les avis consultatifs rendus par la CIJ le 8 juillet 1996 sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires dans un conflit armé (OMS) et sur la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires (AGNU)", *AFDI*, vol. XLII, 1996, pp. 315-336; V. Coussirat-Coustère, "Armes nucléaires et droit international: A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice", *ibíd.* pp. 337-356; R.A. Falk, "Nuclear weapons, international law and the World Court: A historic encounter", *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, pp. 64-75; M.J. Matheson, "The Opinions of the International Court of Justice on the threat or use of nuclear weapons", *ibíd.*, pp. 417-435.

8 Véanse las notas 6 y 7. Para un panorama general sobre la licitud de las armas nucleares, véase también G. Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons*, Stevens & Sons, Londres, 1958; M.N. Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, Stevens & Sons, Londres, 1959; I. Brownlie, "Some legal aspects of the use of nuclear weapons", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, pp. 437-451; A. Rosas, "International law and the use of nuclear weapons", en *Essays in Honour of Erik Casrén, Finnish Branch of the International Law Association*, Helsinki, 1979, pp. 73-95; R.A. Falk, L. Meyrowitz. y J. Sanderson, *Nuclear Weapons and International Law*, Centro de Estudios Internacionales, Escuela Woodrow Wilson de Asuntos Públicos e Internacionales, Universidad de Princeton, Princeton, 1981; E. David, "A propos de certaines justifications théoriques à l'emploi de l'arme nucléaire", en C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra/La Haya, 1984, pp. 325-342; S. McBride, "The legality of weapons of social destruction", *ibíd.*, pp. 401-409; L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, segunda edición, Juris Publishing, Manchester University Press, 2000, pp. 128-132.

9 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 15.

10 *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia) (Preliminary objections)*, ICJ Reports 1996, p. 595.

Derecho internacional humanitario y derecho internacional general

El derecho internacional humanitario contemporáneo está compuesto por: a) un complejo conjunto de normas convencionales, b) normas consuetudinarias y c) *jus cogens*, que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ayuda a esclarecer e interpretar.

Unidad y complejidad de los tratados de derecho internacional humanitario

La codificación sistemática y el desarrollo progresivo del derecho humanitario en tratados multilaterales generales comenzaron relativamente temprano en comparación con otras ramas del derecho internacional¹¹. El derecho humanitario contemporáneo es el resultado de un largo proceso normativo, cuyos orígenes más inmediatos se remontan a las postrimerías del siglo XIX, cuando se tiende a codificar las leyes y costumbres de la guerra. En consecuencia, el derecho internacional humanitario es una de las ramas más codificadas del derecho internacional. Esta sustancial rama del derecho se caracteriza por contener dos conjuntos de normas: el "derecho de La Haya", cuyas disposiciones se refieren a las limitaciones o prohibiciones de medios y métodos específicos de guerra, y el "derecho de Ginebra", que trata, principalmente, de la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir los no combatientes y los que no participan en las hostilidades o han dejado de hacerlo¹². Con la aprobación de los Protocolos adicionales de 1977, donde se combinan ambas ramas del derecho internacional humanitario, esa distinción es ahora, ante todo, histórica y didáctica.

¹¹ Sobre el desarrollo histórico del derecho internacional humanitario, véanse G. Best, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, Weidenfeld y Nicholson, Londres, 1980; P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Presses Universitaires de France, París, Instituto para Graduados de Estudios Internacionales, Ginebra, 1983; J. Pictet, "La formación del derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, no. 67, 1985, pp. 3-24 (disponible también en www.cicr.org/spa); G.I.A.D. Draper, "The development of international humanitarian law", en *International Dimensions of Humanitarian Law*, Instituto Henry Dunant /UNESCO, Ginebra/París, 1988, pp. 67-90; G. Best, "The restraint of war in historical and philosophical perspective", en A.J.M. Delissen. y G.J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1991, pp. 3-26; M. Howard, G.J. Andreopoulos y M.R. Shulman, *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World*, Yale University Press, New Haven/Londres, 1994; L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit.* (nota 8), pp. 20-53.

¹² Sobre esta distinción, véanse S.E. Nahlik, "Droit dit 'de Genève' et droit dit 'de La Haye': Unicité ou dualité?", *AFDI*, Vol. XXIV, 1978, pp. 1-27; F. Bugnion, "El derecho de Ginebra y del derecho de La Haya", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, no. 160, 2001, publicado en la *Selección de artículos 2001 de la RICR*, pp. 261-278, disponible también en www.cicr.org/spa.

En su Opinión consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia reconoce explícitamente la unidad básica del derecho internacional humanitario. Deja en claro que esa rama del derecho internacional abarca tanto las normas relativas a la conducción de las hostilidades como las que protegen a las personas que están en poder del adversario. De este modo, la Corte traza la evolución histórica del derecho humanitario:

"En La Haya (particularmente en las Convenciones de 1899 y 1907), se desplegaron esfuerzos tendentes a la codificación de las 'leyes y costumbres de la guerra', como tradicionalmente se las llama, que en cierta medida se basaron en la Declaración de San Petersburgo de 1868, así como en los resultados de la Conferencia de Bruselas de 1874. Este "derecho de La Haya" (...) estableció los derechos y las obligaciones de los beligerantes por lo que respecta a la conducción de las operaciones y limitó la elección de métodos y medios para dañar al enemigo en conflictos armados internacionales. A este desarrollo debería añadirse el "derecho de Ginebra" (los Convenios de 1864, 1906, 1929 y 1949), que protege a las víctimas de la guerra y se propone salvaguardar a los miembros incapacitados de las fuerzas armadas y a las personas que no participan en las hostilidades"¹³.

La Corte concluye que:

"Estas dos ramas del derecho aplicable en los conflictos armados se han interrelacionado a un punto tal que se considera que paulatinamente han formado un único sistema complejo, conocido en la actualidad como derecho internacional humanitario. Las disposiciones de los Protocolos adicionales de 1977 dan expresión y prueba de la unidad y complejidad de ese derecho"¹⁴.

Son cimientos de la unidad subyacente del derecho internacional humanitario los valores esenciales de humanidad compartidos por todas las civilizaciones. Como señala el juez Weeramantry:

"El derecho humanitario y la costumbre tienen un linaje muy antiguo. Tienen una raigambre de miles de años. Se forjaron en muchas civilizaciones: china, india, griega, romana, japonesa, islámica, europea moderna, entre otras. A lo largo de los años, numerosas ideas religiosas y filosóficas fueron vertiéndose al molde en que se ha fraguado el derecho humanitario moderno. Dieron prueba del esfuerzo hecho por la conciencia humana para mitigar, en

¹³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, op. cit. (nota 6), p. 256, párr. 75.

¹⁴ *Ibíd.*

cierta medida, las brutalidades y los terribles sufrimientos que implica la guerra. Según la expresión de una importante declaración al respecto (la Declaración de San Petersburgo de 1868), el derecho internacional humanitario fue concebido para fijar los límites en que "las necesidades de la guerra deben detenerse ante las exigencias de la humanidad"¹⁵.

Los numerosos tratados de derecho humanitario expresan la constante preocupación de la comunidad internacional por mantener y preservar normas fundamentales en el contexto específico de los conflictos armados, donde la primacía del derecho resulta particularmente amenazada. Según la propia expresión de la Corte Internacional de Justicia, el conjunto de normas convencionales aplicables en tiempo de conflicto armado es:

"fundamental para el respeto de la persona humana y de "consideraciones elementales de humanidad"¹⁶.

Mediante esta expresión, la Corte subraya que el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos comparten los mismos valores éticos fundamentales. A pesar de los fundamentos históricos diferentes y de las especificidades normativas de cada una, la preocupación principal de ambas ramas del derecho internacional es la dignidad humana. Se originan en la misma fuente: las leyes de humanidad. Además de reconocer este marco conceptual común, la Opinión consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares* contribuye a una mejor comprensión de la relación entre tratados de derecho humanitario y de derecho de los derechos humanos¹⁷. En realidad, la Corte

¹⁵ *Ibid.*, Opinión disidente del juez Weeramantry, pp. 443-444.

¹⁶ *Ibid.*, p. 257, párr. 79.

¹⁷ Sobre las relaciones entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, véanse A.S. Calogeropoulos-Stratis, *Droit humanitaire et droits de l'homme: La protection de la personne en période de conflit armé*, Instituto para Graduados de Estudios Internacionales, A.W. Sijthoff, Ginebra/Leiden, 1980, p. 119; Y. Dinstein, "Human rights in armed conflict: International humanitarian law", en T. Meron (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 345-368; A. Eide, "The laws of war and human rights: Differences and convergences", en C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, op. cit. (nota 8), pp. 675-698; A.H. Robertson, "Humanitarian law and human rights", *ibid.*, pp. 793-802; M. El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et en droit de l'homme*, Nijhoff, Dordrecht, 1986; L. Doswald-Beck, y S. Vité, "El derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 116, 1993, pp. 94-119; T. Meron, "The convergence between human rights and humanitarian law", en D. Warner (ed.), *Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1997, pp. 97-105; R.E. Vinuesa, "Interface, correspondence and convergence of human rights and international law", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, pp. 69-110; R. Kolb, "Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Reseña histórica de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y de los Convenios de Ginebra (1949)", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 147, 1998 (disponible en www.cicr.org/spa).

confirma la convergencia y la complementariedad de estas dos ramas del derecho y reconoce la aplicabilidad permanente del derecho de los derechos humanos en tiempo de conflicto armado:

"La Corte observa que la protección dispuesta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, salvo cuando se aplica el artículo 4, que permite la derogación de algunas disposiciones en situaciones de emergencia nacional. El respeto del derecho a la vida (garantizado por el artículo 6 del Pacto Internacional) no cabe, sin embargo, entre esas disposiciones. En principio, el derecho de las personas a no ser privadas arbitrariamente de la vida también se aplica durante las hostilidades. Sin embargo, la prueba de qué constituye una privación arbitraria de la vida ha de ser determinada por la *lex specialis* aplicable, es decir, el derecho aplicable en conflictos armados concebido para regular la conducción de las hostilidades. Así pues, la decisión de si una pérdida de vida en particular, a través del empleo de cierta arma en la guerra, debe ser considerada una privación arbitraria de la vida que contradice lo dispuesto en el artículo 6 del Pacto, sólo podrá zanjarse haciendo referencia al derecho aplicable en los conflictos armados y no efectuando deducciones de las disposiciones del Pacto mismo"¹⁸.

Por consiguiente, el derecho humanitario puede ser considerado como una especie de la categoría más amplia de derecho de los derechos humanos. No es ésta una distinción en lo que se refiere a su naturaleza intrínseca, sino una distinción basada en el contexto de aplicación de normas concebidas para proteger a los seres humanos en diferentes circunstancias. A pesar de que, en el presente caso, el derecho a la vida, tal como lo garantiza el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no añade nada sustancial al derecho humanitario vigente, el reconocimiento que realiza la Corte de la aplicabilidad permanente de los tratados de derechos humanos en tiempo de conflicto armado reviste una importancia considerable por dos razones principales. En el plano sustantivo, las disposiciones de los tratados de derechos humanos van más allá del derecho humanitario convencional y llenan algunos vacíos normativos, particularmente en lo que respecta a situaciones de conflicto armado no internacional

¹⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *op. cit.* (nota 6), p. 240, párr. 25. Para un comentario de este fragmento de la Opinión consultiva véase V. Gowlland-Debbas, "The right to life and genocide: The Court and international public policy", en L. Boisson de Chazourmes. y P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, *op. cit.* (nota 7), pp. 315-337.

y de disturbios internos¹⁹. En el plano procesal, los tratados de derechos humanos contienen mecanismos sofisticados de aplicación que pueden completar los mecanismos más rudimentarios previstos para la aplicación del derecho humanitario, basados principalmente en una perspectiva preventiva y orientada hacia el Estado²⁰.

¹⁹ Sobre esta cuestión, véanse Y. Dinstein, "The international law of civil wars and human rights", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, 1976, pp. 62-80; S. Junod, "Los derechos humanos y el Protocolo II", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 59, 1983, pp. 246-254; Th. Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Hersh Lauterpacht Memorial Lectures, Grotius Publications, Cambridge, 1987; H.S. Burnos, "The application of international humanitarian law as compared to human rights law in situations qualified as internal armed conflict, internal disturbances and tensions, or public emergency, with special reference to war crimes and political crimes", en F. Kalshoven e Y. Sandoz (eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 1-30; P.H. Kooijmans, "In the shadowland between civil war and civil strife: Some reflections on the standard-setting process", en A.J.M. Delissen y G.J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, op. cit. (nota 11), pp. 225-247; F. Hampson, "Human rights and humanitarian law in internal conflicts", en M.A. Meyer (ed.), *Armed Conflict and the New Law*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, vol. II, 1993, pp. 53-82; H.P. Gasser, "Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones interiores: Propuesta de un Código de Conducta", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 85, 1988, pp. 38-60; T. Meron, "Proyecto de Declaración-tipo sobre los disturbios y tensiones interiores", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 85, 1988, pp. 61-79; A. Eide, A. Rosas y T. Meron, "Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standards", *American Journal of International Law*, Vol. 89, 1995, pp. 215-223; R. Abi-Saab, "Human rights and humanitarian law in internal conflicts", en D. Warner (ed.), *Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality*, op. cit. (nota 17), pp. 107-123; C. Sommaruga, "Humanitarian law and human rights in the legal arsenal of the ICRC", ibíd., pp. 125-133; D. Momtaz, "Las normas humanitarias mínimas aplicables en período de disturbios y tensiones interiores", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 147, 1998, pp. 455-462; A. Eide, "Internal disturbances and tensions", en *International Dimensions of Humanitarian Law*, op. cit. (nota 12), pp. 241-256; T. Hadden y C. Harvey, "The Law of internal crisis and conflict" (El derecho de los conflictos y crisis internos), sólo en inglés, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 833, 1999, pp. 119-134.

²⁰ Véanse B.G. Ramcharan, "The role of international bodies in the implementation and enforcement of humanitarian law and human rights law in non-international armed conflict", *American University Law Review*, vol. 33, 1983, pp. 99-115; M. Sassòli, "Mise en oeuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme: Une comparaison", *ASDI*, vol. XLIII, 1987, pp. 24-61; C. Cerna, "Human rights in armed conflict: Implementation of international humanitarian law norms by regional intergovernmental human rights bodies", en F. Kalshoven e Y. Sandoz (eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, op. cit. (nota 19), pp. 31-67; R. Wieruszewski, "Application of international humanitarian law and human rights law: Individual complaints", ibíd., pp. 441-458; D. Weissbrodt y P.L. Hicks, "Aplicación de los derechos humanos y del derecho humanitario en caso de conflicto armado", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 116, 1993, pp. 127-146; D. O'Donnell, "Tendencias en la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 147, 1998, pp. 523-546 (disponible en www.cicr.org/spa); L. Zegveld, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario: comentario acerca del caso La Tablada", ibíd., pp. 547-554; A. Reidy, "El enfoque de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos sobre el derecho internacional humanitario", ibíd., pp. 555-571.

La naturaleza consuetudinaria de los tratados de derecho humanitario

En su primera sentencia, emitida el 9 de abril de 1949, en el caso del Estrecho de Corfú, la Corte Internacional de Justicia hizo referencia indirectamente a la naturaleza consuetudinaria de los tratados de derecho humanitario. El asunto era que, en la Convención VIII de La Haya, de 1907, se estipula una obligación específica de notificar la presencia de minas en las aguas territoriales. Sin embargo, Albania, el acusado, no era parte en ese tratado. Además, esa Convención se aplica en tiempo de guerra, lo que no era el caso. No obstante, la Corte consideró que:

"Las obligaciones que incumbían a las autoridades albanesas consistían en notificar, para beneficio de la navegación en general, la existencia de minas en las aguas territoriales albanesas y en advertir a los navíos británicos que se acercaban del peligro inminente que las minas implicaban para ellos. Tales obligaciones se basan no sólo en la Convención de La Haya no VIII de 1907, que es aplicable en tiempo de guerra, sino en ciertos principios generales, que gozan de aceptación general, en particular: consideraciones elementales de humanidad, más estrictas aún en tiempo de paz que de guerra; el principio de la libertad de comunicación marítima; y la obligación de los Estados de no permitir intencionalmente que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados."²¹

La Corte reconoce que las disposiciones específicas de la Convención de La Haya de 1907 eran la expresión de un principio general de derecho internacional y, por lo tanto, admite, al menos implícitamente, la naturaleza consuetudinaria de la norma convencional expresada en la Convención²². Esta conclusión fue refrendada por la Corte en su sentencia del 27 de julio de 1986 sobre el caso relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*:

"Si un Estado coloca minas en las aguas que sea (...) y no da advertencia o notificación de ello, poniendo de ese modo en peligro la seguridad de la navegación pacífica, infringe los principios de derecho humanitario subyacentes a las disposiciones específicas de la Convención no VIII de 1907."²³

²¹ *The Corfu Channel Case (Merits)*, *op. cit.* (nota 4), p. 22.

²² En su comunicación a la Corte, el Reino Unido arguyó que: "a partir de la aprobación de la Convención de 1907, los Estados han tratado sus disposiciones, en la práctica, como si formaran parte del derecho internacional general. Incluso Alemania, que en las guerras de 1914-1918 y 1939-1945 cometió infracciones graves de la Convención, declaró públicamente acatar sus disposiciones. Las Potencias aliadas en ambas guerras se consideraron regidas por la Convención y respetaron sus disposiciones relativas a la notificación", *ICJ Pleadings*, vol. 1, p. 39.

²³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *op. cit.* (nota 5), p. 112, párr. 215.

Este último caso también dio la oportunidad a la Corte de examinar la naturaleza consuetudinaria de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949²⁴. En realidad, la reserva a un tratado multilateral formulada por Estados Unidos impidió a la Corte aplicar los Convenios de Ginebra como derecho convencional. Sin embargo, la Corte no estimó necesario adoptar una posición respecto de la pertinencia de la reserva de Estados Unidos, por que:

"En opinión de la Corte, la conducta de Estados Unidos puede ser juzgada de conformidad con los principios generales fundamentales de derecho humanitario."²⁵

La Corte comenzó su análisis con la aseveración general e indiscutible de que:

"En opinión de la Corte, los Convenios de Ginebra son, en algunos aspectos, un desarrollo y, en otros aspectos, tan sólo la expresión de esos principios."²⁶

Si bien la Corte basó su juicio en dos artículos de los Convenios de Ginebra en particular, que reflejan el derecho consuetudinario (los artículos 1 y 3 comunes a los cuatro Convenios), la generalidad de la expresión antes citada parece postular la naturaleza consuetudinaria de los Convenios de Ginebra, o al menos de la gran mayoría de sus disposiciones. Como reconoció el juez Koroma diez años después:

"Haciendo referencia a los principios humanitarios del derecho internacional, la Corte reconoció que los Convenios mismos reflejan el derecho consuetudinario y, por ende, son universalmente vinculantes."²⁷

La entremezcladura de derecho convencional y derecho consuetudinario confirma que, a diferencia de lo que comúnmente se cree, la costumbre no puede reducirse sólo a principios jurídicos generales, sino que puede ser tan detallada y técnica como las disposiciones convencionales. Pero la conclusión de la Corte fue esencialmente declarativa y no se consideró necesario examinar la *opinio juris* ni la práctica de los Estados relativas a la naturaleza consuetudinaria de los Convenios de Ginebra. En realidad, la Corte dio una explicación tautológica

²⁴ Para un comentario, véanse T. Meron, "The Geneva Conventions as Customary Law", *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 348-370; R. Abi-Saab, "The 'general principles' of humanitarian law according to the International Court of Justice", *op. cit.* (nota 3), pp. 381-389.

²⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *op. cit.* (nota 5), p. 113, párr. 218.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión disidente del juez Koroma, *op. cit.* (nota 6), p. 58o.

basada, principalmente, en los artículos comunes sobre denuncias, según los cuales:

"De ninguna manera (las denuncias) han de afectar las obligaciones que deben seguir incumbiendo a las Partes en conflicto en virtud de los principios del derecho de las naciones, pues derivan de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de humanidad y de los dictados de la conciencia pública."²⁸

La Corte añadió, en el mismo sentido, que las normas fundamentales contenidas en el artículo 3 común:

"son normas que, en opinión de la Corte, reflejan lo que ésta llamó, en 1949, 'consideraciones elementales de humanidad'."²⁹

La Corte pareció considerar que el carácter intrínsecamente humanitario de los Convenios de Ginebra la dispensaba de todo debate explícito sobre el proceso por el cual las obligaciones convencionales reflejan o llegan a ser obligaciones consuetudinarias³⁰. La Opinión consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares* dio la oportunidad a la Corte de ofrecer una justificación a posteriori de lo que había afirmado diez años antes. En esa Opinión, la Corte comienza por recordar la importancia de los valores humanitarios en que se funda el derecho de los conflictos armados en su conjunto:

"Debido, sin duda, a que numerosas normas de derecho humanitario aplicables en situaciones de conflicto armado son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y para las 'consideraciones elementales de humanidad', según expresó la Corte en su sentencia del 9 de abril de 1949 en el caso sobre el *Estrecho de Corfú* (...), los Convenios de La Haya y de Ginebra gozan de amplia adhesión."³¹

La Corte halla una confirmación de la naturaleza consuetudinaria del derecho humanitario en las declaraciones de otros organismos internacionales. Recuerda que:

²⁸ Citado en *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, op. cit. (nota 5), pp. 103-104, párr. 218.

²⁹ Ibíd., p. 104.

³⁰ Para una crítica de esta postura véanse A. D'Amato, "Trashing customary international law", *American Journal International Law*, vol. 81, 1987, pp. 101-105; R.G. Clark, "Treaty and custom", en L. Boisson de Chazourne y P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, op. cit. (nota 7), pp. 171-180.

³¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, op. cit. (nota 6), p. 257, párr. 79.

"En 1945, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg consideró que las normas humanitarias que figuran en el Reglamento anexo al Convenio de La Haya IV de 1907 ´fueron reconocidas por todas las naciones civilizadas y consideradas como una expresión de las leyes y costumbres de la guerra´."32

La Corte también hace referencia al Informe del Secretario General, aprobado en 1993, que presenta el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el cual fue aprobado unánimemente por el Consejo de Seguridad, según el cual:

"La parte del derecho internacional humanitario convencional que sin duda ha llegado a formar parte del derecho internacional consuetudinario es el derecho aplicable en situaciones de conflicto armado, tal como está estipulado en: los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de guerra; el Convenio de La Haya (IV) del 18 de octubre de 1907 y su Reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra; la Convención del 9 de diciembre de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio; y la Carta del 8 de agosto de 1945 del Tribunal Militar Internacional."33

A partir de ello, la Corte concluye que:

"La amplia codificación del derecho humanitario y el número de adhesiones que obtuvieron los tratados resultantes, así como el hecho de que las cláusulas de denuncias que existían en los instrumentos nunca se utilizaron, han posibilitado que la comunidad internacional cuente con un corpus de normas convencionales, que en su mayoría ya eran consuetudinarias y reflejaban los principios humanitarios más reconocidos universalmente."34

La Corte confirma sin ambigüedades que la amplia mayoría de las disposiciones de los Convenios de La Haya y de Ginebra expresan el derecho consuetudinario. Sin embargo, es menos categórica con respecto a las disposiciones del Protocolo I:

"La Corte recuerda que todos los Estados están regidos por las normas del Protocolo adicional I que, en el momento de su aprobación, eran la mera expresión del derecho consuetudinario preexistente, tales como la cláusula de Martens, refrendada en el primer artículo del Protocolo adicional I."35

32 *Ibid.*, p. 258, párr. 80.

33 *Ibid.*, párr. 81.

34 *Ibid.*, párr. 82.

35 *Ibid.*, p. 259, párr. 84.

Así pues, la Corte sugiere que el Protocolo I es sólo en parte una codificación de normas consuetudinarias de derecho humanitario³⁶. Sin embargo, esta calificación de la naturaleza declarativa del Protocolo I no significa que muchas de sus disposiciones, que no codificaban la costumbre en el momento de su aprobación, puedan ser hoy día consideradas como normas consuetudinarias. En realidad, en sus famosos casos sobre la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la Corte reconoce que el conjunto de normas que figuran en un Convenio multilateral puede considerarse

"como una disposición que crea normas y que ha conformado el cimiento de una norma, o la ha generado, que, siendo en sus orígenes sólo convencional o contractual, ha sido incorporada en el corpus general del derecho internacional y ahora es aceptada como tal por la *opinio juris*, de manera que es vinculante incluso para países que (nunca) se han hecho Partes en el Convenio (...). Incluso sin que haya pasado un período considerable de tiempo, una amplia y representativa participación en el convenio puede ser suficiente, a condición de que esa participación incluya la de los Estados cuyos intereses resultaban particularmente afectados."³⁷

Si bien la Corte no sintió la necesidad de examinar la cuestión en el contexto del Protocolo I, la adhesión de 143 Estados y la permanente reafirmación de su validez son signos fundamentales del proceso consuetudinario que está atravesando ese Protocolo³⁸.

³⁶ Véase, sin embargo, la Opinión disidente del juez Koroma en la que considera que: "el Protocolo adicional I es una redeclaración y una reafirmación de las normas de derecho consuetudinario basadas en los Convenios de La Haya y de Ginebra previos. Hasta la fecha, 143 Estados se han hecho Partes en el Protocolo, y la fuerza consuetudinaria de las disposiciones del Protocolo no se funda en la condición formal del Protocolo mismo", *ibíd.*, p. 580.

³⁷ *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark/Netherlands)*, ICJ Reports 1969, pp. 41-42, párrs. 71 y 73.

³⁸ Sobre esta cuestión, véanse A. Cassese, "The Geneva Protocols of 1977 on the humanitarian law of armed conflict and customary international law", *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 1984, pp. 57-118; D.W. Greig, "The underlying principles of international humanitarian law", *Australian Year Book of International Law*, vol. 9, 1985, pp. 46-85; G.H. Aldrich, "Progressive development of the laws of war: A reply to criticisms of the 1977 Geneva Protocol I", *Virginia Journal of International Law*, vol. 27, 1986, pp. 693-720; C. Greenwood, "Customary law status of the 1977 Geneva Protocols", en A.J.M. Delissen y G.J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, *op. cit.* (nota 11), pp. 93-114; G. Abi-Saab, "The 1977 Additional Protocols and general international law", *ibíd.*, pp. 115-126; L.R. Penna, "Customary international law and Protocol I: An analysis of some provisions", en C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, *op. cit.* (nota 8), pp. 201-225.

Jus cogens y principios de derecho humanitario

Tradicionalmente vinculado con la noción de orden público internacional, el concepto de *jus cogens* supone que existen algunas normas tan fundamentales para la comunidad internacional que los Estados no pueden derogarlas³⁹. El concepto de *jus cogens* fue definido por primera vez en un instrumento internacional en el artículo 53 del Tratado de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, según el cual:

"una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."⁴⁰

La Corte Internacional de Justicia ha tratado el tema del *jus cogens* o de conceptos relacionados, como las obligaciones *erga omnes*, en varios contextos estrechamente vinculados con el derecho humanitario, es decir los derechos humanos fundamentales⁴¹, la prohibición de amenaza o de uso de la fuerza⁴², y el derecho de los pueblos a la autodeterminación⁴³. La primera referencia que la Corte hizo de la noción de obligación *erga omnes* se relacionó con la prohibición del genocidio. En su Opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* del 28 de mayo de 1951, la Corte hace

³⁹ Entre los textos clásicos sobre este tema, véanse A. Verdross, "*Jus dispositivum and jus cogens in international law*", *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, pp. 55-63; M. Virally, "Réflexions sur le jus cogens", *AFDI*, vol. XII, 1966, pp. 5-29; E. Suy, "The concept of *jus cogens* in public international law", in *Lagonissi Conference on International Law, Ginebra, 1967*, pp. 17-77; K. Marek, "Contribution à l'étude du *jus cogens* en droit international", en *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Instituto para Graduados de Estudios Internacionales, Ginebra, 1968, pp. 426-459; A. Gómez Robledo, "Le *jus cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions", *RCADI*, 1981, III, pp. 9-217; L. Alexidze, "Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law", *ibíd.*, pp. 223-268; G. Gaja "Jus cogens beyond the Vienna Convention", *ibíd.*, pp. 271-316. Véase también R. St. J. Macdonald, "Fundamental norms in contemporary international law", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1987, pp. 115-149; G.A. Christenson, "*Jus cogens*: Guarding interests fundamental to international society", *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, 1988, pp. 585-628; G.M. Danilenko, "International *jus cogens*: Issues of law-making", *European Journal of International Law*, vol. 2, 1991, pp. 42-65; C. Annacker, "The legal régime of *erga omnes* obligations in international law", *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 46, 1994, pp. 131-166.

⁴⁰ Véase también el artículo 53 de la Convención de Viena de 1986 del derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

⁴¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, p. 32, párr. 33.

⁴² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *op. cit.* (nota 5), p. 100, párr. 190.

⁴³ *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, ICJ Reports 1995, p. 102, párr. 29.

hincapié en la naturaleza particular de esta Convención, de modo tal que reconoce implícitamente que la prohibición del genocidio constituye una obligación *erga omnes*:

"No hay duda de que la Convención fue aprobada con un propósito puramente humanitario y civilizador. En realidad, resulta difícil imaginar una convención que podría haber expresado en mayor medida ese carácter dual, dado que su objetivo es, por un lado, salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y, por otro, confirmar y respaldar los principios de moralidad más elementales. En esa Convención, los Estados contratantes no tienen intereses particulares, sino un único interés común: lograr esos elevados propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención. Por consiguiente, dado que se trata de una convención de ese tipo, no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, o del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones. En razón de la voluntad común de las partes, los elevados ideales que inspiraron la Convención sientan la base y la medida de todas sus disposiciones."⁴⁴

Más tarde, en la sentencia del 5 de febrero de 1970 sobre la *Barcelona Traction*, la Corte confirma expresamente que la prohibición del genocidio es una obligación de esta naturaleza y esclarece el concepto general de obligación *erga omnes*. Según la Corte:

"Deberá establecerse una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las que le incumban respecto de otro Estado (...). Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos de que se trata, se puede sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en protegerlos; son obligaciones *erga omnes*. Estas obligaciones derivan, por ejemplo en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial."⁴⁵

Más recientemente, en el *Caso sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Objeciones preliminares)*, del 11 de

⁴⁴ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1951, p. 23.

⁴⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, *op. cit.* (nota 41), p. 32, párr. 33.

julio de 1996, la Corte reitera su Opinión sobre las *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, según la cual:

"Los orígenes de la Convención muestran que la intención de las Naciones Unidas era condenar y sancionar el genocidio como un 'crimen de derecho internacional' que conlleva una negativa del derecho de existencia de grupos humanos enteros, negativa que conmociona la conciencia humana y resulta en grandes pérdidas para la humanidad, y que es contraria al derecho moral, así como al espíritu y los fines de las Naciones Unidas (...). La primera consecuencia que acarrea esta concepción es que los principios subyacentes a la Convención son, por reconocimiento de las naciones civilizadas, vinculantes para los Estados aunque no exista obligación convencional alguna. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación requerida para "liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso" (Preámbulo de la Convención)."⁴⁶

La Corte deduce del objeto y los propósitos de la Convención, tal como se desprende de su Opinión del 28 de mayo de 1951, que:

"los derechos y obligaciones inscritos en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*."⁴⁷

Esta última confirmación resulta particularmente interesante por dos motivos. En primer lugar, la Corte considera que la aprobación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio en 1948 tuvo el efecto de cristalizar la prohibición del genocidio como una obligación *erga omnes*. En segundo lugar, admite que no sólo la prohibición del genocidio ha adquirido el carácter de obligación *erga omnes*, sino toda la Convención, incluida –sobre todo– la obligación de hacer comparecer ante la justicia o de extraditar a personas que hayan cometido, intentado o incitado a cometer ese crimen internacional.

En cambio, la Corte fue mucho menos clara con respecto al carácter jurídico de las normas aplicables a la conducción de las hostilidades y la protección de las víctimas de conflictos armados. En su Opinión consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares*, la Corte afirmó que no tenía necesidad de tratar la cuestión de si esas normas forman parte del *jus cogens* o no. Consideró que el pedido de la Asamblea General planteó la cuestión de la aplicabilidad del derecho humanitario con respecto al uso de armas nucleares, pero no la

⁴⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, op. cit. (nota 10), p. 616, párr. 31.

⁴⁷ *Ibid.*

del *carácter jurídico* de esas normas⁴⁸. De ese modo, la Corte perdió la oportunidad, lamentablemente, de esclarecer la condición de *jus cogens* en el derecho internacional humanitario⁴⁹. No obstante, la Corte reconoció que:

"Las normas fundamentales de derecho humanitario deben ser respetadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones en que están inscritas, pues constituyen *principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario*."⁵⁰

Esta última expresión no pertenece al vocabulario jurídico existente y antes era desconocida en derecho internacional. Como bien observa el profesor Condorelli, "cabe dudar que la Corte haya querido indicar simplemente [...] que los principios en cuestión no deben ser transgredidos: en realidad, esto sucede con cualquier norma jurídica en la que se estipule una obligación"⁵¹. El tono solemne de la frase y la redacción muestran, por el contrario, que la Corte trataba de subrayar la importancia de las normas humanitarias para el derecho y el orden internacionales en su conjunto, así como la particularidad de esas normas en comparación con las demás normas consuetudinarias usuales de derecho internacional. Por consiguiente, la enigmática expresión de "principios intransgredibles" puede interpretarse de dos maneras. Por un lado, la Corte podría querer sugerir que los principios fundamentales de derecho humanitario constituyen normas de *jus cogens in statu nascendi*, es decir que están convirtiéndose en normas imperativas de derecho internacional, pero todavía no pueden ser consideradas plenamente como tales. Por otro lado, puede argüirse que, al subrayar el carácter intransgredible de las normas fundamentales de derecho humanitario, la Corte admite implícitamente el carácter imperativo de esas normas, pero se abstiene de hacerlo de manera explícita porque está tratando la cuestión más limitada de la aplicabilidad de esas normas al caso en consideración. Siguiendo la misma línea de razonamiento, algunos jueces dieron un paso más y reconocieron claramente que las normas y principios de derecho internacional humanitario tienen el carácter de *jus cogens*. El presidente Bedjaoui sostiene, en su Opinión separada, que la mayor parte de las normas de derecho humanitario han de ser consideradas como normas imperativas de derecho

⁴⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *op. cit.* (nota 6), p. 258, párr. 83.

⁴⁹ Véase J. Werksman y R. Khalastchi, "Nuclear weapons and jus cogens: Peremptory norms and justice preempted?", en L. Boisson de Chazournes y P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, *op. cit.* (nota 7), pp. 181-198.

⁵⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *op. cit.* (nota 6), p. 257, párr. 79 (el subrayado es nuestro).

⁵¹ L. Condorelli, "La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 139, 1997, p. 9-21.

internacional⁵². El juez Weeramantry, en su Opinión disidente, afirma categóricamente que:

"Sin duda, las normas del derecho humanitario de la guerra han adquirido la condición de *jus cogens*, puesto que son normas fundamentales de carácter humanitario, que no pueden derogarse sin contradecir las consideraciones elementales de humanidad que se proponen proteger."⁵³

Del mismo modo, el juez Koroma señala que:

En 1980, la Comisión de Derecho Internacional observó que "algunas de las normas de derecho humanitario son, en opinión de la Comisión, normas que imponen obligación de *jus cogens*."⁵⁴

Es de lamentar que la Corte plantee la cuestión de la naturaleza fundamental del derecho humanitario sin esclarecer el vínculo existente entre este cuerpo de normas internacionales y su potencial carácter de normas imperativas de derecho internacional general. No obstante, más allá de las incertidumbres acerca de la posición definitiva de la Corte sobre esta cuestión, la jurisprudencia de este órgano ha

⁵² "Il ne fait pas de doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tout cas, les deux principes interdisant l'un l'emploi des armes à effets indiscriminés et l'autre celui des armes causant des maux superflus, font partie du jus cogens. La Cour a évoqué cette question dans le présent avis; mais elle a toutefois déclaré qu'elle n'avait pas à se prononcer sur ce point dans la mesure où la question de la nature du droit humanitaire applicable aux armes nucléaires ne rentrait pas dans le cadre de la demande que lui a adressée l'Assemblée générale des Nations Unies. La Cour n'en a pas moins expressément considéré ces règles fondamentales comme "des règles intransgressibles du droit international coutumier", [No me cabe duda de que la mayor parte de las normas y principios de derecho humanitario y, en todo caso, los dos principios que prohíben, uno, el empleo de armas de efectos indiscriminados y otro, el de armas que causen males superfluos, forman parte del *jus cogens*. La Corte ha mencionado esta cuestión en la presente opinión, pero ha declarado que no debía pronunciarse al respecto porque la cuestión de la naturaleza del derecho humanitario aplicable a las armas nucleares no entra en el marco del pedido que le había formulado la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Corte, sin embargo, consideró expresamente estas normas fundamentales como "normas intransgredibles del derecho internacional consuetudinario"], *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, op. cit. (nota 6), párr. 21, p. 273.

⁵³ *Ibid.*, p. 496. Observa que en 1971 el juez Roberto Ago consideró, en el curso que impartía en la Academia de La Haya de Derecho Internacional, que las normas de *jus cogens* incluyen: "las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso a la fuerza o a la amenaza de fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario (prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra)".

⁵⁴ *Ibid.*, p. 574. Esta interpretación también ha sido reconocida por la mayor parte de la opinión jurídica. Véase, además de las referencias antes mencionadas, G. Abi-Saab, "The specificities of humanitarian law", en C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, op. cit. (nota 8), pp. 265-280; L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1988; J. Kasto, *Jus Cogens and Humanitarian Law*, International Law Series, vol. 2, Londres, 1994.

contribuido, sin duda, a la identificación de los principios fundamentales de derecho humanitario que pueden ser considerados como normas de *jus cogens*.

Los principios fundamentales del derecho internacional humanitario

Una importante contribución de la Corte Internacional de Justicia es haber distinguido, esclarecido y especificado los principios fundamentales del derecho internacional humanitario. Aunque dispersa y fragmentada, su jurisprudencia permite identificar las normas fundamentales de derecho humanitario, calificada por la Corte sea como "principios generales fundamentales de derecho humanitario"⁵⁵, sea como "principios cardinales que constituyen el cimiento del derecho humanitario"⁵⁶. Estos principios pueden agruparse en tres categorías: los principios fundamentales relativos a la conducción de las hostilidades, los que regulan el trato debido a las personas en poder del adversario, y los relacionados con la aplicación del derecho internacional humanitario.

Principios fundamentales relativos a la conducción de las hostilidades

Los principios fundamentales relativos a la conducción de las hostilidades identificados en la Opinión consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares* son: el principio de distinción entre civiles y combatientes; la prohibición del uso de armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios; y el principio residual de humanidad contenido en la cláusula de Martens.

- El principio de distinción entre combatientes y no combatientes

El principio de distinción entre combatientes y no combatientes es el primero de los "principios cardinales que constituyen el cimiento del derecho humanitario", que la Corte identifica en su Opinión consultiva de 1996. Según la Corte, este principio:

"tiene por finalidad la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca deben hacer de los civiles objeto de ataque y, por consiguiente, nunca deben emplear armas incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares."⁵⁷

⁵⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, op. cit. (nota 5), p. 113, párr. 218.

⁵⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, op. cit. (nota 6), p. 257, párr. 78.

⁵⁷ *Ibid.*

Así pues, la Corte reafirma un principio arraigado en la jurisprudencia internacional⁵⁸. Unos meses antes de que la Corte Internacional entregara su Opinión consultiva, la Sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia concluyó que:

"la norma según la cual la población civil, así como los bienes de carácter civil, no deben ser objeto de ataque, es una norma fundamental de derecho internacional humanitario aplicable a todos los conflictos armados."⁵⁹

La distinción entre combatientes y no combatientes es la piedra angular del derecho humanitario⁶⁰. Este principio básico deriva del axioma que fundamenta todo el derecho internacional humanitario, a saber que en los conflictos armados sólo es aceptable el debilitamiento de la capacidad militar del enemigo. La declaración de San Petersburgo del 29 de noviembre/11 de diciembre de 1868 fue el primer instrumento multilateral que incorporó el principio de distinción. Desde entonces, ha sido reiterado en numerosos instrumentos y de diversas formas⁶¹. Pero sólo en 1977, con la aprobación de los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, se dio una expresión clara y formal en el plano internacional a esta norma consuetudinaria. En el artículo 48 del Protocolo I, "Norma fundamental", se afirma:

"A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter

⁵⁸ Ya en 1927, el Tribunal mixto greco-alemán, en el caso *Coenca Brothers v. Germany* consideró que "uno de los principios universalmente reconocidos por el derecho de gentes estipula que los beligerantes deben respetar, en la medida de lo posible, a la población civil, así como sus bienes", *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. 7, p. 683. Véanse también, Tribunal arbitral griego alemán, *Kiriadolou v. Germany*, 10 de mayo de 1930, *ibíd.*, vol. 10, p. 100; Tribunal del distrito de Tokio, *Shimoda case*, 7 de diciembre de 1963, *ILR*, 32, pp. 629-632.

⁵⁹ Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, caso IT-95-11-R61, 8 de marzo de 1996, *Prosecutor v. Martić*, párr. 10.

⁶⁰ Véanse en particular F. Kalshoven, *The Law of Warfare. A Summary of its Recent History and Trends in Development*, A.W. Sijthoff/ Instituto Henry Dunant, Leiden/Ginebra, 1973; E. Rosenblad, *International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1979; R.R. Baxter, "The duties of combatants and the conduct of hostilities (Law of the Hague)", en *International Dimensions of Humanitarian Law*, *op. cit.* (nota 12), pp. 93-133.

⁶¹ Véanse, por ejemplo, los textos citados por el juez Weeramantry en su Opinión disidente: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (art. 25), anexo al Convenio de La Haya (IV) sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre; Convenio de La Haya (IX) de 1907 relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales en tiempo de guerra (art. 1); normas de la guerra aérea de 1923 (arts. 22 y 24); resolución del 30 de septiembre de 1928 de la Asamblea de la Sociedad de Naciones; resoluciones 2444 (XXIII) del 19 de diciembre de 1968 y 2675 (XXV) del 9 de diciembre de 1970 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares."

Por consiguiente, según el artículo 57 (1) del Protocolo I:

"Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil."

Están específicamente prohibidos los ataques directos y deliberados contra bienes de carácter civil⁶², los ataques cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil⁶³, las represalias contra civiles⁶⁴ y los ataques indiscriminados⁶⁵. El Protocolo pretende dar una definición amplia de "ataques indiscriminados" en todas las formas de guerra. En el artículo 51 (4), se describen y prohíben tres tipos de ataques indiscriminados:

- "a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
- c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil."

Después, se dan dos ejemplos:

- "a) los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil;
- b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista."

⁶² Artículos 52-56 del Protocolo I y artículo 13(2) del Protocolo II.

⁶³ Artículo 51(2) del Protocolo I y artículo 13(2) del Protocolo II.

⁶⁴ Artículos 51(6), 52(1), 53(c), 54(4), 55(2) y 56(4) del Protocolo I.

⁶⁵ Artículo 51(4) y (5) del Protocolo I.

Así pues, queda claro que el principio fundamental de distinción entre combatientes y no combatientes no puede ser fácilmente dissociado de las normas inherentes a su aplicación. La declaración de la Corte Internacional de Justicia antes citada sigue el mismo razonamiento. Tras formular el principio de distinción, especifica su contenido incluyendo la prohibición de los ataques contra civiles y la prohibición de las armas de efectos indiscriminados. A primera vista, este reconocimiento judicial se da por sentado, dado que, por motivos prácticos, el empleo de armas de efectos indiscriminados debe equipararse con el uso deliberado de armas contra civiles⁶⁶. Pero desde un punto de vista normativo, como observa Louise Doswald-Beck⁶⁷, esta equiparación del uso de armas de efectos indiscriminados con el ataque deliberado contra civiles no debería pasarse por alto. Confirmar que la prohibición del uso de armas de efectos indiscriminados forma parte del principio consuetudinario de distinción equivale a una bienvenida clarificación del estado del derecho, pues la única expresión convencional de esa prohibición figura en el Protocolo adicional I⁶⁸. Además, la interpretación de la Corte implica que, a pesar de la ausencia de una mención explícita al respecto, la prohibición que figura en el Protocolo adicional II de los ataques deliberados contra civiles significa, automáticamente, que las armas de efectos indiscriminados no deben emplearse en conflictos no internacionales.

- La prohibición del empleo de armas que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios⁶⁹

Para la Corte, esta prohibición es el segundo de los "principios cardinales que constituyen el cimiento del derecho humanitario" sobre la conducción de las hostilidades:

"De acuerdo con el segundo principio, está prohibido causar sufrimientos innecesarios a los combatientes: consecuentemente, está prohibido emplear

⁶⁶ A. Cassese, "Means of warfare: the traditional and the new law", en A. Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 1979, p. 164.

⁶⁷ L. Doswald-Beck, "El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 139, 1997, p. 37-58.

⁶⁸ Véanse A. Cassese, "The prohibition of indiscriminate means of warfare", en R.J. Akkermann. (ed.), *Declarations on Principle: A Quest for Universal Peace. Liber Amicorum Discipulorumque Prof. Dr. Bert V.A. Röling*, Leiden, 1977, pp. 171-194; H. Blix, "Area bombardment: rules and reasons", *British Yearbook of International Law*, vol. 49, 1978, pp. 31-69.

⁶⁹ Véanse M. Aubert, "El Comité Internacional de la Cruz Roja y la cuestión de las armas que causan males superfluos o dañan sin discriminación", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 102, 1990, pp. 511-532; H. Meyrowitz, "El principio de los males superfluos – De la Declaración de San Petersburgo de 1868 al Protocolo adicional I de 1977", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 122, 1994, pp. 198-122.

armas que les causen tales sufrimientos o que agraven innecesariamente su sufrimiento. En aplicación de este segundo principio, los Estados no tienen libertad ilimitada para elegir las armas que emplean."⁷⁰

Al igual que con el principio anterior, se trata de una reafirmación de una disposición ampliamente reconocida de derecho internacional consuetudinario, codificada en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y en el Reglamento de La Haya de 1899 y de 1907⁷¹, y reafirmada en el Protocolo adicional I⁷². A pesar del gran reconocimiento de que goza esta norma fundamental de derecho internacional humanitario, su aplicación plantea la difícil cuestión del criterio que ha de usarse para distinguir entre sufrimientos necesarios e innecesarios⁷³. La Corte propone una perspectiva pragmática de esta controvertida cuestión. Define "los sufrimientos innecesarios causados a los combatientes" como "un daño mayor que el que inevitablemente debe causarse para lograr objetivos militares legítimos"⁷⁴. Así pues, la evaluación de la licitud de un arma o de su uso depende del equilibrio entre el grado de daño o de sufrimientos infligidos y el grado de necesidad militar, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso. El juez Shahabuddeen observa que:

"Los sufrimientos son superfluos o innecesarios si materialmente constituyen un exceso del grado de sufrimiento justificado por la ventaja militar que se pretende lograr. Queda excluida la prueba mecánica o absoluta: debe hallarse un equilibrio entre el grado de sufrimiento infligido y la ventaja militar prevista. Cuanto mayor sea la ventaja militar prevista, mayor será la disposición para tolerar niveles más altos de sufrimiento."⁷⁵

La aplicación de la norma necesariamente exige una evaluación caso por caso, dentro del marco general proporcionado por la Corte, de las circunstancias específicas de cada situación en particular. En lo abstracto, es difícil analizar más minuciosamente el criterio relativo a la prohibición del empleo de armas que causan males superfluos o sufrimientos innecesarios.

⁷⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *op. cit.* (nota 6), p. 257, párr. 78.

⁷¹ Artículo 23(e) del Reglamento de La Haya de 1899 y 1907.

⁷² Artículo 35(2) del Protocolo I: "Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios".

⁷³ Véase en particular H. Blix, "Means and methods of combat", en *International Dimensions of Humanitarian Law*, *op. cit.* (nota 12), pp. 138-140.

⁷⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *op. cit.* (nota 6), p. 257, párr. 78.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 402. Véanse también la Opinión disidente del juez Guillaume, *ibid.*, p. 289; la Opinión disidente del juez Higgins, *ibid.*, pp. 586-587.

- La cláusula de Martens

La cláusula de Martens, que debe su nombre al delegado de Rusia que la propuso en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, es una de las disposiciones más enigmáticas y elusivas del derecho internacional humanitario⁷⁶. La Corte observa que:

"La cláusula de Martens fue incluida por primera vez en el Convenio de La Haya (II) de 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que ha demostrado ser un medio eficaz para tratar la rápida evolución de la tecnología militar. Una versión moderna de dicha cláusula se halla en el artículo 1, párrafo 2, del Protocolo adicional I de 1977, que reza así:

‘En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.’”⁷⁷

La Opinión consultiva de la Corte confirma que la cláusula de Martens es una norma consuetudinaria que, por lo tanto, tiene un carácter normativo, y que regula la conducta del Estado a pesar de la ausencia de una norma particular. Según Jean Pictet, las normas fundamentales que contiene esa cláusula "funcionan, en cierto sentido, como la espina dorsal de un cuerpo viviente, pues proporcionan líneas directrices para casos imprevistos y constituyen un resumen completo del conjunto, que es fácil de entender e indispensable a los fines de la difusión"⁷⁸. Sin embargo, no hay una interpretación generalmente aceptada de la cláusula de Martens, y su significado exacto ha sido objeto de numerosos debates. Efectivamente, la cláusula puede ser interpretada de dos maneras. Por un lado, se puede entender que simplemente se propone recordar la relevancia permanente del derecho consuetudinario cuando el derecho convencional no es aplicable, en cuyo caso los "principios de humanidad" y los "dictados de la conciencia pública" a los que hace referencia la cláusula serían redundantes y sólo proporcionarían la base ética de las leyes consuetudinarias de la guerra. Por otro lado, sin embargo, se puede argüir que los "principios de derecho internacional" a

⁷⁶ Sobre esta cláusula, véanse S. Miyazaki, "The Martens Clause in international humanitarian law", en C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, op. cit. (nota 8), pp. 433-444; R. Ticehurst, "La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 140, 1997, pp. 131-141.

⁷⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, op. cit. (nota 6), p. 257, párr. 78.

⁷⁸ J. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1985, p. 59.

los que hace referencia la cláusula derivan de tres fuentes diferentes y autónomas, a saber los "usos establecidos", los "principios de humanidad" y los "dictados de la conciencia pública". En cierta medida, la cláusula de Martens permite ir más allá del derecho convencional y del derecho consuetudinario, y considerar los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública como criterios separados y jurídicamente vinculantes.

Lamentablemente, la Corte Internacional de Justicia no zanja esta cuestión. No obstante, el juez Shahabuddeen, en su Opinión disidente, realiza un profundo análisis en favor de la segunda interpretación:

"La cláusula de Martens autorizó a considerar los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública como principios de derecho internacional, y dejó que el contenido exacto de la norma implicada por estos principios de derecho internacional fuera determinado a la luz de la evolución de las circunstancias, incluidos los cambios en los medios y métodos de guerra, así como en la visión y los niveles de tolerancia de la comunidad internacional⁷⁹. (...) Es difícil (...) aceptar que todo lo que la cláusula de Martens hizo fue recordar a los Estados sus obligaciones según normas de derecho internacional consuetudinario existentes por separado. (...) La función primordial de la cláusula fue dejar de poner en tela de juicio la existencia de principios de derecho internacional que previamente habían servido, con efectos actuales, para regular la conducción militar en relación con los 'principios de humanidad' y los 'dictados de la conciencia pública'.⁸⁰

Cita al Tribunal Penal Militar de Estados Unidos en Nuremberg en el caso Krupp, en 1948, que afirma lo siguiente:

"[la cláusula de Martens] es más que una declaración piadosa. Es una cláusula general que hace que las costumbres establecidas en las naciones civilizadas, las normas de humanidad y los dictados de la conciencia pública se conviertan en el criterio jurídico que ha de aplicarse cuando las disposiciones pertinentes del Convenio no se refieran a determinados casos acaecidos en la guerra o concomitantes a la guerra."⁸¹

El juez Shahabuddeen observa que la Corte había empleado las "consideraciones elementales de humanidad" como base para su juicio en el caso del *Estrecho de Corfú*, lo cual implica que "esas consideraciones mismas pueden

⁷⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión disidente del juez Shahabuddeen, op. cit.* (nota 6), p. 406.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 408.

⁸¹ *Loc. cit.*

ejercer fuerza jurídica"⁸². En otras palabras, la cláusula de Martens sería una especificación de las "consideraciones elementales de humanidad" aplicada en situaciones de conflicto armado. El juez llega a la conclusión de que, respecto de las armas nucleares, los riesgos inherentes a éstas hacen que su empleo sea inaceptable en cualquier circunstancia⁸³. Sabemos, sin embargo, que la Corte no compartió esta última interpretación⁸⁴. A pesar de que el debate sobre el significado jurídico de la cláusula de Martens sigue abierto, el mérito de la Opinión consultiva fue subrayar su significativa y por lo general poco atendida disposición de derecho internacional humanitario, así como permitir el desarrollo de una perspectiva dinámica del derecho de los conflictos armados.

Principios fundamentales relativos al trato debido a las personas en poder del adversario

Las normas fundamentales que rigen el trato debido a las personas en poder del adversario figuran en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que por lo general es considerado como una suerte de tratado en miniatura y en el que se establece un criterio básico de humanidad. En su sentencia del 27 de julio de 1986 sobre *Actividades militares y paramilitares en contra Nicaragua*, la Corte afirmó que ese artículo estipula uno de los "principios generales fundamentales de derecho humanitario"⁸⁵. Según el mencionado artículo;

⁸² *Ibid.*, p. 407.

⁸³ *Ibid.*, p. 411.

⁸⁴ Por siete votos contra siete, la Corte decide, con el voto de calidad del presidente, que "la amenaza o el uso de armas nucleares por lo general serían contrarios a las normas de derecho internacional aplicables en conflictos armados y, en particular, a las normas y principios del derecho humanitario. Sin embargo, habida cuenta del estado actual del derecho internacional, y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede concluir de manera definitiva acerca de si la amenaza o el empleo de armas nucleares serían lícitos o ilícitos en una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que estaría en juego la supervivencia misma de un Estado". De este modo, la Corte parece difuminar la distinción tradicional entre *jus ad bellum* y *jus in bello*. Un comentario crítico de la posición de la Corte puede hallarse, en particular, en E. David, "Le statut des armes nucléaires à la lumière de l'avis de la CIJ du 8 juillet 1996", en L. Boisson de Chazournes. y P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, *op. cit.* (nota 7), pp. 209-227; L. Condorelli, "Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une terra à peu près *incognita* pour elle", *ibid.*, pp. 228-246; C. Greenwood, "*Jus ad bellum* and *jus in bello* in the Nuclear Weapons Advisory Opinion", *ibid.*, pp. 247-266; R. Müllerson, "On the relationship between *jus ad bellum* and *jus in bello* in the General Assembly Advisory Opinion", *ibid.*, pp. 267-274; J. Gardam, "Necessity and proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello*", *ibid.*, pp. 275-292. Un ejercicio deconstructivo del concepto llamado "de la supervivencia del Estado" puede hallarse en M.G. Kohen, "The notion of 'State survival' in international law", *ibid.*, pp. 293-314.

⁸⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *op. cit.* (nota 5), pp. 113-114, párr. 218.

"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. (...)"

Esta disposición era el único derecho convencional aplicable a los conflictos armados internos, hasta la aprobación del Protocolo II en 1977⁸⁶. Pero la Corte no concluye que el texto convencional es un equivalente exacto de las normas consuetudinarias a las que los Convenios dan expresión específica. El principio general de derecho humanitario expresado en el artículo 3 común es más

⁸⁶ J.E. Bond, "Internal conflict and Article Three of the Geneva Conventions", *Denver Law Journal*, vol. 48, 1971, pp. 263-285; H.T. Taubenfeld, "The applicability of the laws of war in civil war", en J.N. Moore (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore/Londres, 1974, pp. 518-536; R.R. Baxter, "*Ius in bello interno*: The present and future law", *ibíd.*, pp. 499-517; C. Lysaght, "The scope of Protocol II and its relation to Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and other human rights instruments", *American University Law Review*, vol. 33(1), 1983, pp. 9-27; S.S. Junod, "Additional Protocol II: History and scope", *ibíd.*, pp. 29-40; R. Abi-Saab, *Droit humanitaire et conflits internes: Origine de la réglementation internationale*, A. Pedone/Henry Dunant Institute, París/Ginebra 1986; G. Abi-Saab, "Non-international armed conflicts", en *International Dimensions of Humanitarian Law*, *op. cit.* (nota 12), pp. 217-239.

amplio que las restricciones convencionales estipuladas en los Convenios de Ginebra y es aplicable a todo tipo de conflicto armado, sea interno sea internacional. La Corte explica sucintamente que:

"No hay duda de que estas normas también constituyen un criterio mínimo para los casos de conflictos armados internacionales, que se suma a las normas más elaboradas aplicables en conflictos internacionales; además, son normas que, en opinión de la Corte, reflejan lo que ésta llamó, en 1949, "consideraciones elementales de humanidad."⁸⁷

Confirma así la interpretación que se había hecho, en 1952, en el Comentario de los Convenios de Ginebra publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, para el que:

"El artículo 3 común solamente exige el respeto de ciertas normas, que habían sido reconocidas como fundamentales en todos los pueblos civilizados e incorporadas en el derecho interno de los Estados en cuestión, mucho antes de que se firmara el Convenio (...). La pertinencia de la disposición no se limita al ámbito de que trata el artículo 3. Dado que éste estipula el criterio mínimo que ha de aplicarse en el caso menos determinado de conflicto, sus términos deben respetarse *a fortiori* en caso de conflictos armados internacionales propiamente dichos, en los que todas las disposiciones del Convenio son aplicables."⁸⁸

Sin perjuicio, como señala la Corte, de las otras normas de derecho humanitario específicamente aplicables a conflictos armados internacionales, el artículo 3 constituye una base común de valores humanos, de la que los beligerantes nunca deberían apartarse. El dictamen de la Corte demuestra seguir una tendencia más general hacia una mayor relación entre el derecho de los conflictos armados internos y del derecho de los conflictos armados internacionales⁸⁹, tendencia que no se limita sólo a las normas fundamentales que figuran en el artículo

⁸⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, op. cit. (nota 5), p. 114, párr. 218.

⁸⁸ J. Pictet (ed.), *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field: Commentary*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1952, pp. 50 y 52.

⁸⁹ R. Abi-Saab, "Humanitarian law and internal conflicts: The evolution of legal concern", en A.J.M. Delissen y G.J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, op. cit. (nota 11), p. 223.

3 común⁹⁰. Todos los principios fundamentales de derecho humanitario identificados en el presente artículo, por la propia naturaleza, han de ser considerados como aplicables a todos los tipos de conflictos armados. Para citar las palabras de la Corte en la Opinión sobre armas nucleares:

"El carácter intrínsecamente humanitario de los principios jurídicos en cuestión (...) impregna todo el derecho de los conflictos armados y se aplica a todas las formas de guerra y a toda clase de arma, las del pasado, las del presente y las del futuro."⁹¹

Principios fundamentales relativos a la aplicación del derecho internacional humanitario

La obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario está expresada en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo adicional I:

"Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias."⁹²

Esta disposición pone en evidencia el carácter especial que revisten los instrumentos de derecho internacional humanitario. No son compromisos que se contraen bajo condiciones de reciprocidad, es decir que rigen para un Estado Parte en la medida en que otro Estado Parte cumpla sus obligaciones. Por su carácter absoluto, las normas de derecho internacional humanitario establecen obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto. Así pues,

⁹⁰ Véase, por ejemplo, en el contexto de normas aplicables a la conducción de las hostilidades, ICTY, Case No. IT-94-IAR72, Oct. 2, 1995, *Prosecutor v. Tadic*, párrs. 126-127. Para un comentario de este caso véase C. Greenwood, "International humanitarian law and the Tadic case", *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, no 2, pp. 265-283. Para evaluación general de esta tendencia, véanse F. Kalshoven, Applicability of customary international law in non-international armed conflicts", en A. Cassese (ed.), *Current Problems of International Law: Essays on U.N. Law of Armed Conflict*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1975, pp. 267-285; K. Obradovic, "Les règles du droit international humanitaire relatives à la conduite des hostilités en période de conflits armés non-internationaux", *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*, 1989-1990, pp. 95-115; R.S. Myren, "Applying international laws of war to non-international armed conflicts: Past attempts, future strategies", *Netherlands International Law Review*, 1990, pp. 347-371; M.N. Shaw, *International Law*, cuarta edición, Grotius Publications, Cambridge, 1996, pp. 815-818.

⁹¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, op. cit. (nota 6), p. 259, párr. 86.

⁹² Para un comentario de esta disposición, véanse L. Condorelli. y L. Boisson de Chazournes, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toute circonstance' », en C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, op. cit. (nota 8), pp. 17-35; F. Kalshoven, "The undertaking to respect and ensure respect in all circumstances: From tiny seed to ripening fruit", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, pp. 3-61.

cada miembro de la comunidad internacional está autorizado a exigir que dichas normas se respeten. La Corte Internacional de Justicia confirma que el artículo 1 común no es una cláusula estilística desprovista de toda fuerza jurídica real, sino una norma firmemente arraigada en el derecho consuetudinario que impone obligaciones a todos los Estados, hayan ratificado o no los tratados en cuestión. En su sentencia del 27 de julio de 1986 sobre las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la Corte reconoce que:

"En virtud del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, el Gobierno de Estados Unidos tiene la obligación de 'respetar' los Convenios y de 'hacerlos respetar en todas las circunstancias', puesto que esa obligación no deriva sólo de los Convenios mismos, sino de los principios generales de derecho humanitario a los que los Convenios sólo dan expresión específica."⁹³

La Corte concluye que:

"Así pues, Estados Unidos tiene la obligación de no instar a personas o a grupos de personas que participan en el conflicto en Nicaragua a que actúen en violación de las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra."⁹⁴

Consecuentemente, Estados Unidos violó la obligación consuetudinaria de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario, al publicar y distribuir un manual militar donde instaba a los contras a cometer actos contrarios a los principios generales de ese derecho⁹⁵. Esto era, sin duda, una infracción de las obligaciones expresadas en el artículo 1 común, pero la obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario va más allá de esa obligación pasiva de no instar a cometer violaciones del derecho humanitario. Como señalan los profesores Laurence Boisson de Chazournes y Luigi Condorelli, "[l]a obligación de respetar y hacer respetar el derecho humanitario es una obligación doble, pues exige a los Estados tanto "respetar" como "hacer respetar" los Convenios. "Respetar" significa que el Estado tiene la obligación de hacer todo lo que pueda para garantizar que sus órganos y todos los que estén bajo su jurisdicción respeten las normas en cuestión. "Hacer respetar" significa que los Estados, estén o no en situación de conflicto, tienen que tomar todas las medidas posibles para garantizar que todos, en particular las partes en conflicto, respeten

⁹³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, op. cit. (nota 5), p. 114, párr. 220.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*, p. 130, párr. 256.

las normas"⁹⁶. A pesar de que aún es difícil aprehender todas las implicaciones prácticas de esta obligación, el reconocimiento judicial de ese principio general de derecho humanitario provee una base jurídica firme a la comunidad internacional en su conjunto para asumir una responsabilidad más amplia y activa en lo que atañe a garantizar el respeto del derecho internacional humanitario⁹⁷.

- Asistencia humanitaria

La asistencia humanitaria es uno de los medios más directos y prácticos de garantizar el respeto del derecho internacional humanitario. En su sentencia del 27 de julio de 1986 sobre las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la Corte reconoce que:

"No cabe duda de que la provisión de ayuda estrictamente humanitaria a personas o a fuerzas de otro país, sean cuales sean sus filiaciones políticas o sus objetivos, no puede considerarse como una intervención ilícita, o como alguna otra forma contraria al derecho internacional. Las características de ese tipo de ayuda fueron indicadas en el primero y el segundo de los principios fundamentales declarados por la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja (...) [De conformidad con esos principios], una característica saliente de la ayuda genuinamente humanitaria es que se la presta "sin discriminación" alguna. En opinión de la Corte, si la provisión de "asistencia humanitaria" se realiza para escapar a la condena por intervenir en los asuntos internos de Nicaragua, entonces la ayuda no sólo debe limitarse a los propósitos reconocidos en la práctica de la Cruz Roja, es decir 'prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres' y 'proteger la vida y la salud, así como hacer

⁹⁶ L. Boisson de Chazournes y L. Condorelli, "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de los intereses colectivos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 153, 2000, p. 67-87 (disponible en español en la *Selección de artículos 2002 de la Revista Internacional de la Cruz Roja* y en www.icr.org/spa)

⁹⁷ Para un estudio en profundidad sobre las consecuencias prácticas de la obligación de respetar y hacer respetar, especialmente en el marco del sistema de las Naciones Unidas, véase el artículo de L. Boisson de Chazournes y L. Condorelli citado más arriba (nota 96). Véanse también, N. Levrat, "Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties Contractantes de 'faire respecter' les conventions humanitaires", en F. Kalshoven y Y. Sandoz (eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, *op. cit.* (nota 19), pp. 236-296; K. Sachariew, "El derecho de los Estados a tomar medidas para aplicar el derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 270, 1989, pp. 177-195; H.P. Gasser, "Ensuring respect for the Geneva Conventions and Protocols: The role of third States and the United Nations", en H. Fox y M.A. Meyer (eds.), *Armed Conflict and the New Law*, vol. II, Effecting Compliance, Instituto Británico de Derecho Internacional y Derecho Comparado, Londres, 1993, pp. 15-49; U. Palwankar, "Medidas que pueden tomar los Estados para cumplir su obligación de hacer respetar el derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 121, 1994, pp. 10-28.

respetar a la persona humana⁹⁷; debe, también, y sobre todo, prestarse sin discriminación a todos los necesitados en Nicaragua y no sólo a los contras y sus seguidores."⁹⁸

Este dictamen es sumamente importante por dos razones principales: en primer lugar, la Corte no sólo confirma el carácter consuetudinario de los principios fundamentales de la Cruz Roja, sino que también considera que esos principios han de ser respetados en relación con cualquier clase de asistencia humanitaria, sea ésta proporcionada por la Cruz Roja, por las Naciones Unidas o por los Estados individualmente. En segundo lugar, esa asistencia debe reunir dos condiciones esenciales: su finalidad debe ser genuinamente humanitaria, es decir que debe tender a proteger a seres humanos que sufren a causa de la guerra; y debe prestarse sin efectuar discriminación alguna entre los beneficiarios. Sin embargo, la Corte no se pronuncia con claridad acerca de la debatida cuestión sobre el derecho a intervenir con fundamentos humanitarios (el llamado "derecho de injerencia humanitaria")⁹⁹. La generalidad de la frase con que comienza este párrafo parece sugerir que las dos condiciones de la asistencia humanitaria son autosuficientes y que no se necesita el consentimiento expreso del Estado donde se la prestará. No obstante, podría aducirse que esas condiciones se refieren solamente a la prestación de la asistencia humanitaria y no a su licitud. Más allá de las controversias que conlleva esta cuestión, actualmente no hay duda de que las violaciones graves del derecho humanitario son un tema de preocupación en el plano internacional. Las medidas tomadas en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para poner fin a esas violaciones no pueden considerarse como una infracción del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados.

⁹⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, op. cit.* (nota 5), pp. 124-125, párrs. 242-243.

⁹⁹ Sobre esta cuestión, véanse M. Bettati y B. Kouchner (eds.), *Le devoir d'ingérence*, Denoël, París, 1987; M.J. Domestici-Met, "Aspects juridiques récents de l'assistance humanitaire", *AFDI*, 1989, pp. 117-148; Y. Sandoz, "Derecho o deber de injerencia, derecho de asistencia: ¿de qué hablamos?", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 111, 1992, pp. 231-244; M. Torelli, "From humanitarian assistance to 'intervention on humanitarian grounds'?", *ibíd.*, pp. 228-248; D. Plattner, "Assistance to the civilian population: The development and present state of international humanitarian law", *ibíd.*, pp. 249-263; L. Condorelli, "Intervention humanitaire et/ou assistance humanitaire? Quelques certitudes et beaucoup d'interrogations", en N. Al-Nauimi y R. Meese (eds.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, Martinus Nijhoff, La Haya/Boston/Londres, 1995, pp. 999-1012; J. Patnogić, "Humanitarian assistance —humanitarian intervention", *ibíd.*, pp. 1013-1034; O. Corten y P. Klein, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction?*, segunda edición, Bruylant, Bruselas, 1996.

- Prevención y sanción del delito de genocidio

En su sentencia del 11 de julio de 1996 sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, la Corte esclareció significativamente el significado y el ámbito jurídico de la obligación de prevenir y sancionar el delito de genocidio, en particular la definición de genocidio, la imputabilidad de ese crimen internacional y el alcance territorial de la obligación de sancionar tal delito.

En primer lugar, la Corte confirma claramente que la calificación jurídica del delito de genocidio es independiente del tipo de conflicto, sea interno o internacional, durante el que se lo comete. La Corte comienza por recordar el artículo 1 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio del 9 de diciembre de 1948:

"Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar."

Después, explica que:

"En esta disposición, la Corte nada halla según lo cual la aplicabilidad de la Convención está sujeta a la condición de que los actos en ella contemplados deberían haber sido cometidos en el contexto de un tipo particular de conflicto. Las Partes contratantes afirman expresamente su disposición a considerar el genocidio como 'un delito de derecho internacional', que deben prevenir y sancionar independientemente del contexto 'de paz' o 'de guerra' en que se lo cometa. En opinión de la Corte, esto significa que la Convención es aplicable, sin referencia a las circunstancias vinculadas con la índole interna o internacional del conflicto, si se han perpetrado los actos a que se hace referencia en los artículos II y III. En otras palabras, las obligaciones de prevención y sanción que incumben a los Estados Partes en la Convención permanecen idénticas, más allá de la naturaleza del conflicto en que se cometan esos actos."¹⁰⁰

En segundo lugar, la Corte especifica el alcance material de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la mencionada Convención. Rechaza la objeción de Yugoslavia, según la cual la Convención de 1948 sólo abarcaría la responsabilidad que deriva de la incapacidad de un Estado de cumplir sus

¹⁰⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, op. cit.* (nota 10), p. 615, párr. 31.

obligaciones de prevención y sanción, y excluiría la responsabilidad de un Estado por un acto de genocidio perpetrado por ese mismo Estado:

"La Corte observa que la referencia que figura en el artículo IX a 'la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III' no excluye forma alguna de responsabilidad estatal. Tampoco queda excluida por el artículo IV de la Convención la responsabilidad de un Estado por actos cometidos por sus integrantes, sean 'gobernantes, funcionarios o particulares'. "¹⁰¹

En tercer lugar, la Corte determina el alcance territorial de la obligación de sancionar el delito de genocidio. Explica breve y directamente que:

"Los derechos y obligaciones estipulados en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*. (...) De modo que la obligación que los Estados tienen de prevenir y sancionar el delito de genocidio no está territorialmente limitada por la Convención."¹⁰²

Así pues, la Corte parece admitir, al menos implícitamente, que en virtud del carácter jurídico de esta obligación, los Estados deben ejercer una jurisdicción universal según el derecho internacional general. Es ésta una afirmación bienvenida y bastante inesperada, puesto que, a diferencia de los crímenes contra la humanidad o de las infracciones graves de derecho humanitario, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio no contiene disposiciones específicas al respecto¹⁰³.

Conclusión

Si bien pocas son las decisiones de la Corte Internacional de Justicia relativas al derecho internacional humanitario, su jurisprudencia reviste una importancia muy significativa, que se extiende más allá de los casos inmediatos con que se relaciona. Aunque podemos lamentar la posición cautelosa y algo ambigua de la Corte respecto de la compatibilidad de la amenaza o del uso de armas nucleares con el derecho internacional humanitario, la jurisprudencia de la Corte en su conjunto ha ayudado, de hecho, a fortalecer y esclarecer el cimiento normativo del derecho internacional humanitario, al poner en evidencia sus relaciones con

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 616, párr. 32.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 615, párr. 31.

¹⁰³ Sobre esta cuestión, véase E. David, *Principes de droit des conflits armés*, segunda edición, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 665-668.

el derecho internacional general y establecer los principios fundamentales que regulan la conducción de las hostilidades y la protección de las víctimas de la guerra.

La Corte ha reconocido que las normas fundamentales de derecho internacional humanitario estipuladas en tratados multilaterales sobrepasan el ámbito del mero derecho convencional. Estas obligaciones tienen una existencia separada e independiente bajo el derecho internacional general, pues derivan de los principios generales de derecho humanitario a los que los Convenios sólo han dado expresión específica. Los principios fundamentales de derecho humanitario que la Corte Internacional de Justicia ha identificado proporcionan una síntesis del derecho de los conflictos armados y constituyen la quintaesencia normativa de esta rama tradicional del derecho internacional. Expresan lo que la Corte ha llamado "consideraciones elementales de humanidad". Así pues, como principios generales de derecho internacional, proporcionan un criterio mínimo de conducta humana en el contexto particular de los conflictos armados.

Estas normas reflejan uno de los desarrollos más significativos del derecho internacional contemporáneo, caracterizado por el surgimiento de normas fundamentales destinadas a proteger algunos valores universales primordiales. El derecho internacional humanitario mismo preserva un conjunto de valores éticos fundamentales basado en un mínimo de normas humanitarias esenciales, que constituyen el legado jurídico común de la humanidad.

Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario: crítica de los conflictos armados internacionalizados

JAMES G. STEWART*

El derecho internacional humanitario aplica normas distintas según que un conflicto armado tenga carácter internacional o interno. Los comentaristas reconocen que la distinción es "arbitraria"¹, "no deseable"², "difícil de justificar"³ y que "frustra el propósito humanitario del derecho de la guerra en la mayoría de los conflictos bélicos actuales"⁴. Estas opiniones no son nuevas. En 1948, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) publicó un informe en el que recomendaba que los Convenios de Ginebra hiciesen aplicable el derecho internacional humanitario íntegramente "en todos los casos de conflicto armado sin carácter internacional, especialmente en las guerras civiles, los conflictos coloniales o las guerras de religión que puedan producirse en el territorio de una o varias Altas Partes Contratantes"⁵. En 1971, presentó un proyecto a la Conferencia de Expertos Gubernamentales en el que hacía una nueva propuesta tendente a lograr que todas las normas del derecho internacional humanitario sean aplicables en las guerras civiles cuando se produzca una intervención de tropas extranjeras⁶. El año siguiente, el CICR hizo una propuesta más matizada en esa misma dirección⁷. Por último, en 1978, la delegación noruega de expertos en esa Conferencia propuso, de nuevo sin éxito, que se abandonasen las dos categorías de conflicto armado en favor de un único derecho para todos los tipos de conflicto armado⁸. Es un tanto sorprendente que, desde entonces, hayan cesado los llamamientos en favor de un derecho internacional humanitario unificado, aunque

* James G. Stewart es LLB (Hons.)/BA y diplomado en Derecho Internacional Humanitario (CICR), así como abogado y procurador del Tribunal Supremo de Nueva Zelanda. El autor expresa su profundo agradecimiento a los señores Neil Boister, de la Universidad de Canterbury, y Gabriël Oosthuizen por sus observaciones a una versión anterior del presente artículo y reconoce como sólo suyos los errores o ideas equivocadas que pueda, no obstante, contener. Da asimismo sus más sinceras gracias al personal de la Biblioteca de Derecho de la Universidad Victoria de Wellington, sin cuya generosidad no hubiera podido escribir este artículo.

persistan "numerosas expresiones de insatisfacción con la dicotomía entre conflictos armados internacionales y conflictos armados internos"⁹.

En el presente artículo se reimpulsa la reivindicación de un conjunto normativo único para los conflictos armados, demostrando que el régimen actual no permite abordar los conflictos que constan de elementos tanto internacionales como internos, es decir, los conflictos armados internacionalizados. Si bien no se pretende abarcar exhaustivamente el contenido de un derecho único aplicable a todos los conflictos armados, se esbozan las líneas generales de un marco unificado que permitiría tener mejor en cuenta las complejidades de las guerras internacionalizadas.

1 R. J. Dupuy y A. Leonetti, "La notion de conflict armé à caractère non international", en A. Cassese (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale scientifica, Nápoles, 1971, p. 258. "Produce una dicotomía arbitraria entre los conflictos, pues la distinción, puramente formal, no se basa en una observación objetiva de la realidad (...)". V. también G. Aldrich, "The laws of war on land", *American Journal of International Law*, Vol. 94, 2000, p. 62. "La realidad puede ser confusa y los conflictos armados en el mundo real no encajan siempre claramente en una de las dos categorías –internacional o no internacional– en que se divide el derecho internacional humanitario."

2 "Es difícil establecer criterios válidos para diferenciar entre guerras internacionales y guerras internas y no es deseable que existan reglamentaciones discriminatorias en el derecho de la guerra para ambos tipos de conflicto." I. Detter, *The Law of War*, Cambridge University Press, Londres, 2002, p. 49.

3 C. Warbrick y P. Rowe, "The International Criminal Tribunal for Yugoslavia: The decision of the Appeals Chamber on the interlocutory appeal on jurisdiction in the Tadic case", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 698.

4 "La 'distinción' entre guerras internacionales y conflictos internos ya no es sostenible ni compatible con la tendencia imperante del derecho humanitario, como también se denomina el derecho contemporáneo de los conflictos armados. Una de las consecuencias del actual punto muerto nuclear es que la mayoría de los conflictos internacionales adoptan ahora la forma de conflictos internos, las más de las veces de manera encubierta o a un nivel de baja intensidad. Sostener de boquilla la presunta distinción invalida sencillamente el propósito humanitario del derecho de la guerra en la mayoría de las contiendas actuales." W. Michael Reisman y J. Silk, "Which law applies to the Afghan conflict?", *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988 p. 465.

5 J. Pictet (dir.), *Commentaries on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. III: Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) Ginebra, 1960, p. 31 (en adelante, los *Comentarios*).

6 El párrafo reza así: "Cuando, en caso de conflicto armado sin carácter internacional, [alguna de las partes, o ambas, reciben la asistencia de fuerzas armadas operativas de un tercer Estado,] las Partes en conflicto aplicarán el conjunto del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales." CICR, Informe sobre los trabajos de la Conferencia de Expertos Gubernamentales, Ginebra, 1971, párr. 284.

7 La propuesta pretendía que se apliquen todas las normas del derecho internacional humanitario en los conflictos internos cuando intervengan terceros Estados en apoyo de ambas partes. V. CICR, Informe sobre los trabajos de la Conferencia de Expertos Gubernamentales, Ginebra, 1971, párr. 2.332.

8 V. la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados, Actas, vol. 5, p. 99 (CDDH/SR.10) (1978).

9 S. Boelaert-Suominen, "Grave breaches, universal jurisdiction and internal armed conflict: Is customary law moving towards a uniform enforcement mechanism for all armed conflicts?" *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 5, nº 63, 2000, sección 5.

La realidad de los conflictos armados internacionalizados

El término "conflicto armado internacionalizado" describe hostilidades internas que se convierten en internacionales. Las circunstancias concretas que pueden dar lugar a esa internacionalización son numerosas y, a menudo, complejas: la expresión conflicto armado internacionalizado incluye las guerras entre dos facciones internas respaldadas por Estados diferentes, las hostilidades directas entre dos Estados extranjeros que intervienen militarmente en un conflicto armado interno respaldando a grupos enemigos y las guerras en que se produce una intervención extranjera para apoyar a un grupo rebelde que lucha contra un Gobierno establecido¹⁰. Algunos de los conflictos armados internos internacionalizados más evidentes de la historia reciente son la intervención de la OTAN en el conflicto armado entre la República Federativa de Yugoslavia (RFY) y el Ejército de Liberación de Kosovo (ELK) en 1999¹¹ y la intervención iniciada en agosto de 1998 por Ruanda, Angola, Zimbabue, Uganda y otros países, en apoyo de las partes enfrentadas en el conflicto armado interno de la República Democrática del Congo (RDC)¹².

La proliferación de las armas nucleares y sus efectos inhibidores de las agresiones directas durante la guerra fría propició numerosos conflictos armados internacionalizados menos evidentes que, aunque superficialmente internos, eran en realidad "guerras por procuración" o por "países interpuestos", que se libran en el territorio de un Estado, pero con intervención encubierta de Gobiernos extranjeros¹³. El apoyo del Gobierno de los Estados Unidos a los contras nicaragüenses a principios de los años ochenta es, quizás, el ejemplo mejor documentado¹⁴.

Los motivos para intervenir en las guerras civiles pueden haber cambiado desde el fin de la guerra fría, pero la mayor interdependencia económica de los

¹⁰ D. Schindler, "El derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos internacionalizados", *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, n° 53, 1982, p. 279.

¹¹ S. Alexeyevich Egorov, "La crisis de Kosovo y el derecho de los conflictos armados", *RICR*, n° 837, 2000, p.183.

¹² "En 1999, una nueva guerra causaba estragos en la rebautizada República Democrática del Congo. Los Gobiernos de Ruanda y Uganda apoyaban entonces a la oposición contra Kabila. Zimbabue, Angola y otros Estados respaldaban a Kabila." M. Shaw, "From the Rwandan genocide of 1994 to the Congo civil war", <<http://www.sussex.ac.uk/Users/hafa3/rwanda.htm>>. V. también Human Rights Watch, "Eastern Congo ravaged: Killing civilians and silencing protest", vol. 12, n° 3(A), <http://www.hrw.org/reports/2000/drc/Drcoo5-01.htm#P68_1748>.

¹³ G. Abi-Saab, "Non-international armed conflicts", en *International Dimensions of Humanitarian Law*, Instituto Henry-Dunant / Unesco, Ginebra, 1988, p. 222.

¹⁴ V. el asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), *Merits, Judgment, ICJ Reports* 1986, p. 14.

países como consecuencia de la *mundialización*, la consecución de capacidad nuclear por países que carecían de ella, la mayor incidencia del terrorismo en los países occidentales y la creciente escasez de recursos naturales incitan constantemente a la intervención extranjera en conflictos nacionales. Como reflejo de esa realidad, los conflictos internos son, hoy por hoy, más numerosos, brutales y perniciosos que los internacionales¹⁵, a pesar de que el Estado sigue siendo la principal máquina de guerra¹⁶. Por consiguiente, el derecho internacional humanitario sigue teniendo como trasfondo, en gran medida, "una amalgama de elementos políticos internos e internacionales cuyo efecto acumulado es el fenómeno del conflicto interno internacionalizado: la intervención de un tercer Estado en las guerras civiles es un hecho constante"¹⁷. En los conflictos armados internos hay, casi invariablemente, algún tipo de participación extranjera¹⁸.

Desde una perspectiva humanitaria, la dificultad radica en que, aunque los conflictos armados internacionalizados tienen características especiales que los diferencian tanto de los conflictos armados internacionales como de los internos¹⁹, no existe absolutamente ninguna base para una normativa intermedia entre el derecho aplicable en los conflictos armados internos y el que rige las guerras internacionales²⁰. Por consiguiente, la aplicación del derecho internacional humanitario en los conflictos armados internacionalizados implica caracterizar los enfrentamientos como totalmente internacionales o totalmente no internacionales, en función de las diversas pruebas establecidas en los Convenios de Ginebra, sus Protocolos y el derecho internacional consuetudinario.

¹⁵ B. De Schutter y C. Van De Wyngaert, "Non-international armed conflicts: The borderline between national and international law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13, 1983, p. 279.

¹⁶ Detter, *op. cit.* (nota 2), p. 38.

¹⁷ R. Bierzanek, "Quelques remarques sur l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés aux conflits internes internationalisés", en C. Swinarski (dir.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, CICR, Ginebra, 1984.

¹⁸ Según Setter, "... parece evidente que las guerras 'internas' reciben, de hecho, algún tipo de apoyo exterior." Detter, *op. cit.* (nota 2), p. 40. V. también L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Londres, 2000, p. 46: "Incluso en el orden internacional de la posguerra fría, la intervención externa en los conflictos armados internos sigue siendo frecuente".

¹⁹ H-P. Gasser, "Internationalized non-international armed conflicts: Case studies of Afghanistan, Kampuchea, and Lebanon", *American University Law Review*, vol. 33, 1983, p. 157.

²⁰ C. Byron, "Armed conflicts: International or non-international?", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, n° 1, junio de 2001, p. 87.

La dicotomía jurídica

Umbrales para la aplicación del derecho internacional humanitario

Tradicionalmente, el derecho internacional humanitario ha tratado de regular la conducción de las hostilidades y los daños que causan los conflictos interestatales más bien que los intraestatales. Esta distinción se basaba en la idea de que la violencia armada interna plantea cuestiones de gobernabilidad soberana y no de reglamentación internacional. Sobre esa base, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre se aplican exclusivamente en las guerras internacionales²¹.

Los Convenios de Ginebra 1949 siguieron favoreciendo ampliamente la reglamentación de las guerras interestatales en lugar de las nacionales, y la inmensa mayoría de las disposiciones sustantivas de los Convenios se aplican únicamente:

"(...) en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar"²².

Aunque el artículo tenía un alcance menor del que hubiera cabido esperar, los términos en que estaba redactado significaban un cambio importante con respecto a los convenios anteriores, que requerían una declaración de guerra más formalista²³. Desde la perspectiva de los conflictos armados internacionalizados, que suelen caracterizarse por acciones militares encubiertas, en lugar de directas, ese giro era decisivo.

Además, la experiencia vivida por la comunidad internacional con la Guerra Civil Española, que tuvo de hecho un carácter muy internacionalizado²⁴, así como las masivas atrocidades perpetradas contra grupos minoritarios en determinados países durante la II Guerra Mundial, contribuyeron a forjar la voluntad política de regular, al menos superficialmente, algunos aspectos de las guerras civiles. Tras las notables discrepancias sobre la forma de plasmar esa voluntad, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 extendió los

²¹ Aldrich, "The law of war on land", *op. cit.* (nota 1), p. 54.

²² Art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

²³ Reisman y Silk, *op. cit.* (nota 4), p. 461.

²⁴ K. D. Heath, "Could we have armed the Kosovo Liberation Army? The new norms governing intervention in civil war", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 4, 2000, pp. 272_274.

principios más elementales de la protección humanitaria a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado *fuera de combate*²⁵. Las dificultades para definir la noción de conflicto armado interno se salvaron con una definición negativa que hacía aplicable el artículo 3 común en caso de "conflicto armado que no sea de índole internacional", si bien "una de las cosas que puede afirmarse con mayor seguridad sobre la expresión 'que no sea de índole internacional' es que nadie puede decir a ciencia cierta lo que significa"²⁶. Aunque el fondo del artículo 3 común define los principios de los Convenios y establece algunas normas imperativas, no contiene disposiciones concretas²⁷. Además, los pocos principios enunciados en él se aplican solamente cuando la intensidad de las hostilidades alcanza el grado de "violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos"²⁸.

Los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra mantuvieron la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos armados sin carácter internacional "dejando sin resolver la difícil cuestión del derecho que debe aplicarse en los conflictos armados que constan de elementos tanto internacionales como no internacionales"²⁹. El propósito del Protocolo adicional I era reafirmar y desarrollar las normas que afectan a las víctimas de los conflictos armados internacionales, como se indica específicamente en el artículo 1: "[E]l presente Protocolo, que completa los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios"³⁰. Es revelador que, en

²⁵ Esos principios incluyen la prohibición de: "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". El párrafo 2 del artículo 3 común estipula también que "[l]os heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos".

²⁶ T. Farer, "The humanitarian laws of war in civil strife: Towards a definition of international armed conflict", *Revue Belge du Droit International*, 1971, p. 26 citado en Moir, *op. cit.* (nota 18), p. 46.

²⁷ Comentarios, *op. cit.* (nota 5), p. 48.

²⁸ *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-AR72, *Decisión on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 70 (en adelante, *Tadic Jurisdiction Appeal*).

²⁹ R. Baxter, "The duties of combatants and the conduct of hostilities (Law of the Hague)", en *International Dimensions of Humanitarian Law*, Instituto Henry Dunant / Unesco, 1988, p. 100.

³⁰ El aspecto del art. 2 común a que se hace referencia en esta sección es: "(...) en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar."

relación con los conflictos armados internacionalizados, el artículo 1(4) del Protocolo adicional I dispone también expresamente que "(...) los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación" se consideren automáticamente conflictos armados internacionales a los efectos de dicho Protocolo. Aunque ha sido objeto de considerables críticas, la inclusión de estos conflictos en el ámbito de aplicación del artículo 1(4) confirma que la dicotomía entre conflictos internacionales y conflictos no internacionales dista mucho de ser rigurosa o de basarse en unos principios: conflicto armado internacional no es sinónimo de guerra interestatal, ni la plena aplicabilidad del derecho internacional humanitario presupone que las colectividades beligerantes sean Estados³¹.

El desarrollo, más limitado, del derecho aplicable en los conflictos armados no internacionales prosiguió en el Protocolo adicional II, que amplía y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949³². Aunque en él se aclaran los principios estipulados en el artículo 3 común, se establece un umbral significativamente más alto para su propia aplicación, pues limita su ámbito de aplicación a:

"todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (...) (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo"³³.

Por consiguiente, a diferencia del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, el Protocolo adicional II no se aplica en los conflictos entre dos grupos disidentes beligerantes. Se aplica también solamente en conflictos que se aproximan, de hecho, al concepto tradicional de guerra interestatal, es decir, en los que una fuerza armada disidente organizada controla parte del territorio de un Estado Parte.

En el contexto de los conflictos armados internacionalizados, que comprenden, por definición, elementos internacionales e internos, es fundamental determinar qué normativa es aplicable y para qué aspectos del conflicto tiene una importancia decisiva.

³¹ Bierzanek, *op. cit.* (nota 17), p. 284.

³² Art. 1 del Protocolo adicional II.

³³ *Ibíd.*

Diferencias jurídicas sustantivas

La diferencia entre la regulación sustantiva de los conflictos armados internacionales y las normas aplicables en los conflictos armados no internacionales es, a simple vista, sorprendente. Como reflejo de la propensión histórica del derecho internacional humanitario a reglamentar las guerras interestatales, baste citar que los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977 contienen unos 600 artículos, de los cuales sólo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y los 28 artículos del Protocolo adicional II se aplican en los conflictos internos³⁴. Además, como se ha mencionado anteriormente, el derecho de La Haya sobre los métodos y medios de combate, así como sobre la conducta de los ejércitos en el campo de batalla, no se aplica en los conflictos armados internos³⁵.

Así pues, la lectura estricta de los Convenios y sus Protocolos induciría a pensar que existen varias disparidades muy importantes entre las dos normativas. Por ejemplo, el artículo 3 común sólo cubre a las personas que no participan en el conflicto o que han depuesto las armas, mientras que apenas regula los combates ni protege a las personas civiles contra los efectos de las hostilidades³⁶. Tampoco incluye disposiciones más concretas sobre la necesaria distinción entre los objetivos militares y los bienes de carácter civil³⁷, ni menciona el principio de proporcionalidad en la selección de los objetivos³⁸. Aunque el Protocolo adicional II aborda la protección de la población civil de forma más explícita³⁹, su cobertura no es comparable a la prohibición de los ataques indiscriminados⁴⁰, los métodos y medios de combate que causen sufrimientos innecesarios⁴¹ y los daños al medio ambiente⁴² aplicable en virtud del Protocolo adicional I.

³⁴ Boelaert-Suominen, *op. cit.* (nota 9), notas al pie de la p. 31.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ A. Cassese, "A tentative appraisal of the old and new humanitarian law of armed conflict", en A. Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale scientifica, Nápoles, 1971, pp. 492-493.

³⁷ El art. 48 del Protocolo adicional I establece que "[a] fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares".

³⁸ Arts. 51(5)(b), 57(2)(iii) y 85(3) del Protocolo adicional I.

³⁹ Arts. 13 a 15 del Protocolo adicional II relativos a la protección de la población civil, de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

⁴⁰ Art. 51 del Protocolo adicional I.

⁴¹ *Ibid.*, art. 35(2)

⁴² *Ibid.*, art. 35(3).

Lo más significativo, desde la perspectiva política, es que ni en el artículo 3 común ni en Protocolo adicional II se prevé la condición de prisionero de guerra para los combatientes en los conflictos armados sin carácter internacional ni se impide a las partes enjuiciar a combatientes enemigos en tales circunstancias por haber tomado las armas⁴³.

Existen innumerables anomalías más intrincadas incluso en los casos de superposición de ambos sistemas. Por ejemplo, mientras que el artículo 3 común prohíbe que se torture a los combatientes, no prohíbe que se les ejecute por traición⁴⁴. Este molesto solapamiento se ha visto, además, reforzado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de la CPI), que perpetúa la problemática dicotomía jurídica entre internacional y no internacional. El Estatuto limita el régimen de infracciones graves a los conflictos internacionales⁴⁵ y, a pesar de las similitudes⁴⁶, las disposiciones sobre violaciones graves del artículo 3 aplicables en "caso de conflicto armado que no sea de índole internacional" son diferentes y menos generales que las aplicables en caso de conflicto internacional⁴⁷.

Sin embargo, no deja de ser paradójico que, dada la rotunda negativa a asimilar expresamente las leyes de la guerra aplicables en los conflictos armados internos e internacionales, existe ya una extensa bibliografía en la que se señala que el derecho internacional consuetudinario se ha desarrollado hasta tal punto que la línea divisoria entre ambos regímenes es menos pronunciada⁴⁸. La Sala de

⁴³ En los conflictos armados internacionales, los combatientes "tienen derecho a participar directamente en las hostilidades", art. 43(2) del Protocolo adicional I.

⁴⁴ Según Farer, si el castigo de un combatiente en un conflicto interno se limita a su detención, las condiciones y la forma de detención pueden acercarse a la barbarie sin vulnerar manifiestamente el artículo 3 común, y a pesar de la protección más completa que ofrecería el III Convenio de Ginebra a los prisioneros de guerra en circunstancias equivalentes, pero a nivel internacional. T. Farer, "Humanitarian law and armed conflicts: Towards the definition of 'international armed conflict' ", *Columbia Law Review*, vol. 71, 1971, pp. 39-40.

⁴⁵ Estatuto de la CPI, art. 8(2)(b).

⁴⁶ El TPIY sostiene que no existe diferencia material entre el término "homicidio intencional" dentro del régimen de infracciones graves y la prohibición del "homicidio" del art. 3 común, y que "tortura" es el mismo fenómeno jurídico en los dos tipos de conflicto. Boelaert-Suominen, *op. cit.* (nota 9), citando el caso *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case No. IT-96-21-T, *Judgement*, 16 de noviembre de 1998 (en adelante, fallo relativo al asunto *Celebici*), párrs. 421-23. Otras disposiciones del Estatuto de la CPI, como las relativas al trato inhumano, incluidos los experimentos biológicos (art. 8(2)(a)(ii)), y los actos deliberados que causen grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud (art. 8(2)(a)(iii)), corresponden a las disposiciones referentes a los actos de violencia contra la vida y la persona (art. 8(2)(c)(i)) y a los ultrajes contra la dignidad personal (art. 8(2)(c)(ii)).

⁴⁷ Para una comparación minuciosa, v. H. Spieker, "The International Criminal Court and non-international armed conflicts", *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, p. 417.

⁴⁸ Boelaert-Suominen, *op. cit.* (nota 9); Byron, *op. cit.* (nota 20); J-M. Henckaerts, "The conduct of hostilities: Target selection, proportionality and precautionary measures under international humanitarian law", en *The Netherlands Red Cross, Protecting Civilians in 21st-Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, 8 de diciembre de 2000, p. 11.

Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) afirmó, en el fallo relativo a la apelación sobre la jurisdicción de la Corte en el asunto *Tadić*, que las normas consuetudinarias que rigen los conflictos internos comprenden:

"la protección de las personas civiles en las hostilidades, en particular contra ataques indiscriminados, la protección de los bienes de carácter civil, en especial del patrimonio cultural, la protección de todas las personas que no participan, o que han dejado de participar, directamente en las hostilidades, así como la prohibición de los medios de guerra proscritos en los conflictos armados internacionales y la prohibición de determinados métodos de conducción de las hostilidades"⁴⁹.

El entonces presidente del TPIY, Antonio Cassese, opinaba que "se ha producido cierta convergencia entre los dos ordenamientos de derecho internacional, de modo que los conflictos internos se rigen ahora, en gran medida, por las normas y los principios que tradicionalmente se aplicaban sólo en los conflictos internacionales (...)"⁵⁰. En ese mismo sentido, y contrariamente al tenor del Estatuto de la CPI, al menos uno de los jueces de la Sala de Apelaciones del TPIY estimó que "una práctica y una *opinio juris* crecientes, tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales, han establecido el principio de la responsabilidad penal individual por los actos que figuran en los artículos sobre infracciones graves (...) aunque se cometan en el transcurso de un conflicto armado interno"⁵¹. De hecho, el CICR ha decidido abordar lo que denomina "la insuficiencia tanto de contenido como de cobertura" del derecho convencional aplicable en los conflictos armados no internacionales analizando la costumbre en lugar de promulgar nuevas normas en virtud de tratados⁵². Esta posición refleja el hecho de que las leyes internas⁵³, los instrumentos jurídicos

⁴⁹ *Tadić Jurisdiction Appeal*, *op. cit.* (nota 28), párr. 127.

⁵⁰ Memorando del 22 de marzo de 1996 de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, en Moir, *op. cit.* (nota 18), p. 51.

⁵¹ *Tadić Jurisdiction Appeal*, *op. cit.* (nota 28), voto particular del magistrado Abi-Saab.

⁵² Henckaerts, *op. cit.* (nota 48), p. 11.

⁵³ V. (Bélgica): Ley de 16 de junio de 1993 relativa a la represión de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 y sus Protocolos adicionales I y II del 8 de junio de 1977; (España), Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; (Finlandia): Capítulo 11 del Código Penal Revisado relativo a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, de 21 de abril de 1995, *Finnish Law Gazette* 1995/587; (Estados Unidos): art. 6 de la Ley estadounidense relativa a los crímenes de guerra, de 1996; (Países Bajos): Ley holandesa relativa a los crímenes de guerra, de 1952; (Suecia): Sección 11 del Capítulo 22 del Código Penal sueco, Consejo Nacional para la Prevención del Delito, Estocolmo (1986); (Suiza): Código Penal Militar, Ley Federal de 13 de junio de 1927; (Nicaragua): Ley de Código Penal de la República de Nicaragua, Bibliografías Técnicas, (1997), todas citadas en Boelaert-Suominen, *op. cit.* (nota 9), p. 4.3.1.

internacionales⁵⁴ y la jurisprudencia⁵⁵ muestran que "los Estados están menoscabando los dos puntales que sustentan el edificio del derecho de los conflictos armados"⁵⁶.

Por otro lado, la Sala de Apelaciones del TPIY advierte que, aun cuando el proceso de cercenamiento pueda haber reducido parte de la disparidad entre las normas que se aplican en los conflictos armados internacionales y no internacionales, "ese avance no se ha producido mediante una transposición completa y mecánica de las normas a los conflictos internos; es más bien la esencia general de esas normas, y no la reglamentación detallada que pueden contener, lo que es ahora aplicable en los conflictos internos"⁵⁷. Por consiguiente, el proceso ha dado pie a lo que Meron describe como "un mosaico inverosímil de normas que se aplicarían en el mismo conflicto, según se tipifique como internacional o no internacional"⁵⁸. Así pues, el esfuerzo por determinar el derecho aplicable en los conflictos armados que tienen de hecho tanto elementos internacionales como internos resulta una empresa compleja pero importante.

La prueba de la internacionalización

En el fallo relativo a la apelación del asunto *Tadic*, la Sala de Apelaciones del TPIY afirmó:

"Es indiscutible que un conflicto armado es internacional si se produce entre dos o más Estados. Además, si un conflicto armado interno se extiende al territorio de otro Estado, puede convertirse en internacional (o, según las circunstancias, tener carácter internacional al mismo tiempo que interno), siempre y cuando: (i) otro Estado intervenga en el conflicto con tropas, o bien si (ii) alguno de los participantes en el conflicto armado interno actúa por cuenta de otro Estado"⁵⁹.

⁵⁴ El Protocolo enmendado II de 1996 anexo a la Convención de las Naciones Unidas sobre Ciertas Armas Convencionales, de 1980, la Convención de Ottawa de 1997 sobre la prohibición de las minas anti-personal y el Segundo Protocolo de La Haya, de 1999, para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado se aplican tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales.

⁵⁵ V. Boelaert-Suominen, *op. cit.* (nota 9), sección 4.3-2.

⁵⁶ *Ibid.*, sección 5.

⁵⁷ *Tadic Jurisdiction Appeal*, *op. cit.* (nota 28), párr. 126.

⁵⁸ T. Meron, "Classification of armed conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's fallout", *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998 (en adelante, "Nicaragua's fallout"), p. 238.

⁵⁹ *Prosecutor v. Tadic*, T-94-1-A, Judgement, 15 de julio de 1999, párr. 84 (en adelante, *Tadic Appeal Judgement*).

Los agentes de un Estado

El criterio más aplicado en la prueba para determinar si un conflicto armado interno ha adquirido carácter internacional en el fallo relativo a la apelación del asunto *Tadic* es el de si "alguno de los participantes en el conflicto armado interno actúa por cuenta de otro Estado"⁶⁰. En el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, se pidió a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que respondiera a una cuestión similar con el fin de determinar la responsabilidad de los Estados Unidos en el conflicto armado entre los *contras*, a los que había patrocinado, y el Gobierno nicaragüense⁶¹. Al definir las circunstancias en que cabe atribuir los actos de un grupo insurgente a un Estado, la Corte se ajustó a lo que describió como la prueba del "control efectivo"⁶², lo que implicaba determinar:

"si los vínculos entre los *contras* y el Gobierno de los Estados Unidos eran o no de *dependencia por un lado y de control por el otro*, de modo que fuera jurídicamente correcto equiparar los *contras* a un órgano del Gobierno de los Estados Unidos o que actuaban en nombre de dicho Gobierno"⁶³.

Al aplicar la prueba a los hechos, la CIJ halló que, a pesar del elevado grado de participación y de un control general de los *contras*, que dependían considerablemente de la ayuda exterior, los Estados Unidos no eran responsables de las violaciones del derecho humanitario perpetradas por éstos, puesto que esas violaciones podían haber sido "cometidas por miembros de la *contra* sin el control de los Estados Unidos"⁶⁴.

El fondo de la decisión y su importancia para el derecho internacional humanitario han sido objeto de considerables contradicciones judiciales y disputas

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Asunto de Nicaragua, *op. cit.* (nota 14). La CIJ, de forma algo confusa, distinguió entre la cuestión de si los actos de los *contras* eran imputables a los Estados Unidos y la cuestión de si los Estados Unidos habían incumplido sus obligaciones internacionales con Nicaragua por su relación con los *contras*. La Corte llegó a la conclusión de que "(...) no considera que la asistencia prestada por los Estados Unidos a los *contras* lleva a la conclusión de que esas fuerzas están supeditadas a los Estados Unidos en tal grado que cualquier acto que hayan cometido sea imputable a este país. Opina que los *contras* siguen siendo responsables de sus actos y que los Estados Unidos no son responsables de los actos de los *contras*, sino sólo de su propia conducta con Nicaragua, incluida la relacionada con los actos de los *contras*". Asunto de Nicaragua, *op. cit.* (nota 14), párr. 116.

⁶² La Corte afirmó que "para que esa conducta dé lugar a una responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, tendría que demostrarse, en principio, que este país tenía un *control efectivo* de las operaciones militares o paramilitares en cuyo transcurso se cometieron las presuntas violaciones." *Ibid.*, párr. 115 (el subrayado es nuestro).

⁶³ *Ibid.*, párr. 109 (el subrayado es nuestro).

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 115.

eruditas, cuyos detalles se exponen en otros trabajos⁶⁵. A los efectos del presente análisis, baste señalar que, en el fallo relativo a la apelación del asunto *Tadic*, la Sala de Primera Instancia desestimó el respaldo de la Sala de Apelación a la prueba de un estricto "control efectivo", adoptada en el asunto de Nicaragua y arguyó que el razonamiento de la CIJ no era "convinciente [...] basándose en la lógica misma de todo el sistema del derecho internacional por lo que atañe a la responsabilidad del Estado"⁶⁶. Como consecuencia de ese rechazo, ha cobrado auge una prueba al parecer menos rigurosa⁶⁷ y, según algunos especialistas, "dudosa"⁶⁸ para determinar cuándo cabe considerar que las partes actúan por cuenta de un Estado en el derecho penal internacional⁶⁹. La prueba se apoya en tres tipos diferentes de control bajo el cual puede considerarse que una entidad es *de facto* un órgano de un Estado, según sea, en cada caso, la naturaleza de la entidad⁷⁰.

En primer lugar, cuando se trata de actos de un individuo o de un grupo no organizado militarmente que ha actuado presuntamente como órgano estatal *de facto*,

"es necesario averiguar si el Estado ha dado instrucciones específicas en relación con ese acto concreto a la persona o grupo de que se trate o, si no, determinar si el Estado ha aceptado o aprobado públicamente el hecho ilícito *ex post facto*".

En la segunda exigencia, relativa al control de un Estado sobre fuerzas armadas, milicias o unidades paramilitares subordinadas, "el control ha de tener carácter general". La Sala de Primera Instancia declaró que:

⁶⁵ V. Meron, "Nicaragua's fallout", *op. cit.* (nota 58), Byron, *op. cit.* (nota 20) y Moir, *op. cit.* (nota 18), pp. 46-52.

⁶⁶ *Tadic Appeal Judgement*, *op. cit.* (nota 59), párr. 116.

⁶⁷ En el asunto *Aleksovski*, la Sala de Apelaciones declaró que "[t]eniendo presente que, en el fallo relativo al asunto *Tadic*, la Sala de Apelaciones llegó a esta prueba con el trasfondo de las pruebas del "control efectivo", establecida por la CIJ en el asunto de Nicaragua, y de las "instrucciones específicas", utilizada por la Sala de Primera Instancia en el asunto *Tadic*, la Sala de Apelaciones considera fundado afirmar que la norma establecida por la prueba del "control general" no es tan rigurosa como esas pruebas." *Prosecutor v. Aleksovski*, IT-95-14/1-A, *Judgement*, 24 de marzo de 2000 (en adelante, "*Aleksovski Appeal Judgement*"), párr. 145.

⁶⁸ Moir describe el rechazo como "un razonamiento impropio (y, desde luego, dudoso)." Moir, *op. cit.* (nota 18), p. 49.

⁶⁹ V. *Tadic Appeal Judgement*, *op. cit.* (nota 59); *Aleksovski Appeal Judgement*, *op. cit.* (nota 67), párrs. 120-154; *Prosecutor v. Delalic et al.* IT-96-21-A, *Judgement*, 20 de febrero de 2001, párrs. 5-50 (en adelante, "*Celebici Appeal Judgement*"); *Prosecutor v. Naletilic et al.*, IT-98-34-T, *Judgement*, 31 de marzo de 2003, párrs. 183-188.

⁷⁰ *Celebici Appeal Judgement*, *op. cit.* (nota 69), párr. 13.

"(...) el control de un Estado sobre fuerzas armadas, milicias o unidades paramilitares subordinadas puede revestir carácter general (y ha de comprender más que el suministro de ayuda económica, de equipamiento o de instrucción)"⁷¹.

La Sala de Apelaciones dejó claro que, en el segundo requisito, la prueba del control general, exige que un Estado "*desempeñe un papel en la organización, la coordinación o la planificación de las acciones militares* del grupo militar, además de costear, instruir y equipar o prestar apoyo operacional a ese grupo", pero que no llega a "incluir la emisión de órdenes específicas del Estado, o la dirección de cada una de las operaciones"⁷².

La tercera y última prueba consiste en "la asimilación de particulares a órganos estatales a causa de su comportamiento dentro de la estructura de un Estado"⁷³. La única explicación de la Sala de Apelaciones acerca de esta categoría poco desarrollada consistió en tres ilustraciones: un judío austriaco elevado por los administradores de un campo de concentración alemán a una posición de autoridad sobre los demás internados⁷⁴; un holandés que actuó efectivamente como miembro de las fuerzas alemanas⁷⁵; y la atribución de responsabilidad internacional a Irán por los actos de cinco "guardas revolucionarios" iraníes que llevaban "uniformes parecidos a los del Ejército"⁷⁶.

Pese a la extensa bibliografía que aborda esta cuestión⁷⁷, la aplicación de esta triple prueba sigue siendo compleja, intrincada y objeto de considerable confusión, incluso entre los magistrados de la Sala de Apelaciones⁷⁸. Esa complejidad es obviamente un escollo cuando, como sostiene convincentemente el magistrado Shahabuddeen en el fallo del asunto *Blaskic*, el grado de control necesario para considerar internacional un conflicto armado es simplemente el que "resulta efectivo en unas circunstancias dadas para permitir al Estado impugnado

⁷¹ *Tadic Appeal Judgement, op. cit.* (nota 59), párr.137.

⁷² *Ibid.*, párr.,137 (el subrayado es nuestro).

⁷³ *Ibid.*, párr.,141.

⁷⁴ *Ibid.*, párr.,142.

⁷⁵ *Ibid.*, párr.,143.

⁷⁶ *Ibid.*, nota al pie de la p. 174.

⁷⁷ V. Meron, "Nicaragua's fallout", *op. cit.* (nota 58), Byron, *op. cit.* (nota 20); Moir, *op. cit.* (nota 18), pp. 46-52; R. Hayden "Bosnia's Internal War and the International Criminal Tribunal", *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 22, n° 1, 1998, p. 45; R. Hayden, "Biased 'Justice': Humanrightsism and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Cleveland State Law Review*, vol. 47, 1999, p. 566.

⁷⁸ El magistrado Shahabuddeen manifestó: "No tengo claro que sea necesario cuestionar a Nicaragua. No estoy seguro de si se está diciendo que ese asunto tan debatido no muestra que hubiera un conflicto armado internacional en este caso. Creo que sí lo hubo, y que, a ese respecto, fue correcto y suficiente". *Tadic Appeal Judgement, op. cit.* (nota 59), voto particular del magistrado Shahabuddeen, párr. 17.

utilizar la fuerza contra otro Estado por intermedio de la entidad militar extranjera de que se trate"⁷⁹. Luego, el quid de la cuestión es, en definitiva, determinar si las acciones de los insurrectos equivalen a "un recurso a la fuerza armada entre Estados"⁸⁰.

Por otra parte, si la complejidad de las diversas pruebas las hace de difícil aplicación en el contexto de los procesos penales en los que puede advertirse retrospectivamente toda la magnitud de las hostilidades⁸¹, ello debe ser debilitante para las fuerzas implicadas en hostilidades sobre el terreno, cuando el propósito intrínseco de los conflictos armados internacionalizados es, a menudo, emplear métodos encubiertos de guerra. En tales circunstancias, la información pertinente es "objeto de encarnizadas controversias de índole política"⁸², dando lugar a "opiniones muy divergentes sobre los hechos"⁸³. La posibilidad de que los jefes de la Alianza del Norte en el actual Afganistán puedan evaluar, en el fragor del combate, una prueba sobre la cual la propia Sala de Apelaciones apenas logra ponerse de acuerdo, basándose en informaciones muy confidenciales y permanentes, parece mínima. Desde luego, "no hay razones para pensar que, durante un conflicto, se pueda convencer a un mando militar de que respete determinadas normas aduciendo que es un agente de un país extranjero"⁸⁴.

La complejidad tiene asimismo importantes efectos para las partes exteriores que pretenden aplicar las normas internacionales humanitarias. No son sólo las partes en un conflicto en el que intervengan diversos actores internacionales y nacionales quienes procurarán determinar si los detenidos tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra, sino también el CICR, que promueve el respeto

⁷⁹ *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14, Judgement, 3 de marzo de 2000 (en adelante, "*The Blaskic Judgement*"), Declaración del magistrado Shahabuddeen.

⁸⁰ Se dice que existe un "conflicto armado" cuando hay "recurso a la fuerza armada entre Estados o una situación prolongada de violencia armada entre autoridades gubernativas y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado". *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23/1-A, Judgement, 12 de junio de 2002, párr. 56 (en adelante, "*Kunarac Appeal Judgement*").

⁸¹ Muchas de las pruebas utilizadas en los fallos del TPIY para caracterizar los conflictos internos como internacionalizados son "[u]na confirmación ex post facto del hecho (...)". *Tadic Appeal Judgement*, *op. cit.* (nota 59), párr. 157.

⁸² Gasser, *op. cit.* (nota 19), p. 157.

⁸³ *Ibíd.* Por ejemplo, como señalan Reisman y Silk, "la guerra de Afganistán no ha sido nunca puramente interna o puramente internacional. Toda determinación resulta aún más complicada por la falta de testimonios neutrales del conflicto. Afganistán está atrapado en la política de rivalidad entre Oriente y Occidente, y la mayoría de los testimonios sobre el conflicto dependen, en gran medida, de fuentes vinculadas o con una clara inclinación a una parte u otra en el contexto más amplio de esa rivalidad." Reisman y Silk, *op. cit.* (nota 4), p. 467.

⁸⁴ M. Sassòli y L. M. Olson, "International decision: *Prosecutor v. Tadic* (Judgement)", *American Journal of International Law*, vol. 94, julio de 2000, p. 576.

de ese estatuto⁸⁵. Por otra parte, desde la perspectiva de la legalidad, la prueba es una base inestable para aplicar las sanciones penales tan diversas previstas en ambos regímenes. Por lo tanto, no es de extrañarse que la determinación de la prueba haya retrasado excesivamente las actuaciones tanto del TPIY como del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

En suma, la triple prueba tal vez refleje la situación actual del derecho internacional público por lo que respecta a la responsabilidad del Estado, pero su aplicación en el derecho internacional humanitario disminuye la posibilidad de que, en las guerras internacionalizadas, las normas humanitarias se apliquen de forma coherente o basada en principios establecidos. Como se demostrará en el presente artículo, esa deficiencia es desafortunadamente inevitable en un régimen que requiere que las fuerzas armadas clasifiquen artificialmente los conflictos armados internacionalizados totalmente como internacionales o no internacionales. La solución es, pues, abandonar esa distinción en lugar de redefinir la triple prueba.

Intervención militar

El segundo criterio que, según el fallo relativo a la apelación del Asunto *Tadic* puede hacer que un conflicto armado interno se considere internacional se cumple cuando "otro Estado interviene en el conflicto con tropas"⁸⁶. En la sentencia del asunto *Blaskic*, la Sala de Primera Instancia del TPIY se apoyó en una serie de factores para llegar a la conclusión de que había "pruebas sobradas para caracterizar el conflicto como internacional" a raíz de "la intervención directa de Croacia en Bosnia-Herzegovina"⁸⁷. Aunque, al igual que en el asunto *Tadic*, la Sala no articuló ninguna norma particular respecto del grado de intervención que bastaría para internacionalizar un conflicto armado preexistente, se mostró satisfecha de que hubieran asistido al proceso entre 3.000 y 5.000 miembros del Ejército regular croata, según estimaciones, estacionados fuera de la zona donde tuvo lugar el conflicto entre el Consejo de Defensa Croata y el Ejército de Bosnia-Herzegovina⁸⁸. Si bien la Sala aceptó que el Ejército de Croacia había tenido alguna presencia en la zona de conflicto, el fundamento principal de su decisión fue que las hostilidades del Ejército croata:

⁸⁵ Byron, *op. cit.* (nota 20), p. 88.

⁸⁶ *Tadic Appeal Judgement, op. cit.* (nota 59), párr. 84.

⁸⁷ *The Blaskic Judgement, op. cit.* (nota 79), párrs. 75, 76 y 94.

⁸⁸ La Sala de Primera Instancia agregó que el Consejo de Defensa Croata actuó también como agente del Gobierno de Croacia, pero el análisis de la intervención militar fue independiente de esa conclusión.

"en el exterior [de la zona de conflicto] también habían influido inevitablemente en la conducción del conflicto en esa zona. Al entablar combate [el Ejército de Bosnia-Herzegovina] en el exterior [de la zona de conflicto], el Ejército de Croacia redujo la capacidad [del Ejército de Bosnia-Herzegovina] de combatir [contra el Consejo de Defensa Croata] en Bosnia central"⁸⁹.

Por consiguiente, ese razonamiento parecería indicar que cualquier intervención militar extranjera que afecte, aunque sea indirectamente, a un conflicto interno independiente, basta para hacer que el conflicto adquiera carácter internacional. Esta hipótesis fue confirmada posteriormente en la sentencia del asunto *Kordic y Cerkez*, en que se halló que la intervención del Gobierno de Croacia en el conflicto contra las fuerzas serbias en Bosnia internacionalizaba un conflicto distinto en que el Gobierno croata no tenía una participación militar directa, esto es, el conflicto entre los bosnios croatas y los bosnios musulmanes⁹⁰. Según la Sala de Primera Instancia, la razón de ello es que posibilitó "a los bosnios croatas desplegar fuerzas adicionales en su lucha contra los bosnios musulmanes"⁹¹. El fallo se apoya asimismo en diversos indicios para llegar a esa conclusión, pero tampoco delimita la magnitud necesaria de la fuerza militar directa. La sentencia del asunto *Naletilic* siguió su ejemplo, afirmando, sin servir de mucha ayuda, que:

"No es necesario demostrar que las tropas [Ejército de la República de Croacia] estaban presentes en cada zona en que se cometieron presuntamente crímenes. Al contrario, el conflicto entre [las Fuerzas Armadas del Gobierno de Bosnia-Herzegovina] y [el Consejo de Defensa Croata] debe considerarse globalmente y, si se llega a la conclusión de que tiene carácter internacional por la participación de las tropas [del Ejército de la República de Croacia], entonces se aplicará el artículo 2 del Estatuto en todo el territorio en conflicto"⁹².

De hecho, el único caso en que se ha abordado esta cuestión concretamente es el examen de una acusación en el asunto del *Fiscal contra Rajic* por la Sala de Primera Instancia⁹³. En el fallo, la Sala sostuvo que un conflicto armado interno puede convertirse en internacional si intervienen tropas de manera

⁸⁹ *The Blaskic Judgement*, *op. cit.* (nota 79), párr. 94.

⁹⁰ *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, IT-95-14/2-T, *Judgement*, 26 de febrero de 2001.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 108(2).

⁹² *Prosecutor v. Naletilic et al.*, *op. cit.* (nota 69), párr. 194.

⁹³ *Prosecutor v. Rajic*, IT-95-12-R61, Revisión del acta de acusación en virtud del art. 61, 13 de septiembre de 1996, párr. 12. "Sin embargo, la decisión de la Sala de Apelaciones sobre la competencia en el asunto Tadic no estableció el grado necesario de participación de un tercer Estado para que un conflicto nacional pase a ser internacional".

"significativa y continua"⁹⁴. Desafortunadamente, los términos "significativa y continua" no son muy precisos. Además, el hecho de que no se utilicen en las sentencias de los asuntos *Kordic y Cerkez*, *Blaskic* o *Naletilic* plantea la cuestión de si bastaría una intervención militar mucho menor. Sin duda, los Convenios de Ginebra se aplican en conflictos armados interestatales tradicionales "independientemente del grado de intensidad"⁹⁵. No existe ninguna base jurídica para tratar de forma diferente los conflictos armados internacionalizados.

Ahora bien, admitir que las intervenciones militares extranjeras, sea cual sea su intensidad, internacionalizan todos los conflictos armados que se libran en un territorio no encaja muy bien con la declaración inicial del fallo relativo al asunto *Tadic* sobre los conflictos armados internacionalizados, que presupone que un conflicto armado "(...) según las circunstancias, puede tener carácter internacional al mismo tiempo que interno". Lamentablemente, la posibilidad de una intervención militar directa que sólo influya de forma indirecta en un conflicto armado interno, como la mencionada en los fallos relativos a los asuntos *Blaskic* y *Kordic y Cerkez*, así como la falta de todo umbral bien fundado de la envergadura de la intervención militar directa que confiere a un conflicto carácter internacional denotan la carencia de una base de principios que permita distinguir los conflictos armados internacionalizados de los conflictos con "carácter internacional a la vez que interno".

Una posible explicación es que sólo "las intervenciones militares directas que tienen por efecto apoyar una campaña son suficientes para internacionalizar un conflicto"⁹⁶. Pero, por lógica, es discutible que una intervención militar en la que no participen insurrectos en nombre del Estado que interviene baste para

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 21. "Por consiguiente, hay suficientes pruebas para establecer, a los efectos del presente proceso, que, a consecuencia de la significativa y continua intervención militar del Ejército croata en apoyo de los bosnios croatas, el conflicto nacional entre los bosnios croatas y su Gobierno en Bosnia central se convirtió en un conflicto armado internacional y que ese conflicto perduraba en octubre de 1993, cuando se produjo el ataque a Stupni Do".

⁹⁵ V. Baxter, *op. cit.* (nota 29), p. 98: "La perspectiva correcta sería entender que la expresión 'cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Altas Partes Contratantes' se refiere a cualquier brote de violencia entre las fuerzas armadas de dos Estados, independientemente de su extensión geográfica y de la intensidad de la fuerza empleada". Fenrick sostiene que "el uso de armas por soldados de partes contendientes a ambos lados de una frontera impugnada por la intervención no solicitada de las fuerzas armadas de un Estado, aun en número reducido, en el territorio de otro Estado puede activar la aplicación de los Convenios de Ginebra en su totalidad". M. Cottier, W. Fenrick, P. Viseur Sellers y A. Zimmermann, "Article 8, War Crimes", en O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 182, citado en Byron, *op. cit.* (nota 20), nota al pie de la p. 137. V. también los Comentarios, *op. cit.* (nota 5): "No importa cuánto dure el conflicto ni el número de muertes que ocasione".

⁹⁶ R. Cryer, "The fine art of friendship: *Jus in bello* in Afghanistan", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 7, 2002, p. 42.

calificar al grupo insurrecto como "los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, *pertenecientes* a una de las partes en el conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio (...) "⁹⁷, de modo que quepa hablar de "recurso a la fuerza armada entre Estados"⁹⁸. El apoyo no intencionado a terceros por parte de un Estado que intervenga no hace que se conviertan en sus agentes, y si los insurrectos no *pertenecen* al Estado a los efectos de los Convenios de Ginebra, sus acciones no pueden considerarse un conflicto armado internacional⁹⁹.

Incluso cuando el apoyo es una consecuencia voluntaria de la intervención, la idea de que el mero apoyo puede internacionalizar un conflicto armado que, de otro modo, sería interno parece estar reñida con la prueba del "control general", que establece expresamente que "no basta con que el grupo reciba *ayuda* económica o incluso militar de un Estado"¹⁰⁰. El argumento de que las intervenciones militares directas deberían recibir un tratamiento diferente debido a que alteran por completo el curso del conflicto¹⁰¹ resulta también poco convincente, ya que el suministro de armas, de ayuda económica y de servicios de información tienen efectos similares, pese a estar expresamente excluidos de la misma prueba del "control general".

El razonamiento más pertinente para utilizar la intervención militar como criterio para la internacionalización de los conflictos armados podría ser que, a tenor del segundo párrafo del artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, esa intervención equivale a una ocupación parcial. El propósito de ese párrafo fue

⁹⁷ Art. 4(2) del III Convenio de Ginebra (el subrayado es nuestro).

⁹⁸ Art. 2 común a los Convenios de Ginebra; v. también *Kunarac Appeal Judgement*, *op. cit.* (nota 80), párr.56.

⁹⁹ V., por ejemplo, la declaración del magistrado Shahabuddeen en el fallo relativo al asunto *Blaskic*, en la que afirma que: "Existe un conflicto armado entre un grupo secesionista y el Gobierno del Estado. Un Estado extranjero interviene militarmente en apoyo del grupo separatista y se encuentra con la resistencia del Estado afectado. La intervención militar externa constituye claramente un conflicto armado entre Estados a los efectos de la aplicación del IV Convenio de Ginebra, pero ¿se convierte el conflicto interno en un conflicto armado entre Estados? La respuesta es afirmativa si el Estado extranjero asume el control del grupo secesionista, de manera que el uso de la fuerza por este grupo se convierte en un uso de la fuerza por el Estado extranjero contra el Estado local, generando así un conflicto armado entre Estados a tenor de la definición del primer párrafo del art. 2 del IV Convenio de Ginebra". *The Blaskic Judgement*, *op. cit.* (nota 79), Declaración del magistrado Shahabuddeen.

¹⁰⁰ *Tadic Appeal Judgement*, *op. cit.* (nota 59), párr. 130 (el subrayado es nuestro).

¹⁰¹ Aldrich, "The laws of war on land", *op. cit.* (nota 1), p. 63. V. también F. Kalshoven, *The Law of Warfare: A Summary of its Recent History and Trends in Development*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1973, p. 15: "Parece justificado, para los fines del presente estudio, atribuir el efecto internacionalizante mencionado a toda intervención que consista en una participación directa y significativa de fuerzas armadas extranjeras, ya que privará indiscutiblemente al conflicto armado de su carácter inicial en cuanto asunto puramente interno".

"subsana la laguna que dejaba el párrafo 1"¹⁰², al estipular que todo el Convenio "se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar"¹⁰³. Con todo, la aplicación de ese párrafo a las intervenciones militares extranjeras en los conflictos de carácter civil plantea varios problemas.

Está claro que el pasaje se incluyó con el fin de extender la aplicación de las obligaciones de las Potencias ocupantes en virtud del IV Convenio de Ginebra a las *personas protegidas* en los casos de ocupación, como el que se produjo cuando el *Reich* alemán invadió Checoslovaquia en 1939 y ésta capituló simplemente, sin oponer resistencia armada¹⁰⁴. La posibilidad de que ese párrafo internacionalice un conflicto armado interno preexistente e independiente es menos evidente, lo que se pone tal vez de manifiesto por la ausencia de una referencia a esta disposición en las sentencias de los asuntos *Blaskic, Kordic y Cerkez* y *Naltilic*. Además, si bien es loable que se ponga en vigor el mayor número posible de disposiciones del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales, la presencia militar no tiene por qué llegar al grado de ocupación ni influir en el hecho de que la conducta de los rebeldes se califique como uso de la fuerza armada por un Estado contra otro. Admitir que la presencia militar extranjera internacionaliza cualquier conflicto en un territorio tampoco es coherente con la idea de que puede existir un conflicto armado internacional "al mismo tiempo que interno" y contradice directamente el rechazo de los Estados Partes de la cláusula que habría permitido la aplicación automática de todas las normas del derecho internacional humanitario en caso de intervención militar de un tercer Estado¹⁰⁵. De hecho, la principal preocupación que motivó el rechazo de la modificación propuesta referente a la intervención militar directa era que constituiría un importante incentivo para que los rebeldes solicitasen ayuda a Estados extranjeros simpatizantes, propiciando con ello una rápida escalada de las hostilidades internas¹⁰⁶. Esa preocupación persiste en la jurisprudencia establecida.

Era de prever que la imprecisión al determinar las circunstancias en que una intervención militar basta para conferir carácter internacional a un conflicto interno suscite importantes dificultades de índole práctica. Por ejemplo, la presunta participación de varios oficiales superiores ugandeses en la guerra del

¹⁰² *Comentarios, op. cit.* (nota 5), p. 22.

¹⁰³ Art. 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

¹⁰⁴ Baxter, *op. cit.* (nota 29), p. 95. V. también los *Comentarios, op. cit.* (nota 5), p. 8.

¹⁰⁵ V. la nota 7.

¹⁰⁶ D. Schindler, "The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols", *Recueil des Cours*, vol. II, 1979, p. 150.

Frente Patriótico Ruandés contra las Fuerzas Armadas de Ruanda (FAR) de 1990 a 1994¹⁰⁷ fue tal vez "[una intervención] de otro Estado (...) en el conflicto con tropas"¹⁰⁸. Esa participación podría haber bastado para internacionalizar el conflicto, contrariamente a las conclusiones del TPIR de que "es de conocimiento general que el conflicto de Ruanda tuvo carácter interno no internacional"¹⁰⁹. Sin embargo, incluso si las FAR hubieran podido determinar, de algún modo, el grado general y la importancia de la participación militar ugandesa, es muy poco probable que, a la luz de esa información, se hubiera vuelto a cuestionar ese "conocimiento general" para vincularlo a un régimen de derecho humanitario más riguroso, basado en disposiciones jurídicas poco claras.

En resumen, la inclusión de la intervención militar extranjera directa, *en cuanto* intervención militar extranjera, como criterio para definir un conflicto armado internacionalizado es, en el mejor de los casos, confusa y, en el peor, esencialmente incoherente. Sea como fuere, las repercusiones para la observancia de las normas humanitarias basada en principios articulados son mínimas.

El efecto de la internacionalización

Aun después de satisfacer uno de los aspectos de la prueba de internacionalización, no está claro cuál es el efecto de esta última en otros conflictos que se libren en el mismo territorio, ni en qué medida sigue aplicándose el derecho internacional humanitario cuando cese la participación internacional.

Caracterización "global" frente a "mixta"

La posición adoptada por el TPIY en relación con la situación de violencia en la antigua Yugoslavia es que puede caracterizarse "en distintos momentos

¹⁰⁷ "El 1 de octubre de 1990, el Ejército de Uganda invadió Ruanda con el pretexto de una rebelión interna del Frente Patriótico Ruandés (FPR), encabezada por el general ugandés de origen ruandés Fred Rwigema. Por aquel entonces, el general Paul Kagame estaba recibiendo formación castrense en los EE.UU. como oficial del Ejército de Uganda; de hecho, era jefe adjunto de los Servicios de Inteligencia Militar del Ejército gubernamental ugandés (...). Cuando el general Fred Rwigema falleció a finales de octubre de 1990, el comandante Paul Kagame regresó a Uganda y asumió la dirección del FPR." *Rally for the Return of Refugees and Democracy in Rwanda*, "No Arms Nor Impunity For Suspected Rwandan War Criminals On Power," Comunicado de prensa nº 4/2001 <<http://www2.minorisa.es/inshuti/rdr26.htm>>. V. también S. R. Shalom, "The Rwandan Genocide" <<http://www.zmag.org/ZMag/articles/april96shalom.htm>>. "En octubre de 1990, el Frente Patriótico Ruandés, una organización integrada principalmente por refugiados tutsi de Uganda, invadió el país para obtener el derecho de retorno a Ruanda y derrocar el régimen dictatorial de Habyarimana. Muchos de los soldados del FPR eran veteranos de la guerra civil de Uganda, donde habían luchado en favor de un régimen que no se basara en las etnias, ascendiendo algunos de ellos a puestos importantes en las fuerzas armadas de Uganda".

¹⁰⁸ *Tadić Appeal Judgement*, *op. cit.* (nota 59), párr.84.

¹⁰⁹ *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, ICTR-99-46-T, 4 de julio de 2002, "Oral Decision", p. 9.

y lugares, como varios conflictos armados internos o como conflictos armados internacionales, o bien como un conflicto mixto interno-internacional"¹¹⁰. El predominio del enfoque "mixto" se evidencia en la inclusión de la frase "según las circunstancias, [el conflicto puede] tener carácter internacional a la vez que interno" en la prueba original de internacionalización de un conflicto interno en el fallo relativo a la apelación del asunto *Tadic*¹¹¹. Las razones en que se apoya el enfoque "mixto" son, al parecer, que un acto de internacionalización sólo da carácter internacional a un conflicto entre partes que *pertenezcan* al Estado, y no a todos los conflictos que se libren en el territorio¹¹². Aunque esta posición la justifica claramente una lectura estricta de los Convenios, también es evidente que suele implicar una diferenciación artificial entre los aspectos internos e internacionales de los conflictos armados, proceso poco práctico, discutible e impreciso. Como sostiene McDonald:

"[c]on el aumento del número de conflictos armados internos e internacionalizados, se observa un reconocimiento cada vez mayor de que es prácticamente imposible establecer una división rigurosa entre los conflictos internos y los internacionales, si es que alguna vez la habido (...)"¹¹³.

En respuesta a ello, diversas autoridades han preferido aplicar el régimen completo del derecho internacional humanitario a todo el territorio en el que haya múltiples conflictos de origen internacional e interno. Por ejemplo, en el caso de la antigua Yugoslavia, los partidarios de este "enfoque global" de la caracterización consideraron que "(...) la situación [era] un conflicto armado internacional, sosteniendo que sería artificial dividirla en segmentos aislados para excluir la aplicación de las normas de los conflictos armados internacionales"¹¹⁴. El enfoque global ha recibido un apoyo considerable: los magistrados

¹¹⁰ "Tomados globalmente, los acuerdos suscritos entre las diversas partes en el conflicto, o los conflictos, en la antigua Yugoslavia confirman la opinión de que, cuando el Consejo de Seguridad aprobó el Estatuto del Tribunal Internacional en 1993, lo hizo en consideración a situaciones que las partes implicadas consideraban, en distintos momentos y lugares, como conflictos armados internos o internacionales, o bien como un conflicto mixto interno-internacional". *Tadic Jurisdiction Appeal, op. cit.* (nota 59), párr. 73.

¹¹¹ V. la nota 59 *supra*.

¹¹² Greenwood defiende también el enfoque "mixto", basándose en el peligro de prejuzgar el estatus del conflicto, dada la acusada diferencia entre el derecho penal aplicable en cada caso, la manifiesta intención del Consejo de Seguridad de considerar que en la antigua Yugoslavia se produjeron ambos tipos de conflicto y la complejidad de los conflictos de la zona. C. Greenwood "Internacional Humanitarian Law and the *Tadic* Case", *European Journal of International Law*, vol. 7, nº 2, 1996, disponible en: <<http://www.ejil.org/journal/Vol7/No2/art8-01.html#TopOfPage>>.

¹¹³ A. McDonald, "The year in review", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, p. 121.

¹¹⁴ Meron, "Nicaragua's fallout", *op. cit.* (nota 58), p. 238.

Li¹¹⁵ y Rodrigues¹¹⁶, los fallos relativos a los asuntos *Nikolic y Mladic*¹¹⁷, la Comisión de Expertos de las Naciones Unidas¹¹⁸, el Gobierno de los Estados Unidos¹¹⁹ y diversos jurisconsultos¹²⁰ han propugnado o adoptado una clasificación integral de los territorios estatales en que se desarrollan conflictos armados internacionales e internos. Incluso el CICR, que suele proceder con cautela, instó a las partes en la guerra de Vietnam, en 1965, a que observaran el régimen completo del derecho internacional humanitario en todo su territorio, apoyándose en ese mismo razonamiento¹²¹.

Aunque el enfoque global es positivo, tanto desde un punto de vista práctico como humanitario, lo contradice el rechazo con que la comunidad internacional acogió el intento del CICR de incluir una disposición explícita en el Protocolo adicional I para que todas las normas de derecho internacional humanitario fuesen aplicables en las guerras civiles en caso de intervención de tropas extranjeras¹²², así como lo que es ahora la referencia ortodoxa a los conflictos armados internacionales y no internacionales "mixtos" en la jurisprudencia del TPIY¹²³. El enfoque global también parecería conducir a la conclusión de que

115 *Tadic Jurisdiction Appeal*, *op. cit.* (nota 28), voto particular del magistrado Li sobre la solicitud de defensa para una apelación incidental de competencia, párrs. 17-18: "Opino que la exposición del fiscal para abordar el conflicto en la antigua Yugoslavia como un todo y considerarlo de carácter internacional es correcta".

116 *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No IT-95-14/1, *Judgement*, 25 de junio de 1999, voto discrepante del magistrado Rodrigues, presidente de la Sala de Primera Instancia, párrs. 19 y 22: "el derecho internacional humanitario se aplica en todo el territorio en que se produce un conflicto internacional (...) y mientras duren las hostilidades, en la medida en que debe considerarse el conflicto como un todo" y "estoy a favor de un enfoque global del conflicto en la antigua Yugoslavia."

117 Byron, *op. cit.* (nota 20), p. 68.

118 "La Comisión opina que el carácter y la complejidad de los conflictos armados examinados, en combinación con el entramado de acuerdos de derecho humanitario suscritos entre las partes, justifican el enfoque de la Comisión de que se aplique el derecho pertinente en los conflictos armados internacionales a todos los conflictos armados en el territorio de la antigua Yugoslavia." *Final Report of the Commission of Experts*, S/1994/67, 4 a 27 de mayo de 1994, sección II.A.

119 *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-T, "Amicus Curiae Brief presented by the Government of the United States", 25 de julio de 1995, citado en Meron, "Nicaragua's fallout", *op. cit.* (nota 58), pp. 26-34, nota al pie de la p. 15.

120 Meron, "Nicaragua's fallout", *op. cit.* (nota 58), p. 238. V. también G. H. Aldrich, "Comment: Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, p. 68: "En mi opinión, este primer fallo de la Sala de Apelaciones es desafortunado, puesto que complica innecesariamente futuras tareas del Tribunal, al sugerir que todo enjuiciamiento debe incluir argumentos y decisiones sobre la caracterización del conflicto armado en que se hayan perpetrado los presuntos delitos".

121 "Respect for the rules of humanity in Vietnam", RICR, n° 53, agosto de 1965, p. 417 (en inglés).

122 V. las notas 7 y 90.

123 V. *Tadic Appeal Judgement*, *op. cit.* (nota 59), párrs. 73 y 84; *The Blaskic Judgement*, *op. cit.* (nota 79), declaración del magistrado Shahabuddeen.

un único uso internacional de la fuerza, directo o de otra índole, en un territorio extranjero bastaría, de algún modo, para transformar en internacional todo conflicto armado interno en ese territorio, sin tener en cuenta si los conflictos internos son o no un "recurso a la fuerza entre Estados", como establecen los Convenios de Ginebra. Es poco probable que se pueda resolver fácilmente la tensión entre ambos enfoques de la caracterización. Como deplora Meron:

"las contradictorias decisiones tomadas por las distintas Salas del TPIY sobre la índole de los conflictos en la antigua Yugoslavia ilustran la dificultad para caracterizar los conflictos 'mixtos' o 'internacionalizados'. No existe ningún mecanismo generalmente aceptado para caracterizar de forma definitiva las situaciones de violencia"¹²⁴.

Peor aún, los puntos relativamente fuertes y débiles de los enfoques "mixto" y "global" indican que, para alcanzar algún tipo de consenso en el marco actual, habría que elegir inevitablemente entre una teoría que no puede funcionar y una práctica que no está justificada. El reto depende, pues, no tanto de las ventajas de las dos posiciones competidoras, sino de la estructura del derecho internacional humanitario en general.

Cese de las hostilidades internacionalizadas

El artículo 6 del IV Convenio de Ginebra especifica el momento en que deja de regir el derecho aplicable en los conflictos armados internacionales y dispone que "[e]n el territorio de las Partes en conflicto, la aplicación del Convenio terminará con el cese general de las operaciones militares"¹²⁵. En los *Comentarios* de los Convenios de Ginebra, se hace una amplia interpretación de la expresión "cese general de las operaciones militares", indicando que corresponde al momento en que "se ha efectuado el último disparo"¹²⁶ y "en la mayoría de los casos (...) al cese de todos los combates entre las partes concernidas"¹²⁷. Así pues, en los Estados en que hay varias facciones beligerantes de origen tanto internacional como interno, los Comentarios sugieren, al menos superficialmente, que siga aplicándose el derecho internacional humanitario hasta el fin de todas las hostilidades, sean o no nacionales. La opinión contraria es que la expresión "cese de las operaciones militares" se refiere solamente a las hostilidades internacionales,

¹²⁴ T. Meron "The Humanization of Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, (en adelante, "*Humanization of Humanitarian Law*"), p. 261.

¹²⁵ Art. 6 del IV Convenio de Ginebra.

¹²⁶ *Comentarios*, op. cit. (nota 5), vol. IV, p. 62.

¹²⁷ *Ibíd.*

permitiendo que prosigan o se reanuden aquellas "cuyo carácter no sea internacional", regidas por el derecho aplicable en los conflictos armados sin carácter internacional.

No sin ambigüedad, la Sala de Apelaciones del TPIY abordó la cuestión en el fallo relativo a la apelación del asunto *Tadic*, declarando que:

"El derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de este tipo de conflictos armados y se extiende más allá del cese de las hostilidades, hasta que se instaure una paz general o, en el caso de los conflictos internos, hasta que se logre un arreglo pacífico. Hasta entonces, seguirá aplicándose el derecho internacional humanitario en todo el territorio de los Estados beligerantes o, en el caso de los conflictos internos, en todo el territorio bajo el control de una parte, independientemente de que se libren combates o no en él"¹²⁸.

Aunque esta declaración se cita a menudo para dar al derecho internacional humanitario la aplicación más amplia posible, no está en absoluto claro que tenga autoridad con respecto a la noción de que el derecho aplicable en los conflictos armados internacionales sigue aplicándose en el conflicto interno que persiste. La interpretación más plausible es que los comentarios de la Sala solo conciernen a las obligaciones ininterrumpidas entre las partes beligerantes *inter se*, de conformidad con la opinión más restrictiva sobre el significado del "cese de las operaciones militares". Esa interpretación la avala la tipificación, por la misma decisión, del enfoque "mixto" de la caracterización, basándose justamente en que los conflictos internacionales y no internacionales pueden mutar y coexistir. Respalda asimismo esta interpretación el hecho de que, en los fallos tanto del asunto *Celebici* como *Tadic*, se resolvió que, antes de la retirada del Ejército Popular Yugoslavo el 19 de mayo de 1992, el conflicto que nos ocupa tenía carácter internacional, pero que luego los serbios de Bosnia dejaron de ser agentes de la República Federal de Yugoslavia y que, en consecuencia, el conflicto era interno¹²⁹. En la primera sentencia se declaraba con énfasis que:

"Es evidente que en Bosnia-Herzegovina no hubo un cese general de las hostilidades hasta la firma del Acuerdo de Paz de Dayton, en noviembre de 1995. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia debe abordar la posibilidad de que la naturaleza del conflicto armado cambiara con la retirada de las fuerzas externas implicadas y, por ende, con el cese de esas hostilidades, así como

¹²⁸ *Tadic Jurisdiction Appeal*, op. cit. (nota 28), párr. 70.

¹²⁹ *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-T, *Judgement*, 7 de mayo de 1997, párr. 607.

de que se iniciara un conflicto interno, distinto e independiente, entre el Gobierno de Bosnia-Herzegovina y grupos armados organizados dentro del Estado"¹³⁰.

Aunque las conclusiones sobre el estatuto del conflicto fueron invalidadas en ambas apelaciones por constataciones de hechos concernientes a la intervención, la Sala de Apelaciones hizo tácitamente suya, en ambos casos, la hipótesis de que un conflicto armado internacional puede convertirse en interno¹³¹. Además, la posibilidad de que se produzca una transición de conflicto armado internacional a interno no depende meramente de la acción penal internacional: el reconocimiento extranjero formal de la República Popular de Kampuchea en 1980 bastó para que un conflicto internacionalizado se transformase en interno, a pesar de la persistencia de las hostilidades en el territorio¹³².

La interpretación en estos precedentes, de la expresión "cese de las operaciones militares", manifiestamente más restrictiva, tiene un atractivo indiscutible. La extensión de la aplicación del derecho internacional humanitario más allá del cese de las hostilidades internacionales, hasta la conclusión incluso del conflicto interno, podría previsiblemente suponer la aplicación de todo el cuerpo de normas del derecho internacional humanitario en circunstancias que trascienden el umbral requerido para la aplicación incluso del artículo 3 común, y podría seguir haciéndolo varios años después de que haya terminado la participación

¹³⁰ *Celebici Judgement, op. cit.* (nota 46), párr. 215.

¹³¹ El fallo relativo a la apelación del asunto *Tadic* resolvió que "en este caso, hay suficientes pruebas para justificar la decisión de la Sala de Apelaciones de que el conflicto anterior al 19 de mayo de 1992 tenía carácter internacional. La cuestión de si, después del 19 de mayo de 1992, siguió siendo internacional o, al contrario, se convirtió en un conflicto exclusivamente interno se reduce a saber si las fuerzas serbobosnias —en cuyo poder estaban las víctimas bosnias en este caso— pueden considerarse *de iure* o *de facto* órganos de una potencia extranjera, o sea, de la RFY." *Tadic Appeal Judgement, op. cit.* (nota 59), párr. 87 (se ha omitido la nota de pie de página). En el asunto *Celebici*, la Sala de Apelaciones aceptó que "la cuestión que examinó la Sala de Primera Instancia era si podía considerarse que las fuerzas armadas de los serbobosnios actuaban por cuenta de la RFY, a fin de determinar si después de su retirada, en mayo de 1992, el conflicto seguía siendo internacional o se había vuelto interno." *Celebici Appeal Judgement, op. cit.* (nota 69), párr. 29.

¹³² Gasser, *op. cit.* (nota 19), p. 155. A comienzos de 1978, el conflicto armado internacional entre las fuerzas armadas vietnamitas y la República Democrática de Kampuchea, o los jemereros rojos, culminó con la toma de la ciudad de Phnom Penh por los ejércitos vietnamita y del Frente Unido de Salvación Nacional de Kampuchea, el 7 de enero de 1978, desalojando al Gobierno jemer establecido, que huyó al exilio e, instaurando otro régimen. Tras estos sucesos y durante varios años, las Naciones Unidas consideraron al Gobierno exiliado como el representante legítimo de Kampuchea, convirtiendo los conflictos armados entre los jemereros rojos y las fuerzas vietnamitas en conflictos de carácter internacional. Según Gasser, las fuerzas vietnamitas que permanecían en la zona no dejaron de estar sujetas a las normas que rigen los conflictos armados internacionales hasta que la mayoría de los países de la comunidad internacional dejaron de apoyar al Gobierno jemer exiliado y reconocieron la legitimidad de la República Popular de Kampuchea, ya que se encontraban presentes en el país por la autoridad del Gobierno legítimo.

internacional¹³³. Además, esa interpretación más amplia haría prácticamente imposible distinguir el inicio de conflictos internos distintos de los que suponen la continuación de las hostilidades internacionales, ya que no hay medios para determinar el grado de vinculación temporal, territorial, de participación o de motivación que debe existir entre un conflicto armado internacional previo y una guerra civil ulterior para que se justifique la aplicación continua del régimen jurídico más general. De hecho, la aplicación del derecho aplicable en los conflictos armados internacionales en casos en que ya no se cumplen los criterios de la internacionalización iría en detrimento de las pruebas mismas. En tales casos, la prueba del "control general" no implicaría "evaluar todos los elementos de control en su conjunto"¹³⁴, sino más bien determinar si las fuerzas *estuvieron alguna vez* bajo el control general de un Estado extranjero. Si Sassòli y Olson están en lo cierto al señalar que "no hay razones para pensar que, durante un conflicto, se pueda convencer a un jefe militar de que respete determinadas normas aduciendo que es un agente de un Estado extranjero"¹³⁵, la posibilidad de hacerlo varios años más tarde, basándose en que su grupo suele actuar como agente de un país extranjero, es prácticamente nula. La solución intelectualmente más satisfactoria, adoptada manifiestamente por el TPIY en los asuntos de *Tadic y Celebici* es, pues, que todo el ordenamiento jurídico internacional humanitario deje de aplicarse en cuanto cesen las hostilidades internacionales. La única dificultad es que, en muchos conflictos armados internacionalizados, no puede determinarse el momento en que se produce el cese de las hostilidades internacionales.

Tradicionalmente, el fin del conflicto interestatal requiere que el cese de las hostilidades se plasme en un acuerdo de armisticio y el subsiguiente restablecimiento de la paz, por lo general mediante la firma de un tratado oficial de paz¹³⁶. Dado que los conflictos internacionalizados rara vez se inician con una declaración de guerra y muchas veces se caracterizan por hostilidades encubiertas en lugar de directas, los actos de carácter oficial, como los armisticios, la celebración

¹³³ Ello sucedería, por ejemplo, si algunos miembros descontentos del grupo insurrecto, anteriormente patrocinado por un país extranjero, siguieran realizando actividades "terroristas" que no constituyesen una situación prolongada de violencia armada contra un Estado, tras el fin de un conflicto armado internacionalizado.

¹³⁴ "La prueba del 'control general' requiere que se evalúen todos los elementos de control tomados en su conjunto y se determine, sobre esa base, si había el grado de control requerido." *Aleksovski Appeal Judgement, op. cit.* (nota 67), párr. 145. V. también *Prosecutor v. Naletilic et al., op. cit.* (nota 69), párr. 188: "Por lo que respecta a este último, sostuvo que podría considerarse que un grupo actuaba por cuenta de un Estado si estaba 'como un todo' bajo el control general de ese Estado."

¹³⁵ Sassòli y Olson, *op. cit.* (nota 84), p. 576.

¹³⁶ V. C. Rousseau, *Le Droit des Conflits Armés*, Édition A. Pedone, París, 1983, p. 188.

de acuerdos y la retirada pública de las fuerzas son poco frecuentes. Como observa Detter, "no es necesario reconocer el fin de algo que supuestamente nunca ha existido"¹³⁷. Por consiguiente, el estribillo de que el derecho internacional humanitario "se extiende más allá del cese de las hostilidades hasta un acuerdo general de la paz"¹³⁸ no suele servir de mucho en el contexto de conflictos armados internacionalizados, ya que raras veces se da esa situación. Así pues, en muchos casos, el cese de las operaciones militares internacionalizadas sólo puede determinarse mediante una simple referencia al momento en que las hostilidades efectivas cesan sobre el terreno¹³⁹.

En la práctica, una decisión clara sobre ese momento "puede ser difícil de tomar y ocasionar una gran controversia, en especial cuando varios o muchos Estados intervienen en un conflicto armado y cuando las operaciones militares cesan en momentos y regiones diferentes del conflicto"¹⁴⁰. Resulta más problemático, incluso cuando el conflicto internacional se libra a través de intermediarios nacionales sobre la base de una relación "cuya intensidad fluctúa mucho, con etapas de hostilidades intercaladas quizás de largos periodos en los que no hay hostilidades (...)"¹⁴¹. El reto casi titánico en los conflictos internacionalizados es, pues, distinguir el cese efectivo de las hostilidades de su mera suspensión¹⁴².

Por ejemplo, al aplicar las pruebas de la internacionalización a las actuales hostilidades en Afganistán, Cryer cita diversos factores que, en su opinión, hacen que la idea de que la Alianza del Norte está bajo el control general de las Fuerzas de la Coalición "no sea del todo descabellada"¹⁴³, aunque llega a la conclusión de que, bien mirado, tal control no existe, sobre todo porque "la Alianza del Norte actuó directamente contra los deseos claramente expresados de la Coalición cuando tomó la capital del país, Kabul"¹⁴⁴. Por lo tanto, cabe suponer que este grupo estaba bajo el control general de la Coalición antes de la toma de Kabul, pero no después.

Si se acepta esa hipótesis y se parte de la base de que "el cese de las operaciones militares" se refiere solamente a las operaciones internacionales, la entrada

¹³⁷ Detter, *op. cit.* (nota 2), p. 344.

¹³⁸ *Tadic Jurisdiction Appeal, op. cit.* (nota 28), párr. 70.

¹³⁹ Detter, *op. cit.* (nota 2), p. 344.

¹⁴⁰ Comandante T. J. Murphy, "Sanctions and enforcement of the humanitarian law of the four Geneva Conventions of 1949 and Geneva Protocol I of 1977", *Military Law Review*, Winter, 1984, p. 53.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² El derecho internacional humanitario sigue aplicándose durante la suspensión de las hostilidades activas. V. comandante S. R. Morris, "America's most recent prisoner of war: The Warrant Officer Bobby Hall incident", *Army Law*, vol. 3, 1996, p. 17.

¹⁴³ Cryer, *op. cit.* (nota 96), p. 44.

¹⁴⁴ *Ibid.*

de la Alianza del Norte en Kabul supuso el fin de la relación de control general con las fuerzas de la Coalición y puso posiblemente término a las hostilidades internacionales efectivas, iniciando de ese modo, al menos desde el enfoque ortodoxo de los conflictos "mixtos", un conflicto armado independiente y sin carácter internacional entre la Alianza del Norte y los talibanes. Por consiguiente, la Alianza del Norte estaba sujeta al derecho aplicable en los conflictos armados internacionales antes de su entrada en Kabul, pero sólo al artículo 3 común con posterioridad a ese hecho¹⁴⁵.

Es totalmente inaceptable que una fuerza rebelde pueda sortear las obligaciones dimanantes de todo el régimen del derecho internacional humanitario expresando simplemente su desacuerdo con un Estado extranjero, por no hablar de las obligaciones poco realistas que se exigen a esa fuerza si la entrada en Kabul se considera el cese de las hostilidades internacionales¹⁴⁶. La anomalía es particularmente evidente en el marco de un conflicto armado interno permanente con los talibanes y la posibilidad de que, en operaciones militares posteriores, las fuerzas de la Alianza del Norte y de la Coalición actuaran en connivencia. La preocupación primordial, aparte de la posibilidad de que la Alianza del Norte pudiera muy bien considerarse alternando entre sendos conflictos armados, interno e internacionalizado, en función de su relación "general" con las fuerzas de la Coalición, es que podría justificar la caracterización que prefiriese.

Por otra parte, la interpretación más amplia de la expresión el "cese de las operaciones militares" permitiría que la relación de la Coalición con la Alianza del Norte internacionalizase el conflicto armado entre los talibanes y la Alianza del Norte hasta el cese de todas las hostilidades en Afganistán, haciendo que la

¹⁴⁵ Tan solo al art. 3, debido a que Afganistán no ha firmado el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra.

¹⁴⁶ En virtud del art. 118 del III Convenio de Ginebra, los combatientes enemigos capturados deben ser repatriados cuando cesen las hostilidades. El art. 17 del I Convenio de Ginebra exige a los Estados Parte que, "en cuanto las circunstancias lo permitan y, a más tardar, al fin de las hostilidades", intercambien listas en las que se indiquen exactamente el lugar y la designación de las tumbas; los arts. 67 y 68 del III Convenio de Ginebra guardan relación con las indemnizaciones que deben abonarse a los detenidos al fin de las hostilidades; el art. 46 del IV Convenio de Ginebra dispone que "si no se han retirado anteriormente las medidas de índole restrictiva tomadas con respecto a las personas protegidas, serán abolidas lo antes posible después de finalizadas las hostilidades"; el art. 130 del IV Convenio de Ginebra establece que "tan pronto como las circunstancias lo permitan, y a más tardar cuando finalicen las hostilidades, la Potencia detenedora transmitirá (...) listas de las tumbas de los internados fallecidos"; en el art. 134 del IV Convenio de Ginebra se pide a los Estados que "al término de las hostilidades (...) [hagan] lo posible por garantizar a todos los internados el regreso al lugar de su residencia anterior, o por facilitar su repatriación "; y en el art. 33(i) del Protocolo adicional I se solicita a cada parte en el conflicto que busque "tan pronto como las circunstancias lo permitan, y a más tardar desde el fin de las hostilidades activas" a las personas dadas por desaparecidas por una parte enemiga.

entrada de la Alianza del Norte en Kabul fuese irrelevante para la caracterización del conflicto, en contraposición con la conclusión de Cryer e incitando a los rebeldes a promover una intervención extranjera, situación que los redactores de los Convenios de Ginebra procuraron evitar a todas luces. Además, si la experiencia previa de Afganistán sirve de indicador, el enfoque más liberal podría dar continuidad a la aplicación del derecho aplicable en los conflictos armados internacionales en las hostilidades que estuviesen vinculadas, de algún modo, con el conflicto internacionalizado actual, décadas después del cese de la participación de la Coalición.

En un evidente intento por superar esta situación de estancamiento, la Sala de Primera Instancia arguyó creativamente, en el fallo relativo al asunto Celebici, que:

"las normas pertinentes del derecho internacional humanitario se aplican en todo su territorio hasta el cese general de las hostilidades, a menos que pueda demostrarse que los conflictos en algunas zonas eran conflictos internos separados sin relación alguna con el conflicto armado internacional más amplio"¹⁴⁷.

La dificultad reside en que pretender excluir los "conflictos internos separados", que no guardan "relación" plantea la cuestión de cómo distinguir las hostilidades internacionales de las internas, que es la esencia misma del problema. Además, la presunción de que todo conflicto armado en un territorio específico es internacional fue calificada por la Sala de Apelaciones de "desafortunada"¹⁴⁸, posiblemente debido a que esta noción carecía de precedentes y no se atenia a las pruebas de la internacionalización.

La conclusión ineludible es que las ambigüedades en la determinación del cese de las hostilidades internacionalizadas, sumadas a las encontradas opiniones sobre la posibilidad de conflictos armados mixtos, apuntan a la inexistencia de una base coherente para determinar el ámbito temporal o territorial del derecho humanitario en territorios en que coexisten conflictos de origen tanto internacional como interno. Gran parte de la dificultad deriva, una vez más, de la difícil relación entre las normas aplicables en los conflictos armados internacionales y las aplicables en los conflictos armados sin carácter internacional.

¹⁴⁷ *Celebici Judgement, op. cit.* (nota 46). párr. 209.

¹⁴⁸ *Celebici Appeal Judgement, op. cit.* (nota 69), p. 46.

Influencia política en la caracterización

Las ramificaciones jurídicas y políticas del uso de la fuerza de un Estado contra otro crean alicientes reales para que los Estados que intervienen en disturbios civiles en otro país nieguen su participación. Se ha observado asimismo cierta propensión de agentes tanto estatales como no estatales a promover o inventar testimonios de participación extranjera en conflictos internos en su propio provecho político. Como consecuencia de ello, la caracterización de los conflictos armados que constan de elementos internacionales e internos y el derecho aplicable que resulta de su caracterización suelen ser "objeto de enconadas controversias políticas"¹⁴⁹.

Un excelente ejemplo de esas controversias es el caso de un agresivo Estado extranjero que derroca a un Gobierno establecido y coloca en su lugar a un dirigente títere con el fin de que "solicite" una intervención militar para poner fin a una guerra civil preexistente. La dificultad en la tarea de determinar el derecho aplicable estriba en distinguir entre asistencia militar intergubernamental legítima y medios encubiertos para disimular una invasión hostil de un Estado por fuerzas extranjeras¹⁵⁰. El ejemplo por excelencia de esa tensión fue la intervención militar soviética en Afganistán en 1979 que, los soviéticos iniciaron a petición del recién nombrado primer ministro Babrak Karmal en virtud de un tratado de cooperación soviético-afgano¹⁵¹. Así pues, los soviéticos alegaron que su presencia en Afganistán era fruto de una relación bilateral entre dos países vinculados por un acuerdo de amistad para luchar contra un levantamiento interno¹⁵² y que, por ende, no existía ningún conflicto armado entre Estados Partes en los Convenios, ni ninguna ocupación militar forzosa. En cambio, las fuentes extranjeras consideraron que las fuerzas soviéticas habían estado involucradas en el asesinato del predecesor inmediato de Karmal y en la llegada al poder de este dirigente, que no había ocupado ningún cargo público oficial pocos días antes de la intervención militar abierta y que cursó la presunta invitación en una emisión radiofónica desde el Asia central soviética¹⁵³. Si esas afirmaciones son ciertas, la caracterización de una invasión militar de un país por un Estado extranjero como conflicto armado sin carácter internacional o como una situación no conflictiva elude ciertamente la función del derecho de la guerra¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Gasser, *op. cit.* (nota 19), p. 157.

¹⁵⁰ Baxter, *op. cit.* (nota 29), p. 96.

¹⁵¹ El Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación se firmó el 5 de diciembre de 1978.

¹⁵² Gasser, *op. cit.* (nota 19), p. 149.

¹⁵³ Reisman y Silk, *op. cit.* (nota 4), pp. 472-474.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

Una preocupación bien fundada es que, para evitar la internacionalización de las guerras civiles, los Estados podrían:

"constituir una 'yeguada' de aspirantes a políticos y de viejas glorias de diversos pedigrís nacionales y, según su conveniencia, embridar y ensillar al de la nacionalidad idónea y sacarlo a la pista para que curse la 'invitación' necesaria"¹⁵⁵.

La experiencia afgana no sólo pone de manifiesto la dificultad de determinar si las invitaciones se efectúan legítimamente, sino que demuestra el frecuente desacuerdo en la caracterización de los conflictos, particularmente entre las partes concernidas. Como observa Gasser a este propósito:

"Dadas estas posiciones divergentes, sería poco realista esperar que las tres partes en el conflicto coincidiesen acerca de los aspectos jurídicos de la controversia. Además, no es probable que aceptasen observar todas las normas del derecho internacional humanitario, reconociendo así implícitamente el carácter internacional del conflicto"¹⁵⁶.

El problema es igualmente grave en lo referente a los aspectos internos de los conflictos armados internacionalizados, que entrañan desigualdades fundamentales entre el Estado "legítimo", que actúa en defensa propia, y los rebeldes "criminales"¹⁵⁷. Por consiguiente, uno de los Estados implicados intentará negar la existencia misma de las fuerzas rebeldes o la posibilidad de que esas fuerzas tengan derechos o responsabilidades¹⁵⁸, influyendo así en el derecho humanitario aplicable entre el Estado y el movimiento rebelde internacionalizado y, lo que es quizás más importante, en el derecho que protege a las personas civiles en esas circunstancias. Precisamente sobre esa base sostuvieron los Gobiernos soviético y afgano implicados en las hostilidades de 1979 que la situación no estaba en absoluto sujeta a las leyes de los conflictos armados, porque los disturbios internos para cuya represión se había solicitado la intervención de las fuerzas soviéticas no constituían un conflicto armado prolongado¹⁵⁹. Análogamente, durante el conflicto de Yemen, de 1962 a 1970, las motivaciones políticas condujeron a los monárquicos a caracterizar la violencia de dos maneras contradictorias,

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ Gasser, *op. cit.* (nota 19), p. 149.

¹⁵⁷ Kalshoven, *op. cit.* (nota 101), p. 13.

¹⁵⁸ H. McCoubrey y N. D. White, *International Organisations and Civil Wars*, Dartmouth, Brookfield, 1995, p. 61.

¹⁵⁹ Gasser, *op. cit.* (nota 19), p. 149.

aduciendo que el conflicto era internacional en relación con las fuerzas egipcias, pero interno en relación con los rebeldes¹⁶⁰.

Las opiniones de los observadores exteriores acerca de la caracterización de los conflictos armados internacionalizados también pueden diferir, creando dificultades para que los Estados extranjeros cumplan su obligación de "respetar y hacer respetar [los Convenios] en todas las circunstancias"¹⁶¹. Durante la guerra de Corea, por ejemplo, la Unión Soviética sostuvo que había una guerra interna, ya que solamente había un Gobierno legítimo implicado en las hostilidades, mientras que las potencias occidentales preconizaban la aplicación del derecho de los conflictos armados internacionales en su totalidad¹⁶².

En esas circunstancias, y a falta de un órgano imparcial revestido de autoridad encargado de determinar el estatuto de los conflictos armados, es lógico suponer que las partes caracterizarán los conflictos según les convenga. La suma complejidad de la tarea de intentar caracterizar artificialmente un conflicto armado como totalmente internacional o no internacional favorece esa libertad de acción. Por consiguiente, si bien una definición única de conflicto armado dentro de los límites de un conjunto uniforme de derecho humanitario no impediría la existencia de discrepancias, sí evitaría que los intereses políticos influyesen tan negativamente en los principios humanitarios que se aplican en ese tipo de contextos.

Recomendación

"[P]arecería que nos dirigimos, de manera vacilante, hacia una posición en que la distinción jurídica entre conflicto armado internacional y no internacional queda anticuada. Lo importante, en relación con la reglamentación jurídica, no será si un conflicto armado es internacional o interno, sino simplemente si el conflicto armado existe *per se*"¹⁶³.

Los comentaristas son unánimes en su rechazo de la dicotomía existente entre conflictos armados internacionales y no internacionales, pero pocos han intentado abordar las preocupaciones que sustentan la falta de voluntad política para que se adopte un ordenamiento jurídico único de los conflictos armados aplicable en todas las situaciones. Tradicionalmente, esas preocupaciones se han

¹⁶⁰ K. Boals, "The relation of international law to the internal war in Yemen", en R. A. Falk et al. (dir.) *The International Law of Civil War*, John Hopkins, Baltimore, 1971, p. 306.

¹⁶¹ Art. 1 común a los Convenios de Ginebra.

¹⁶² Detter, *op. cit.* (nota 2), p. 48.

¹⁶³ Moir, *op. cit.* (nota 18), p. 51.

basado en el temor a un reconocimiento prematuro de beligerancia o a que se favorezcan las rebeliones internas, una auténtica renuencia a que no puedan adoptarse medidas dentro del ordenamiento jurídico interno contra los miembros de esos grupos y, en algunos casos, malestar con respecto a la aplicación de todo el régimen del derecho internacional humanitario a los conflictos internos.

El desarrollo del derecho internacional consuetudinario, que ha asimilado muchas de las normas aplicables en los conflictos armados internos e internacionales, ha permitido disipar en parte este malestar por la aplicación de los principios internacionales en las guerras civiles. Sin embargo, como se ha demostrado, ese proceso "no se ha producido mediante una transposición completa y mecánica", lo que ha dado lugar a "un mosaico inverosímil de normas" aplicables en caso de conflicto armado. Sea como fuere, la creación de un derecho único de la guerra aplicable en todos los conflictos armados ofrecería una oportunidad para reconciliar y codificar coherentemente el rápido desarrollo del derecho consuetudinario aplicable en los conflictos internos. No cabe duda de que ese proceso requiere una reflexión más amplia y detenida, ya que "una parte importante de los Convenios de Ginebra no puede sencillamente aplicarse en los conflictos civiles, porque su funcionamiento depende de nociones de ocupación territorial beligerante y de nacionalidad enemiga, conceptos extraños a los conflictos civiles"¹⁶⁴. No obstante, esas dificultades se presentan también en los conflictos armados no internacionales internacionalizados.

Un escollo particular en el desarrollo de un derecho único de los conflictos armados es la elaboración de una definición genérica de ese término a la luz de los diferentes niveles de intensidad que desencadenan en la actualidad los conflictos armados internacionales y no internacionales. Concretamente, es necesario que una definición única de conflicto armado garantice a los Estados el goce de su facultad para afrontar los disturbios nacionales en virtud de la legislación interna, pero que los conflictos internacionales de baja intensidad sigan sometidos a la protección humanitaria internacional. Una posible solución sería adaptar el planteamiento propuesto por los expertos del Gobierno brasileño en relación con la aplicación del Protocolo adicional II, que define los conflictos armados como conflictos entre "fuerzas armadas organizadas o grupos armados organizados, bajo una autoridad identificada y responsable, y claramente diferenciados

¹⁶⁴ R. Baxter, "Comments" en P. Trooboff (dir.), *Law and Responsibility in Warfare: The Vietnam Experience*, 1975, citado en Bierzanek, op. cit. (nota 17), p. 288.

de la población civil"¹⁶⁵. El requisito de que ha de ser posible distinguir a las fuerzas armadas de la población civil protegería la facultad estatal de actuar contra las tensiones internas en virtud de las leyes nacionales, ya que esos conflictos suelen entrañar guerras asimétricas de guerrillas desde el seno de la población civil como resultado de la inferioridad militar de los insurrectos, su limitado armamento y la falta de un control territorial significativo¹⁶⁶. En la Conferencia de Expertos Gubernamentales se tuvo también la impresión de que la condición de que las fuerzas armadas estén supeditadas a una autoridad responsable implica que esas fuerzas armadas están sujetas a un sistema de disciplina interno que les permita respetar total o parcialmente el derecho de los conflictos armados¹⁶⁷. Todos estos factores excluyen probablemente los disturbios internos, los levantamientos y las actividades terroristas del ámbito de un régimen único de derecho internacional humanitario, pero seguirían incluyendo los conflictos de bajo nivel entre fuerzas internacionales. Sería posible restringirse más la definición agregando otros criterios, como podrían ser un elemento de control territorial similar al artículo 1 del Protocolo adicional II¹⁶⁸, un umbral de intensidad análogo al adoptado por el Estatuto de la CPI¹⁶⁹ o una combinación de umbrales que

165 Actas de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra (1974-1977) vol. IV, CDDH//79, p. 8. Hay otras numerosas y complejas posibilidades, incluida la adaptación de un proyecto de Protocolo adicional II presentado por el CICR, en el que se estipulaba que el Protocolo se aplicara "respecto de toda situación en la que hostilidades de carácter colectivo enfrenen en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes a fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable". Proyecto de Protocolo adicional al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en la Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra, 3 de mayo - 3 de junio de 1972, Textos básicos, documentación presentada por el CICR, p. 35; otra definición incluía "la oposición entre fuerzas armadas capaces de realizar operaciones militares concertadas bajo la dirección de un mando responsable". Actas de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra (1974-1977), vol. VIII, CDDH//SR.22, p. 210. Y en otra se sugería que los criterios eran demasiado restrictivos y se prefería definir el umbral simplemente como "situaciones en que ambas partes recurran a la fuerza armada colectiva", Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Viena, del 20 al 24 de marzo de 1972, Informe sobre los Trabajos de la Conferencia, p. 52.

166 A. Eide, "The New humanitarian law in non-international armed conflict", en A. Cassese (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 1979, p. 306

167 Comentarios II, segunda parte, Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra, 3 de mayo - 3 de junio de 1972, documentación presentada por el CICR, 6.

168 La versión definitiva adoptó el umbral geomilitar en el art. 1(i) del Protocolo adicional II, que exige a las Partes que "ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas".

169 El art. 8(2)(f) del Estatuto de la CPI: "(...) conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos".

activase la misma normativa jurídica. Además, si se prescindiese de referencias a la estatalidad, la definición podría hacer también aplicable el derecho internacional humanitario en conflictos de carácter transnacional¹⁷⁰, así como en casos de disgregación de los Estados y creación de otros nuevos¹⁷¹.

Este enfoque podría permitir asimismo que, en los conflictos armados, todos los combatientes tuviesen derecho al estatuto de prisionero de guerra, preservando empero la facultad del Estado de mantener el imperio de la ley y el orden en los disturbios y las tensiones de carácter interno, como los levantamientos o actos aislados y esporádicos de violencia. Aunque no hay que pecar de ingenuidad política por lo que atañe a las auténticas preocupaciones que los Gobiernos aducen para no extender el estatuto de prisionero de guerra a los conflictos internos ni ofrecer inmunidad a quienes combaten en esos conflictos por haber tomado las armas¹⁷², existen muy pocos incentivos para que los grupos insurrectos respeten el derecho de la guerra si no pueden acogerse a esos privilegios¹⁷³. Además, si se conceden esos privilegios a los rebeldes, puede promoverse una mayor reciprocidad por su parte, en particular cuando tienen en su poder a un número considerable de prisioneros gubernamentales¹⁷⁴. La aplicación del artículo 4(A)(2) del III Convenio de Ginebra requeriría también que se cumpliesen varios criterios para tener derecho al estatuto de prisionero de

¹⁷⁰ Según Münkler, "[e]l término guerra civil es simétricamente opuesto al término guerra internacional; el antónimo asimétrico es guerra transnacional, es decir, aquella en que no se tienen en cuenta las fronteras establecidas por los Estados. Este tipo de guerra trasciende las fronteras nacionales sin que se libre como una contienda entre Estados, como en el caso de las guerras dentro y alrededor de Angola, Zaire/Congo, Somalia y Afganistán." H. Münkler "Las guerras del siglo XXI", RICR, vol. 85, n° 849, marzo de 2003, p. 16.

¹⁷¹ Meron, "Humanization of Humanitarian Law", *op. cit.* (nota 124), p. 257.

¹⁷² "En los conflictos armados internacionales, el estatuto de prisionero de guerra se deriva del denominado 'privilegio de los combatientes,' lo que simplemente significa que los miembros de las fuerza armadas de una parte gozan de inmunidad por los actos bélicos que lleven a cabo. Dicho de otro modo, el privilegio de los combatientes es un permiso para matar, mutilar o secuestrar a combatientes enemigos, destruir objetivos militares e incluso ocasionar bajas civiles colaterales inevitables. Como ustedes saben, mi Gobierno preside un Estado nuevo e inestable, en el que abundan las rivalidades ideológicas y étnicas, apoyadas e instigadas por otros Estados extranjeros que desean desestabilizar nuestra incipiente democracia. ¿Creen ustedes realmente que aceptaríamos algún tipo de tratado que concediese a nuestros enemigos nacionales inmunidad respecto de nuestras leyes sobre la traición, de modo que se les permitiese atacar al personal de seguridad y los bienes del Estado, so pena tan solo de un internamiento honorable como prisioneros de guerra mientras durase el conflicto?", W. Solf, "Problems with the application of norms governing interstate armed conflict to non-international armed conflict", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13, 1983, pp. 291-292.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 292.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 293.

guerra¹⁷⁵, de forma que la concesión de ese estatuto a las partes que participan en conflictos armados internacionales no impediría necesariamente el enjuiciamiento de todas las personas que se han alzado en armas, ni siquiera en el marco de hostilidades que constituyen un conflicto armado¹⁷⁶. Además, es posible incluso juzgar a los prisioneros de guerra por agresión, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, lo que reduce aún más el temor de que conceder el estatuto de prisionero de guerra a esos individuos en los conflictos armados internos fomentaría una revuelta interna desenfrenada. En consecuencia, aunque esta cuestión seguirá debatiéndose, la ampliación del estatuto de prisionero de guerra en el contexto de un derecho único de los conflictos armados garantizaría el respeto sistemático de ese estatuto en los conflictos internacionalizados, aun cuando las circunstancias de esos conflictos sean complejas y cambiantes.

Un régimen único de derecho internacional humanitario aplicable en todos los casos resolvería asimismo la preocupación de que si se permitiese la intervención extranjera en conflictos internos internacionalizados se estaría incitando a los grupos insurrectos a promover ese tipo de intervenciones, favoreciendo con ello una rápida escalada de las hostilidades. Tal incitación se basa exclusivamente en la incongruencia percibida entre el derecho aplicable en los conflictos armados internacionales y el aplicable en los conflictos armados internos, que se eliminaría con una definición única de conflicto armado que incorporase elementos tanto internacionales como no internacionales. Análogamente, la renuencia política a pecar de ingenuo en relación con las intervenciones militares en guerras civiles extranjeras tendría un menor impacto en las normas humanitarias aplicables en tales contextos si se aplicase un régimen jurídico único, independientemente de si un Estado reconoce su participación.

Por último, es evidente que un importante motivo de reservas en el desarrollo del derecho internacional humanitario relativo los conflictos armados

¹⁷⁵ V. el art. 4(A) del III Convenio de Ginebra, en particular el apartado 2, que exige que esas personas sean miembros de una milicia supeditada a un mando responsable, que tenga un signo distintivo fijo y reconocible, que lleve las armas a la vista y que dirija sus operaciones de conformidad con las leyes y las costumbres de la guerra.

¹⁷⁶ El art. 25 del proyecto de Protocolo adicional II presentado por el CICR extendía las disposiciones relativas a los prisioneros de guerra a los conflictos armados sin carácter internacional sobre esta misma base. El artículo rezaba así: "Las personas pertenecientes a las fuerzas armadas regulares y quienes formen parte de fuerzas armadas que respondan a las disposiciones del párrafo 2, letra A, del artículo 4 del Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra, del 12 de agosto de 1949, recibirán cuando caigan en poder de la Parte adversa, un trato similar al previsto en dicho Convenio para los prisioneros de guerra." Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra, 3 de mayo - 3 de junio de 1972, Comentarios, vol. II, p. 51.

internos ha sido la cuestión del reconocimiento de la beligerancia. Ese reconocimiento eleva un movimiento rebelde a la condición de Estado y exige que los demás Estados permanezcan neutrales con respecto a las partes beligerantes. Aun cuando esta doctrina no se ha ejercido desde la Guerra de Secesión norteamericana, lo que motiva la bien fundada alegación de que ya no tiene razón de ser, en el derecho internacional¹⁷⁷, el temor de que la aplicación de los Convenios de Ginebra pudiese dar lugar al reconocimiento de los beligerantes es un asunto sumamente delicado desde el punto de vista político¹⁷⁸. Por lo tanto, un régimen único de derecho internacional humanitario comprendería, al igual que el Estatuto de la CPI y los Convenios de Ginebra, artículos que ratificasen que la aplicación del derecho de la guerra en los conflictos armados internacionales "no afectará al estatuto jurídico de las partes en conflicto"¹⁷⁹. Además, dado que un derecho único de los conflictos armados podría prescindir de toda referencia a la estatalidad y requerir eventualmente umbrales muy distintos de los que se utilizan para determinar la beligerancia, cabría esperar que el cambio mejorara la distinción entre la doctrina y la protección humanitaria, dando lugar a una mayor observancia del derecho internacional humanitario.

Conclusión

"Si el derecho internacional, salvaguardando debidamente, por supuesto, los intereses legítimos de los Estados, debe procurar progresivamente la protección del ser humano, lo natural es que la dicotomía mencionada pierda gradualmente fuerza"¹⁸⁰.

Las divergentes normas aplicables de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales no han permitido abordar correctamente la creciente incidencia de conflictos armados internacionalizados. El derecho desarrollado

¹⁷⁷ Según Doswald-Beck "[S]in embargo, el reconocimiento de beligerancia no se ha producido desde la Guerra de Secesión norteamericana y, por ende, caben serias dudas sobre si la noción ha caído en desuso. Los libros de texto suelen repetir esta doctrina como parte del derecho, pero el verdadero criterio es si los Estados la consideran seriamente como una realidad jurídica en la era moderna, y el hecho de que no se utilice en absoluto, pese a no ser una prueba decisiva, debe evaluarse detenidamente." L. Doswald-Beck, "The legal validity of military intervention by invitation of the government", *British Yearbook of International Law*, 1985, p. 197.

¹⁷⁸ McCoubrey y White, *op. cit.* (nota 158), p. 61.

¹⁷⁹ Art. 3(3) común. El art. 8(3) del Estatuto de la CPI establece que "nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo."

¹⁸⁰ *Tadic Jurisdiction Appeal*, *op. cit.* (nota 28), párr. 97.

para salvar la distancia que separa los instrumentos ha dado pie a intrincadas pruebas relacionadas con la intervención de los Estados que, en la práctica, son casi inaplicables. La jurisprudencia pone de manifiesto una prueba igualmente ambigua y poco práctica para que las intervenciones militares directas sean suficientes para internacionalizar un conflicto que, de lo contrario, sería interno. Incluso después de la internacionalización, es difícil determinar el derecho aplicable a los conflictos armados internos, dada la mutabilidad de las relaciones y presencias militares. Es más, la dicotomía internacional/no internacional en el derecho internacional humanitario ha sido objeto de una manipulación política increíble, especialmente en el caso de conflictos que comprenden elementos internacionales e internos.

En consecuencia, es esencial analizar más a fondo los aspectos sustantivos de un derecho único de los conflictos armados en pro de una mejor protección humanitaria durante los conflictos armados internacionalizados. Ello requerirá ineludiblemente un mayor esfuerzo para abordar las preocupaciones políticas causantes de la dicotomía internacional/no internacional. Aunque la superación de esas preocupaciones puede parecer una meta política ambiciosa, es importante mantener una perspectiva histórica del crecimiento y del desarrollo del derecho internacional humanitario¹⁸¹. Esta historia prueba sobradamente que gracias a la crítica, al estudio y al interés, lo inimaginable puede convertirse rápidamente en realidad.

¹⁸¹ De Schutter y Van De Wyngaert, *op. cit.* (nota 15), p. 290.

Septiembre
2003
Nº 851

Revista fundada en 1869
y publicada por el
Comité Internacional
de la Cruz Roja
Ginebra



CICR

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
DEBATE HUMANITARIO: DERECHO, POLÍTICAS, ACCIÓN

SELECCIÓN DE ARTÍCULOS 2003

Editorial

La noción de "víctimas de la guerra" es polisémica. En una de sus acepciones, remite al conjunto de personas que el derecho humanitario trata de proteger durante un conflicto armado, internacional o no internacional. Se sabe que, por lo general, en situaciones de confrontación armada, la población de un país (o de los países) en guerra resulta directa o indirectamente afectada, que puede atentarse contra la integridad física o mental de las personas, que éstas pueden verse privadas de sus derechos fundamentales, sufrir daños morales o perder sus bienes.

La ayuda humanitaria que se presta a todas las víctimas de la guerra, entendidas según la noción antes expuesta, tiene por finalidad atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias nefastas de los conflictos. Las organizaciones humanitarias que despliegan actividades en una situación de conflicto suelen compensar las deficiencias de la ayuda que proporcionan las partes en conflicto. Su acción debería basarse en los Principios Fundamentales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja: la asistencia humanitaria ha de prestarse a las víctimas de manera imparcial y sin discriminación.

Al término de un conflicto, la acción humanitaria debería realizarse con arreglo a los mismos principios. Sin embargo, cuando la asistencia deja de estar guiada por las necesidades urgentes e inmediatas, resulta más difícil determinar quiénes serán los beneficiarios y cuáles serán la duración y la amplitud de la acción humanitaria. El CICR se ha interesado por esta delicada cuestión y ha procurado hallar algunas respuestas: Marion Harroff-Tavel, en su artículo sobre la acción del CICR en los períodos de transición, analiza las razones de la doctrina en la materia y las directrices que la Institución ha adoptado para aprehender mejor esas situaciones.

En derecho internacional, la noción de "víctima" se define, por lo común, de manera más restrictiva, pues sólo abarca a las personas que han sufrido un perjuicio a raíz de un hecho internacionalmente ilícito. Cabe observar, asimismo, que el derecho internacional humanitario sólo dispone reparaciones en favor de las víctimas en caso de violación de sus normas. Según esta acepción, la noción de "víctimas" es mucho más restringida que la que sostienen las organizaciones humanitarias, pues una persona resulta muerta en una situación en que se ha aplicado el principio de proporcionalidad (los famosos daños colaterales) no sería una "víctima", mientras que su vecino, alcanzado cien metros más lejos por un bombardeo indiscriminado, sí lo sería, y podría recibir una reparación. A pesar de que se trata de un círculo restringido de víctimas, la gran mayoría nunca obtiene la reparación a la que tendría derecho. Pero se perfilan cambios en el horizonte.

Editorial

En el artículo de Liesbeth Zegveld, se examina la cuestión del derecho a recibir reparación que asiste a las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario y se analizan los medios jurídicos con que éstas cuentan, así como la medida –limitada– en que pueden hacer valer ese derecho. En la contribución de Emanuela-Chiara Gillard sobre el mismo tema, se concluye que, en ausencia de mecanismos específicos, las víctimas no pueden hacer valer sus derechos y no obtienen reparación alguna. El establecimiento de mecanismos precisos, como la Comisión de reparación instaurada tras el conflicto armado entre Eritrea y Etiopía, permite sentar precedentes, aunque limitados al plano de los principios. En efecto, la aplicación práctica de esos mecanismos, que siguen siendo poco numerosos, a veces es delicada; en el ejemplo citado, resulta difícil imaginar de qué manera podrían recibir compensación, algún día, las numerosas víctimas de las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas durante ese conflicto, en que se enfrentaron dos países pobres, o cómo podría justificarse en la práctica que las otras víctimas, en sentido amplio, no la obtengan.

En el artículo de Fred Woolridge y Olufemi Elias, se destaca la importancia que se da a las consideraciones de índole humanitaria en mecanismos como la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas. Ésta fue creada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para examinar las demandas de compensación presentadas por las víctimas de la invasión y la ocupación ilícitas de Kuwait por Irak en 1990. Es interesante señalar que esa Comisión trató, en primer lugar, las demandas de víctimas del conflicto que cabían en la definición de personas protegidas según los Convenios de Ginebra, es decir los heridos, los prisioneros de guerra y los internados, basándose en una noción de víctimas mucho más amplia que la que normalmente se aplica en casos de reparación. Sin embargo, esa Comisión puede ser sólo una excepción: la aplicación, por el Consejo de Seguridad, de los principios de derecho internacional previstos en la Carta, cuando se determine una eventual violación, es esencialmente política y, a menudo, parcial. Los ejemplos recientes demuestran, además, que la compensación debida a las víctimas varía en gran medida según los Estados de que se trate.

En derecho penal, toda persona física contra la que se haya cometido una infracción que incumba a la competencia de un tribunal es una víctima, que puede hacer valer su derecho a que se haga comparecer a los infractores ante la justicia. El sistema de la jurisdicción universal parece dar razón a ese tipo de víctimas. Pero, a pesar de la creación de los tribunales internacionales, el enjuiciamiento penal universal de los criminales de guerra ha sido excepcional; además, la amnistía por crímenes de guerra u otros crímenes internacionales es una realidad política. En el artículo de Yasmin Naqvi, se analizan si esas amnistías pueden

Editorial

o deben ser reconocidas jurídicamente y, en caso afirmativo, en qué medida. También en este caso, parece que la represión penal de los crímenes de guerra es más un instrumento del sistema internacional que un medio de hacer valer el derecho de las víctimas a que se haga justicia.

LA REVISTA



¿Cuándo acaba una guerra? La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja cuando las armas enmudecen

MARION HARROFF-TAVEL*

*But what can war,
but endless war still breed?*
John Milton, 1648

Cuando un país sale de un conflicto internacional o de una guerra civil, la población suele desbordar de júbilo, celebrando lo que considera el final de una pesadilla. El cese de los combates le permite salir de los refugios, donde ha vivido a veces durante meses, averiguar la suerte que han corrido sus familiares o vecinos y acudir a los centros sanitarios, si aún existen. La vida reanuda su ritmo, las luces de las calles se iluminan en la noche, cuando se restablece el servicio eléctrico, reaparecen las terrazas de los cafés y tanto los jóvenes como los menos jóvenes recobran tímidamente la esperanza. Son imágenes inolvidables para el delegado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), puesto que se superponen a las escenas de horror que todos desean olvidar, pero con frecuencia no pueden.

Y sin embargo... quedan huérfanos, detenidos que se pudren en sórdidas prisiones, madres de desaparecidos que llaman a todas las puertas, familias dispersas que consultan listados de nombres en las paredes de los campamentos de desplazados, enfermos que no saben dónde procurarse los medicamentos necesarios para poder sobrevivir, amputados que no se resignan a la realidad de una mutilación y mujeres violadas que la sociedad rechaza por infamia. Además del sufrimiento físico de quien padece hambre, sed, frío o enfermedades, quedan el tormento del recuerdo, la obsesión de las imágenes de violencia, la humillación, la vergüenza y, a menudo, un profundo sentimiento de culpabilidad por lo que

* Marion Harroff-Tavel es la directora adjunta del Departamento de Derecho Internacional y Cooperación en el Movimiento del CICR.

se ha hecho... o por lo que no ha podido evitarse. El futuro, por su parte, inspira miedo, miedo de la venganza, de la violencia de las bandas de criminales que han saqueado los depósitos de armas y de los actos terroristas de los combatientes que no se resignan a la derrota. El futuro despierta, además, el temor de no tener la fuerza necesaria para reconstruir su vida y subvenir a las necesidades de los suyos.

Para ellos, el término «posconflicto» no tiene el sentido que la comunidad internacional quiere darle y que parece bastante pretencioso. El júbilo, si llegan a sentirlo, es de corta duración. Aún hay que guardar luto. Por ello, el CICR, entre otras instituciones, califica el período subsiguiente a los combates de «transición».

Por período de transición debe entenderse la etapa, de duración indeterminada, que sigue a un conflicto bélico o a disturbios internos, cuando han cesado o, al menos, remitido, los enfrentamientos armados. Aunque aún pueden haber escaramuzas, se abre paso a un proceso de estabilización, a veces temporal. Los riesgos relacionados con los combates son menores debido al fin de las hostilidades activas, a pesar de que las condiciones de seguridad pueden deteriorarse por otras razones, tales como las tentativas de sabotear un proceso de paz. Se establece un sistema político y el país se dota de instituciones y de presupuestos estatales. La tensión disminuye gracias al restablecimiento de las comunicaciones y al retorno de los primeros desplazados y prisioneros liberados. Con frecuencia se despliegan fuerzas de mantenimiento de la paz. Cada situación es, sin duda, diferente y mientras unos agentes humanitarios y organismos de desarrollo se plantean cómo adaptar sus métodos de trabajo, otros estudian cómo ponerse manos a la obra.

El inicio de un período de transición suele caracterizarse por un alto el fuego o un acuerdo de paz; una paz que, en esta fase, sólo consta sobre el papel, y tan es así que el desenlace de este período puede ser una paz verdadera y perdurable o... la reanudación de las hostilidades¹. Por eso es más difícil establecer en términos absolutos el fin de un período como éste. Cada contexto en transición tiene su especificidad.

¹ Según el Banco Mundial, en un país recién desgarrado por una guerra civil, el riesgo de que el conflicto se reavive es muy elevado: la probabilidad de que se reanude inmediatamente después del cese de las hostilidades es del 40%. Fuente : www.worldbank.org, en particular un comunicado de prensa que lleva por título «Economic causes of civil conflict and their implication for policy», Washington, 15 de junio de 2002, n° 2000/419. Tradicionalmente, el término "tratado de paz" estaba reservado a un acuerdo político destinado a restablecer las relaciones pacíficas entre los beligerantes, zanjando las diferencias que habían conducido al inicio de las hostilidades. Desde 1945, y más aún desde el fin de la guerra fría, se ha utilizado con frecuencia este término para designar los acuerdos cuyo principal objetivo es el cese de las hostilidades, sin solventar las causas del conflicto.

El objeto del presente artículo es exponer, de manera general, las orientaciones del CICR en los períodos de transición, basándose en las líneas de conducta recientemente aprobadas por su Asamblea². Actualmente, estas líneas de conducta son, en algunas delegaciones, una directriz estratégica más que una realidad y, en otras, la expresión de lo que ya se hace desde hace mucho tiempo. De manera gradual, el CICR desea aplicar estas directivas en todas sus intervenciones en períodos de transición, sin dejar de extraer las enseñanzas conceptuales de las experiencias vividas.

Nuestro objetivo se inicia con el cuestionamiento de algunas ideas preconcebidas sobre los períodos de transición, sobre la articulación de la urgencia, la reconstrucción y el desarrollo, así como sobre la noción de víctimas. El segundo capítulo está dedicado al objetivo final de la acción del CICR en períodos de transición, que no es otro que el respeto de la dignidad de las víctimas. En la tercera parte se aborda el tema de las necesidades de las víctimas y la manera cómo la Institución las satisface. Por último, se analizan sus relaciones con los otros actores. El mérito de esta manera de proceder es que parte de la realidad humana de los sufrimientos y de las aspiraciones de las víctimas, tan próximas a los delegados. Está inspirada por la preocupación del CICR de que las víctimas no sólo sean el centro de su acción, sino de su reflexión.

Algunas ideas admitidas que se deben matizar

Para enmarcar las orientaciones del CICR en su contexto, hay que reconsiderar en primer lugar algunas ideas preconcebidas sobre la transición. El observador externo de los conflictos armados se imagina, por lo general, que las condiciones de seguridad y la situación económica de todos los grupos de población afectados deben mejorar durante el período de transición. Cuenta con que la ayuda al desarrollo tomará relevo de la asistencia humanitaria. Normalmente, sólo percibe a la población de los países que salen de la violencia en su dimensión de «víctimas» asistidas. Esta visión requiere algunos matices.

² La autora, que asume la responsabilidad del contenido del presente artículo, se ha tomado cierta libertad al presentar las líneas de conducta del CICR, centradas en una asistencia con una perspectiva más amplia, que abarca todas las facetas pertinentes de la labor del CICR (doctrina adoptada por la Asamblea, órgano supremo del CICR, el 12 de diciembre de 2002: A 136 rev. del 8 de abril de 2003). La que suscribe desea dar las gracias a los numerosos colegas del CICR de la sede y sobre el terreno (en especial en Bosnia-Herzegovina, en Serbia-Montenegro, en Kosovo, en Macedonia, en México y en Guatemala) que le han prestado su apoyo en esta reflexión sobre la transición.

Una transición con frecuencia dolorosa

Una recuperación económica autónoma no es la consecuencia inmediata y directa del fin de las hostilidades, como algunos esperan. Esto es así por tres razones principales: primero, porque la mayor parte de los países en los que se desencadenan conflictos armados son países en vías de desarrollo, que ya afrontaban numerosos desafíos antes incluso de que se iniciaran las hostilidades. El Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE ha establecido la siguiente tipología para estos retos, que son los principales obstáculos del desarrollo sostenible: la extrema pobreza, cuyos corolarios son la fragmentación del núcleo familiar y la delincuencia, la inestabilidad política, el deterioro del medio ambiente, el crecimiento demográfico, las enfermedades, en particular el VIH/SIDA y el paludismo, y en fin, la marginación³.

Luego, el desplome económico que suele ocasionar el fin de los combates. Las infraestructuras quedan destruidas, el aparato de producción en ruina, la agricultura devastada y las reservas de víveres saqueadas. Faltan sencillamente medios de combate. Los jefes de guerra ya no disponen de los recursos necesarios para sostener a sus tropas y mantener las redes que los apoyan para beneficiarse de sus favores. Reconstruir sobre esas bases es una empresa titánica.

Por último, aunque las armas guarden silencio, la inversión privada suele hacerse esperar, por considerar que el futuro es incierto. Las reformas económicas requieren tiempo para que mejoren la situación o, lo que es peor, en su fase inicial producen efectos negativos: las privatizaciones pueden, por ejemplo, generar desempleo. No se dan las condiciones para que intervengan los organismos de ayuda al desarrollo, ni siquiera cuando cesa la asistencia humanitaria, pues los donantes temen que engendre dependencia. Además, en otras partes del mundo deben hacer frente a situaciones candentes, que absorben gran parte de sus recursos y donde podrán sufragar una asistencia material más visible que los complejos programas de refuerzo de las capacidades operativas locales y de apoyo en período de transición.

Cuando se pone término a la ayuda humanitaria en tales circunstancias, la situación de los más vulnerables puede deteriorarse bruscamente si las autoridades no han preparado mecanismos de asistencia social.

³ *Les lignes directrices du CAD : Stratégies de développement durable*; París, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2001, recuadro 1, p. 22.

Una ayuda humanitaria inspirada en las estrategias de desarrollo sostenible

La articulación entre la urgencia, la reconstrucción y el desarrollo no es secuencial⁴, es decir, una fase no comienza cuando termina la otra. Puede ser necesario distribuir simultáneamente socorros de urgencia a la población desplazada y llevar a cabo un programa de atención primaria de salud. Además, una misma acción puede tener varias facetas. Así, un programa en el ámbito de la transfusión de sangre puede responder a una necesidad urgente de sangre para los heridos, incluir la rehabilitación de un edificio destruido por el conflicto y contribuir al desarrollo de la capacidad del personal médico mediante una formación específica. Por último, la reconstrucción no es el paso obligado entre la urgencia y el desarrollo, puesto que, en ocasiones, es necesario instalar algo nuevo en vez de tratar de hacer funcionar lo que de todas formas no funcionaba, como un sistema de abastecimiento de agua mal diseñado.

El cuestionamiento de un proceso lineal y secuencial «urgencia - reconstrucción - desarrollo» se puede explicar de diversas maneras. En primer lugar, el carácter caótico de los conflictos actuales ya no permite razonar según una lógica de continuidad, como si las fases se sucedieran unas a otras. Luego, la duración de los conflictos plantea un problema particular: ¿durante cuántos años se puede razonar en términos de urgencia? Por último, su ubicación en un espacio a veces limitado permite aplicar estrategias diferentes según las diversas regiones de un mismo país.

Esta toma de conciencia de la articulación de la urgencia y el desarrollo inquieta a algunos agentes de la ayuda al desarrollo, que temen que las organizaciones humanitarias estén mal preparadas, en los planos humano, técnico y organizativo, para emprender programas que no se inscriben en el estricto marco de la urgencia. Este temor no es infundado. Señalemos, a guisa de ejemplo, que el refuerzo de las capacidades operativas locales, un proceder típico de la ayuda al desarrollo, es un ámbito complejo en el que es fácil cometer errores, y errores que pueden ocasionar la reanudación de la violencia. Así pues, se requiere prudencia. Sin embargo, este temor es, ante todo, el fruto de un malentendido: ninguna organización humanitaria tiene el mandato, la capacidad o el deseo de ejecutar planes nacionales de desarrollo sostenible que incluyan objetivos económicos,

⁴ Numerosos artículos y obras abordan la problemática de la relación entre la urgencia, la reconstrucción y el desarrollo, en particular: *Les conflits, la paix et la coopération pour le développement à l'aube du XXIème siècle*, Lignes directrices sur la Coopération pour le développement, París, OCDE, pp. 50-61; *Entre urgence et développement, Pratiques humanitaires en question*, dirigida por Claire Pirotte y Bernard Husson, París, Ediciones Karthala, 1997, 237 pp.

ambientales y sociales. La magnitud y la complejidad de esta labor no guardan relación con los recursos de organizaciones humanitarias que tienen otras responsabilidades.

Se trata simplemente de abolir fronteras artificiales, que de todas formas ya no existen claramente sobre el «terreno», entre la urgencia, la reconstrucción y el desarrollo y de lograr que los diferentes actores, que no deben ser considerados como grupos herméticos, creen sinergias entre ellos y aprovechen su complementariedad. El CICR desea integrar así en su razonamiento operativo algunas estrategias específicas de la ayuda al desarrollo. Como escribió un delegado del CICR, «cuando el CICR vacuna más de 100.000 reses en el norte de Malí, realiza una labor de urgencia o también de reconstrucción. Pero cuando vacuna el mismo número de reses en el marco de un programa de formación de futuros veterinarios capaces de responsabilizarse con el Estado, de la salud del ganado malí, e incluso de su expansión y de las perspectivas que de ello se derivan, esta labor se inscribe en una lógica de desarrollo»⁵. En este mismo orden de ideas, los agentes de ayuda al desarrollo podrían incluir en su planificación estratégica, no sólo la reducción de la pobreza o el respeto de la biodiversidad, sino también la respuesta adecuada a la marginación y la vulnerabilidad de las víctimas de los conflictos armados.

«Víctimas» que son también supervivientes, e incluso agentes del cambio

La utilización del término «víctimas», a falta de un término más adecuado, no debe ocultar el hecho de que, en un período de transición, las personas que han resultado afectadas por el conflicto armado o los disturbios interiores tienen otras muchas identidades: son, por ejemplo, miembros de una asociación local o de una comunidad religiosa que ayuda a los más desvalidos. Muchas de ellas tienen recursos y capacidades. No hay que considerar únicamente su dimensión de víctimas. A veces, rechazan incluso el estatuto de víctimas y no se inscriben, por ejemplo como personas desplazadas, renunciando así, a pesar de su dramática situación, a la ayuda que reciben estas categorías de población. Algunas de ellas desarrollan mecanismos que les permiten mejorar su situación, tras haber tenido que encontrar mecanismos de supervivencia durante la fase bélica. Estas personas, a menudo calificadas de «supervivientes», son también agentes de cambio⁶.

⁵ Fuente interna: mensaje privado citado en GEN/CELL 00/45 bis, 17.07.00, pp. 21-22.

⁶ Un capítulo de la siguiente obra, que prologó Desmond Tutu, describe con exactitud la noción de víctimas: *Reconciliation After Violent Conflict, a Handbook*, Handbook Series, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Estocolmo, 2003, pp. 54-66.

Tal es el caso, en particular, de las mujeres, la mayoría de las cuales no han participado en los combates y cuya experiencia de la guerra difiere por ello de la de los hombres⁷. Ellas son motores del proceso de mejoramiento de la salud psicológica de su entorno. Mediante la reconstitución de grupos identitarios que responden a la necesidad de pertenencia de cada individuo (asociaciones de mujeres, organizaciones no gubernamentales), la transmisión a los miembros de su familia del sentimiento de que tienen un hogar y la preocupación por la suerte de los otros, en particular de los niños, demuestran que es posible afrontar el sufrimiento y proyectarse hacia el futuro. De ahí la importancia de protegerlas de la exclusión social, la estigmatización o la discriminación de que suelen ser objeto, ya sea por el nuevo papel que la guerra les ha obligado a asumir o por las violencias sexuales de las que han sido víctimas.

En los períodos de transición, el CICR concentra su acción en las «víctimas» que sufren los efectos inmediatos de la violencia armada y, entre ellas, en aquellas cuya situación es la más urgente debido a su vulnerabilidad o a la hostilidad del entorno en el que viven⁸. A veces, los delegados del CICR procuran también ayudar a las personas afectadas por el conflicto armado que han conservado una «energía» que otras ya no tienen, para que progresen por el camino de la autonomía, propia y de sus familias, mediante la concesión, por ejemplo, de una posibilidad de formación o de una ayuda para adquirir material indispensable en el ejercicio de su oficio. Pero esto no se hace en detrimento de las personas que deben ser protegidas (como los prisioneros) o de las más vulnerables (con frecuencia personas mayores, impedidas, enfermas o desplazadas, que no pueden subvenir a sus necesidades). Por último, el CICR tratará de utilizar, e incluso reforzar, las capacidades de los elementos más dinámicos de una sociedad para que puedan ayudar a los más vulnerables (como el colectivo de médicos o de enfermeros).

⁷ La manera como las mujeres se movilizan por la paz y la evolución de su papel en la sociedad como consecuencia de un conflicto armado se describe en la obra de Charlotte Lindsey, *Las mujeres ante la guerra*, estudio del CICR sobre los efectos de los conflictos armados para las mujeres, Ginebra, CICR, octubre de 2001, pp. 2-32.

⁸ Puede tratarse de personas que están a merced de una autoridad a la que se oponen o que las considera como enemigas o como una amenaza por su nacionalidad o pertenencia a una etnia, religión, clan u otra agrupación; por ello, pueden padecer abusos de poder o prácticas discriminatorias. A veces, sus familias o los agentes humanitarios locales que les prestan ayuda corren los mismos riesgos que ellas. También puede tratarse de personas que están expuestas a actos de venganza de la población, dirigidos contra ellas o contra la comunidad a la que pertenecen, y que no gozan de la protección mínima que las fuerzas del orden deberían prestarles.

La aspiración del CICR por lo que atañe a las víctimas es que se respete su dignidad

Antes de describir las necesidades de las víctimas y cómo las atiende el CICR, se plantea una pregunta fundamental: ¿cuál es el objetivo final del CICR en los períodos de transición y cómo concibe su papel?

La ambición del CICR por lo que atañe a las víctimas de los conflictos armados, a pesar de que es perfectamente consciente de que se trata de un objetivo colectivo del que sólo asume parte de responsabilidad, es que se sientan respetadas en su dignidad. La dignidad es una noción universal en su esencia, pero que tiene sus raíces en las culturas, las religiones, los sistemas de valores, las ideologías y la educación. Su contenido varía según los contextos, pero ciertas actitudes son esenciales en todas las latitudes para que la dignidad cobre todo su sentido: el respeto de la vida, de la integridad física y espiritual; la protección contra la arbitrariedad, los abusos de poder y la discriminación; el reconocimiento del otro como actor, capaz de encontrar soluciones, es decir, un apoyo para quien ha sufrido tantas humillaciones, que ha perdido su autoestima y la confianza en sus capacidades.

Así pues, el objetivo final del CICR es contribuir a que las personas o comunidades afectadas por la violencia armada vivan en condiciones que ellas mismas consideren respetuosas de su dignidad. Para ello, es necesario que se respeten sus derechos fundamentales, que se satisfagan las necesidades que ellas consideran esenciales, en su entorno cultural, para llevar una vida digna, y que participen activamente en la puesta en práctica de soluciones duraderas a sus problemas humanitarios, según ellas los han identificado.

Para alcanzar este objetivo se requieren generalmente tres tipos de intervenciones, a menudo simultáneas y complementarias, cuyo respectivo peso varía en función de la situación. Primer ejemplo: el CICR es el actor de una intervención inmediata, curativa, ante sufrimientos que sólo pueden aliviarse mediante una ayuda externa: proporciona, por ejemplo, víveres o asistencia a los heridos y realiza las gestiones urgentes necesarias para poner término a los abusos comprobados. Este es el tipo predominante de actuación en la fase de las hostilidades activas. Segundo ejemplo: el CICR se esfuerza en ayudar a los afectados a recuperar su dignidad pisoteada y a que vivan en condiciones decorosas, determinando, junto con ellos, remedios a más largo plazo: emprende, pues, una acción de restauración, de reconstrucción, de reactivación. Este proceder es particularmente adecuado en períodos de transición. Tercer ejemplo: el CICR actúa sobre el entorno para que se respeten en el futuro los derechos de los individuos: vela así por el desarrollo del derecho humanitario o por la promoción de un sistema de justicia equitativo, para que las violaciones de este derecho sean castigadas. Se trata de una responsabilidad permanente.

En períodos de transición, el CICR percibe su papel más como de facilitador que como de actor, pese a que existen situaciones de urgencia en las que su única opción es la de asumir este último cometido. Desea compartir sus preocupaciones humanitarias con las autoridades, siempre que éstas estén legitimadas a los ojos de la población, a fin de que asuman sus responsabilidades. El CICR desea que las comunidades se apropien, técnicamente y por lo que respecta a su gestión y financiación, de los programas iniciados en la fase de las hostilidades activas, y que, cuando éstas cesen, participen en toda nueva actividad que se emprenda en su favor. Ya no se trata de «llevar a cabo para ellas» proyectos, que luego se les entrega, sino de que ellas sean, desde el comienzo, el motor de esos proyectos.

Por lo que atañe a las comunidades locales, el proceso de apropiación de las acciones humanitarias no siempre es fácil. La capacidad de las comunidades para tomar las riendas de su destino no es la misma en todas partes. Depende de numerosos factores, en particular psicológicos. En realidad, los traumas sufridos pueden afectar a la capacidad y la voluntad emprendedora. Además, las autoridades locales no siempre están decididas a desprenderse de la ayuda externa, cuando se ven confrontadas con otros muchos retos. Por último, a los agentes humanitarios les cuesta a veces renunciar a los proyectos que ejecutan de manera autónoma, por múltiples motivos: las exigencias de tiempo, una voluntad de dominio total de los pormenores de cada proyecto y la falta de recursos humanos competentes para acompañar el proceso de apropiación de la acción humanitaria por las comunidades locales. No obstante, es necesario vencer estos obstáculos, a veces mediante medidas prácticas, como la designación por el jefe de delegación, ya en la fase de las hostilidades activas, de una persona encargada de encontrar, lo antes posible, asociados locales.

El modo de proceder preconizado por el CICR procura respetar las comunidades locales, facilita su desligamiento, –puesto que, tras un plazo, ya no se requiere su intervención– y es capaz de tener efectos duraderos.

La respuesta del CICR a las principales necesidades

En términos generales y al igual que sucede con toda acción que emprende, el CICR debe hacer un análisis global de los problemas que se plantean en el(los) país(es) afectado(s) y las necesidades de toda la población. Este análisis permite integrar mejor su acción humanitaria independiente en las intervenciones de los Estados y de las organizaciones concernidas por las dificultades de toda índole que pueden obstaculizar el restablecimiento de la paz. Las necesidades de la sociedad pueden agruparse, esquemáticamente, en cuatro categorías genéricas: necesidades de seguridad, de bienestar económico y social, de justicia y de

una buena gobernanación⁹. Cada una de estas necesidades evoluciona con el tiempo. Conocer su contenido global permite establecer en qué ámbitos las respuestas de la comunidad internacional son insuficientes.

Atender a algunas de estas necesidades no es un asunto que le concierna necesariamente a la comunidad humanitaria, pero satisfacerlas es esencial para el bienestar de las víctimas de los conflictos armados. Tal es el caso del restablecimiento de la seguridad o de la aspiración a un buen sistema de gobierno. A veces, la prioridad inmediata no es el aporte de alimentos o la reconstrucción de las viviendas destruidas, sino el mantenimiento del orden y la puesta en marcha de instituciones capaces de restablecer las comunicaciones en el país, de abrir las escuelas y de pagar los salarios a los funcionarios y las pensiones a las personas mayores. Igualmente importante es poner en marcha un Gobierno que pueda representar legítimamente las aspiraciones del pueblo, en todos sus componentes, a nivel internacional.

En las siguientes líneas nos concentraremos en las necesidades que el CICR constata, por lo general, sobre una base empírica, y a las que puede dar, si no una respuesta, por lo menos el inicio de una respuesta que otros podrán completar. Examinaremos sucesivamente las necesidades de seguridad y de protección, las necesidades materiales, la necesidad de justicia y la de reconocimiento. Estas necesidades constituyen asimismo el reverso de unos derechos que deben ser defendidos como tales y que corresponden, a su vez, a obligaciones de las antiguas partes en conflicto. No existe, por lo tanto, oposición entre un enfoque que parte de las necesidades de las víctimas y otro que parte de sus derechos.

La necesidad de seguridad frente a las amenazas que plantean los ex combatientes, la criminalidad y las armas

La aspiración de los supervivientes a la seguridad¹⁰ es inmensa. Las restricciones que impone la supervivencia en los conflictos armados, como la de

⁹ Estas categorías han sido objeto de una tipología detallada, que enumera lo que debe hacerse durante los períodos de transición: The «Post-Conflict Reconstruction, Task Framework», A joint project of the Center for Strategic and International Studies (CSIS) and the Association of the United States Army (AUSA), Washington, mayo de 2002, 20 pp.

¹⁰ Se analiza aquí la seguridad en el sentido estricto del término y no desde la perspectiva de la seguridad humana, que es una noción más amplia, que incluye el concepto de la protección contra las enfermedades, el hambre, los problemas medioambientales, las violaciones de los derechos humanos, etc. Para un análisis de la seguridad humana en períodos de transición, v.: Jennifer LEANING y Sam ARIE, «Human Security: A Framework for Assessment in Conflict and Transition», Working Paper Series, vol. n° 8, Harvard Center for Population and Development Studies, Harvard School of Public Health, septiembre de 2001, 70 pp.

escondarse en casa, la de parapetarse para defenderse de los saqueadores o la de abandonar sus campos infestados de minas, resultan intolerables cuando renace la esperanza. Para satisfacer esta necesidad de seguridad, se debe velar por que los antiguos enemigos no vuelvan a tomar las armas y que éstas no caigan en manos de redes criminales. Tras su desmovilización, los ex combatientes desean regresar a sus hogares y encontrar allí condiciones de vida normales. Esto es particularmente importante para los niños soldados. El orden público lo deben garantizar fuerzas de policía entrenadas al efecto y respetuosas de los derechos humanos. Hay que establecer un control democrático de estas fuerzas, al igual que de las fuerzas armadas y de los servicios de información. Las personas o comunidades en peligro tienen derecho a una protección especial. Por último, y no es éste un problema menor, es importante retirar del territorio las municiones sin explotar.

El papel que desempeña el CICR en este ámbito es modesto, comparado con el de otros actores, pero debería ser mejor conocido. Es ante todo, pero no exclusivamente, de carácter preventivo. En materia de armamento, por ejemplo, el CICR sensibiliza a los Estados, así como a la sociedad civil, a fin de que se tomen medidas para regular el tráfico de las armas ligeras¹¹, para aplicar la Convención de Ottawa sobre las minas antipersonal¹² y para limitar, por vía jurídica, el empleo y los efectos de los residuos explosivos de guerra¹³. Se hace hincapié asimismo en la difusión del derecho humanitario (y de los derechos humanos) entre las fuerzas de policía, encargadas específicamente de garantizar la seguridad de las personas cuya suerte preocupa al CICR¹⁴. Por otra parte, el regreso de los antiguos combatientes a sus lugares de origen puede facilitarse mediante una acción de socorro o médica para asistirlos en su camino de regreso. Como es natural, hay que prestar especial atención a los niños soldados.

¹¹ *La disponibilidad de armas y la situación de la población civil en los conflictos armados*. Estudio presentado por el CICR a petición de la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1995), Ginebra, junio de 1999, 92 pp.

¹² «Acabemos con las minas», Ginebra, CICR, marzo de 1999, 36 pp.

¹³ *Rapport du Comité international de la Croix Rouge au Comité préparatoire de la Conférence d'examen de la Convention sur certaines armes classiques, prévue pour 2001*, 14 de diciembre de 2000, Comité Preparatorio de la Segunda Conferencia de las Partes encargadas de la revisión de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, CCW/CONF.II/PC.1/WP.1, 11 de diciembre de 2000, 19 pp.

¹⁴ El CICR ha publicado un libro que sirve de base en esta tarea de enseñanza: Cees de Rover, *Servir y proteger: Derecho de los derechos humanos y derecho humanitario para las fuerzas de policía y de seguridad*, CICR, 1998, 455 pp.

La necesidad de protección contra los abusos de poder de las autoridades o la sed de venganza de una población hostil

El corolario de la necesidad de seguridad es el derecho a la protección que confiere el derecho internacional humanitario a ciertas categorías de personas durante mucho tiempo después del cese de las hostilidades, e incluso, en algunos casos, de las operaciones militares¹⁵: los detenidos, las personas dadas por desaparecidas o desplazadas, los heridos o enfermos, los extranjeros en el territorio de una parte en el conflicto sin protección diplomática de su Estado de origen, los niños evacuados durante el conflicto a países de acogida, la población de territorios ocupados, las personas amenazadas por las minas, las víctimas de un bloqueo y, en cierto modo, las personas muertas, puesto que el ser humano merece respeto incluso después de la muerte. Cuando terminan las hostilidades activas, algunas personas se hallan, en efecto, expuestas a abusos de poder, a la venganza popular, a la discriminación, a la marginación o al olvido. Las estructuras estatales encargadas de garantizar sus derechos son, con frecuencia, inexistentes, no funcionan o funcionan deficientemente. En consecuencia, algunos grupos de población que pertenecen a la oposición, o a los que se identifica con ella, pueden verse en una situación muy precaria, sin que nadie defienda sus derechos. Lo mismo ocurre, cuando cambia el régimen, con las personas próximas a las antiguas autoridades.

Un error muy difundido es creer que la aplicabilidad del derecho internacional humanitario concluye cuando enmudecen las armas. Ahora bien, cuando cesan las hostilidades, los Estados no sólo tienen numerosas obligaciones humanitarias –semejantes a la cola de un cometa– que deben seguir cumpliendo, sino que contraen nuevas que tienen efecto en ese momento. En los conflictos internacionales, el fin de la aplicabilidad del derecho humanitario está marcado por el cese de las operaciones militares o el de la ocupación, salvo, en ambos casos, para las categorías de personas cuya liberación definitiva, repatriación o establecimiento, tendrá lugar posteriormente. En los conflictos internos, no existe disposición alguna sobre el fin de la aplicabilidad del derecho humanitario, pero tampoco resulta fácil admitir que el derecho otorga protección a algunas categorías de personas durante las hostilidades activas y que deja de protegerlas cuando cesan los combates, sin que las necesidades de protección hayan desaparecido forzosamente.

¹⁵ Las consideraciones jurídicas contenidas en las siguientes líneas se inspiran en buena medida en los trabajos de Anne Ryniker, jefa adjunta de la División Jurídica, a quien agradecemos su contribución a esta reflexión. Fuente interna A 1236rev. del 8.04.2003.

Tanto si el período de transición se enmarca en la prolongación de un conflicto armado como si se trata de las secuelas directas de un conflicto, el CICR cumple las tareas que le atribuye el derecho humanitario¹⁶. Por medio de gestiones confidenciales con las partes concernidas, vela, además, por el respeto de ese derecho. Entre sus ámbitos tradicionales de actividad, cabe mencionar:

- la protección de los civiles contra los efectos de los enfrentamientos –aún posibles– o contra las tropelías del antiguo enemigo. Es una actividad difícil y demasiado peligrosa en algunos casos para que el CICR pueda llevarla a cabo, pero que forma parte esencial de su mandato.
- las visitas a las personas privadas de libertad (prisioneros de guerra, internados civiles, detenidos de seguridad)¹⁷, que a veces se prosiguen muchos años después del fin de las hostilidades activas. Permiten cerciorarse, en vísperas de una repatriación, mediante entrevistas individuales, si los cautivos están de acuerdo en regresar a su país;
- la liberación y la repatriación de los cautivos¹⁸. En efecto, en el marco de un conflicto armado internacional, los prisioneros de guerra y los internados civiles deben ser repatriados sin demora tras el fin de las hostilidades activas¹⁹. En los conflictos internos, el Protocolo II exige a las autoridades en el poder que, cuando cesen las hostilidades, procuren conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que estén privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado²⁰. Esta amnistía sólo atañerá al hecho de haber tomado las armas, pero no podrá extenderse a los crímenes de guerra cometidos durante el conflicto;

¹⁶ La protección que el derecho confiere a la persona humana ha sido objeto de una obra que evidencia el progreso de la práctica del CICR, el impacto de la evolución de esta práctica sobre el desarrollo del derecho humanitario y la manera como éste sirve de fundamento a la acción humanitaria: François Bugnion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Ginebra, CICR, segunda edición, 2000, 1.444 pp.

¹⁷ Unas 5.000 visitas realizadas desde el fin de la II Guerra Mundial a prisioneros de guerra alemanes o japoneses capturados en el transcurso de este conflicto; en la actualidad, visitas a los prisioneros del antiguo conflicto del Sáhara occidental.

¹⁸ Particularmente masivo fue el programa de repatriación de 247.000 soldados desmovilizados en Etiopía, en 1991, tras el derrocamiento del Gobierno.

¹⁹ Art. 118, Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (III Convenio) y art. 133, apdo. 1, Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949 (IV Convenio). Cabe agregar que puede haber prisioneros de guerra o internados sometidos a un proceso penal o que han sido condenados a una pena privativa de libertad. Éstos podrán permanecer retenidos hasta el fin del proceso y, llegado el caso, hasta el cumplimiento de la pena, pero seguirán beneficiándose de la protección convencional y de las visitas del CICR.

²⁰ Art. 6, apdo. 5, del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

- por último, la asistencia en el retorno de los desplazados internos, así como la repatriación de los refugiados, si el Alto Comisionado para los Refugiados o las propias partes en conflicto no se encargan de esta actividad.

Sólo se trata de algunos ejemplos. El CICR debe ayudar a los antiguos adversarios a asumir todas sus obligaciones, que son numerosas. Deben, pues, buscar y recoger a los heridos y enfermos, protegerlos del pillaje y de los malos tratos y prodigarles los cuidados necesarios. Han de facilitar asimismo las investigaciones emprendidas por los miembros de familias dispersas por la guerra para que puedan restablecer el contacto y, de ser posible, reunirse de nuevo. Igualmente importante es su obligación de tratar de esclarecer la suerte de las personas cuya desaparición ha sido notificada por la parte adversa. Hay que intercambiar listas con el emplazamiento y la señalización de las tumbas, y suministrar información acerca de los muertos enterrados en ellas... Y no proseguimos, para evitar prolijas enumeraciones. El objeto de estas ilustraciones es poner de relieve que la necesidad de protección sigue siendo grande en los períodos de transición y que el CICR tiene la responsabilidad de velar por el respeto de las normas que garantizan esa protección. Es por lo tanto evidente que la presencia del CICR en los países donde cesan los enfrentamientos es absolutamente necesaria, aunque sólo sea para asumir tales tareas.

Las necesidades materiales (agua, alimentos, vivienda y asistencia médica)

En los períodos de transición, hay comunidades o personas que no están en condiciones de subvenir a sus necesidades básicas por su propia vulnerabilidad física o psicológica o bien por una vulnerabilidad temporal debida al entorno en que viven. Tampoco reciben la asistencia necesaria para subvenir a sus necesidades por falta de medios o de voluntad de las autoridades, o por olvido, desinterés o falta de recursos de los agentes humanitarios, nacionales e internacionales. Muy a menudo, el telón de fondo de los dramas que viven está hecho de pobreza endémica, enfermedades, perturbaciones climáticas y mala administración. Situaciones como éstas son bien conocidas y las siguientes líneas versarán, principalmente, sobre las respuestas del CICR a las necesidades materiales de los afectados en períodos de transición y sobre las enseñanzas que extrae de sus experiencias.

Por muchos deseos que tenga de desligarse de unos programas asistenciales que no puede proseguir indefinidamente, el CICR considera que tiene una *responsabilidad residual* para con las personas que ha asistido durante el conflicto. En particular, siente el peso de esta responsabilidad por aquellas personas a las que la interrupción de sus programas dejaría expuestas a un peligro (por

ejemplo, los tuberculosos, para quienes la interrupción de un tratamiento puede ser más nefasta que la falta de tratamiento), o por aquellas respecto de las cuales sabía, en el momento de emprender la acción, que su compromiso debía ser duradero (como son los discapacitados, a quienes les ha colocado prótesis que requieren un mantenimiento o su reemplazo).

Pero el CICR tampoco rehúsa emprender *actividades nuevas*, en períodos de transición, sobre todo si su objetivo es prevenir o atender necesidades urgentes de personas afectadas por la violencia armada²¹, como son los sectores de población a los que no ha tenido acceso durante los enfrentamientos, o los detenidos que no ha podido visitar. Si no se trata de necesidades urgentes, el CICR toma su decisión, en cada caso, en función de una serie de criterios. Entre ellos, quizá el más importante es que la presencia y la acción del CICR deben constituir un valor añadido. Esta baza suplementaria con respecto a otros se debe, en general, a su conocimiento del entorno, donde a veces ha sido uno de los pocos organismos activos durante la fase de hostilidades, a sus contactos con los centros de poder, a su comprensión de las necesidades de las víctimas, y a su aceptabilidad, a causa de la independencia, la neutralidad y la imparcialidad que guían su acción. Aunque se reúnan las condiciones necesarias para emprender nuevas acciones, en especial que se disponga de las competencias requeridas, es necesario que la Institución vea un interés particular en tal iniciativa. Éste será, por ejemplo, el caso si el CICR considera que satisfacer necesidades materiales puede ser útil en el marco de sus esfuerzos por proteger a algunas categorías de personas que están en peligro, o también si ello le permite preservar los logros de anteriores programas o contribuir o disminuir la tensión imperante.

El CICR, activo desde hace varios decenios en períodos de transición²², ha adquirido una cierta experiencia de estas situaciones de las que ha extraído muchas enseñanzas:

- La importancia que tiene una visión a largo plazo, ya en la fase de urgencia, y una estrategia de entrada bien pensada.

La primera enseñanza es que, para poder disminuir gradualmente sus actividades en el período de transición, es primordial reflexionar, ya durante la fase aguda de un conflicto armado, acerca del período que habrá de seguir.

²¹ Estas personas han de corresponder a los perfiles descritos en la nota 8.

²² Por ejemplo, una importante acción del grupo operativo para Indochina, dirigido por el CICR en Vietnam, Laos y Camboya tras la conclusión del Acuerdo de París de 1973; la distribución masiva de socorros en Camboya tras el derrocamiento del régimen de los jemes rojos en 1979 y, más recientemente, diversos programas en el Cáucaso meridional, Chechenia, los Balcanes, Kosovo, Timor Oriental, Afganistán e Irak.

Dicho de otro modo, unas estrategias de entrada bien pensadas facilitarán mucho las estrategias de salida. ¿Qué significa esto, concretamente?

- Ya en la fase de hostilidades activas, los delegados elaborarán un repertorio de los sistemas, estructuras y procesos vigentes y procurarán no destruir lo que sería muy difícil de reconstruir después (por ejemplo, un sistema de aprovisionamiento de medicamentos basado en la recuperación de los costos, que la distribución intempestiva de productos localmente disponibles echaría a perder); esto implica determinar los equipamientos colectivos, los medios de producción y los canales de distribución que funcionan o que ya funcionaban antes de que se iniciaran los combates.
- Con el fin de prepararse ya en la fase de urgencia a la situación a mediano o largo plazo, hay que determinar eventuales socios, de preferencia locales, para asociarlos a la acción lo antes posible. Éste suele ser el caso de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o Media Luna Roja.
- En las actividades que se emprendan durante los enfrentamientos, hay que tener muy en cuenta la situación local, en particular por lo que atañe a los costos de funcionamiento, para que actores locales puedan proseguirlas durante el período de transición, utilizando, por ejemplo, los servicios de ciudadanos del país que puedan hacerse cargo de la acción tras la crisis; velar, en la medida de lo posible, por que los salarios abonados no excedan las normas locales; construir estructuras médicas cuyo estándar se adapte al entorno; servirse de tecnologías que utilizan insumos disponibles en el mercado local; negarse a participar en proyectos de prestigio.
- Para no tener que diferir cada vez más la conclusión del objetivo que se pretende alcanzar en materia de abastecimiento de agua, higiene, alojamientos y agricultura –un progreso lleva al otro–, se aconseja a los coordinadores encargados de cada ámbito de actividad que establezcan el umbral que quieren alcanzar en colaboración con las personas que se beneficiarán de esos proyectos. Este umbral ha de tener en cuenta consideraciones culturales, puesto que los elementos esenciales para una vida digna no son los mismos en todas partes. Además, debe determinarse sobre la base de lo que el conjunto de la población considera como el estándar mínimo de vida tras la crisis, estándar que, por lo general, es muy inferior al que existía antes de la crisis.
- Desde el inicio, el CICR dejará bien claro que toda acción humanitaria ha de tener un carácter limitado en el tiempo, cuyo término dependerá del tipo de estrategia que se adopte. Esto lo hará ante los representantes de las personas asistidas, así como ante las autoridades. En ocasiones, firmará contratos con éstas para que se hagan cargo –por etapas, si es necesario– de los proyectos que el CICR ejecuta cuando se hayan restablecido por completo las estructuras estatales.

- Por último, el establecimiento de mecanismos de memoria institucional permite evitar emprender acciones que prescindan del pasado por desconocimiento y repetir los mismos errores por falta de información. Esto sirve, en particular, para guardar constancia de los compromisos adquiridos.

¿Qué pensar, por lo tanto, de las estrategias de salida? En primer lugar que, con mucha frecuencia se conciben exclusivamente con el fin de remitir los programas a un socio, cuando el objetivo prioritario debería ser que las comunidades asistidas afronten sus problemas o sensibilizar a las autoridades para que actúen (el Gobierno puede, entre otras cosas, otorgar un estatuto a las personas desplazadas para que se beneficien de una asistencia social, o asignar terrenos baldíos a los refugiados, junto con los debidos medios para hacerlos productivos, regándolos, por ejemplo). En segundo lugar, la transferencia de los programas es difícil de realizar, pues pocas organizaciones quieren asumir la responsabilidad de un hospital o de un taller ortopédico en cuya concepción no han participado; y si lo hacen, no siempre tienen éxito. Por último, también hay que saber elegir el momento oportuno para transmitir un programa: la prisa por desligarse, de él, que forma parte de una cultura de la urgencia que predomina en el inconsciente colectivo humanitario, no es siempre buena consejera. Las verdaderas estrategias de salida son buenas estrategias de entrada, o sea; un modo de actuar que permita a los «beneficiarios» ser los aprendices de su autonomía, una visión a largo plazo ya en la fase de urgencia, acompañada de una reflexión sobre los medios que permitan garantizar la durabilidad de algunos programas, la búsqueda de socios cuanto antes y una buena comunicación pública. Sobra decir que esto implica un cambio de cultura por parte de los actores humanitarios, incluido el CICR, y, por lo tanto, esfuerzos de formación y de evaluación.

- Es mejor reforzar los sistemas que prestar ayuda directa

La segunda enseñanza que el CICR extrae de su experiencia es la necesidad de hacer especial hincapié en reforzar los sistemas y procesos. Con frecuencia, los sistemas penitenciarios, sanitarios, agrícolas o de abastecimiento de agua potable están deteriorados, cuando no han sido destruidos durante la crisis. Quizá sea mucho más inteligente facilitar piezas de recambio de una bomba hidráulica, ayudar a la Compañía de Abastecimiento a restablecer el suministro de agua potable, o poner en marcha un programa de atención primaria de salud que beneficie a los desplazados, que proporcionarles agua y medicamentos. Esto es, sin duda, menos llamativo, pero más eficaz. Esta manera de proceder tiene, además, la ventaja de producir efectos duraderos. Se trata, en definitiva, de evitar que las distribuciones creen una dependencia crónica, nefasta en el plano psicológico, económico y social. Asimismo, en los lugares de detención,

puede ser conveniente pasar de atender a las necesidades de algunas categorías de prisioneros (prisioneros de guerra, internados civiles, detenidos políticos) a un enfoque estructural, que beneficie a todos los detenidos, incluidos aquellos a los que el CICR les presta un interés más particular.

Dicho esto, las decisiones políticas sobre la elección de los sistemas son, por supuesto, responsabilidad de las autoridades del país concernido. No es competencia del CICR elegir entre la restauración de hospitales comarcales o el establecimiento de un sistema de dispensarios descentralizados. Aunque, gracias a su experiencia, el CICR puede ofrecer a la comunidad médica y a los Ministerios de Sanidad elementos de análisis, sólo las autoridades pueden decidir si un sistema de recuperación de costos tiene sentido en un contexto cultural acostumbrado a la gratuidad de la asistencia médica. El CICR ha logrado asimismo, en alguna ocasión, que una política sanitaria nacional, definida en la capital, se aplique también en regiones controladas por la oposición, donde las autoridades gubernativas no eran bienvenidas.

La potenciación de las infraestructuras no reemplaza totalmente, en principio, a la asistencia directa, puesto que siempre hay víctimas que la necesitan, aunque sólo sea porque no pueden esperar hasta que la acción para los sistemas surta efecto. Tengamos, por otro lado, presente que el refuerzo de las infraestructuras no es una actividad descarnada; hay personas que se benefician de ella. Además, tiene la ventaja de favorecer a cuantos la necesitan, sin crear desequilibrios, que pueden generar tensiones en una población cuyas heridas tal vez no han cicatrizado. De esta forma, un sistema de sensibilización al peligro de las minas beneficiará a todas las personas que viven en una región infestada de estas armas.

- Un enfoque participativo

El CICR ha aprendido una tercera lección que, en períodos de transición, trata de poner en práctica de manera más sistemática: lograr que las personas afectadas por la violencia armada participen en la toma de decisiones que les conciernen. Normalmente, en medio de los enfrentamientos, el agente humanitario actúa con rapidez, utiliza sus canales de distribución de socorros y no siempre tiene tiempo para hacer que un elevado número de personas participe en la toma de decisiones. La eficacia y la velocidad priman sobre cualquier otra consideración. Esta manera de actuar no es habitual y sólo se justifica por la gravedad de la situación a causa de los combates. En períodos de transición, hay que proceder de otro modo. El tipo de participación que se elija depende entonces del objetivo de la intervención y de lo que se espere de este modo de operar. El organismo humanitario puede consultar a las comunidades, decidir y trabajar con ellas, según el

caso. Puede incluso retirarse a un segundo plano y dejarles concebir el proyecto, ejecutarlo y evaluarlo, siempre y cuando ese proyecto se inscriba en el marco de su mandato, de sus principios y de sus recursos. Cuanto antes lo haga, mejor.

Pero esta manera de proceder no está totalmente exenta de riesgos. Exige vigilar especialmente tres puntos: evitar crear tensiones en la sociedad, o sea, que los grupos elegidos para participar en un proyecto representen, más en particular, un clan, un grupo político o una comunidad religiosa; no dar apresuradamente demasiada responsabilidad a una colectividad que no está preparada para asumirla; por último, velar por que los grupos de población que participan en el proyecto no favorezcan a quienes comparten su identidad, y respeten estrictamente el principio de imparcialidad. En resumen, la dirección es clara, pero se debe actuar con prudencia.

Al seguir un proceder participativo, el CICR desea velar por que, tanto en los períodos de transición como en la fase aguda de las hostilidades, las mujeres participen en la formulación de los objetivos de los proyectos o programas humanitarios y en la elección de las estrategias. Si la cultura local constituye un obstáculo, será conveniente consultar, a nivel local, a una muestra representativa de mujeres para determinar cómo asociarlas sin poner en peligro su seguridad.

- La potenciación de las capacidades locales

La cuarta y última enseñanza extraída, relacionada con la anterior, es la necesidad imperiosa de reforzar las capacidades locales²³. Se trata de hacer, por ejemplo, que los discapacitados reciban en Afganistán una formación y microcréditos que les permitan instalar un pequeño negocio. Se otorgan, además, préstamos modestos sin intereses, que deben ser reembolsados. Ellos escogen y planifican sus actividades. Un comité de expertos, todos ellos discapacitados, estudia la viabilidad de los proyectos presentados y sigue de cerca su ejecución²⁴. En Serbia, mujeres desplazadas asisten a cursos de costura para poder ser contratadas en una empresa de confección de ropa. Aprenden así un oficio y perciben unos ingresos que les permitirán salir durante el día del centro colectivo donde viven, a menudo hacinadas y con dificultades. Su progresiva autonomía económica y el contacto con otras mujeres en el taller contribuyen a que algunas de ellas superen, poco a poco, la pérdida de autoestima, que suele ser la secuela de las humillaciones que han padecido durante los años de conflicto. A fin de cuentas, toda la familia, incluidos los más vulnerables, se beneficia de sus ingresos.

²³ *Patronage or Partnership, Local Capacity Building in Humanitarian Crises*, recopilada por Ian Smillie para Humanitarianism and War Project, Bloomfield, Kumarian Press, 2001, 212 pp.

²⁴ «Afganistán: programa de microcréditos para los discapacitados», News n° 03/44, 29 de abril de 2003, 1 p.

Como evidencian estos ejemplos, la potenciación de las capacidades implica una transferencia de competencias y de conocimientos; pero el refuerzo de las capacidades locales no se limita a eso, ni tampoco a un apoyo económico. Para que una persona afectada recobre la confianza en sí misma y se esfuerce en mejorar su situación a largo plazo, transformando su condición de víctima en la de actor, necesita una energía que sólo puede encontrar en sí mismo, pero cuya liberación está a su vez condicionada por la confianza en sus competencias, que hay que poner de manifiesto. Resulta evidente toda la complejidad y la envergadura de la empresa.

Así hay que proceder también en la colectividad cuya capacidad para resolver un problema humanitario quiera desarrollar el CICR, ya se trate de las autoridades o de la sociedad civil. A veces es mejor ayudar a la familia o a los vecinos de las personas desvalidas, que la comunidad toma a su cargo, que distribuirles a ellas paquetes de víveres. Las redes de apoyo son muy eficaces en muchos contextos culturales, pero no hay que olvidar que el acceso a la asistencia humanitaria refuerza a veces el estatuto de los más vulnerables en sus comunidades y, a cambio de los bienes materiales que comparten, les permite recibir el apoyo del grupo al que pertenecen.

La necesidad de verdad y de justicia

Necesidad de verdad, de justicia, de venganza, de perdón, de olvido, de reparación... Confrontado con la violencia, cada ser humano reacciona de manera diferente. Uno se encierra en un silencio doloroso, el otro da testimonio para las futuras generaciones, el tercero busca evadirse del pasado, el cuarto supera la tiranía del odio gracias al altruismo, el quinto... La relación entre la memoria y el sufrimiento adquiere formas sumamente diversas. Lo mismo sucede con las formas de reaccionar de las sociedades ante los horrores que se han producido: amnesia colectiva, comisiones de encuesta, tribunales, programas educativos, erección de monumentos en memoria de las víctimas. Abundan las actitudes y las iniciativas para esclarecer los hechos y paliar un sufrimiento social que no sólo es la suma de los sufrimientos individuales, sino un dolor distinto, con frecuencia el del grupo contra cuya dignidad ha sido herida. No obstante, si la reconciliación sigue siendo el objetivo final, hay que reconocer que es un objetivo muy ambicioso, a veces demasiado difícil de lograr tras un período de violencia armada y que, en muchos casos, lograr la coexistencia ya sería un enorme éxito²⁵.

²⁵ Martha Minow, autora de *Between Vengeance and forgiveness – Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston, Beacon Press, 1998, 214 pp. analiza en este libro cómo los seres humanos reaccionan ante las atrocidades, bien como víctimas o espectadores, o bien como actores.

La verdad y la justicia son exigencias fundamentales. Para el individuo, en primer lugar, porque le permite mirar cada vez menos hacia el pasado y afrontar futuro. Para la sociedad también. Mientras la responsabilidad de las atrocidades no se atribuya a individuos específicos, perdura en el espíritu de la gente la responsabilidad colectiva del clan, de la etnia, del grupo político o religioso, o incluso de la población de la región, del valle o del poblado contra la que han combatido. El autor de los crímenes de guerra debe tener un nombre para que esos crímenes no sean imputados al grupo.

La manera de establecer la verdad y de impartir justicia varía de un país a otro, y ha evolucionado mucho estos últimos años, como lo demuestran algunos ejemplos recientes. En África del Sur se constituyó una Comisión de la Verdad y la Reconciliación para hacer frente al pasado del *apartheid*. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instituyó dos tribunales internacionales para juzgar ciertos crímenes cometidos durante el conflicto de la antigua Yugoslavia y el genocidio de Ruanda. Una Corte Penal Internacional permanente, establecida mediante el Estatuto de Roma de 1998, empezará pronto a juzgar las violaciones graves del derecho humanitario. Estas medidas constituyen un progreso indudable, a pesar de la lentitud de la justicia y de que el número de personas juzgadas tenga más bien un carácter simbólico. Demuestran la voluntad de los Estados de velar por el respeto del derecho internacional humanitario y contribuyen a la estigmatización pública de comportamientos extremadamente crueles, tales como el homicidio intencional, la tortura o la toma de rehenes.

La contribución jurídica del CICR a este proceso se sitúa ante todo en el plano nacional. En efecto, corresponde en primer lugar a los Estados reprimir las violaciones del derecho humanitario. La justicia internacional no habría adquirido tanta importancia si las jurisdicciones nacionales funcionaran y si las legislaciones penales fuesen apropiadas, por no citar los contextos de caos generalizado en los que tales jurisdicciones ya no existen, porque las estructuras del Estado se han desmoronado. Los Estados deben tomar las medidas nacionales necesarias para sancionar las violaciones del derecho humanitario, promulgando, en particular, leyes y reglamentos internos para tal fin. Esta labor puede ser más fácil si se constituyen comisiones nacionales de aplicación del derecho humanitario para evaluar las leyes nacionales existentes a la luz de las obligaciones creadas por el derecho internacional humanitario, hacer recomendaciones (proponer, en particular, enmiendas a las leyes vigentes y favorecer la adopción de los reglamentos necesarios) y contribuir a la difusión del derecho humanitario. El CICR ayuda a los Estados a tomar las medidas apropiadas y facilita el intercambio de experiencias en el plano jurídico. Además, a veces contribuye a la tarea de formación de los jueces y del personal judicial si éstos desean profundizar sus conocimientos en derecho humanitario.

En resumen, la contribución del CICR, que es esencialmente de índole jurídica y técnica, tiene por objeto propiciar las condiciones que permitan a los tribunales nacionales realizar su labor. El CICR no da testimonio ante los tribunales de los hechos observados por sus delegados en el marco de su acción humanitaria, puesto que su misión de protección en los conflictos armados exige una relación de trabajo y de confianza con todos los actores de la violencia, incluidos quienes puedan ser llamados a comparecer. Además, la comunidad internacional ha reconocido el carácter particular, y en ocasiones único, del trabajo humanitario del CICR y ha comprendido las razones por las cuales el CICR no debería ser llamado a testificar²⁶.

La necesidad de reconocimiento y, a veces, de apoyo psicológico

La violencia armada es fuente de humillaciones. Cuando esta humillación es pública, suele transformarse en un sentimiento de vergüenza que adquiere formas diferentes según los contextos culturales. El sentimiento de haber quedado desprestigiado, el temor por su equilibrio psíquico y las ofensas contra la identidad constituyen una amenaza contra la integridad del ser humano más terrible para algunos que padecer un dolor físico²⁷. La resistencia de las personas y su capacidad de encajar los golpes y transformarlos en energía positiva varía de unas a otras. Lo que es, en todo caso, evidente es la necesidad de estima, de valoración de sí mismo, de reconocimiento que tienen las víctimas de la violencia armada, ya se trate de prisioneros torturados, de mujeres violadas o de tantos otros seres traumatizados por lo que han padecido.

Para los delegados del CICR, responder a esta necesidad es, ante todo, una cuestión de actitud. De ahí el hincapié que se hace en el enfoque participativo y en el refuerzo de las capacidades, tanto en el proceso de la acción humanitaria como en sus resultados.

Se plantea luego la cuestión de dar una respuesta más específica a los traumas sufridos por las víctimas. A veces, algunas de ellas requieren asistencia médica. Por falta de competencia y de medios, los actores humanitarios se limitan, en la mayoría de los casos, a cuidar el cuerpo y a proporcionar un apoyo material a las víctimas en forma de agua, víveres y albergue, pero también por la convicción de que las respuestas a los traumas son diferentes en cada cultura.

²⁶ V. la regla 73 de Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional; decisión del 27 de julio de 1999 relativa al caso *Prosecutor c. Simic et al.* de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

²⁷ Basándose en la experiencia que ha adquirido como director de Salud Mental del sistema penitenciario de Massachussets, James Gilligan, M.D., describe este fenómeno en su obra *Violence, reflections on a national epidemic*, Nueva York, Vintage Books, A Division of Random House Inc., 1997, 306 pp.

Esto es olvidar que la salud no se limita a las necesidades fisiológicas y que sanar o alimentar los cuerpos es tan sólo el comienzo de un proceso de recuperación de la salud... y la dignidad.

Es hora de que los actores humanitarios participen activamente en la sensibilización de la comunidad internacional al problema fundamental de las consecuencias psicológicas de la violencia armada. Evitar el resurgimiento de la violencia no se reduce a aplicar mecanismos de alerta temprana, a desplegar fuerzas de interposición y a negociar acuerdos internacionales. Si no se hace nada en favor de quienes han sufrido atroces traumas, a fin de que puedan superarlos y recuperar su dignidad e identidad, la única salida que muchos de ellos encontrarán será el odio, y la violencia infligida a otros les servirá para borrar las heridas de la humillación padecida. Se corre entonces el riesgo de sembrar, recién terminado un conflicto, los granos envenenados del siguiente.

Si el CICR no emprende acciones de terapia individual, procura poner remedio a los sufrimientos psicológicos de algunas categorías de personas movilizándolo los recursos de otros actores, primordialmente en el seno del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Se trata de ayudar, por ejemplo, a los familiares de un desaparecido cuando se enteran de que éste ha muerto. Descubrir una fotografía de su ropa en un álbum dedicado a los objetos encontrados en los cadáveres hallados en una fosa común es un instante doloroso. Voluntarios de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, formados para tal fin, acompañan a las familias en ese momento trágico, que marca el comienzo de un proceso de duelo. Además, el CICR puede respaldar los programas que llevan a cabo algunas Sociedades Nacionales para ayudar a las personas traumatizadas por la violencia.

Tal vez algún día, con el bagaje de sus experiencias, el CICR tome decididamente esta senda. Por ahora, está abierto a la reflexión y es moderado en la acción. La próxima etapa podría ser la de concentrar sus esfuerzos en sensibilizar a la opinión pública y en movilizar a instituciones más competentes.

Por último, responder a la necesidad de reconocimiento de las víctimas de los conflictos armados es también velar por el respeto de su cultura. Cuando se destruyen estatuas, se incendian bibliotecas o se saquean museos, no se está atentando contra objetos, sino contra la identidad de un pueblo y contra el orgullo de las personas que lo integran. Por eso, el CICR recuerda a las autoridades concernidas las normas relativas a la protección de los bienes culturales, y las alienta a tomar medidas nacionales de aplicación de estas disposiciones. Llegado el caso, pide a sus delegaciones que efectúen gestiones para hacerlas respetar. Esta actividad debería cobrar mayor importancia en unos momentos en que el componente psicológico de la guerra es parte integrante de las estrategias y en los que,

por esta razón, los bienes culturales se han convertido en blancos. La mundialización, que conduce a una creciente uniformidad del pensamiento y de los modos de vida, pero también, por reacción, a un repliegue identitario y al rechazo del otro, hace urgente esta labor. Si la humanidad desea conservar la riqueza de su patrimonio y evitar despedazarse sobre los vestigios de lugares de culto saqueados o sobre las ruinas de las maravillas que debieron preservarse para las futuras generaciones, es hora de que se movilice a tal efecto.

Trabajar con asociados

Para hacer frente a los problemas humanitarios en los períodos de transición y transferir de manera gradual los programas, el CICR desea trabajar en asociación con otros.

Las Sociedades de la Cruz Roja o Media Luna Roja y su Federación Internacional son aliados indiscutibles. Una Sociedad Nacional es obviamente la primera responsable de su propio desarrollo, pero si necesita ayuda externa para reforzar su capacidad operativa, puede solicitarla a la Federación Internacional y a Sociedades hermanas, así como al CICR, siempre que esa ayuda caiga en el marco de sus competencias. A veces, hay que fundar o reconstituir la Sociedad con la ayuda de voluntarios activos. Éste es el caso, por ejemplo, cuando un territorio –como Timor Oriental– se convierte en Estado independiente. El establecimiento de una Sociedad Nacional puede ser también un largo proceso de unificación, como lo testimonia la historia de la Cruz Roja de Bosnia-Herzegovina, tras el acuerdo de Dayton de 1995. Por último, cuando una Sociedad Nacional ha mantenido relaciones demasiado estrechas con el Gobierno en el poder, la caída de éste es el punto de partida de un renacimiento. Cada caso constituye un desafío diferente para la Federación, cuyo esfuerzos apoya el CICR. Éste, por su parte, concentra progresivamente su asistencia a las Sociedades en cuatro ámbitos: el apoyo jurídico (en particular en el plano estatutario), la preparación del personal a las situaciones de conflicto (por si se reanudan las hostilidades), la difusión del derecho internacional humanitario y de los Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, así como la formación en las actividades de búsqueda para restablecer el contacto y facilitar la reunión de los miembros de las familias dispersas por la guerra. Gracias al apoyo no sólo de la Federación y del CICR sino también de otras Sociedades Nacionales solidarias, y en ocasiones más poderosas, cabe esperar que la Sociedad de un país en período de transición esté rápidamente en condiciones de hacerse cargo de algunos proyectos emprendidos por el CICR y desarrollar sus propios programas.

Otra responsabilidad del CICR durante los períodos de transición es la de seguir dirigiendo la acción internacional de socorro del Movimiento. En efecto, según los Estatutos del Movimiento, el CICR tiene la responsabilidad de proteger y de asistir a las víctimas militares y civiles de los conflictos armados, de los disturbios internos «y de sus consecuencias directas»²⁸. Además, en virtud del Acuerdo de Sevilla de 1997²⁹, que rige la cooperación internacional de los componentes del Movimiento, el CICR es la institución rectora en caso de conflicto armado, de tensiones internas o de contextos que sean consecuencia directa de estas situaciones y que, según el Acuerdo de Sevilla, se extienden más allá del cese de las hostilidades³⁰. Sólo cuando se ha logrado el restablecimiento general de la paz y ya no son necesarios una institución o un intermediario específicamente neutrales e independientes, deja el CICR de desempeñar el papel de institución rectora. Y este papel implica numerosas responsabilidades, entre otras, en el plano de la definición de los objetivos de la acción, de la coordinación de las iniciativas, de la información pública y del intercambio de los resultados del análisis en materia de seguridad.

Fuera del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, son muchos los actores nacionales e internacionales con los que el CICR desea desarrollar o proseguir una colaboración, en particular con las autoridades, el sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones no gubernamentales, e incluso, en algunos casos, el Banco Mundial³¹. Se requiere la concertación de los diferentes actores para armonizar y gestionar sus respuestas con las necesidades que hayan determinado de manera conjunta en un conflicto concreto. Veamos un ejemplo: la preocupación por la justicia exige detener a las personas sospechosas de haber cometido crímenes de guerra, con el riesgo de provocar actos de violencia por parte de su comunidad, que los considera héroes y está resuelta a defenderlos. Este afán de justicia entra entonces en conflicto con la búsqueda de una mayor seguridad. Encontrar el medio de hacer justicia sin poner vidas en peligro exige, cuando menos, concertación entre los actores concernidos.

²⁸ Art. 5, apdo. 2, d), de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, aprobados en 1986 por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Ginebra.

²⁹ Acuerdo sobre la organización de las actividades internacionales de los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja del 26 de noviembre de 1997, Consejo de Delegados, Sevilla, 25-27 de noviembre de 1997. Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo de 1998, nº 829, pp. 169-186 (en adelante Acuerdo de Sevilla).

³⁰ Acuerdo de Sevilla, art. 5.1, A), b) y c.)

³¹ Acerca del papel del Banco Mundial en estas situaciones, remitimos al lector a *Post-Conflict Reconstruction, The Role of the World Bank*, Washington, Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (BIRD), 1998, 60 pp., así como a una obra que describe cómo los conflictos armados afectan al tejido social: Nat J. COLLETTA y Michelle L. CULLEN, *Violent Conflict and the Transformation of Social Capital, Lessons from Cambodia, Rwanda, Guatemala and Somalia*, Washington, BIRD, 2000, 139 pp.

Ahora bien, esa concertación no es siempre fácil por diversos motivos. Ante todo porque las situaciones de transición difieren mucho unas de otras. Cuando se impone un alto al fuego o un acuerdo de paz, o cuando las autoridades nacionales en el poder reciben un apoyo externo controvertido en el país concernido, sin mencionar los casos de ocupación, todo actor humanitario quiere mantener su independencia para preservar su aceptabilidad entre todos los que se han enfrentado y que podrían volver a tomar las armas. Una organización humanitaria no desea ser vista como la ejecutora de una política dictada por uno o varios terceros Estados, que suscita la hostilidad de algunos. Se trata también de una cuestión de seguridad. Por otra parte, ¿dónde se debe trazar el límite de la colaboración con las fuerzas armadas de terceros Estados que ayer bombardeaban y que hoy distribuyen socorros en los campamentos de desplazados y que quizá mañana usen de nuevo las armas? Sea cual sea la utilidad de la acción humanitaria de las fuerzas armadas, a veces bienvenida por la capacidad logística que éstas tienen, es grande el riesgo de que la víctima asistida confunda, bajo una misma etiqueta, al soldado, al delegado del CICR y al colaborador del ACNUR o de MSF. Esta confusión de los papeles puede limitar la aceptabilidad de una acción humanitaria neutral e independiente, llamada a perdurar. Concertarse, en beneficio de las víctimas y preservando su identidad, constituye el principal reto. Por último, cada uno tiene su propio papel. El compromiso de las Naciones Unidas por garantizar la seguridad colectiva debe inducirla a tomar posiciones políticas. Una institución absolutamente neutral e independiente como el CICR ha de guardar distancias respecto de estas posiciones, incluso si reflejan el punto de vista de la comunidad internacional, puesto que ella no se pronuncia sobre la legitimidad del recurso a la fuerza. Los organismos humanitarios de las Naciones Unidas se hallan a veces en una posición delicada por su pertenencia a una organización política y su presencia en lugares donde las tensiones siguen vivas a causa de los recientes combates librados. Queda por ver en qué medida la población es capaz de hacer la distinción entre los aspectos político y humanitario de las Naciones Unidas, muy diferentes en todo caso.

De ahí la importancia que tiene encontrar, en los países en período de transición, el justo equilibrio en las relaciones con otras instituciones, de manera que creen una comprensión común de los desafíos y de las sinergias, respetando la independencia del CICR y sin poner en tela de juicio su neutralidad.

Conclusión

El objeto de este artículo era sensibilizar al lector acerca de la dramática situación de las víctimas de los conflictos armados, mucho tiempo después de que enmudecen las armas, así como describir por qué, cómo y sobre qué bases

el Comité Internacional de la Cruz Roja despliega una acción humanitaria en esas situaciones. Para hacerlo, el CICR tiene un mandato, una larga experiencia, un valor añadido. Pero sobre todo, tiene una ambición: estar cerca de las víctimas de la violencia armada, comprender sus sufrimientos, responder a sus necesidades, defender sus derechos. Pero esta ambición no se detiene aquí. Quienes no tienen voz, quienes han sido desplazados, detenidos o maltratados encuentran por fin, en el período de transición, la posibilidad de asumir su vida. Retirarse y desaparecer para dejarlos soñar y concretar su futuro es la mejor prueba del éxito de la acción humanitaria.

En resumen, la acción humanitaria es una contribución a la paz, aunque sus actores sólo lo digan con prudencia, por temor a que pueda interpretarse, equivocadamente, que está politizada. Mediante su labor de reunir a las familias dispersas, de repatriar a los prisioneros y de contribuir a esclarecer lo ocurrido a los desaparecidos, el CICR alivia sufrimientos que podrían ocasionar futuros conflictos. Debe asimismo examinar detenidamente las repercusiones de sus actos sobre la construcción de la paz. Ante todo las repercusiones económicas, para no complicar el tan anhelado proceso de recuperación. Luego, las repercusiones políticas, para que su acción no exacerbe las tensiones sociales ni dé involuntariamente impulso a facciones bélicas. Por último, las repercusiones sociales, velando, en particular, por que sus actividades promuevan, o por lo menos no obstaculicen, los progresos que han logrado, en materia de derechos humanos, algunas categorías sociales (las mujeres, en especial), debido a las responsabilidades que asumieron durante los enfrentamientos.

La edificación de la paz o, más modestamente, la preocupación por facilitar la coexistencia de comunidades desgarradas, no es el objetivo primario de los agentes humanitarios, pero no interesarse por ella, so pretexto de que otros son los principales responsables, sería una especie de dimisión. Los debates sobre la seguridad humana lo han demostrado perfectamente: la paz es un peldaño en el camino de la repartición, la solidaridad y la justicia, que hay que subir con arrojo y tesón. Ella nos concierne a todos en sus múltiples dimensiones: lucha contra la enfermedad, la pobreza, la opresión y la discriminación. Por modesta y discreta que sea, la contribución de la acción humanitaria para entrelazar de nuevo, a nivel local, los hilos de un tejido social destrozado, sigue siendo esencial. Una mujer, víctima de un conflicto en el Cáucaso, nos decía un día en su apartamento, atravesado por un obús y cuyo balcón pendía en el vacío: «¿Qué sentido tiene liberarnos de necesidades materiales si no nos hemos liberado del miedo al futuro?»

Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario

LIESBETH ZEGVELD*

El derecho internacional humanitario (DIH) nunca ha estado confinado al nivel de las relaciones entre Estados¹. Por el contrario, los iniciadores de los convenios del siglo diecinueve estaban convencidos de que las personas humanas tienen derechos inviolables incluso durante los conflictos armados². Sin embargo, una cosa es el reconocimiento de los derechos y otra cosa distinta es el derecho a reivindicarlos. Hasta el presente, los Estados se han mostrado reacios a aceptar, explícitamente y en general, que las víctimas de violaciones del DIH tengan derecho a exigir reparación. Habida cuenta de que los tratados de derecho humanitario no establecen expresamente el derecho de las víctimas a reclamar en el marco jurídico nacional o internacional, difícilmente éstas pueden ejercer sus derechos.

En este aspecto, el DIH difiere en gran medida de las tendencias del derecho internacional. A pesar de las lagunas que dejan los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional, que fueron finalmente aprobados en 2001³, pero que no mencionan los derechos de las personas en el régimen de derechos secundarios⁴, se sabe que los tratados de derechos humanos estipulan un resarcimiento, tanto sustantivo como procesal, para las personas que han sufrido daños a causa de una conducta ilícita por parte de las autoridades estatales. Por ejemplo, en el artículo 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se estipula que toda persona cuyos derechos reconocidos por ese tratado sean violados "tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional". El artículo 50 de esta Convención dispone que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concederá, si procede, una satisfacción equitativa a las víctimas. Los tratados de derechos humanos también

* Liesbeth Zegveld, Ph.D., ejerce como jurista internacional en Amsterdam, Holanda. La autora desea agradecer a Frits Kalshoven sus valiosos comentarios y a Gijs Kuijper la ayuda que le ha prestado en la preparación de este artículo.

contienen disposiciones específicas sobre la reparación debida, por ejemplo, a las personas ilegalmente detenidas o presas⁵. Más recientemente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁶ autoriza a la Corte a determinar el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas y ordenar que se les conceda una reparación.

Aunque en el último decenio se ha prestado mucha atención al castigo de los responsables de crímenes de guerra, desplazando algunos aspectos del DIH sobre relaciones interestatales hacia la responsabilidad penal individual, no se ha tenido igualmente en cuenta la situación de las víctimas de estos crímenes, de cuyos derechos e intereses se ha hecho, en gran medida, caso omiso. Pero el desagravio y la reparación que deben recibir las víctimas de violaciones del DIH constituyen una necesidad imperativa de justicia. La relevancia de los derechos que reconoce el DIH es cuestionable si las víctimas no tienen la capacidad legal de hacerlos valer, sea ante un tribunal nacional o internacional, cuando alegan su condición de víctimas. Como señaló Lord Denning: "un derecho sin la posibilidad de interponer recurso no es en absoluto un derecho"⁷.

¹ Como ha señalado un comentarista, el propósito del derecho internacional humanitario es "superar los niveles interestatales y [alcanzar] el de los beneficiarios reales (o fundamentales) de la protección humanitaria, es decir, las personas y los grupos de personas", G. Abi-Saab, "The specificities of humanitarian law", en C.Swinarski (dir.), *Studies and Essays of International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, CICR, Ginebra/La Haya, 1984, p. 269; opiniones similares sostiene T. Meron, "The humanization of humanitarian law", *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 239-278.

² J. Pictet (dir.), *Commentary: IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, CICR, Ginebra, 1958, reimpresso en 1994, p.77.

³ Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobados en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en su 53º período de sesiones (Doc. ONU A/CN.4/L.569, 26 de junio de 2001) y por la Asamblea General el 28 de enero de 2002, Res.56/83, textos disponibles en el sitio web: www.onu.org

⁴ En el art. 33 (2) de los mencionados Artículos, ibíd., se incluye una cláusula de salvaguardia según la cual los Artículos se entienden "sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional de un Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado". Esta disposición subraya que los Artículos no plantean que personas o entidades que no sean Estados invoquen esta responsabilidad; simplemente reconoce que las personas pueden tener derecho a exigir reparación por violaciones de las normas fundamentales del DIH por un Estado. V. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 210.

⁵ V. por ejemplo el art. 9 (5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969.

⁶ del 17 de julio de 1998, doc. ONU A/CONF.183/9, art.75.

⁷ Lord Denning en *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, AC, 1978, p. 435, citado en R. Higgins, "The role of domestic courts in the enforcement of international human rights: The United Kingdom", en B. Conforti y F. Franciani (dirs.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1997, p. 38.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha reconocido los intereses de las víctimas de violaciones del DIH. Los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones" (en adelante, "Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos"), aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en su 56° período de sesiones el año 2000⁸, están destinados a proporcionar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y del DIH el derecho a interponer recurso. El contenido de ese derecho comprende el acceso a la justicia, la reparación del daño sufrido y el acceso a información fáctica sobre las violaciones⁹. Distingue cinco formas de reparación: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición¹⁰.

Los Principios de la ONU fueron corroborados por otras varias iniciativas. En 1998, en el marco del Programa del siglo XXI de La Haya por la paz y la justicia, el Llamamiento de La Haya por la paz y la justicia definió la aplicación del DIH como su tema principal y formuló la siguiente recomendación: "El Llamamiento por la Paz recomendará cambios en el desarrollo y la aplicación de ambas ramas del derecho [el DIH y el derecho de los derechos humanos], a fin de colmar importantes vacíos en materia de protección y de armonizar estos ámbitos esenciales del derecho internacional"¹¹. En 2003, desarrollando estas iniciativas,

⁸ E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000. Conforme a su resolución 1989/13, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías encomendó al señor Theo van Boven la tarea de realizar un estudio sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/Sub.2/1993/8). El señor Theo van Boven preparó tres versiones de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones. La primera versión se halla en el documento E/CN.4/Sub.2/1993/8 del 2 de julio de 1993, sección IX; la segunda, en el documento E/CN.4/Sub.2/1996/17 del 24 de mayo de 1996 y la tercera, en el documento E/CN.4/1997/104 del 16 de enero de 1997. La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1996/35, consideró que los principios y directrices básicos propuestos por el señor van Boven eran una base útil para dar prioridad a la cuestión de la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas; en la resolución 1998/43, pidió a su presidente que designara un experto para que preparase una versión revisada de los principios y directrices básicos elaborados por el señor van Boven con miras a su adopción por la Asamblea General. De acuerdo con el párrafo 2 de dicha resolución, el presidente de la Comisión de Derechos Humanos designó para esa función al señor Cherif Bassiouni. Estos Principios tuvieron como antecedente la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Se hizo referencia asimismo a la resolución aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977 con el objetivo de armonizar las legislaciones nacionales en el ámbito de las indemnizaciones a las víctimas de delitos, resolución (77) 27, aprobada durante su 275° reunión.

⁹ Principio 11, Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos, *op. cit.* (nota 8).

¹⁰ Principio 21, *ibíd.*

¹¹ Recomendación 13, Programa para la paz, doc. ONU A/54/98.

el Centro de Derecho Internacional de la Universidad de Amsterdam y el Instituto Holandés de Derechos Humanos de la Universidad de Utrecht organizaron dos reuniones de expertos para debatir la necesidad y la viabilidad de nuevos procedimientos para resarcir a las víctimas de violaciones del DIH. En la reunión celebrada en mayo de 2003, se examinó si los mecanismos internacionales existentes permiten a esas víctimas interponer recursos y obtener reparaciones. Basándose en los resultados de estos debates, en octubre de 2003 se celebrará una reunión de seguimiento en la que se analizarán diferentes opciones para subsanar las lagunas de los procedimientos existentes o para desarrollar nuevos procedimientos. Por último, la Asociación de Derecho Internacional ha iniciado recientemente un proyecto sobre "indemnización a las víctimas de guerra"¹². Habida cuenta de que los civiles que resultan muertos o heridos, o que sufren pérdidas materiales o de otra índole, no reciben resarcimiento alguno, la finalidad del proyecto es "revisar sistemáticamente el derecho de la guerra y el de los derechos humanos, haciendo hincapié en los derechos de las víctimas de guerra a recibir indemnización". El proyecto propuesto tiene por objetivo la preparación y aprobación de un Proyecto de Declaración de Principios de Derecho Internacional sobre Indemnización a las Víctimas de Guerra"¹³.

Con estos antecedentes de ideas y propuestas mencionadas, examinaremos en el presente artículo los medios y mecanismos jurídicos de que disponen, a nivel nacional e internacional, las víctimas de violaciones del DIH para hacer respetar sus principales derechos¹⁴. Analizaremos si las víctimas tienen derecho a interponer recursos y la medida en que pueden hacerlo valer, si es que pueden. Basándonos en un breve análisis de la práctica nacional e internacional, sostendremos que, si bien no cabe la menor duda de que el DIH otorga a las víctimas una serie de derechos, éstos parecen difícilmente justiciables y, por ende, es poco probable que cristalicen en un derecho a interponer recursos o a obtener reparaciones.

¹² Asociación de Derecho Internacional, Boletín, 17 de mayo de 2003.

¹³ Ésta se considera una secuela lógica de las tres declaraciones de la Asociación de Derecho Internacional ya aprobadas sobre la expulsión en masa (Seúl, 1986), la indemnización a los refugiados (El Cairo, 1992), y desplazados internos (Londres, 2000). En todas estas declaraciones subyace el principio de que, con arreglo al derecho internacional, se debe indemnizar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

¹⁴ Este trabajo toma como base y amplía un artículo publicado por la autora y J. K. Kleffner con el título "Establishing an individual complaints procedure for violations of international humanitarian law", en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3, 2000, así como los informes recopilados para la Reunión de expertos sobre resarcimientos a las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario, celebrada en el Centro de Derecho Internacional de Amsterdam los días 9-10 de mayo de 2003, y reproducidos en *Collection of Documents*, Centro de Derecho Internacional de Amsterdam, mayo de 2003.

Nos limitaremos aquí a examinar el caso de las víctimas de violaciones del DIH. Aunque tienen mucho en común con las víctimas de otros delitos, nacionales e internacionales, así como con las de violaciones de los derechos humanos, ya nos hemos ocupado de estas últimas¹⁵. En cambio, se ha prestado escasa atención a la cuestión de los resarcimientos a las víctimas de violaciones del DIH¹⁶. Por otra parte, haremos hincapié en este artículo en el derecho legal a interponer recursos, cuya aplicación efectiva pueden impedirlos diversos obstáculos, como son las inmunidades, las amnistías y las prescripciones que, por falta de espacio, no podremos analizar aquí. Nuestra atención se centrará por ello en el derecho a recibir indemnización y en el derecho procedimental a hacerla valer, por más que reconocemos que no son éstos los únicos derechos que exigen las víctimas, pues tienen una amplia gama de necesidades y reclaman diversos resarcimientos, como son la restitución, la rehabilitación y la satisfacción.

La noción de "víctima"

El derecho a interponer recursos presupone una víctima cuyos derechos fundamentales han sido violados. Antes de abordar la cuestión de los recursos, se ha de esclarecer, pues, la noción de "víctima" según el DIH. A pesar de que ese término no figura en los Convenios de Ginebra ni en otros tratados de derecho humanitario¹⁷, las víctimas son obviamente la preocupación primaria del DIH. Así pues, las víctimas pueden definirse como las personas que sufren porque resultan afectadas por un conflicto armado; se las denomina "víctimas de la guerra". Esta definición también puede referirse a una población entera que padezca los efectos de un conflicto armado. Ahora bien, el acacimiento del conflicto

¹⁵ Sobre los resarcimientos a las víctimas que estipula el derecho internacional general, v. A. Randelzhofer y C. Tomuschat (dirs.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1999; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, 1962. Sobre los resarcimientos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, v. por ejemplo D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999; Instituto Holandés de Derechos Humanos, *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Maastricht 11-15 de marzo de 1992, SIM Especial n° 12.

¹⁶ El primer análisis minucioso del tema lo realizó A. McDonald, "Rights to legal remedies for victims of serious violations of international humanitarian law", tesis de doctorado, The Queen's University of Belfast (no publicada).

¹⁷ No obstante, el término "víctima" figura en el título de los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949: Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del 8 de junio de 1977 (en adelante: Protocolo adicional I) y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, del 8 de junio de 1977 (en adelante: Protocolo adicional II).

en sí queda fuera del ámbito del DIH, pues éste no se ocupa de la licitud o ilicitud de los conflictos. De modo que las víctimas de la guerra no tienen, según el DIH, un derecho individual a la paz, lo que no significa que no tengan ningún derecho, ya que les asiste el derecho supremo a la protección¹⁸. El objetivo primordial del DIH es, en efecto, proteger a las víctimas de la guerra¹⁹.

Sin embargo, afirmar que la violación del derecho a recibir protección conlleva el derecho a obtener reparación sería absurdo, pues todos los miembros de la población afectada por un conflicto armado son víctimas. La Corte Suprema de Justicia de los Países Bajos señaló claramente que nociones tales como recursos legales y compensación no son válidas para los beneficiarios del derecho a recibir protección. En un fallo del 29 de noviembre de 2002, la Corte Suprema decidió que las normas del DIH no protegen a las personas de las conmociones y las tensiones derivadas de ataques aéreos ni a las personas en relación con las cuales las normas y reglamentaciones no han sido violadas *in concreto*. Así pues, sólo tienen derecho a invocar las normas del DIH quienes han sido personalmente víctimas de violaciones de este ordenamiento jurídico²⁰.

Hay que diferenciar la amplia categoría de víctimas de la guerra de la más restringida –esperemos– de víctimas de violaciones del DIH, es decir, de las personas afectadas por esas violaciones. Esta categoría de víctimas se define por las

¹⁸ A pesar de que los diferentes convenios tienen ámbitos de aplicación limitados, el derecho de Ginebra presta protección a todas las personas que, a raíz de un conflicto armado, están en poder del adversario. La protección prevista es contra el poder arbitrario que una parte alcanza, en el transcurso de un conflicto armado, sobre las personas pertenecientes a la otra parte.

¹⁹ El derecho a recibir protección supone, entre otras cosas, el derecho a la asistencia humanitaria.

²⁰ Apdo. 3.2. La Corte Suprema desestimó una demanda presentada primero en actuación interlocutoria (*kort geding*) contra el Estado holandés a fin de ordenarle que interrumpiera inmediatamente su participación en las hostilidades contra la República Federal de Yugoslavia (RFY). Del 24 de marzo al 10 de junio de 1999, los Países Bajos participaron en operaciones militares –consistentes en ataques aéreos– de la OTAN contra la RFY. En el período de hostilidades, los demandantes eran soldados movilizados de la RFY en servicio activo. Una de las cuestiones jurídicas que la Corte Suprema debía determinar era si los ataques aéreos podían ser calificados como violaciones del DIH. Cabe aducir que esa demanda cae en el ámbito de aplicación del art. 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, que prohíbe el recurso a la fuerza. Sin embargo, por lo general no se acepta el efecto directo de esa disposición en los tribunales nacionales; v. por ejemplo el Tribunal de Apelaciones de Amsterdam (Países Bajos), *Vierde meervoudige burgerlijke kamer, Dedovic v. Kok et al.*, fallo del 6 de julio de 2000, apartado 5.3.6. Análogamente, *Gerechtshof Amsterdam, Vierde meer-voudige burgerlijke kamer, Dedovic v. Kok et al.*, fallo del 6 de julio de 2000, apartado 5.3.23 ("*De regels en normen van dit humanitaire recht strekken ...niet tot de bescherming van personen tegen spanningen of angsten die het gevolg zijn van de luchtacties als zodanig en evenmin tot bescherming van personen jegens wie die regels en normen niet in concreto zijn vertreden. Het komt er dus op aan of ieder van appellanten persoonlijk het slachtoffer is geworden van een gebeurtenis die als schending van humanitair (oorlogs) recht moet worden aangemerkt*"). A veces se hace la distinción entre víctimas directas y víctimas indirectas del DIH (cf. *Gerechtshof Amsterdam, Vierde meervoudige burgerlijke kamer, Dedovic v. Kok et al.*, fallo del 6 de julio de 2000).

restricciones jurídicas que el DIH impone a la conducción de la guerra. Aunque su principal objetivo es proteger a las víctimas de la guerra, el DIH no contiene disposición alguna sobre esa segunda categoría de víctimas de violaciones del DIH. Este ordenamiento jurídico se centra solamente en las personas que han de ser protegidas contra los peligros de la guerra y deja abierta la cuestión de las acciones que deben tomarse cuando no se presta esa protección.

El propósito de los Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos es poner remedio a esa deficiencia, ocupándose de las víctimas de violaciones del DIH. En esos Principios, se adopta la siguiente definición de víctima: "Se considerará "víctima" a la persona que, individual o colectivamente, como resultado de actos u omisiones que violan las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales"²¹.

Los derechos de las víctimas

El derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparación depende, en primer lugar, de sus derechos, según el DIH, que hayan sido violados. El derecho a interponer recursos es secundario, pues deriva de un derecho primario sustantivo que ha sido infringido. Así pues, sin un derecho primario, no puede haber un derecho secundario, de modo que el reconocimiento de las víctimas de violaciones del DIH presupone que las víctimas tienen derechos según el DIH. Que las personas tengan o no derechos en virtud de este régimen jurídico depende de si son beneficiarias de las normas de DIH o, dicho de otro modo, de si los intereses de esas personas están directamente estipulados y protegidos por el DIH²².

Al principio no se exponía, ni se había claramente concebido en realidad como un cuerpo de "derechos" que las asistía, el trato que debía darse, según el DIH, a las personas protegidas. Se interpretaba en general que las normas de derecho humanitario eran aplicables a los Estados con respecto a otros Estados y suelen estar redactadas en términos de prohibiciones aplicables a las partes en un conflicto. Sin embargo, en 1929, se definió con mayor claridad el principio de "derecho" y este término figura en varias disposiciones del Convenio de

²¹ Principio 8, Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos, *op. cit.* (nota 8): "Se podrán considerar también 'víctimas' a los miembros de la familia directa o personas a cargo de la víctima directa, así como a las personas que, al intervenir para asistir a la víctima o impedir que se produzcan otras violaciones, hayan sufrido daños físicos, mentales o económicos".

²² Tomuschat, *op. cit.* (nota 15), p. 7; Norgaard, *op. cit.* (nota 15), p. 48.

1929 sobre los prisioneros de guerra²³. Y en los Convenios de Ginebra de 1949 se afirmó explícitamente la existencia de derechos conferidos a las personas protegidas²⁴. Un análisis de estos Convenios muestra que, en diversas normas, se hace referencia explícita a conceptos tales como "derechos", "legitimaciones" o "beneficios".

En el marco de los conflictos internacionales, sirve de ejemplo el artículo 78 del III Convenio de Ginebra. Confiere a los prisioneros de guerra el derecho a presentar solicitudes relativas a las condiciones de cautiverio a que se hallen sometidos, así como a exponer sus quejas por esas condiciones. En el artículo 30 del IV Convenio de Ginebra, se otorga igualmente a todas las personas protegidas el derecho a dirigirse a las potencias protectoras, al Comité Internacional de la Cruz Roja y a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja para cursar una reclamación por alguna infracción del Convenio. Estas y otras disposiciones tipifican derechos de las personas o presuponen la existencia de ellos²⁵.

De la jurisprudencia puede inferirse que el derecho de La Haya también concede derechos a los individuos. En su fallo del 6 de julio de 2000, el tribunal de primera instancia de Amsterdam (Países Bajos) reconoció implícitamente la noción de derechos individuales en esa rama del derecho. Los apelantes trataron de invocar presuntas violaciones del artículo 52 del Protocolo adicional I, que contiene varias disposiciones sobre la protección de los bienes de carácter civil, durante los bombardeos de la OTAN contra la RFY como fundamento de demandas de indemnización contra miembros del Gobierno holandés. El tribunal rechazó esa demanda porque, en su opinión, no se habían cometido tales violaciones. Sin embargo, al confinar el derecho a invocar las normas a quienes sean personalmente víctimas de violaciones del DIH, el tribunal reconoció la posibilidad de derivar derechos individuales de las normas del DIH²⁶.

²³ V. por ejemplo los arts. 42 y 62 del Convenio del 27 de julio de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

²⁴ En particular, los arts. 7 y 8 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

²⁵ Otros ejemplos de tales referencias (en general indirectas) figuran en: el art. 7 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I Convenio de Ginebra); los arts. 6 y 7 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II Convenio de Ginebra); los arts. 7, 14, 84, 105 y 130 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio de Ginebra); los arts. 5, 7, 8, 27, 38, 80 y 146 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio de Ginebra); los arts. 44 (5), 45 (3), 75 y 85 (4) del Protocolo adicional I de 1977; y el art. 6 (2) del Protocolo adicional II de 1977.

²⁶ *Gerechtshof Amsterdam, Vierde meervoudige burgerlijke kamer, Dedovic v. K k et al.*, fallo del 6 de julio de 2000, apdo. 5.3.22.

Teniendo en cuenta estos claros ejemplos de normas que pueden concepcuarse como "derechos humanitarios individuales", y recordando los propósitos del DIH, es posible identificar otras muchas normas que contienen elementos de beneficios personales. Por ejemplo, se podría interpretar que las disposiciones sobre infracciones graves confieren derechos humanitarios individuales contra actos como el asesinato premeditado, la tortura o los tratos inhumanos, con los que deliberadamente se causa gran sufrimiento o heridas graves físicas y mentales. Esto es también cierto por lo que atañe a las normas aplicables en conflictos no internacionales, como la prohibición de los atentados contra la vida y contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, estipuladas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y en el artículo 4 del Protocolo adicional II.

La interpretación de otras disposiciones es más dudosa. Por ejemplo, mientras que es posible interpretar que el artículo 15 del primer Convenio de Ginebra²⁷ confiere a las personas heridas y enfermas el derecho individual a ser buscadas y recogidas, no está tan claro que la misma disposición pueda también conceder un derecho a que se concierte un armisticio o un alto el fuego, o acuerdos locales, cuando las circunstancias lo permitan, para permitir su evacuación, canje o traslado.

De todos modos, puede concluirse que algunas disposiciones al menos del DIH otorgan efectivamente derechos a las personas, conclusión que se fundamenta en la larga y fecunda influencia mutua del DIH y del derecho de los derechos humanos. En realidad, cuando se redactaron los Convenios de Ginebra ya predominaba esa tendencia, que también se plasmó en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁸. El Protocolo adicional II aplicable a los conflictos no internacionales también subraya, en su preámbulo, la estrecha relación que existe entre los derechos humanos y el DIH: "Recordando, asimismo, que los

²⁷ Esa disposición estipula: "En todo tiempo, y especialmente después de un combate, las Partes en conflicto tomarán sin tardanza todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos y a los enfermos, para protegerlos contra el pillaje y los malos tratos y proporcionarles la asistencia necesaria, así como para buscar a los muertos e impedir que sean despojados. Siempre que las circunstancias lo permitan, se concertará un armisticio, una interrupción del fuego o acuerdos locales que permitan la recogida, el canje y el traslado de los heridos abandonados en el campo de batalla. Podrán concertarse, asimismo, acuerdos locales entre las Partes en conflicto para la evacuación o el canje de los heridos y de los enfermos de una zona sitiada o cercada, así como para el paso del personal sanitario y religioso y de material sanitario con destino a dicha zona".

²⁸ Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmerman (dirs.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, CICR - Plaza & Janés Editores Colombia S. A., noviembre de 1998, p. 120.

instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental" y "[s]ubrayando la necesidad de garantizar una mejor protección a las víctimas de tales conflictos armados". En el texto del Protocolo se copiaron, además, numerosas disposiciones de derechos humanos²⁹. Los Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos refuerzan esa manifiesta relación estrecha entre el DIH y los derechos humanos, reconociendo en el DIH un conjunto no especificado de derechos primarios y el derecho secundario a interponer recursos y a obtener reparaciones fuera del régimen de los derechos humanos³⁰. Ese instrumento hace que las víctimas de violaciones del DIH avancen en el proceso de su capacitación legal, que se inició hace mucho tiempo en el ámbito de los derechos humanos.

El derecho a interponer recursos

Una cuestión diferente de la noción de "derechos", aunque relacionada con ella, es si esos derechos también pueden servir de base de demandas individuales presentadas por víctimas de sus violaciones. La situación de las víctimas de violaciones del derecho humanitario debe evaluarse, en última instancia, en función de su derecho a reclamar reparación, lo que incluye su capacidad procedimental, es decir, su capacidad de recurrir directamente a un organismo nacional o internacional para reclamar una reparación. Como se subrayó en la Conferencia Diplomática de 1949:

"No es suficiente otorgar derechos a las personas protegidas y asignar responsabilidades a los Estados; las personas protegidas también deben recibir el

²⁹ Pueden hallarse ejemplos en (partes de) los arts. 4 y 6 del Protocolo adicional II. V. *ibíd.*, pp.163-164 y p. 81.

³⁰ Los Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos, *op. cit.* (nota 8) también presuponen que existen derechos en virtud del DIH, del mismo modo que un derecho a interponer recursos presupone indudablemente derechos sustantivos. El principio 1 hace referencia a las normas de DIH contenidas, entre otros instrumentos, en los tratados y en el derecho consuetudinario. Los Principios no definen los tratados y las normas consuetudinarias pertinentes, por lo que dejan sin resolver la cuestión de qué derechos primarios tienen las personas individuales en virtud del DIH. En realidad, todos los instrumentos enumerados por la Comisión de la ONU de Derechos Humanos en la resolución por la que se adoptan los Principios son tratados de derechos humanos, a excepción de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 39 estipula, en relación con los niños víctimas de conflictos armados, que: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de (...) conflictos armados". En su informe final, el relator especial explica que los Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos se redactaron de manera que sean "compatibles con la evolución del derecho internacional". Por eso no se definieron los términos "violaciones" y "derecho internacional humanitario", pues "su contenido y significado concretos pueden evolucionar con el tiempo" (Informe final, *op. cit.* (nota 8), párr. 9). Es posible que el relator especial tuviera presente la larga y fecunda influencia mutua entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos.

apoyo que necesitan para obtener sus derechos; de otro modo, estarían desamparadas, desde un punto de vista legal, en relación con la potencia en cuyo poder se encuentren."³¹

En el artículo 3 del Convenio IV de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre puede hallarse un fundamento para sostener la afirmación de que los derechos proporcionan la base para las demandas presentadas por víctimas de violaciones de esos derechos:

"La Parte beligerante que violare las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su fuerza armada."

El artículo 91 del Protocolo adicional I contiene una norma muy similar al citado artículo 3³², cuya esencia se acepta generalmente como parte del derecho internacional consuetudinario³³. La responsabilidad de las partes en un conflicto de pagar una indemnización por las violaciones del DIH cometidas por integrantes de sus fuerzas armadas podría acarrear la obligación de indemnizar no sólo a los Estados, sino también a las víctimas individuales³⁴. Así pues, las obligaciones de los Estados y de otras partes beligerantes según el DIH podrían interpretarse como la réplica de los derechos de las víctimas, a cuyo respecto el DIH estipula un derecho de reclamación si son violados. Varios expertos opinan que la verdadera finalidad del artículo era conferir derechos directamente a las

³¹ Informe final de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949, vol. II – A, p. 822. Esta afirmación se realizó en el contexto del art. 30 del IV Convenio de Ginebra de 1949, por el que se autoriza a las personas protegidas que están en territorios de las partes en conflicto o en territorios ocupados a pedir ayuda a las potencias protectoras o al CICR, por ejemplo.

³² La Conferencia de 1977 aceptó el art. 91 sin mucho debate y sin disensión, lo que refleja la aceptación general del contenido del artículo como parte del derecho consuetudinario establecido. V. el dictamen pericial de F. Kalshoven, "Article 3 of the Convention (IV), respecting the laws and customs of war on land", en H. Fuijta, I. Suzuki, K. Nagano (dirs.), *War and Rights of Individuals*, Nippon Hyoron-sha Co. Ltd. Publishers, Tokio, 1999, p. 37.

³³ Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmerman (revis. y coord.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, CICR - Plaza & Janés Editores Colombia S.A., enero de 2001, comentario del art. 91, p. 1467, párr. 3645. También deberían tomarse en consideración los arts. 51/ 52/ 131/ 148, respectivamente, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que estipulan: "Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior [donde se enumeran esas infracciones]".

³⁴ *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, op. cit., (nota 33), p. 1472, párrs. 3656-3657.

personas individuales³⁵. Según Kalshoven, el empleo del término "indemnización" en lugar de, por ejemplo, "reparación", indicaría que los beneficiarios de la norma son las personas individuales³⁶. Los Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos también se basan en la suposición de que las violaciones del DIH dan lugar a un derecho de las víctimas a obtener reparaciones.

Sin embargo, aunque cabe aducir que el artículo 3 de la Convención de 1907, el artículo 91 del Protocolo adicional I y el derecho consuetudinario otorgan derechos a las personas individuales en caso de una violación, incluido el derecho a recibir indemnización, se plantea la cuestión de si una persona individual puede hacer valer su derecho contra un Estado o contra el infractor. El artículo 3 de la Convención de 1907 y el artículo 91 del Protocolo adicional I no hacen referencia alguna a este aspecto, dejando que el derecho internacional consuetudinario o las leyes nacionales autoricen a órganos internacionales o a tribunales nacionales a aplicar ese derecho. Un breve análisis de la práctica disponible muestra que los derechos primarios en DIH no se traducen necesariamente en derechos secundarios si son infringidos. Las víctimas de violaciones del DIH difícilmente pueden reclamar una indemnización ante los tribunales nacionales basándose en el artículo 3 de la Convención IV de La Haya de 1907 u otras disposiciones. En el plano internacional, las víctimas disponen de más mecanismos para reclamar una indemnización. Pero no existe un recurso general.

Recursos jurisdiccionales nacionales

Ni el derecho humanitario en su conjunto ni ningún artículo específico imponen a los Estados la obligación de dar directamente efecto, en sus ordenamientos jurídicos nacionales, a las disposiciones del DIH, en el sentido de que las víctimas individuales puedan invocar las normas de DIH ante los tribunales nacionales, como si se tratara de normas nacionales. Si un Estado decide hacerlo, el artículo de que se trate puede ser invocado directamente ante los tribunales nacionales. Otros Estados optan por integrar la sustancia del DIH, si no los artículos propiamente dichos, en la legislación nacional. Pero si no se adopta ninguna de estas modalidades, las víctimas no tienen recurso alguno. Ésta parece ser la situación más frecuente en todo el mundo.

³⁵ Dictámenes periciales, por F. Kalshoven, E. David y C. Greenwood, en *War and Rights of Individuals*, *op. cit.* (nota 32).

³⁶ *Ibid.* p. 39. V. también F. Kalshoven, "State responsibility for warlike acts of the armed forces: from Article 3 of the Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and beyond", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 827-858.

A pesar de las indicaciones en sentido contrario en la historia de la redacción del artículo 3 de la Convención IV de La Haya de 1907³⁷, hasta ahora los tribunales nacionales han rechazado por lo general las reclamaciones individuales de indemnización basadas en esta disposición³⁸. Los tribunales han considerado que la mayor parte de las normas de DIH son normas de derecho público que incumben solamente a los Estados, y no son aplicables en litigios entre particulares damnificados y el Estado. Por ejemplo, los tribunales japoneses han desestimado continuamente tales reclamaciones individuales en causas relativas a violaciones del DIH cometidas durante la II Guerra Mundial. Entre ellas se incluyen las llamadas "causas de las mujeres de solaz"³⁹. Las demandantes, mujeres supervivientes de la esclavitud sexual a que las sometieron los militares, exigían indemnizaciones legales del Estado y una disculpa del Gobierno, aduciendo que las víctimas particulares tienen derecho a exigir indemnización en virtud del derecho internacional consuetudinario y del artículo 3 del Convenio de La Haya, aplicable en tiempo de la II Guerra Mundial. Los tribunales japoneses negaron la existencia de esa prerrogativa, tanto en virtud del mencionado artículo 3 como del derecho internacional consuetudinario.

Análogamente, en el asunto de *Leo Handel et al. v. Andrija Artukovic*⁴⁰, un tribunal estadounidense de primera instancia desestimó una demanda de indemnización compensatoria por daños y perjuicios punitivos, basada en la Convención IV de La Haya de 1907 y en el Convenio de Ginebra de 1929 sobre el trato debido a los prisioneros de guerra. El acusado, el comisario de Seguridad Pública y Administración Interna y posterior ministro del Interior del Estado Independiente de Croacia, un Estado satélite del Reich alemán, era presuntamente culpable de la pérdida de la vida y de los bienes que padecieron los judíos en Yugoslavia durante la II Guerra Mundial. En calidad de funcionario, supervisó y ejecutó la solución croata de la "cuestión judía". Una de las cuatro causas de reclamación presentadas por los demandantes fue la de violaciones de la Convención

³⁷ Kalshoven, *op. cit.* (nota 36), pp. 830-833.

³⁸ *Ibid.*, pp. 835-837.

³⁹ De las diez demandas de una indemnización y una disculpa del Estado presentadas por "mujeres de solaz" contra el Gobierno de Japón a tribunales japoneses, dos fueron desestimadas por la Corte Suprema de Japón. Las otras ocho causas fueron desestimadas por el tribunal de primera instancia. Causas similares son las de los prisioneros de guerra británicos y holandeses. V. los informes de los correspondientes en el Anuario de Derecho Internacional Humanitario: Hideyuki Kasutani y Seigo Iwamoto, "Japan" en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3, 2000, p. 543; Hideyuki Kasutani, "Japan" en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, pp. 389-390.

⁴⁰ *Leo Handel et al. v. Andrija Artukovic* en su nombre y como representante del Gobierno Independiente del Estado de Croacia, Tribunal de primera instancia de Estados Unidos del Distrito Central de California, EE.UU., 601 y s. sup. 1421, fallo del 31 de enero de 1985, reproducido en M. Sassòli y A. Bouvier (dirs.), *How Does Law Protect in War*, CICR, Ginebra, 1999, pp. 713-719.

IV de La Haya de 1907 y del Convenio de Ginebra de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra⁴¹. Este fallo ayuda a comprender mejor los argumentos de los tribunales nacionales para desestimar ese tipo de demandas. Tras exponer las condiciones para que las disposiciones convencionales tengan fuerza de ley y otorguen un derecho particular de acción⁴², el tribunal negó que las disposiciones invocadas fueran inmediatamente ejecutorias. Para ello, se remitió, entre otras cosas, al hecho de que el artículo 120 del III Convenio de Ginebra de 1949, que revisó y reemplazó al Convenio de Ginebra de 1929, exige expresamente la aplicación del derecho a través de los tribunales nacionales. Según el tribunal:

"[u]n tratado que dispone que los Estados firmantes deben tomar las medidas necesarias a través de la propia legislación para hacer cumplir sus disposiciones manifiesta la intención de que el tratado no sea inmediatamente ejecutorio. (...) Por ello, el Convenio de Ginebra no proporciona a los querrelantes un derecho particular de acción...".

El tribunal se refirió luego a la Convención de La Haya y sostuvo que, si bien dicho tratado no contiene disposición alguna sobre su aplicación en el plano nacional, otros obstáculos obligarían a rechazar la efectividad inmediata de las disposiciones:

"las consecuencias de suponer una efectividad inmediata del tratado inducen a concluir que éste no es una fuente de derechos que un litigante particular puede hacer valer ante un tribunal nacional. El reconocimiento de un derecho particular a interponer recursos en virtud de la Convención crearía problemas insuperables para el sistema jurídico que lo intentara; probablemente interferiría en las relaciones exteriores y plantearía graves problemas de equidad de aplicación...".

El tribunal de primera instancia abordó luego las consecuencias sociales inmediatas y a largo plazo del carácter ejecutorio o no del tratado como un factor contextual suplementario. En su opinión, ello crearía numerosos problemas

⁴¹ La jurisdicción para la causa de la demanda se basó en 28 USC, p. 1331, que otorga jurisdicción al tribunal sobre las acciones "que se presenten de acuerdo con la Constitución, las leyes o los tratados" de Estados Unidos.

⁴² El tribunal estimó que: "La medida en que un acuerdo internacional establece obligaciones afirmativas y jurídicamente vinculantes sin leyes de ejecución debe determinarse en cada caso, en función de varios factores contextuales: 1) los propósitos del tratado y los objetivos de sus autores; 2) la existencia de procedimientos e instituciones locales adecuados para aplicarlo directamente, 3) la disponibilidad y la factibilidad de métodos de aplicación alternativos, y 4) las consecuencias sociales inmediatas y a largo plazo del carácter o no de dicho tratado".

prácticos y políticos que justificarían la negativa a aceptar la índole ejecutoria de las disposiciones invocadas. El tribunal sostiene que:

"[e]l código de comportamiento que los Convenios establecen podría dar tal vez lugar a cientos de miles o millones de pleitos iniciados por particulares, incluidos los prisioneros de guerra, que podrían pensar que sus derechos con arreglo a la Convención de La Haya fueron violados en el transcurso de una guerra en gran escala. Esos pleitos podrían sobrepasar ampliamente la capacidad de cualquier sistema jurídico para resolverlos, sobre todo de manera adecuada y justa; y los tribunales de una nación victoriosa podrían estar mucho menos dispuestos a admitir pleitos contra la nación de los miembros de sus fuerzas armadas que lo estarían los tribunales de una nación derrotada. Por último, la posibilidad de que se presenten innumerables pleitos particulares al final de una guerra podría ser un obstáculo para la negociación de la paz y el restablecimiento de las relaciones normales entre naciones."

Esta posición de los tribunales estadounidenses respecto del carácter ejecutorio del DIH fue confirmada recientemente en el asunto *Hamdi v. Rumsfeld*⁴³. Hamdi fue capturado en Afganistán durante los enfrentamientos militares. Hamdi y los *amici curiae* argumentaron que el artículo 5 del III Convenio de Ginebra de 1949 es aplicable al asunto Hamdi y requiere una determinación formal inicial de su estatuto como beligerante enemigo por "un tribunal competente"⁴⁴. En su sentencia del 8 de enero de 2003, el tribunal de Apelaciones de Estados Unidos del Distrito Cuarto determinó que el argumento no era válido, entre otras cosas porque:

"el Convenio de Ginebra no es directamente aplicable. (...) Los tribunales considerarán que un tratado es directamente aplicable sólo si el documento, en su conjunto, manifiesta la intención de estipular un derecho particular de acción. (...) El Convenio de Ginebra no manifiesta tal intención. Efectivamente, no contiene ninguna disposición explícita de ejecución por alguna forma de petición particular. Así pues, el debate sobre la aplicación se centra por completo en la reivindicación, por medios diplomáticos, de los derechos convencionales inherentes a naciones soberanas. Si dos partes en conflicto no están de acuerdo acerca de lo que el Convenio exige de ellas, el artículo 11 estipula que deben efectuar una "reunión de sus representantes", con la ayuda de diplomáticos de otros países, "para dirimir el litigio". (...) Análogamente,

⁴³ Tribunal Federal de Apelaciones de Estados Unidos para el Distrito Cuarto, 8 de enero de 2003, *International Legal Materials*, vol. 42, 2003, p.197.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 208, Parte III, B.

el artículo 132 establece que "toda alegada violación del Convenio" debe resolverse mediante un esfuerzo transnacional conjunto, "según las modalidades que se determinen entre las Partes interesadas". (...) Así pues, compartimos la opinión de otros tribunales de apelaciones de que los términos en que está redactado el Convenio de Ginebra no permiten concluir que éste sea directamente aplicable ni que tipifique derechos particulares de acción ante los tribunales nacionales de los países firmantes."⁴⁵

El Tribunal de Apelaciones supuso que, para ser directamente aplicable, un tratado debe estipular una causa particular de demanda. Esa suposición es, sin embargo, cuestionable. Parecería que cuando un tratado establece derechos individuales, debería ser directamente ejecutorio. Y, como acabamos de ver, los Convenios de Ginebra reconocen expresamente derechos particulares. Además, como ha señalado Paust, "el razonamiento del Tribunal de Apelaciones del Distrito Cuarto no tuvo en cuenta que un tratado puede ser no ejecutorio en parte, para un propósito, y directamente aplicable para otro, como para un uso defensivo o para fines de *habeas corpus*"⁴⁶.

Los asuntos sometidos a los tribunales estadounidenses sobre la base de la jurisdicción civil universal muestran un potencial mayor. Algunas víctimas de violaciones de los derechos humanos y del DIH han interpuesto recursos ante los tribunales estadounidenses basándose en la ley relativa a las demandas por daños y perjuicios interpuestas por extranjeros (*Alien Tort Claims Act – ATCA*) y en la ley relativa a la protección de las víctimas de la tortura (*Torture Victims Protection Act – TVPA*). La primera de estas leyes (ATCA), que tiene su origen en la Ley sobre el Poder Judicial Federal de 1789, otorga a los tribunales de primera instancia "jurisdicción en primera instancia de cualquier acción civil iniciada por un extranjero solamente por un daño cometido en violación del derecho de gentes o de un tratado de Estados Unidos"⁴⁷. En el asunto *Filartiga v. Pena Irala*⁴⁸, los familiares de una víctima de tortura y asesinato perpetrados por el Estado en Paraguay demandaron al presunto infractor por daños y perjuicios ante un tribunal federal de primera instancia en Nueva York. El tribunal desestimó la demanda por falta de jurisdicción, pero, tras la apelación, el Distrito Segundo consideró que la ATCA otorga jurisdicción a los tribunales federales, lo que permite a los tribunales estadounidenses procurar a extranjeros resarcimiento por violaciones del derecho internacional dondequiera que éstas se hayan cometido.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ J. Paust, "Judicial power to determine the status and rights of persons detained without trial", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, nº 2, 2003, p. 515.

⁴⁷ Actualmente codificado en 28 USC § 1350.

⁴⁸ 630 F. 2d, 876 (Distrito Segundo, 1980) ILR 77, p.169.

En virtud del asunto *Filartiga*, varios tribunales estadounidenses han sostenido que existe jurisdicción universal para ciertos crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra, que también se aplica cuando el acto denunciado se ha cometido fuera de Estados Unidos.

El asunto *Filartiga* fue objeto de vehementes controversias. En el asunto *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*⁴⁹, el Tribunal de Apelaciones estadounidense para el Distrito de Columbia rechazó la interpretación de la ATCA del asunto *Filartiga*. El Tribunal consideró que ese estatuto es meramente jurisdiccional y no otorga a los demandantes un derecho particular de reclamación. Algunas víctimas de un ataque terrorista en Israel entablaron pleito contra los presuntos autores, algunos de ellos presuntos agentes de Libia, en virtud de la ley ATCA, ante el tribunal federal de primera instancia en el distrito de Washington D.C. Como señaló el juez Bork en un voto coincidente: "por regla general, el derecho internacional no establece un derecho particular de acción, y una excepción a esa regla tendría que ser demostrada mediante una prueba fehaciente de que las naciones civilizadas han dado en general su asentimiento a esa excepción"⁵⁰.

Los asuntos *Kadic v. Karadzic* y *Doe I y II v. Karadzic* marcaron un hito en los anales de la ATCA. Los demandantes en esos asuntos denunciaron haber sido víctimas, según los casos, de deportación, encarcelamiento, inanición, torturas sistemáticas, violaciones y embarazos forzados. El acusado era Radovan Karadzic, en su condición de dirigente serbobosnio, a quien se imputaron los delitos de genocidio, crímenes de guerra y tortura. El 13 de octubre de 1995, el Tribunal de Apelaciones estadounidense del Distrito Segundo resolvió que los actos cometidos por Karadzic, aunque de un particular, estaban prohibidos por el derecho internacional y que éste no exige en general una acción estatal, especialmente por lo que respecta al genocidio y los crímenes de guerra. En otra causa posterior, el asunto *Humberto Álvarez-Machain et al. v. EE.UU.*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Distrito rechazó el alegato del acusado según el cual la ATCA sólo otorga autoridad jurisdiccional y consideró que también confiere derechos jurídicos sustantivos⁵¹.

En 1992, la ley estadounidense relativa a la protección de las víctimas de la tortura codificó lo sostenido en el asunto *Filartiga*. Esa ley tipifica derechos de demanda contra individuos que, actuando en virtud de una legislación extranjera,

⁴⁹ 726 F. 2d, 774 (Distrito de Columbia, 1984), nº 81-1870, 81-1871.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 817. V. asimismo J. M. Rogers, *International Law and United States Law*, Ashgate Publishing Company, Dartmouth, 1999, pp. 113-123.

⁵¹ Nº 95-55464; nº 95-55768; nº 95-56121. Tribunal de Apelaciones estadounidense del Distrito Nove-no 107F. 3d. 696, 1996 US App. LEXIS 37014, 24 de septiembre de 1996, enmienda del 19 de febrero de 1997.

someten a una persona a tortura o a ejecución extrajudicial⁵². Confiere a las víctimas de la tortura, extranjeros o estadounidenses, el derecho a interponer recursos.

Por último, cabe mencionar la ley estadounidense de 1976 relativa a la inmunidad soberana extranjera (FSIA), por la que se otorga a los tribunales federales de primera instancia jurisdicción concurrente sobre acciones civiles contra un Estado extranjero y entidades afines⁵³. Algunos demandantes han sido indemnizados en virtud de la FSIA, por ejemplo en los asuntos *Letelier*⁵⁴ y *Siderman*⁵⁵.

Aunque haya que reconocer que las sentencias en algunas causas juzgadas por tribunales holandeses y estadounidenses que ejercieron jurisdicción civil universal son prometedoras, la conclusión general es que los tribunales nacionales muestran, por sus argumentaciones, que su práctica en relación con las demandas de indemnización individuales basadas en normas del DIH se caracteriza por cierta timidez jurídica y el empleo de doctrinas evasivas⁵⁶. En la medida en que los tribunales nacionales han negado la existencia de derechos individuales en el DIH, sus fallos han de desecharse. No sólo los Convenios de Ginebra reconocen expresamente la existencia de derechos primarios, sino que el DIH también prevé la posibilidad de derechos particulares de indemnización, por ejemplo en el artículo 3 del Convenio IV de La Haya de 1907 y en el artículo 91 del Protocolo adicional I.

Sería deseable que los tribunales en Japón, Estados Unidos y otros países adoptaran una postura más liberal en este aspecto; pero no es seguro que se orienten en esa dirección. Por lo que atañe al derecho a interponer recursos a nivel nacional, las perspectivas de un cambio en la aplicación del DIH hacia una responsabilización con respecto a los particulares, depende en gran medida de la evolución de la legislación a nivel nacional e internacional. En el plano nacional, los Estados deberían disponer de un marco jurídico que incorpore el DIH. Cabe afirmar que la obligación de promulgar tales leyes podría derivarse del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que estipula que las Partes Contratantes deben hacer respetar los Convenios en todas las circunstancias.

⁵² G. B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts: Commentary & Materials*, 3a ed., Kluwer Law International, La Haya, 1996, pp. 37-39.

⁵³ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁴ *Letelier v. Chile*, 488 F. Supp. 665 (Distrito de Columbia 1980).

⁵⁵ *Siderman v. Argentina*, 965 F. 2d 699 (Distrito Noveno 1992), cert. Denied, 507 U.S. 1017 (1993).

⁵⁶ Varios analistas han considerado que la jurisprudencia nacional que niega la existencia de derechos individuales en virtud del DIH es incorrecta. V. Greenwood, *op. cit.* (nota 35), p. 68; David, *op. cit.* (nota 35), pp. 54-55.

Numerosos tratados de derecho humanitario, como el Tratado de Ottawa sobre las minas antipersonal, el Protocolo enmendado II sobre prohibiciones y restricciones al empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, y el Protocolo II para la protección de los bienes culturales, obligan explícitamente a los Estados a adoptar las medidas legislativas nacionales necesarias⁵⁷. Además, la obligación de aplicar las normas humanitarias mediante leyes nacionales puede inferirse de la obligación que tienen los Estados de encausar a los transgresores de esas normas. Para poder entablar acciones legales por infracciones graves y otras violaciones del DIH, un Estado debe promulgar las leyes necesarias. La obligación de enjuiciar sólo puede cumplirse mediante algún tipo de leyes penales⁵⁸.

Los Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos pueden ser un importante incentivo para las actividades legislativas en el nivel interno. Esos Principios se relacionan ante todo con los recursos jurisdiccionales a nivel nacional. El Principio 2 establece que "los Estados se asegurarán (...) de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones internacionales, para lo cual incorporarán las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a su derecho interno; adoptarán procedimientos administrativos y judiciales apropiados y eficaces (...)". Como los Principios exigen a los Estados que incorporen el DIH a la legislación nacional, no se plantea la cuestión del efecto directo de los derechos que otorga el DIH. Otra solución sería reconocer, en virtud del derecho internacional, un derecho particular de acción ante los tribunales nacionales, que autorizaría a las víctimas a invocar directamente sus derechos según el DIH ante los tribunales nacionales. Los Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos regulan esta cuestión, al estipular que los Estados deben adoptar medidas apropiadas para resarcir a las víctimas de violaciones del DIH, incluido el acceso a la justicia⁵⁹.

⁵⁷ Art. 9 de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, del 18 de septiembre de 1997; art.14 del Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones al empleo de minas antipersonal, armas trampa y otros artefactos del 3 de mayo de 1996 (Protocolo enmendado II del 3 de mayo de 1996, anexo a la Convención de 1980); arts. 15-2 y 16-1 del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, del 26 de marzo de 1999.

⁵⁸ Como sostuvo Meron: "Por lo que respecta al Estado del que son ciudadanos los autores de infracciones que no sean graves, sus obligaciones van más lejos. Habida cuenta de los propósitos y objetivos de los Convenios de Ginebra y del contenido normativo de sus disposiciones, todo Estado que carezca de las leyes necesarias o que no esté dispuesto, por lo demás, a enjuiciar y castigar a quienes violan cláusulas que no sean las disposiciones sobre infracciones graves, pero que son significativas y tienen un claro carácter penal, cuestiona gravemente que cumpla de buena fe de las obligaciones convencionales", T. Meron, "International criminalization of internal atrocities", *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 570.

⁵⁹ Principios 8 (d) y 10 (a), Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos, *op. cit.* (nota 8).

Recursos jurisdiccionales a nivel internacional

En el plano internacional, es difícil para las víctimas de violaciones del DIH ejercer los derechos que les confiere este régimen jurídico. No hay ningún mecanismo internacional general que les permita hacerlos valer. Los Principios de la ONU mencionados estipulan que el derecho a interponer recursos por una violación del DIH comprende "todos los procedimientos internacionales disponibles en que pueda personarse un individuo"⁶⁰. Pero, a pesar de que los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales contienen muchas disposiciones sobre la represión de las infracciones graves, no estipulan ningún tipo de resarcimiento para las víctimas de esos delitos. En el estado actual del derecho, el único procedimiento obligatorio para determinar si ha habido violaciones es el procedimiento de encuesta, establecido en el artículo 90 del Protocolo I⁶¹. Sin embargo, dejando de lado el hecho de que, hasta ahora, la Comisión Internacional de Encuesta no ha tratado ningún asunto, los procedimientos estipulados en el artículo 90 y en el Reglamento aprobado por la Comisión no permiten a las víctimas particulares de violaciones del DIH interponer recursos ante la justicia.

En la práctica, todos los procedimientos existentes en el DIH están sujetos al acuerdo de las partes en conflicto y ninguno prevé un derecho general de las víctimas particulares a interponer recurso por violaciones del derecho. Sin pretender ser exhaustivos, trataremos de examinar algunos ejemplos⁶².

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

El CICR afirma ser el principal organismo internacional para la protección de las víctimas de la guerra. La comunidad internacional le ha encomendado proteger y asistir a estas víctimas y actuar como promotor y guardián del DIH. Específicamente debe "asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra, trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho"⁶³. Un antiguo jefe de delegación del CICR en Colombia expuso así como esto se realiza en la práctica:

⁶⁰ Principio 14, *ibíd.* Esto será sin perjuicio de cualesquier otros recursos nacionales.

⁶¹ La Comisión Internacional de Encuesta es una creación del artículo 90 del Protocolo adicional I. Se consintió en 1991, cuando se reunieron las condiciones estipuladas en el art. 90 (1) (b).

⁶² No examinaremos los organismos de las Naciones Unidas. Sobre la aplicación del derecho humanitario por las Naciones Unidas, v. H-P. Gasser, "Ensuring respect for the Geneva Conventions and Protocols: The role of third States and the United Nations", en H. Fox & M. A. Meyer (dirs.), *Effecting Compliance*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 1993, pp. 15-49.

⁶³ Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, aprobados por la Conferencia Internacional de la Cruz Roja (1986, enmendados en 1995), art. 5 (2) (c). Texto idéntico en los Estatutos del CICR (1998), art. 4 (1) (c).

"[a]demás de los casos de toma de rehenes y de las quejas recibidas de personas detenidas, el CICR registra anualmente más de 1.500 denuncias individuales de víctimas de violaciones del DIH cometidas por actores diversos del conflicto armado. Esas denuncias pueden relacionarse con ejecuciones extrajudiciales, no devolución de cadáveres y atentados contra la vida y los bienes. En numerosos casos, al transmitir esas denuncias, los delegados del CICR pueden ayudar a determinar la autoría de las violaciones, interponer demandas y, a veces, obtener reparaciones, esclarecer la gravedad de los atentados y, en ocasiones, lograr que se deje de cometerlos, localizar tumbas y negociar la devolución de cadáveres. Asimismo, el CICR remite con regularidad informes confidenciales relativos a esas denuncias y notas recordatorias de las disposiciones pertinentes de DIH al Gobierno, los grupos insurrectos y las Autodefensas [agrupación paramilitar de derecha]."⁶⁴

Aunque la labor del CICR se centra enteramente en velar por que se aplique el DIH, no dispone de normas oficiales de ejecución y, su cometido y actividades no proporcionan ciertamente a las víctimas un derecho a interponer recursos. No tiene medios para tomar resoluciones ejecutorias sobre las demandas de particulares que alegan ser víctimas de esas violaciones, y tampoco es ése su propósito. En cambio, interviene principalmente a través de entrevistas confidenciales con los Gobiernos.

Organismos de defensa de los derechos humanos

Las perspectivas más prometedoras parecen hallarse donde el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario se superponen. A pesar de que no son tribunales de derecho humanitario y de que no están explícitamente relacionados en modo alguno con el ámbito del DIH, los tribunales de derechos humanos brindan un foro para las víctimas de violaciones del DIH.

La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos han adoptado la actitud más liberal, al aplicar el DIH directamente en los procedimientos de demandas individuales. La Comisión afirmó su posición de que debía aplicar el DIH porque, de ese modo, fortalecería su capacidad de hacer frente a las situaciones de conflicto armado. Sostuvo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque es formalmente aplicable en tiempo de conflicto armado, no fue concebida para regular situaciones bélicas. En particular, la

⁶⁴ P. Gassmann, "Colombia: Persuading belligerents to comply with international norms", en S. Chesterman (dir.), *Civilians in War*, Lynne Rienner Publishers, Londres, 2001, p. 90, nota 16, citado en F. Kalshoven, "The International Humanitarian Fact-Finding Commission established by the First Additional Protocol to the Geneva Conventions", en *Collection of Documents, op. cit.* (nota 14), pp. 9-30.

Comisión observó que la Convención Americana no contiene normas sobre los medios y métodos de hacer la guerra⁶⁵.

En el llamado asunto *La Tablada* (1997)⁶⁶, la Comisión expuso una extensa serie de argumentos para fundamentar su decisión de incluir el derecho humanitario en su mandato. En resumen, arguyó que, si bien no existe una base jurídica explícita, varios artículos de la Convención Americana permiten interpretar que la Comisión tiene el mandato indirecto de aplicar el DIH. La posición de la Comisión Interamericana de que es competente para aplicar el derecho humanitario no deja de ser problemática. Por falta de espacio, no podemos detallar aquí esos argumentos⁶⁷, pero un análisis minucioso muestra que es sumamente cuestionable la opinión de que la Convención Americana proporciona a la Comisión un fundamento jurídico para aplicar el derecho humanitario.

Por ello, no sorprende que su práctica se haya visto cuestionada en el asunto *Las Palmeras*, relativo a una denuncia contra Colombia presentada ante la Comisión el 27 de enero de 1994. A raíz de esa denuncia, la Comisión aprobó un informe sobre la causa el 20 de febrero de 1998, en el que confirmó su postura de aplicar directamente el DIH, que había adoptado en causas anteriores. Se estimó que Colombia había violado el derecho a la vida estipulado en el artículo 4 de la Convención Americana y en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Después de que la Comisión remitió el caso a la Corte, el Gobierno colombiano presentó cinco objeciones previas en septiembre de 1998. En la segunda y tercera objeciones previas, Colombia cuestionó la competencia de la Comisión y de la Corte para enjuiciar a un Estado por una violación del derecho a la vida estipulado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. En su sentencia del

⁶⁵ Dio el ejemplo siguiente: "... tanto el artículo 3 común como el artículo 4 de la Convención Americana protegen el derecho a la vida y, en consecuencia, prohíben, *inter alia*, las ejecuciones sumarias en cualquier circunstancia. Las denuncias que aleguen privaciones arbitrarias del derecho a la vida, atribuibles a agentes del Estado, están claramente dentro de la competencia de la Comisión. Sin embargo, la competencia de ésta para resolver denuncias sobre violaciones del derecho no suspendible a la vida que surjan de un conflicto armado, podría encontrarse limitada si se fundara únicamente en el artículo 4 de la Convención Americana. Esto obedece a que la Convención Americana no contiene disposiciones que definan o distinguan a los civiles de los combatientes, y otros objetivos militares ni, mucho menos, que especifiquen cuándo un civil puede ser objeto de ataque legítimo o cuándo las bajas civiles son una consecuencia legítima de operaciones militares.", *Informe de la CIDH*, n° 55/9, caso n° 11.137, Argentina, OEA/Ser/L/V/II.97, doc. 38, 30 de octubre, 1997, párr. 161. Disponible en: <http://www.derechos.org/oea/abellava.html#iv>

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Un análisis de los argumentos presentados por la Comisión puede hallarse en L. Zegveld, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario: comentario acerca del caso *La Tablada*", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 147, 1998, pp. 547-554.

4 de febrero de 2000⁶⁸, la Corte admitió esas dos objeciones⁶⁹ y consideró que no tenía competencia para aplicar los Convenios de Ginebra, aunque sí era competente para interpretar los Convenios de Ginebra cuando fuera necesario interpretar una norma de la Convención Americana⁷⁰. La Corte Interamericana sostuvo que:

"Si bien la Comisión Interamericana tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, de la Convención Americana se desprende, con toda claridad, que el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culmine en una demanda ante la Corte, debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención (*cf.*: artículos 33, 44, 48.1 y 48). Se exceptúan de esta regla los casos en que otra Convención, ratificada por el Estado, confiere competencia a la Comisión o a la Corte Interamericanas para conocer de violaciones de los derechos protegidos por dicha Convención, como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas."⁷¹

En consecuencia, la Comisión y la Corte Interamericanas podían tomar al DIH como norma de referencia. En el asunto *Bamaca Velázquez contra Guatemala* (sentencia del 25 de noviembre de 2000) sobre malos tratos a personas detenidas, la Corte consideró que se había cometido una violación del artículo 1 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estipula la obligación de hacer respetar los derechos reconocidos en este instrumento, en relación con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. La Corte afirmó:

"El artículo 1 (1) de la Convención dispone que los Estados Partes se comprometen a "garantizar" a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en ella. (...) La Corte considera probado que, cuando se produjeron los hechos que nos ocupan, había un conflicto interno en Guatemala. Como se ha señalado, esta circunstancia, en lugar de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, lo obligaba a actuar de conformidad con esas obligaciones. Por ello, y como dispone el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en caso de conflicto armado interno, el Estado tiene

⁶⁸ *Caso Las Palmeras, Excepciones Preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000, Serie C, n° 66.* Sobre esta causa v. F. Kalshoven, "State sovereignty versus international concern in some recent cases of the Inter American Court of Human Rights", en G. Kreijen (dir.), *State, Sovereignty and International Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 259-280.

⁶⁹ *Ibíd.* párr. 43.

⁷⁰ *Ibíd.* párrs. 32-33.

⁷¹ *Ibíd.* párr. 34.

la obligación de velar por que las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón sean tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.

El DIH prohíbe, en particular, los atentados contra la vida y la integridad corporal de las personas mencionadas, en cualquier tiempo y lugar. (...) Aunque la Corte no tiene competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable de la violación de tratados internacionales que no le confieren esa competencia, puede señalar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos según los tratados cuya aplicación incumbe a la Corte, también violan otros instrumentos internacionales para la protección de las personas, como los Convenios de Ginebra de 1949, en particular el artículo 3 común. (...) En realidad, existe una analogía entre el contenido del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y las disposiciones de la Convención Americana y otros instrumentos internacionales relativos a derechos humanos que no admiten excepciones, suspensión ni menoscabo (como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado, en el asunto *Las Palmeras* (2000), que las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra pueden tomarse en consideración como elementos para interpretar la Convención Americana."⁷²

La Corte Interamericana estimó que se había cometido una violación del artículo 1 (1) de la Convención Americana en relación con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; no interpretó que se hubiese cometido una violación independiente de ese artículo.

Una mera observación de la Corte sobre violaciones del DIH ya supondría para Estados Unidos dar un paso demasiado lejos. El 12 de marzo de 2002, el Gobierno estadounidense rechazó la demanda de la Comisión Interamericana, fechada el mismo día, de que tomara "las medidas urgentes necesarias para que un tribunal competente determine el estatuto jurídico de los detenidos en la Bahía de Guantánamo"⁷³. Reconociendo que su cometido específico es velar por el respeto de los derechos humanos, la Comisión indicó que, en el pasado, "había tomado en consideración y aplicado definiciones y normas pertinentes de derecho internacional humanitario al interpretar la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y otros instrumentos interamericanos de derechos

⁷² Párrs. 205-210.

⁷³ Carta al Gobierno de EE.UU. del 12 de marzo de 2002, disponible en: http://www.photius.com/rogue_nations/guantanamo.html >

humanos en caso de conflicto armado". El Gobierno estadounidense sostuvo que "la Comisión no tiene la competencia jurisdiccional requerida para aplicar el derecho internacional humanitario, en particular el Convenio de Ginebra de 1949 relativo a los prisioneros de guerra", y citó la sentencia de la Corte Interamericana en el asunto *Las Palmeras*. Sin embargo, la decisión de la Corte en esta última causa sobre la competencia de la Corte y de la Comisión para aplicar el DIH se limita a un asunto contencioso, que puede terminar en una decisión vinculante de la Corte. Por otro lado, la Comisión basó su solicitud de que se tomaran medidas preventivas en favor de las personas detenidas en la Bahía de Guantánamo en las amplias facultades que le confieren la Carta de la OEA y la Declaración Americana. Sea como fuere, queda claro que el Gobierno estadounidense considera los instrumentos interamericanos de derechos humanos y el DIH como dos cuerpos jurídicos completamente separados y, por ello, rechaza la competencia de la Comisión Interamericana, tanto para aplicar directamente el DIH como para utilizarlo como fundamento de sus interpretaciones⁷⁴.

El número cada vez mayor de Estados Partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos implica que muchas causas se relacionan con cuestiones que requieren tomar en consideración el DIH. Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aún se muestra reacio a invocar explícitamente el derecho de los conflictos armados, parece utilizarlo como herramienta de análisis. En varias ocasiones, el derecho humanitario parece haber servido de orientación en la práctica del Tribunal Europeo⁷⁵.

La Comisión Africana sobre los derechos del hombre y de los pueblos ha adoptado una postura algo diferente, más flexible. Reconoce una relación más estrecha entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos y

⁷⁴ Sobre este asunto, v. F. Kalshoven, "Enemy combatants in American hands: Are there limits to the President's discretion?", archivo mecanografiado. Se prevé la publicación de este texto para diciembre de 2003.

⁷⁵ El derecho humanitario se ha aplicado en el contexto de los siguientes derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: art. 2 (derecho a la vida), art. 3 (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos), art. 8 (derecho a la vida familiar) y art. 1 del Protocolo (derecho al respeto de los bienes). La práctica correspondiente puede ubicarse en los ámbitos siguientes: destrucción de los bienes y desplazamiento de la población civil, detención y trato de los detenidos, conducción de las operaciones militares y ejecuciones sumarias. Otros organismos de defensa de los derechos humanos también han recurrido al derecho humanitario; por ejemplo, en una denuncia interestatal contra Turquía, Chipre invocó normas del DIH ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (4 EHRR 482 en 552, 553 (1976) Informe de la Comisión). Sin embargo, la Comisión Europea no examinó ese punto. Sobre este tema, v. Ch. M. Cerna, "Human rights in armed conflict: Implementation of international humanitarian law norms by regional intergovernmental human rights bodies", en F. Kalshoven e Y. Sandoz (dirs.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 31-67.

las consecuencias que la violación de uno tiene en el otro; además, cree necesario promover conjuntamente ambas ramas del derecho⁷⁶. En su resolución sobre Sudán, la Comisión Africana recordó que "Sudán está legalmente obligado a respetar los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario y ha ratificado (...) los cuatro Convenios de Ginebra de 1949"⁷⁷. Aunque esta afirmación denote que la Comisión Africana se considera a sí misma como supervisora de la aplicación de los instrumentos de DIH, por lo que sabemos, no ha dictado hasta ahora ninguna sentencia particular basada directamente en el DIH.

En suma, todos los organismos zonales de defensa de los derechos humanos se han inclinado a examinar las cuestiones relacionadas con los derechos humanos en el contexto del derecho humanitario. A raíz de esta práctica, Christopher Greenwood, en su Informe sobre Derecho Internacional Humanitario presentado en el Centenario de la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, propuso que la falta de mecanismos de aplicación del DIH puede compensarse con instrumentos de derechos humanos⁷⁸. Más concretamente, sostuvo que "los mecanismos de vigilancia de los convenios de derechos humanos podrían utilizarse de manera indirecta para ayudar a velar por el respeto del derecho aplicable en los conflictos internos"⁷⁹. A diferencia del derecho humanitario, los tratados de derechos humanos suelen estipular la creación de comités, comisiones o tribunales que tienen competencia para atender demandas de particulares⁸⁰ y que permiten a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, o de hecho del DIH, interponer recursos.

⁷⁶ De su resolución sobre la promoción y el respeto del derecho internacional humanitario y los derechos del hombre y de los pueblos, se desprende que la Comisión Africana considera que ambas ramas del derecho se basan en los mismos principios: "Habida cuenta de que los derechos humanos y el DIH siempre han tenido por finalidad, aunque en situaciones diferentes, proteger a los seres humanos y salvaguardar sus derechos fundamentales...", en *Seventh Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, 1993-94, ACHPR/RPT/17th, Anexo XI.

En la misma resolución, la Comisión combina consideraciones de derecho humanitario y de derecho de los derechos humanos de diversas maneras. Estima necesario promover ambos derechos a la vez: "Subrayando la importancia de propagar los principios de los derechos humanos, así como los del DIH...", resolución sobre los derechos del hombre y de los pueblos a la educación, *ibíd.*, Anexo X.

⁷⁷ Resolución sobre Sudán, *Eighth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, 1994-95, ACHPR/RPT/8th, Anexo VII.

⁷⁸ C.Greenwood, "International humanitarian law" en F. Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports and Conclusions*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 240-241 y 251-252.

⁷⁹ *Ibíd.* en 240.

⁸⁰ En los siguientes tratados de derechos humanos, se ha previsto la creación de "comités" con competencia para recibir denuncias de particulares: Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965 (Comité para la eliminación de la discriminación racial); Primer Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Comité de Derechos Humanos); Convención de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o

Comisiones de reclamaciones

En los últimos años, se han instaurado numerosos tribunales y comisiones con la finalidad de responder a las reclamaciones de las víctimas de violaciones del DIH perpetradas en conflictos armados internacionales o internos⁸¹.

Dos ejemplos conocidos son la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (UNCC) y la Comisión de Reclamaciones para Eritrea-Etiopía (EECC), cuya base jurisdiccional incluye referencias específicas a violaciones del DIH⁸². La UNCC fue establecida en 1991 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a fin de determinar la responsabilidad legal de Irak, "ante los Gobiernos, nacionales y empresas extranjeros, con arreglo al derecho internacional, por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de los recursos naturales, y por todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait" en 1990/1991⁸³. Así pues, el Consejo de Seguridad consideró que esa responsabilidad existía no sólo entre Estados, sino también respecto de personas físicas y jurídicas. La gran mayoría de las 2,6 millones de demandas de reparación recibidas las presentaron particulares⁸⁴. Las decisiones de la UNCC reconocen el derecho a exigir reparación de las víctimas civiles particulares de violaciones del DIH⁸⁵.

degradantes (Comité contra la tortura); Convención Internacional de 1990 para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares; Protocolo facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer), aprobado por la resolución de la Asamblea General A / 54 / 4 el 6 de octubre de 1999 y abierto a la firma el 10 de diciembre de 1999 (todavía no está en vigor).

Se han establecido "comisiones", "tribunales" y/o "cortes" en Europa (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la entrada en vigor del Protocolo 11), África (la Comisión Africana para los derechos del hombre y de los pueblos, hasta la entrada en vigor de la Carta, aprobada en junio de 1998, y más tarde, la Comisión y Corte sobre los derechos del hombre y de los pueblos), América (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

⁸¹ V. N. Wühler, "The role of ad hoc claims commissions", en *Collection of Documents, op. cit.* (nota 14), pp. 50-58; K.Oellers-Frahm y A. Zimmermann (dirs.), *Dispute Settlement in Public International Law: Texts and Materials*, 2a ed. revisada y actualizada, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 2001; P. Sands, R. Mackenzie e Y. Shany (dirs.), *Manual on International Courts and Tribunals*, Butterworths, Londres, 1999.

Se recurre cada vez más a mecanismos internacionales de reclamación para hacer frente a las consecuencias de conflictos internacionales o internos, tendencia que se espera continúe. Por ejemplo, se han remitido propuestas en relación con Chipre, Palestina y, últimamente, Irak.

⁸² Otros ejemplos son los tribunales de arbitraje mixtos, instaurados en virtud de lo estipulado en los acuerdos de paz tras la I Guerra Mundial, así como otros tribunales similares constituidos tras la II Guerra Mundial. La tarea de estos tribunales era asignar indemnizaciones a particulares por las pérdidas sufridas durante dichas guerras.

⁸³ CS, resolución 687 (1991) del 8 de abril de 1991, párr. 16.

⁸⁴ Aproximadamente 7.000 fueron presentadas por empresas y cerca de 300 por Gobiernos. V. sitio web de la Comisión: www.uncc.ch.

⁸⁵ V. por ejemplo la sentencia n° 7, Doc. de la ONU S/ AC. 26 /1991/7, párr. 6.

La EECC fue establecida en 2000 por el Acuerdo de paz entre Eritrea y Etiopía "para resolver, mediante arbitraje vinculante, todas las reclamaciones por pérdidas, daños y perjuicios causados por un Gobierno contra otro, y por ciudadanos (personas jurídicas y naturales) de una parte contra el Gobierno de la otra parte o contra entidades que son propiedad o están controladas por la otra parte, que: (a) estén relacionados con el conflicto (...) y (b) resulten de violaciones del DIH, en particular de los Convenios de Ginebra de 1949, o de otras violaciones del derecho internacional"⁸⁶. Se calcula que se han presentado unas 400.000 solicitudes de indemnización dimanantes de ciudadanos de cada uno de los dos Estados. El 1 de julio de 2003, la EECC dictó sus primeras resoluciones sobre reclamaciones presentadas por Etiopía y Eritrea relativas al trato dado a prisioneros de guerra⁸⁷.

Por lo general, las comisiones de reclamaciones disponen de la restitución o la devolución de los bienes, o una indemnización pecuniaria. En varios programas, los reclamantes particulares tienen derecho a incoar acciones penales. Los solicitantes remiten sus reclamaciones directamente a la comisión respectiva o, en el caso de la UNCC y la EECC, a su Gobierno, que las transmite a la comisión pertinente. Esta última modalidad, es decir, que el Gobierno presente las reclamaciones, se debe más a motivos administrativos que a la consideración legal de que las personas físicas no tengan derecho propio a recibir una indemnización⁸⁸.

Cabe señalar que los mecanismos de reclamación colectiva son los más apropiados para las víctimas de crímenes en gran escala cometidos en situaciones en las que es difícil resolver caso por caso y en que los recursos disponibles suelen ser limitados⁸⁹. Habida cuenta de la naturaleza específica del DIH, las medidas de resarcimiento en particular pueden ser problemáticas. Si se individualizan las peticiones de reparación por violaciones del DIH cometidas en pleno conflicto armado, y a veces en gran escala, posiblemente como parte de un plan o de una política, las capacidades de un organismo internacional pueden resultar desbordadas⁹⁰.

⁸⁶ Acuerdo de paz, art. 5, párr. 1.

⁸⁷ EECC, Indemnización parcial a prisioneros de guerra, reclamación 6 de Etiopía entre la República Democrática Federal de Etiopía y el Estado de Eritrea, La Haya, 1 de julio de 2003; EECC, Indemnización parcial a prisioneros de guerra, reclamación 17 de Eritrea entre el Estado de Eritrea y la República Democrática Federal de Etiopía, La Haya, 1 de julio de 2003.

⁸⁸ V. por ejemplo el informe del secretario general sobre el establecimiento de la UNCC, Documento de la ONU S/22559, párr. 21.

⁸⁹ N. Wühler, *op. cit.* (nota 81), pp. 56-57.

⁹⁰ V. las consideraciones relativas a las violaciones graves de los derechos humanos en C. Tomuschat, *op. cit.* (nota 15), pp.1-25. V. también *Leo Handel v. Andrija Artukovic*, US Distrito Cal. (1985), *op. cit.* (nota 40) y texto que lo acompaña.

Cuanto mayores sean la envergadura de las violaciones del derecho humanitario y el número de los posibles demandantes, tanto más elevada es la probabilidad de que ese organismo deba confrontarse con un deterioro grave del orden público en el Estado en cuestión. En tales situaciones, la necesidad de comisiones de reclamaciones será mayor, pues los recursos jurisdiccionales a nivel nacional no resultan eficaces. Esas comisiones estarán mejor preparadas para hacer frente a los problemas prácticos, como la asignación de indemnizaciones pecuniarias a todas las víctimas proporcionales a la gravedad de la violación.

Por otra parte, en todos los sistemas de demandas colectivas de reparación, la participación de las víctimas particulares en los procedimientos es limitada. Ellas presentan las reclamaciones, pero no participan en las diligencias, a menos que así lo requiera la comisión competente. De modo que no hay resoluciones individualizadas de una causa en un proceso judicial o de arbitraje. Otro problema es que, naturalmente, ese tipo de procedimientos tiene un carácter circunstancial, pues su establecimiento depende de la viabilidad política. Es necesario que las víctimas puedan reclamar la protección de los Convenios de Ginebra y de otros instrumentos de DIH no como un favor, sino como un derecho. En caso de violación, debería de disponerse de procedimientos judiciales internacionales para exigir que se respete el DIH. La perspectiva de que la comunidad internacional dé una respuesta completamente discrecional a la cuestión del establecimiento de comisiones de reclamaciones no será suficiente para satisfacer la necesidad de disponer de remedios jurisdiccionales eficaces. Se requiere algún elemento de ejecución.

Tribunales penales internacionales

Algunos problemas similares son inherentes a los resarcimientos en favor de víctimas de crímenes de guerra dispuestos por tribunales penales internacionales. Estos tribunales hacen especial hincapié en castigar a los criminales y prestan una atención limitada a las víctimas y a su resarcimiento. Si bien es cierto que el fiscal debe representar los intereses de la comunidad internacional, incluidos los de las víctimas, las preocupaciones del fiscal no coinciden necesariamente con las de las víctimas.

No obstante, se presta alguna atención a las víctimas y a su resarcimiento. En la resolución 827 (1993) del 25 de mayo de 1993, por la que se adoptó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Consejo de Seguridad decidió que "la labor del Tribunal Internacional se llevará a cabo sin perjuicio del derecho de las víctimas a reclamar, por los medios apropiados, reparación por los daños sufridos como resultado de violaciones del derecho internacional humanitario". Los Estatutos y las Reglas del Tribunal Penal Internacional

para la ex Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) prevén la devolución de los bienes e ingresos adquiridos que correspondan a las víctimas y, en tal contexto, una Sala de Apelaciones puede determinar quién es el propietario legítimo del bien en cuestión. Se trata, pues, de un mecanismo que establece un resarcimiento por delitos menores. Sin embargo, por lo que respecta a formas más graves de daños, atentados contra la vida o las personas, esos Estatutos no estipulan resarcimiento alguno. En efecto, la regla 106 de las Reglas de ambos Tribunales estipula que las víctimas que reclamen reparación deben presentarse ante un tribunal nacional u otro organismo competente. En estas diligencias a nivel nacional las víctimas pueden, no obstante, recurrir a las sentencias del TPIY o del TPIR.

Las Reglas de procedimiento y prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona⁹¹ contienen una disposición similar. La regla 105 sobre indemnización a las víctimas estipula lo siguiente:

- (a) "El secretario remitirá a las autoridades competentes de los Estados concernidos el fallo por el que se declara al acusado culpable de un crimen que ha causado perjuicios a una víctima.
- (b) Conforme a la legislación nacional pertinente, una víctima u otras personas que demanden por medio de ella pueden incoar una acción judicial ante un tribunal nacional o en otro organismo competente para reclamar reparación.
- (c) A los fines de una petición formulada en virtud de (b), la sentencia del Tribunal Especial debe ser final y vinculante por lo que respecta a la responsabilidad penal de la persona condenada por esos perjuicios."

En virtud de estas reglas, las víctimas también dependen de las vías nacionales de satisfacción que, como hemos visto, no existen por lo general. Si no hay un tribunal nacional que tenga el poder y la voluntad de conceder reparaciones, las víctimas se ven privadas de un importante medio de reparación⁹². Los Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos se proponen colmar ese vacío. Los principios 4 y 5 tratan de las "violaciones del (...) derecho internacional humanitario que son crímenes de derecho internacional". Interpretados en el marco de los otros, estos principios significan que los Estados tienen la obligación de resarcir de manera adecuada a las víctimas de crímenes de guerra. Además, el principio 7 dispone que la prescripción de otras violaciones

⁹¹ En relación con el Estatuto del Tribunal Especial, v. el Anexo al Informe del secretario general sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, Documento de la ONU S/2000/915 (2000), enmendado el 16 de enero de 2002. V. asimismo la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad.

⁹² Juez F. Pocar, "The international criminal tribunals", en *Collection of Documents, op. cit.* (nota 14).

o de las acciones civiles "no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recursos efectivos contra las violaciones de las normas del (...) derecho internacional humanitario".

La Corte Penal Internacional se constituyó con fines análogos, a saber, el castigo y la disuasión. Sin embargo, preocupado por el hecho de que en las disposiciones por las que se establecen el TPIY y el TPIR no se presta atención a las víctimas⁹³, el Estatuto de Roma incorpora más mecanismos para resarcir a las víctimas. En el artículo 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se obliga a la Corte a establecer "principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación". El artículo 79 dispone el establecimiento de un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte, así como de sus familiares y, en el artículo 68, se encomienda a la Corte tomar medidas "para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas" y permitir la participación de éstas "en las fases del juicio que considere conveniente". De modo que el Estatuto de Roma va mucho más allá en el tratamiento de las víctimas que los Estatutos y las Reglas del TPIY y del TPIR, pues permite a las víctimas hacer valer por sí mismas su derecho a reclamar reparación⁹⁴.

Conclusión

Sobre la base de estas consideraciones fragmentarias, se puede concluir con razón que existen unos pocos casos en los que las víctimas están dotadas de un derecho propio a interponer recursos por violaciones del derecho internacional

⁹³ Como señaló el ministro de Justicia francés: "De una vez por todas, debemos dejar de considerar a las víctimas solamente como testigos (...). Las víctimas no son simplemente testigos cuya participación en las diligencias judiciales serviría sólo para recopilar la información que puedan proporcionar. Tienen otro papel que cumplir, y esto ha de reconocerlo la Corte Penal Internacional, puesto que el Estatuto de Roma así lo dispone expresamente. La condición jurídica primaria de una víctima es la de una persona que ha sufrido; también puede tener la condición secundaria de alguien que ha visto u oído ciertas cosas. Una no excluye la otra, pero el daño sufrido basta para justificar el derecho de esa persona a expresar sus preocupaciones y sus quejas ante la Corte", E. Guigou, discurso pronunciado por el ministro de Justicia en el Coloquio Internacional sobre "*L'Accès des victimes à la Cour pénale internationale*" (27 de abril de 1999).

⁹⁴ Jorda y De Hemptinne comentan que estos avances dejan sin resolver algunas dificultades. Destacan, entre otras cosas, que el Estatuto de la CPI no explica cómo la intervención de la víctima en las diligencias puede conciliarse con el derecho del acusado a un juicio equitativo. Señalan, además, que el Estatuto no trata la complicada cuestión de cómo establecer el derecho de reparación sin comprometer el desarrollo expeditivo de los procesos, pues las víctimas de violaciones del derecho humanitario son en general numerosas. V. C. Jorda y J. de Hemptinne, "The status and role of the victim", en A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones (dirs.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1388-1389. Pero estas son cuestiones prácticas que la Corte deberá resolver.

humanitario. Aunque algunas evoluciones en el plano nacional, en los Países Bajos y en Estados Unidos, en virtud de la ley relativa a las demandas por daños y perjuicios interpuestas por extranjeros, así como de la ley relativa a la protección de las víctimas de la tortura, son prometedoras, muchas causas en las que personas físicas han presentado demandas ante tribunales nacionales de conformidad con el artículo 3 de la Convención de La Haya no han prosperado, ya que los tribunales no reconocen que los particulares puedan interponer recursos contra el Estado. Consideran que solamente los Estados pueden ejercer el derecho reconocido en ese artículo en beneficio de las personas físicas. A nivel internacional, se han alcanzado algunos logros por lo que respecta a los medios de que disponen las víctimas para defender sus derechos ante los organismos internacionales, pero la práctica de estos organismos internacionales que establecen resarcimientos para las víctimas de violaciones del DIH atiende a las *circunstancias particulares*, y no está organizada. No existe ningún mecanismo general que permita a las víctimas hacer valer los derechos que les confiere el DIH.

Por otra parte, afirmar que las víctimas no tienen capacidad legal individual en el DIH sería una descripción incorrecta del estado real del asunto. Si bien es cierto que los Estados siguen siendo los sujetos tradicionales del DIH, las víctimas también han sido reconocidas, en un número creciente de causas, como sujetos del DIH. En el futuro, los Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos lograrán sin duda que se preste mayor atención a la aplicación del DIH en los tribunales nacionales e internacionales y, por ende, que se incorporen normas de DIH al abordar la cuestión de los resarcimientos individuales. El documento de la ONU constituye un paso bienvenido para que las víctimas de violaciones del DIH obtengan reparaciones. A pesar de que aún no tiene fuerza vinculante, esto no anula la posible influencia de ese documento, pues existen numerosos ejemplos de documentos similares que han influido en la solución de litigios.

Diciembre
2003
Nº 852

Revista fundada en 1869
y publicada por el
Comité Internacional
de la Cruz Roja
Ginebra



CICR

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
DEBATE HUMANITARIO: DERECHO, POLÍTICAS, ACCIÓN

SELECCIÓN DE ARTÍCULOS 2003

Editorial

En la época colonial, el continente africano fue cortado, como un pastel, en trozos que las potencias europeas de entonces se repartieron. De la observación sarcástica de Bismarck se desprende que África era un torbellino colonial. Era una lotería, y el billete ganador aseguraba prodigiosos premios. La disputa colonial se basaba en las tres "c": comercio, cristiandad y civilización, que a menudo se imponían por la violencia.

Hoy en día, África, en particular África subsahariana, no suscita mayor interés en el resto del mundo, y los Estados desarrollados tienen otras prioridades. Se cuestionó la iniciativa multilateral del desarrollo, y la eliminación de la pobreza, que había sido objeto de un amplio consenso, ya no es una prioridad en el plano mundial. El desarrollo económico se ve obstaculizado por la debilidad de las instituciones de numerosos Estados africanos, debilidad que deriva directamente de la insuficiencia de recursos y de los ingresos nacionales. Será sumamente difícil para África romper ese círculo vicioso: dependerá necesariamente de la reducción de la deuda, de la ayuda alimentaria y del apoyo internacional a los programas de autoasistencia.

La posibilidad de una mayor marginalización preocupa a los africanos, pues el ingreso por habitante ha disminuido en los últimos treinta años. África, que sólo posee el 2% del comercio y del PBN del mundo, siente los efectos de cualquier variación en los intercambios y las inversiones internacionales. Según el plan de desarrollo de la NEPAD, el continente podría movilizar decenas de billones en inversiones y el índice de crecimiento sería del 7%. Sin embargo, para lograrlo, la mayor parte de los Estados africanos deberán realizar profundos cambios políticos y administrativos. Además, el desarrollo sostenible sólo podrá lograrse si se evitan, o al menos se contienen, las confrontaciones armadas destructivas y las guerras civiles.

Desde los atentados de Nairobi y de Dar es-Salaam en 1998 y, sobre todo los del 11 de septiembre de 2001, se ejerce cada vez más presión sobre los Estados africanos para que luchen contra el terrorismo internacional, aunque esa lucha tiene, para los africanos, un interés menor. La debilidad institucional de muchos de esos Estados está agravada por el hecho de que, con frecuencia, las fuerzas de seguridad no tienen el monopolio de la potencia armada y menos aún el control de las fronteras, indispensable para luchar de manera eficaz contra grupos terroristas que actúan a escala internacional.

El CICR normalmente despliega sus actividades en situaciones de pobreza y de conflicto armado. En tres artículos del presente número de la Revista, se abordan las dificultades y los desafíos que se plantean al continente africano, y a los que el CICR trata de responder. En el artículo de Garth Abraham se exponen

Editorial

las nuevas prioridades humanitarias de la NEPAD. Christoph Harnisch describe los parámetros de las actividades del CICR en África, mientras que Churchill Ewumbue-Monono y Carlo von Flüe examinan la cooperación entre el CICR y la Unión Africana.

La mayor parte de los conflictos de la era colonial eran cruelmente desequilibrados. Las atrocidades eran moneda corriente y no se hacía esfuerzo alguno para prestar asistencia a las víctimas de los conflictos. Desde entonces, la asistencia humanitaria en África ha adquirido una importancia tal que el torbellino humanitario a veces parece haber tomado el lugar del "torbellino colonial". Sin embargo, los conflictos contemporáneos no son menos crueles, y esto es también válido para guerras que se libran fuera de África. Daniel Palmieri adopta una perspectiva temporal para examinar la violencia de la guerra y analiza diversos conflictos contemporáneos desde un punto de vista histórico a largo plazo. En particular, pone en duda la pertinencia de la expresión "guerra étnica", que ha sido utilizada para describir algunos conflictos en África.

El continente africano vivió algunos de los más atroces crímenes de guerra masivos, crímenes contra la humanidad y genocidios, por lo general perpetrados en situaciones de conflicto armado interno. Esas atrocidades se cometieron, en la mayor parte de los casos, sin que la comunidad internacional alzara la voz o actuara. Ervin Staub estudia, desde un punto de vista psicológico, las raíces de la violencia entre los grupos y los medios para prevenir un nuevo estallido de violencia, tomando Ruanda como principal ejemplo. A través de referencias precisas a los orígenes del genocidio ruandés, demuestra que comprender las causas profundas de la violencia puede facilitar en gran medida la cura, la reconciliación y la acción preventiva conducida por los dirigentes. Analiza, además, los medios para lograr que los niños adopten valores de humanidad y actúen según los principios humanitarios, lo que reduce los riesgos de violencia entre los grupos.

En respuesta a los crímenes masivos perpetrados en diversas guerras en África, el Acta constitutiva de la Unión Africana otorga a esa organización el derecho a intervenir en el territorio de un Estado miembro en caso de crímenes de guerra, de genocidio y de crímenes contra la humanidad. Desde un punto de vista jurídico, Ben Kioko observa que, a pesar de que la aplicación del derecho de intervención probablemente conllevará problemas, esa disposición pone de relieve los valores fundamentales de la Unión Africana. En el artículo de Nairi Arzoumanian y Francesca Pizzutelli, también se examina desde un punto de vista jurídico la responsabilidad que deriva de la existencia, escandalosa, de niños soldados en África.

Editorial

En diciembre de 2003, se celebró la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Fue precedida por el Consejo de Delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. La Revista presentará un análisis exhaustivo de esa Conferencia en su número de junio de 2004, pero reproduce en este número los principales discursos pronunciados en la Conferencia, así como las conclusiones y las resoluciones que se adoptaron durante esas reuniones internacionales.

LA REVISTA



El CICR en África: contexto y desafíos

CHRISTOPH HARNISCH*

La población de África subsahariana es, actualmente, de unos 675 millones de habitantes, lo que corresponde al 10% de la población mundial. Desde hace 40 años, se registran en ese continente los índices de crecimiento demográfico más elevados del mundo. Sin embargo, desde hace años, esa zona vive al margen de la política internacional. Además de las malas administraciones y la debilidad política que forman el telón de fondo en muchos de los países que la integran, tiene una fuerte dependencia económica, por causas diversas: baja cotización de las materias primas, condiciones climáticas difíciles, pandemia del VIH/SIDA, inestabilidad política, insuficiente ayuda de emergencia y escasa ayuda al desarrollo. Los africanos mismos han desplegado esfuerzos para sacar al continente de su aislamiento económico, político y diplomático; lamentablemente, esos esfuerzos han tenido pocos efectos tangibles en la población africana, a causa de la falta de eficiencia de Instituciones como la NEPAD y la Unión Africana. Debido a hechos recientes como la lucha mundial contra el terrorismo, iniciada como reacción a los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, y la guerra en Irak, así como a la existencia de reservas petroleras en África, este continente ha vuelto a suscitar el interés de las grandes potencias.

El mayor número de conflictos abiertos se registran en África. Se trata, en lo esencial, de conflictos internos y de conflictos transfronterizos que tienen trágicas consecuencias para la población civil, que ya sufre a causa de la difícil situación general en el continente. Excepto en África occidental, esos conflictos se han estabilizado o su intensidad ha disminuido en los últimos años, pero aún no se han hallado soluciones duraderas para los problemas de fondo. El CICR ha mantenido un índice de actividad elevado en 29 países africanos. En 2003, efectuó importantes actividades operacionales, sobre todo en Etiopía, Côte d'Ivoire y Liberia.

* El autor es delegado general para África en el Departamento de Actividades Operacionales del Comité Internacional de la Cruz Roja.

En el presente artículo, describiremos, para empezar, el entorno político y económico en que el CICR desempeña su labor en África. Luego, examinaremos la naturaleza de los conflictos que asuelan el continente. Por último, analizaremos la posición del CICR en África, así como los principales obstáculos y desafíos que se plantean a la conducción de las actividades operacionales de la Institución.

Contexto general de los conflictos africanos

África y el mundo: marginación y existencia periférica

África sigue siendo un continente que vive al margen de la política internacional. Los recientes acontecimientos en este continente han puesto de manifiesto que es más un espectador de la política internacional que un actor. De ello son prueba la cumbre del Grupo de los 8 en Evian, el año 2003, y el arduo diálogo entre el mundo industrializado y algunos dirigentes africanos que estuvieron en la cumbre para promover su plan de recuperación económica (NEPAD); la frágil posición de los Estados africanos en el comercio internacional, puesta en evidencia en la Conferencia ministerial de la Organización Mundial del Comercio en Cancún el año 2003, y el viaje del presidente estadounidense a África; este continente no influye de manera decisiva en el programa de la política internacional: asume las consecuencias.

Ello no quiere decir que África esté totalmente olvidada. La lucha contra el terrorismo iniciada tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, la guerra en Irak y las reservas petroleras africanas han suscitado de nuevo el interés de las grandes potencias en África, que había perdido su importancia estratégica tras el término de la guerra fría. Estados Unidos, por ejemplo, reforzó su presencia en todo el continente y, sobre todo, en el Cuerno de África. Sin embargo, las promesas del presidente estadounidense de destinar 100 millones de dólares (por una duración de 15 meses) para combatir el terrorismo en Kenia, Etiopía, Yibuti, Uganda y Tanzania, y de invertir 15.000 millones de dólares en la lucha contra el SIDA durante los próximos cinco años fueron recibidas con prudencia en África. Francia también hizo una reaparición considerable en el escenario africano, por ejemplo en Côte d'Ivoire, República Centroafricana y en la República Democrática del Congo (en el distrito de Ituri).

Una situación económica menos sombría que lo previsto
en un África muy dependiente de la economía mundial

Según el Fondo Monetario Internacional (FMI), los países de África subsahariana han resistido de forma notoria a la recesión de la economía en los países ricos gracias, sobre todo, a mejores políticas económicas y a la firmeza de las co-

tizaciones de las materias primas que exportan. África subsahariana (salvo Sudáfrica) registró un crecimiento económico del 3,1% en 2002, y debería elevarse al 3,6% en 2003. Por consiguiente, a pesar de la sequía en África austral y en el Cuerno de África, así como de las crisis que afectan a Zimbabue y Côte d'Ivoire y que repercuten gravemente en los países vecinos, el continente se beneficiará este año de la frágil recuperación que se esboza en los países industrializados.

Este panorama, más bien positivo, sorprende a quienes trabajan en el África de los conflictos. Allí, los temas de debate son, con más frecuencia, la economía informal, la corrupción, la falta de servicios públicos o su estado desastroso –particularmente en los ámbitos de la salud y la educación–, el pillaje de los recursos por las elites políticas o la banalización de la guerra como modo de acumulación o supervivencia económica. Esa realidad es visible e innegable, pero coexiste con la realidad macroeconómica que describe el FMI. Por ello, ese organismo recomienda a los africanos una mejor gestión de sus recursos naturales y propone a los países productores de petróleo que aprovechen los períodos fastos para ahorrar una parte de sus ingresos y compensar, cuando haga falta, una baja de las cotizaciones. Sin que cause asombro, y de conformidad con lo dicho por los observadores de la política africana, el organismo comprueba que una mejor administración y una mayor transparencia pueden facilitar la gestión de la mayor parte de los recursos naturales.

Para los países que viven un conflicto, así como para los que gozan de situaciones estables, el principal desafío sigue siendo, no obstante, la reducción sostenible de la pobreza. En los últimos años no se han producido grandes cambios al respecto. A pesar de las declaraciones de intención formuladas en la Cumbre Francia-África y en la última reunión del Grupo de los 8 en Evian, difícilmente se vislumbran signos positivos de una mejora considerable del clima para las inversiones, la cual es una condición *sine qua non* para una aceleración del crecimiento económico. Por otra parte, sería conveniente que se haga realidad la NEPAD, iniciativa africana que se basa en principios como la buena administración, el respeto de los derechos humanos y la transparencia en la gestión económica, los cuales se han convertido en requisitos indispensables para la ayuda multilateral y bilateral, antes de que los africanos puedan ver las ventajas que esa iniciativa conlleva en su vida cotidiana.

Los conflictos africanos: calma frágil

Durante el último año, no ha aumentado el número de conflictos en el continente, e incluso estos han tendido a disminuir en intensidad. Han terminado los pocos conflictos armados internacionales que se estaban librando y los conflictos armados internos internacionalizados son ahora, desde el punto de vista jurídico,

conflictos internos, habida cuenta del retiro de las tropas extranjeras (por ejemplo, en la República Democrática del Congo). La víctima es, en la mayoría de los casos, la población civil. Cabe señalar que las zonas de conflictos son también zonas afectadas por la hambruna, la concentración de personas desplazadas o refugiadas y, a menudo, la desnutrición y la escasez de alimentos. Una de las causas de fondo de los conflictos africanos sigue siendo la pobreza.

Podemos presentar esquemáticamente nuestras recientes observaciones de la manera siguiente. En ciertos contextos, las hostilidades se han atenuado gracias a actividades diplomáticas de la comunidad internacional, pero el futuro a mediano plazo sigue siendo aleatorio. En esa categoría se cuentan Sudán, la República Democrática del Congo, Côte d'Ivoire y las consecuencias del conflicto internacional entre Etiopía y Eritrea. En una segunda categoría, pueden incluirse los contextos de conflictos crónicos y de larga data, como los de Somalia, Uganda, Burundi, Liberia y la República del Congo. Una tercera categoría abarca las situaciones que podrían deteriorarse, en particular Zimbabue, Eritrea, Guinea, Etiopía (en el plano interno), Nigeria, Togo, la República Centroafricana y Chad. Por último, existen contextos donde la resolución de los conflictos está bien encaminada y es probable recuperar la estabilidad política, como Sierra Leona, Ruanda, Angola y Madagascar.

Si bien se registra una disminución tanto del número como de la intensidad de los conflictos en el continente, la calma sigue siendo sumamente frágil.

Características comunes de los conflictos africanos

A pesar de que tienen rasgos específicos, los conflictos africanos también tienen características comunes. Trataremos de identificar aquí algunas de ellas.

- En varios países africanos, se continúa cuestionando la legitimidad del Estado mediante manifestaciones violentas. Pensemos, por ejemplo, en las rebeliones en Liberia, Côte d'Ivoire y la República Democrática del Congo, las revueltas en Nigeria, los motines en Níger, los golpes de Estado o intentos de golpe de Estado en Santo Tomé y Príncipe, la República Centroafricana y Guinea-Bissau, o los movimientos autonomistas y separatistas en Casamance (Senegal), Darfur (Sudán-Chad) y Cabinda (Angola).
- Los movimientos de oposición armada han perdido, por lo general, el apoyo externo, es decir el que habían recibido en el pasado de terceros Estados. Ahora tienen que emplear los recursos de su país –lo que se traduce en la explotación de los campesinos y el pillaje de la población civil– y a menudo están involucrados en el tráfico de armas, drogas, oro, diamantes y maderas preciosas. Además, el móvil de los combatientes de los conflictos actuales es mucho más el afán de lucro que la ideología. De modo que las guerras se han

transformado, para quienes tienen el poder y para quienes lo cuestionan, en un modo de control del poder, de acumulación de riquezas y de supervivencia económica.

- La irrupción de la religión, y no sólo del Islam, es, cada vez más, una realidad en los conflictos africanos. Con frecuencia se utiliza la religión como un elemento de movilización política y, en las sociedades muy desestabilizadas donde es difícil identificar al Estado, como un medio de incorporarse en la mundialización (de formar parte de una comunidad internacional). El resurgimiento del aspecto religioso en el espacio político es innegable, sea en los discursos del marfileño Laurent Gbagbo, el liberiano Charles Taylor o el malgache Ravalomanana.
- Se percibe el papel que desempeñan las sociedades de iniciación tradicionales en los conflictos, particularmente en África occidental y en África central: los kamajor en Sierra Leona, los poro en Liberia, los dozo en Côte d'Ivoire, los mai mai en la República Democrática del Congo o los karamojong en Uganda. En la República del Congo (Congo-Brazzaville), se conoce una sociedad tradicional mística, los nsilulu o ninjas del Pastor Ntoumi.
- La regionalización de los conflictos y la internacionalización de su gestión son las características más visibles de las nuevas crisis africanas. Ello ocurre en todas las zonas, especialmente en África occidental, donde la crisis marfileña ha mostrado la marcada imbricación de la crisis liberiana y las rebeliones del norte y el gran oeste marfileño. Cabe señalar, sin embargo, que todos los intentos que se han realizado en África para organizar la seguridad colectiva –con el apoyo de Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña, a través de programas bilaterales de entrenamiento militar, así como del nuevo Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana, de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) o de la Comunidad Económica y Monetaria de África Central (CEMAC)– se han visto contrariados por la falta de recursos financieros y por la reticencia de los Estados a ceder una parte de su soberanía.
- Actualmente, África occidental es la zona que causa mayor preocupación en el continente y el futuro es aún muy incierto. Esa zona ha vivido turbulencias constantes. Liberia, en particular, sigue planteando retos considerables. Además, Côte d'Ivoire, que por mucho tiempo había sido un país estable en un África occidental conmocionada por el sangriento conflicto en Sierra Leona –que se extendió a Liberia y a Guinea–, se halla asolado por los enfrentamientos armados desde septiembre de 2002. Esa situación puede perjudicar no sólo la economía marfileña, sino también la economía de los países vecinos, en particular Burkina Faso y Malí.

Recursos petroleros y guerra contra el terrorismo:
se recobra el interés por África

Continente al margen de las relaciones internacionales, África tiene, sin embargo, cierta importancia geopolítica, sobre todo por dos razones: por un lado, la existencia de petróleo en el Golfo de Guinea y, por otro, la mayor importancia de ciertas zonas africanas en el marco de la guerra contra el terrorismo. Son dos desafíos estratégicos importantes en las relaciones internacionales. Por ejemplo, el Golfo de Guinea produce hoy el 15% del oro negro que consume Estados Unidos, o sea la misma cantidad que este país importará de Arabia Saudita este año. Según las estimaciones de especialistas, el Golfo de Guinea abastecerá el 25% del consumo estadounidense en 2015. Sin embargo, aún no es posible decir si el petróleo del Golfo de Guinea puede constituir una alternativa válida al petróleo de Oriente Próximo, sobre todo porque las cantidades globales extraídas hasta ahora en África son menores.

Durante el año pasado, se puso de manifiesto que África, y el Cuerno en particular, sobre todo Somalia, podrían constituir un eje de infiltración para los extremistas islámicos que encuentran asilo en las comunidades musulmanas de la zona. Se considera, desde el 11 de septiembre de 2001, que África en general es una zona de inestabilidad que puede constituir un refugio, un reservorio y una fuente de financiación oculta para la red Al Qaeda.

El CICR en África: desafíos y obstáculos

Actualmente, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tiene 13 delegaciones operacionales (Angola, Burundi, Camerún, Eritrea, Etiopía, Guinea, Liberia, Uganda, República Democrática del Congo, República del Congo, Ruanda, Somalia y Sudán), tres misiones (Goma, Madagascar y Addis Abeba/Unión Africana) y siete delegaciones regionales (Abiyán, Abuja, Dakar, Freetown, Harare, Nairobi y Pretoria) en el continente africano. Su plantilla está formada por unos 500 delegados expatriados y unos 3.500 colaboradores locales. Desde hace varios años, una parte considerable de los gastos operacionales del CICR corresponden a África (entre el 40 y el 48% de los gastos totales), y el presupuesto de la Institución para las actividades operacionales es del orden de 300 millones de francos suizos.

Las actividades se relacionan con las dos vertientes del cometido del CICR: la asistencia y la protección de las víctimas de conflictos armados. Se realizan distribuciones de víveres y programas de saneamiento y abastecimiento de agua y se presta asistencia sanitaria y ayuda a las personas desplazadas dentro del territorio del propio país. Se efectúan visitas a personas detenidas por motivos

relacionados con un conflicto, se presta protección a los niños no acompañados, y se despliegan esfuerzos para restablecer el contacto entre familiares separados por un conflicto. Se llevan a cabo actividades de sensibilización al peligro que conllevan las minas antipersonal y los residuos explosivos de guerra, y programas de difusión del derecho internacional humanitario para las fuerzas armadas y de seguridad, las autoridades políticas, los medios de información y el público en general. Se presta apoyo y se contribuye al desarrollo de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y se trabaja en cooperación con ellas. En cuanto a la diplomacia humanitaria, se realizan gestiones ante los Gobiernos e instituciones regionales de África¹.

La identidad y las actividades del CICR en África

¿Qué distingue al CICR de otros actores humanitarios que despliegan actividades en las mismas situaciones de conflicto? ¿Existen diferencias importantes? ¿O el CICR es, como se le describe en un documento interno, "un organismo de ayuda más"? Estas cuestiones remiten a un problema con que tropieza el CICR en los contextos donde se ha desarrollado y sigue expandiéndose una verdadera industria humanitaria, donde los organismos humanitarios se copian las actividades, adoptan modalidades de trabajo estándar y luchan por atraer la atención de los medios de información, sin necesariamente destacarse por acciones concretas en favor de las víctimas, como se pudo observar recientemente en Liberia.

El CICR realiza actividades en el continente africano desde que comenzó el período de la descolonización (la acción del CICR en Etiopía de 1935-1936 es una excepción). Comenzó a establecer una red de delegaciones operacionales y zonales en África oriental (las grandes operaciones de socorro en Sudán, Etiopía y Somalia) y África portuguesa (las operaciones en Angola y Mozambique) a partir de los años 1980, y después, en los años 1990, en África occidental. Hoy en día, el CICR tiene una muy buena base operacional en África, que le permite actuar en todos los conflictos, antiguos y nuevos, que tienen lugar en el continente. Esa presencia también le permite, a través de las delegaciones zonales, seguir de cerca todas las situaciones de inestabilidad política y adaptar rápidamente, en caso de necesidad, su dispositivo en función de los propios análisis. Así ocurrió, por ejemplo, en 2002-2003 en Côte d'Ivoire, en la República Centroafricana y en la región de Darfur en Sudán.

¹ Para más información sobre el CICR y las actividades que despliega en África, véase: http://www.icrc.org/web/spa/sitespao.nsf/iwpList2/The_ICRC_worldwide:Africa

Un análisis superficial nos llevaría a formular de la siguiente manera la identidad del CICR, tal como se la percibe en el continente: el CICR es una organización occidental con un cometido claro, eficiente gracias a su personal y su logística, un poco secreta, rica e independiente. Por supuesto, hay que afinar mucho esa percepción; ante todo, debe ser analizada en el contexto global de la identidad de los actores humanitarios en África.

En veinte años, la acción humanitaria en el continente ha experimentado transformaciones de fondo. Se ha recorrido un largo camino desde las grandes distribuciones de alimentos en Etiopía, el año 1986, hasta la crisis liberiana de este año. Ha habido, asimismo, una evolución de los que "realizan" la acción humanitaria, de los primeros trabajadores humanitarios, en gran medida voluntarios y políticamente muy comprometidos con los movimientos de oposición armada, a los tecnócratas, cuyo único credo es la eficiencia.

Hoy en día, se observan varios hechos inquietantes por lo que respecta a la acción humanitaria en África. Por un lado, dista, en una gran medida, de satisfacer todas las necesidades. Peor aún, con frecuencia son los actores humanitarios los que determinan las necesidades. Además, la acción humanitaria está cada vez más incorporada en las tácticas y estrategias de las partes en conflicto, que están acostumbradas a ver a los actores humanitarios en sus campos de acción y a aprovecharlos en su beneficio. El ámbito humanitario (el sistema de la ONU, el mundo de las ONG y los diferentes componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja) es, mal o bien, considerado por los africanos como rico y politizado, es decir como un instrumento político que utilizan los Estados, con programas ocultos. Además, los métodos utilizados por los organismos humanitarios en la asignación de la ayuda son cada vez más criticados en lo que respecta a las evaluaciones, las modalidades y la naturaleza de las distribuciones. Los africanos también ven de manera cada vez más crítica los efectos a veces nefastos de la asistencia humanitaria en sus sociedades y comienzan a cuestionar el condicionamiento impuesto por los Estados donantes de la asistencia, así como los costos exorbitantes de la gestión de esa asistencia.

El CICR ha seguido un camino particular en su evolución, y su identidad ha sido moldeada por las crisis humanitarias importantes de los años 1980 y 1990: tras las grandes distribuciones de ayuda alimentaria en Etiopía, Sudán, Angola, Mozambique y Somalia, se llevó a cabo una operación excepcional de asistencia y de protección en Ruanda y, después, se realizaron actividades en relación con las crisis de los Grandes Lagos. La época de la acción humanitaria supuestamente todopoderosa, y basada ante todo en la cantidad de asistencia distribuida, tuvo una interrupción brusca hacia finales de los años 1990. Tras graves incidentes de seguridad, la profesionalización del personal y el aprendizaje de

la gestión de la seguridad pública de las acciones del CICR contribuyeron a una reflexión sobre la naturaleza misma de la acción humanitaria y propiciaron el esbozo de acciones más equilibradas en los planos de la asistencia y la protección. Actualmente, el CICR está en camino de convertirse en una organización que realiza grandes distribuciones de víveres, que también sabe responder de manera adecuada a las necesidades de las poblaciones destinatarias, a través de acciones de protección o de asistencia.

Desafíos y obstáculos que se plantean a la conducción de las actividades operacionales

- Adecuación entre las necesidades humanitarias y la acción del CICR

¿Qué asistencia ha de prestarse y para qué víctimas? Ésa es la cuestión que el CICR se plantea permanentemente sobre África. Es evidente que las necesidades humanitarias de los grupos de población que son víctimas de los conflictos en un marco de subdesarrollo son innumerables. La acción del CICR no puede satisfacerlas todas. Por ello, existe una gran distancia entre las necesidades de las víctimas y lo que el CICR concretamente puede ofrecer. La evolución reciente de los conflictos ha puesto en evidencia una disminución del número de víctimas directamente afectadas por las hostilidades; en conjunto, hay menos heridos de guerra, pero hay más personas desplazadas y residentes cuyas necesidades se sitúan en el orden tanto de la urgencia como de la ayuda estructural. El CICR debe adaptar su acción a las necesidades más importantes, teniendo en cuenta el análisis político y económico y la acción de los otros actores humanitarios. Ese desafío es importante para su política de asistencia y de protección. Además, esa política debe darse a conocer entre las víctimas, las autoridades y otros actores, a fin de que sepan lo que el CICR hace y no hace y los motivos de esas decisiones. La acción que el CICR ha realizado en Etiopía los dos últimos años es, en ese sentido, fundamental: no sólo ha puesto de manifiesto, una vez más, las competencias de la Institución en materia de distribución de víveres en una situación de conflicto, sino que también, y sobre todo, ha demostrado la capacidad del CICR de efectuar una evaluación independiente y de adoptar una modalidad original (a saber, la distribución de simientes y de víveres) en un entorno donde la mayor parte de los otros actores se ha concentrado únicamente en la distribución de víveres. La acción también ha mostrado la importancia de conocer las políticas agrícolas y sus efectos negativos, así como la necesidad de considerar las cuestiones estructurales como tema de debate con quienes son sus responsables.

- La proximidad con las víctimas y la seguridad del personal

Liberia ha sido una prueba: permanecer cerca de las víctimas del conflicto en Monrovia en una situación extrema y actuar para salvar vidas humanas.

Esa prueba también se plantea en otros lugares, de manera menos dramática. En 2003, el CICR decidió mantenerse activo en situaciones extremas durante el mayor tiempo posible. Esa decisión no sólo supone la aceptación del riesgo, sino también la mejora constante de los dispositivos de seguridad en las delegaciones. Toda organización humanitaria necesita dotarse de políticas operacionales que garanticen tanto una acción decisiva para las víctimas como una seguridad aceptable para su personal.

Aunque el CICR trata de permanecer el mayor tiempo posible en las zonas de conflicto, razones de seguridad, lamentablemente, le impiden actuar en ciertos lugares. Ello ocurrió en el nordeste de la República Democrática del Congo y el norte de Uganda. El asesinato de seis colaboradores del CICR en 2002 tuvo graves consecuencias en el plano de las actividades operacionales: el CICR no está presente en las regiones del nordeste de la República Democrática del Congo y en Uganda siguen suspendidas las actividades operacionales en el norte y el sudoeste del país.

La anticipación del peligro y de los riesgos es una prioridad absoluta en la gran mayoría de las actividades operacionales. Esa prioridad es ahora reconocida y aplicada por todos. Al respecto, los desafíos se relacionan con el análisis independiente del entorno en que el CICR debe evolucionar, el establecimiento y el mantenimiento de contactos fiables y constantes con todos los actores de una crisis y la evaluación permanente de la aceptabilidad de la acción del CICR. La definición de una política operacional y de los modos de acción debe responder eficazmente a las necesidades de las víctimas. Desde hace muy poco tiempo, se ha comenzado a incorporar esas nuevas amenazas tanto en el análisis como en los dispositivos de seguridad.

- La importancia fundamental del análisis político independiente

Evidentemente, a través de los contactos directos con los beligerantes, del diálogo con las partes en conflicto y el establecimiento de contactos informales con personas de confianza, el CICR puede hacer un análisis político que le permite tomar decisiones operacionales adecuadas. Desde hace un año, se ha puesto de manifiesto el deslizamiento, cada vez más pronunciado, hacia los análisis periodísticos y académicos a veces muy distantes de la realidad sobre el terreno. El CICR debe desarrollar las competencias que le garanticen análisis políticos lo más cercanos posibles a la realidad sobre el terreno, donde se tomen en consideración las influencias externas.

- La importancia de la comunicación

Hoy más que en el pasado, la comunicación debe ser incorporada a la reflexión operacional. En 2003, quedó en evidencia la importancia del análisis del entorno y su incidencia en las políticas de comunicación en las delegaciones.

Ejercicios de comunicación en Sudán y en Guinea dieron prueba de su utilidad y convencieron a los delegados de la necesidad de efectuar una reflexión sobre los contenidos y las formas de comunicación de la acción del CICR. Esa práctica debe intensificarse a fin de mejorar la presencia del CICR en África a través de un trabajo político de las delegaciones en la promoción de una red indispensable que también será fundamental para lograr una mejor comprensión de los contextos y los desafíos globales.

Perspectivas

Los principales desafíos de la política internacional, en particular la lucha contra el terrorismo, los desafíos económicos como las reservas petroleras del continente y, en menor medida, la lucha contra la pobreza y el VIH/SIDA dominarán probablemente la evolución política y social de África en los años por venir. La conflictividad tal vez tienda a disminuir en África, salvo en África occidental y en África central, donde posibles crisis de sucesión, la existencia de instituciones estatales sumamente frágiles y la falta de intereses estratégicos son riesgos suplementarios de desestabilización.

Para el CICR, será importante seguir de cerca la evolución política, económica y general, a fin de poder reaccionar rápidamente en caso de que se produzca una situación de conflicto. Esa visión también permitirá hacer un detenido análisis de las necesidades de las víctimas y de los obstáculos que se plantean en la conducción de las actividades operacionales. Por último, será posible trazar una política operacional eficiente y adecuada. Hay que fortalecer y apoyar los esfuerzos desplegados para esclarecer la identidad del CICR y situar a la Institución entre los diferentes actores humanitarios para servir mejor a las víctimas de los conflictos armados.

El tiempo como factor para comprender la violencia de la guerra: el ejemplo de África

DANIEL PALMIERI*

La duración de los conflictos fratricidas contemporáneos, tanto en África como en otras partes del mundo, sorprende. Una investigación empírica ha demostrado que su duración media se ha triplicado desde los años sesenta¹. Se han esgrimido varios argumentos para explicar este hecho. Por ejemplo, la multiplicación de las actividades de contrabando (en particular, el tráfico de cocaína, de opio o de piedras preciosas) en las situaciones de conflicto armado, que tiene como efecto, según se afirma, aumentar considerablemente la duración de las guerras civiles². Ese fenómeno también se observa, al parecer, cuando uno de los beligerantes combate en representación de una minoría nacional, a fin de defender su territorio tradicional contra una presencia foránea formada por miembros de la mayoría étnica³.

En este artículo nos proponemos examinar la violencia de la guerra desde el punto de vista de la temporalidad, es decir, situar ciertos conflictos contemporáneos dentro de una perspectiva que privilegie el tiempo largo, o sea, el de "una historia que transcurre y se transforma lentamente", según la definición de Fernand Braudel⁴. Ese modelo, que exponemos aquí como hipótesis, se centra en el ejemplo africano, aunque puede aplicarse también a otras zonas de conflicto del planeta.

En efecto, desde hace mucho tiempo, el África subsahariana es un campo de estudio en materia de conflictividad armada. Desde las guerras ligadas a la descolonización hasta las interminables luchas civiles, el continente negro ofrece a la vez una mezcla de las múltiples formas que reviste el belicismo organizado y un ejemplo de la duración de las confrontaciones. A esta lista, ya larga de por sí, cabe añadir la categoría de los enfrentamientos llamados *étnicos o tribales*⁵, otra vez de candente actualidad en los últimos meses a raíz de los disturbios en

* El autor efectúa investigaciones históricas en el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Las consideraciones expuestas en el presente artículo reflejan las opiniones del autor y no del CICR.

la provincia de Ituri (noroeste de la República Democrática del Congo). Pero, en ese caso concreto, tal vez fueron sobre todo las propias particularidades de esa violencia *étnica* las que suscitaron el interés de los medios informativos y de la comunidad internacional, ya que, además de los habituales desmanes bélicos, en este conflicto se cometieron atrocidades más singulares, como son los actos de canibalismo⁶, que le dieron una dimensión de horror particular y contribuyeron sin duda a sacarlo de un relativo olvido.

¿Guerras étnicas?

La irrupción de la antropofagia en la conducción de la guerra remite, en primer lugar, a la fantasmagoría "de una violencia africana primitiva, mal domesticada y siempre pronta a surgir"⁷. Así descrito, ese exotismo sanguinario sumerge de nuevo a África en el corazón de las tinieblas, tan caras a Joseph Conrad. Pero, además, legitima a los defensores de la *étnicidad*, para los que ese tipo de violencia no puede comprenderse sin la existencia de tensiones inmemoriales entre distintas comunidades. La historia reciente nos hace recordar un problema insoluble de coexistencia humana en las tierras africanas. Así pues, si damos crédito a lo que sostienen algunos "conocedores" (!), los acontecimientos de Ruanda no sólo pusieron justamente de manifiesto "odios ancestrales" entre el "pigmeo-mirmidón", "el bantú (...), el campesino prosaico, ladino y a menudo despiadado, [cuyo] horizonte se limita a las tierras que trabaja", y el misterioso y gran "hamita, altanero, de mirada expresiva y piel con

¹ Paul Collier, Anke Hoeffler y Mans Söderbom, *On the duration of civil war*, Banco Mundial, Universidad de Oxford, 2001. Este estudio se refiere a unas cincuenta guerras civiles entre 1960 y 1999.

² James D. Fearon, *Why do some Civil Wars last so much longer than others?*, Departamento de Ciencias Políticas, Universidad de Stanford, 2001, en particular pp.14-15.

³ *Ibid.*, pp. 13-14. Tal es el caso de los *Chittagong Hill Tracts*, en Bangladesh, donde la población local, los chakmas, se opuso a que se establecieran colonos bengalíes.

⁴ Fernand Braudel, *Écrits sur l'histoire*, Flammarion, París, 1969, pp. 11-12. Versión española: *Escritos sobre la historia*, Editorial Alianza, 1991.

⁵ La noción de etnia (o de *tribu*) sigue siendo hoy muy debatida y las definiciones que se dan suelen ser función de una investigación de tipo colonial. V. Jean-Loup Amselle; "Ethnies et espaces: pour une anthropologie topologique", en Jean-Loup Amselle y Elikia M'Bokolo, *Au cœur de l'ethnie. Ethnies, tribalisme et État en Afrique*, Éditions La Découverte, París, 1985, pp. 11-48. La definición usual, la que figura en el Diccionario Robert, por ejemplo, es la de un "conjunto de individuos que comparten ciertos rasgos de civilización, en particular la comunidad de lengua y de cultura".

⁶ Declan Walsh, "Torture, murder and cannibalism : how two UN men died in Congo", *The Independent*, 2 de junio, 2003.

⁷ Roland Marchal, "Interpréter la guerre en Afrique" en *De la guerre. Un objet pour les sciences sociales, Les Cahiers Espaces/Temps*, nº 71/72/73, 1999, p. 119.

reflejos rojos"⁸. De ahí a concluir que "el alfa y el omega de esa región residen en una lucha atávica de los "cortos" y los "largos"⁹, sólo hay un paso, que dan alegremente numerosos especialistas de diversas disciplinas.

Etnicidad es un término indudablemente de moda, que suele emplearse para describir "(...) toda clase de conflicto en apariencia primitivo para el que no se dispone de otro término"¹⁰. Este concepto permite asimismo al investigador occidental estructurar fácilmente, según parámetros de análisis también occidentales -aunque aspiran a la universalidad- las sociedades africanas en numerosas comunidades separadas por las denominadas distinciones *étnicas*. Este método brinda, pues, un sistema explicativo cómodo de los famosos odios "ancestrales" que enfrentan a los diferentes grupos tribales¹¹.

Esa explicación genérica no es exclusiva de África. En el contexto de los Balcanes o del Cáucaso, cierto discurso en boga también atribuye el origen de los conflictos a una exacerbación de las rivalidades *étnicas*, citando como demostración diversos acontecimientos históricos o pseudohistóricos, como otros tantos puntos de referencia, con el fin de explicar racionalmente los motivos de esos odios pertinaces.

Sin embargo, en el caso particular del continente negro, la argumentación debe adaptarse a las características locales. Efectivamente, hay que destacar, en primer lugar, la ausencia de vastos tramos de una historia "oficial" (que comparten todos los actores de la comunidad internacional)¹² y que sólo comienza, en general, con la llegada de los colonizadores. Los episodios anteriores a ésta siguen

⁸ Paul del Perugia, "Comment le Rwanda construit l'une des civilisations les plus subtiles d'Afrique. Et comment l'Homme Blanc, par souci de décolonisation radicale, l'assassina", *Le Temps stratégique*, n° 61, diciembre de 1994, pp. 9, 11 y 12, respectivamente.

⁹ Claude Wauthier, "Rwanda: le mystère du mal", *Le Monde*, 10 de marzo de 2000. En realidad, en ese artículo se reseña una obra, publicada en esa fecha, en la que se denuncia esa versión estereotipada. Basándose en unos cincuenta estudios publicados entre el verano de 1994 y el verano de 1997, Jean-Pierre Chrétien analizó, por su parte, en detalle las diversas interpretaciones del genocidio de 1994, algunas de las cuales insisten con vehemencia en el antagonismo visceral entre las "etnias" hutu y tutsi; Jean-Pierre Chrétien, "Interprétations du génocide de 1994 dans l'histoire contemporaine du Rwanda", *Clio en Afrique*, n°2, verano de 1997, <<http://www.up.univ.mrs.fr/~wclio-af/numero/2/index.html>>.

¹⁰ Para un análisis de ese término, v. Isabelle Duyvesteyn, "Contemporary War: ethnic conflict, resource conflict or something else?", *Civil Wars*, vol. 3, n° 1, primavera de 2001, pp. 97 y ss.

¹¹ Luc Reyckler se alza contra esa "imagen televisiva" de África y señala, en particular, que, en la primera mitad del siglo XX, Europa occidental y Europa oriental batieron todos los récords de violencia; "Les conflits en Afrique: comment les gérer et comment les prévenir", Luc Reyckler, *Conflits en Afrique. Analyse des crises et pistes pour une prévention*, Coédition Grip – Éditions Complexe, Bruselas, 1997, p. 17.

¹² Lo que no quiere decir, sin duda, que el continente africano fuera ahistórico antes del período colonial. V. la nota siguiente.

siendo a menudo zonas grises, sobre todo porque –y es ésta otra particularidad– la vía oral es la forma privilegiada de transmitir el pasado¹³.

Dado que, a diferencia de Europa, no se puede determinar con claridad qué acontecimientos iniciaron la animosidad entre esas comunidades humanas, el observador no africano tenderá a relacionarla con la naturaleza "visceralmente" sanguinaria de las poblaciones africanas o, en el mejor de los casos, a calcarla de una experiencia histórica occidental conocida.

Así deben comprenderse las numerosas referencias a los tiempos medievales –un período considerado durante mucho tiempo como el más sombrío de la historia de la Cristiandad– a fin de describir la realidad africana. En este marco explicativo, África aún estaría en la era del feudalismo. Y la crueldad de los reinos "negros", que el viajero europeo relata para un público ávido de detalles horribles, no desmerece en nada de la que caracterizaba a los Estados bárbaros surgidos de las ruinas del Imperio Romano. Tampoco es infrecuente que se intente descubrir en las poblaciones africanas los mismos vínculos de señorío y de vasallaje que existieron en la Europa medieval.

Otra especificidad reside en el carácter en gran medida artificial de muchas "etnias" africanas. En efecto, lejos de plasmar las múltiples facetas de la diversidad humana, son a menudo el resultado de acciones administrativas debidas a las preocupaciones o las ambiciones del colonizador blanco. El artificio es doble. Deseosa de delimitar sus territorios coloniales, y de proteger así sus posesiones de ultramar de la codicia extranjera, la potencia europea se esforzó por trazar fronteras en torno a esas tierras. Esta actividad administrativa dio así lugar a separaciones y luego a diferenciaciones dentro de comunidades antes unidas, según que sus miembros quedaran a un u otro lado de esa línea imaginaria¹⁴. En otras circunstancias, la división de las tierras africanas llevó aparejada la creación *ex nihilo* de nuevas "etnias". Uno de los ejemplos más notables es el de la "etnia" beté, en el centro-oeste de la Costa de Marfil¹⁵, un conglomerado originariamente de diversos grupos étnicos, que fueron unificados dentro de una sola "tribu", paralelamente a la conquista militar, la pacificación y luego la integración administrativa y económica de su territorio en el espacio colonial francés.

¹³ Claude-Hélène Perrot (dir.), *Les sources orales de l'histoire de l'Afrique*, CNRS, Centro Regional de Publicaciones de París, París, 1989; o la obra, también dirigida por Claude-Hélène Perrot, *Le passé de l'Afrique par l'oralité*, Ministerio de Cooperación y Documentación Francesa, París, 1993.

¹⁴ Eso ocurrió, por ejemplo, con los bamilekés, separados por la frontera entre Nigeria y Camerún.

¹⁵ Jean-Pierre Dozon, "Les Bété : une création coloniale", en Jean-Loup Amselle y Elikia M'Bokolo, *op. cit.* (nota 5), pp. 49 y ss.

Incluso en los pocos casos en que el dominio colonial presentaba a la vez una homogeneidad estatal, geográfica y humana, como en Ruanda o Burundi, o en los otros diez reinos precoloniales de la región de los Grandes Lagos¹⁶, se produjo una diferenciación de la población en etnias. Esa operación fue ante todo el resultado de una construcción mental basada en una ideología "etnicista" de la época. De aquí surgen los mitos sobre los orígenes "hamitas", "semíticos", "caucásicos" e incluso "egipcios"¹⁷ de los tutsis, que colonizaron a las tribus bantúes. Ahora bien, en este contexto, "la etnicidad se refiere menos (...) a tradiciones locales que a fantasías sobreañadidas por la etnografía occidental al mundo denominado ordinario"¹⁸.

Temporalidad de los conflictos africanos

Como vemos, el concepto de etnicidad resulta imperfecto para explicar a la vez la persistencia en el tiempo de ciertos conflictos africanos y su carácter "bárbaro". Obviamente, cada guerra tiene una fisonomía propia y razones intrínsecas¹⁹. Además, hoy en día los conflictos se insertan en una lógica de economía-mundo que supera los particularismos locales. Y las guerras africanas no son una excepción en ese esquema general.

No obstante, si se extiende al nivel temporal el campo de análisis de la violencia entre los grupos humanos, es posible elaborar un nuevo esquema de lectura de la conflictividad que incorpore las dimensiones de la duración y del carácter implacable de los combates. Ese modelo explicativo se articula en torno a dos hipótesis: la perduración, a lo largo del tiempo, de la violencia en ciertas partes de África, y la existencia, e incluso la coexistencia, de varios "tiempos" de la guerra.

¹⁶ V. Jean-Marc Balencie y Arnaud de La Grange, *Mondes rebelles. Guerres civiles et violences politiques*, Ediciones Michalon, París, 3ª ed., 2001: cap. "Grands Lacs. Mythes et réalités ethniques", p. 754 y nota 2.

¹⁷ Afirmación que alcanzó una amplia difusión con la publicación de la obra de Henry Rider Haggard, *Les mines du roi Salomon*, llevada a la pantalla en 1950.

¹⁸ Jean-Pierre Chrétien, "Hutu et Tutsi au Rwanda et au Burundi", en Jean-Loup Amselle y Elikia M'Bokolo, *op. cit.* (nota 5), p. 164. En esta misma obra, Claudine Vidal también aborda esa problemática: "Situations ethniques au Rwanda", pp. 167-183. V. igualmente, en la misma línea, la obra de Bernard Lugan, *Histoire du Rwanda. De la préhistoire à nos jours*, Bartillat, París, 1997.

¹⁹ Esas razones podrían vincularse, por otra parte, con la hipótesis de la reacción "frustración-agresión", analizada en particular por Victor C. Uchendu, "The cultural roots of aggressive behavior in modern african politics", en Ali A. Mazrui (dir.), *The Warrior Tradition in modern Africa*, E.J. Brill, Leiden, 1977, en particular pp. 100 y ss.

La permanencia de la conflictividad o el equilibrio por la violencia

En una obra ya antigua, pero que sigue siendo pertinente, René Pélissier planteó como hipótesis que "(...) la presencia efectiva de los portugueses en Angola se confrontó con una resistencia polimorfa, pero constante. (...) El conflicto abierto de 1961 a 1974 fue, si no la culminación de una larga serie de guerras, al menos la repetición de una multitud de acciones armadas. Como indica el título de la obra (*Les guerres grises*), nuestra historia es una historia conflictiva. Aunque no es ni inexplicable, ni unilateral ni permanente, la violencia es, quiérase o no, la característica de Angola"²⁰.

Las investigaciones del autor comienzan en el período 1845-1848, cuando el decreto de *Sa da Bandeira*, promulgado por la Corona portuguesa en noviembre de 1836 para abolir la trata transatlántica de esclavos, comienza a aplicarse concretamente en la provincia angoleña. Mediante los mapas que adjunta, en los que se indican las principales acciones militares realizadas por el ocupante blanco entre 1846 y 1926, Pélissier demuestra la perennidad de los conflictos, ya que, con excepción del bienio 1924-1925, el resto de los años se caracterizaron por revueltas o disturbios lo suficientemente importantes como para justificar el envío de expediciones punitivas. La obra deja entrever asimismo que las rivalidades entre autóctonos y colonizadores comenzaron con la incorporación de Angola a la Corona lusitana, a finales del siglo XV. La hostilidad latente de la población local, conjugada con la topografía, hizo por lo demás que "(...) con excepción de ciertas zonas fácilmente identificables, que representan menos de la veintava parte del territorio, Angola sólo fuera sometida, y por ende colonizada, a comienzos del siglo XX"²¹.

Ese razonamiento, que postula la persistencia de los conflictos durante la era colonial, puede extenderse al período anterior a la llegada de las carabelas portuguesas.

²⁰ René Pélissier, *Les guerres grises. Résistance et révoltes en Angola (1845-1941)*, Pélissier, Orgeval, 1977. V. también, del mismo autor, *La colonie du Minotaure. Nationalismes et révoltes en Angola (1926-1961)*, Pélissier, Orgeval, 1978.

²¹ René Pélissier, *op. cit.* (nota 20), p. 18. V. asimismo J.F. Ade Ajayi y Michael Crowder, *Atlas historique de l'Afrique, Les éditions du Jaguar*, París, 1988, p. 125, donde se expone este razonamiento, mostrando el (pequeñísimo) territorio angoleño que los portugueses controlaban efectivamente en vísperas del Congreso de Berlín de 1885.

La estructura social y política del territorio que el colonizador denominaría Angola se compone, pues, de diversas entidades o "Estados"(reinos²², principados); algunas de ellas ligadas por relaciones de sujeción. Las relaciones entre vecinos se caracterizaban, además, por innumerables guerras, que se libraban para obtener esclavos o ganado. Las razias no tenían sólo un aspecto económico, sino que también desempeñaban un papel social de alcance tanto externo como interno. Las incursiones efectuadas durante las guerras permitían mantener a "la nación en vida frente a sus vecinos", "perpetuar una aristocracia" y "canalizar la agresividad individual, reprimida por una obediencia absoluta a un soberano despótico"²³. Cabe señalar que esa conflictividad trascendía a menudo la noción de etnia. Así, en la Gana precolonial, "(...) los conflictos tienen lugar tanto en el seno de grupos étnicos como entre ellos. Los conflictos intraétnicos suelen ser disputas "dinásticas" entre grupos afines que reivindican la realeza o el cacicazgo; los conflictos entre etnias se producen, en la mayor parte de los casos, entre miembros de grupos dominantes confrontados por poblaciones que ellos consideran súbditos]²⁴.

Ese fenómeno también se da en la región de los Grandes Lagos. La historia militar de Ruanda antes de la colonización es una sucesión de "incursiones en zonas limítrofes mediante expediciones que duraban uno o dos días (...)" y "no puede desestimarse la importancia del pillaje, que servía para incrementar la fortuna del jefe de cada ingabo (ejército). Parte de su producto se entregaba al *mwami* (rey) y parte se la quedaba el jefe del ejército, que luego la redistribuía entre sus clientes y obtenía otros nuevos. El papel del ejército también era robar ganado y traer cautivos"²⁵. Esto coincide con las informaciones facilitadas por el explorador John Hanning Speke sobre la corte del rey de Uganda: "(...) el monarca, majestuosamente sentado en su trono, dicta más o menos como sigue sus decretos cotidianos: 'Los rebaños, las mujeres, los niños no son bastante numerosos

²² Angola es, por cierto, un nombre derivado de N'Gola, patronímico de uno de los reyes negros del reino del Congo, que luego se convirtió en término genérico para designar a los reyes de la región. Los diferentes reinos angoleños desaparecieron físicamente a finales del siglo XIX. Pero algunos reyes subsisten en la actualidad, reconocidos por el Estado angoleño, aunque sin autoridad jurídica. Sobre la historia precolonial de Angola, v. Thomas Collelo (dir.), *Angola, a country story*, Departamento del Ejército, Washington D.C., 1989, pp. 5 y ss.

²³ René Pélissier, *op. cit.* (nota 20), pp. 61-62.

²⁴ Susan Drucker-Brown, "Communal Violence in Northern Ghana: unaccepted warfare", en Robert A. Hinde y Helene E. Watson (dirs.), *War: a cruel necessity? The bases of institutionalized violence*, Tauris Academic Studies, Londres/Nueva York, 1995, p. 37.

²⁵ Warren Weinstein, "Military continuities in the Rwanda State", en Ali A. Mazrui (dir.), *op. cit.* (nota 19), p.51.

en Uganda; es necesario que un ejército de mil a dos mil hombres parta inmediatamente a saquear Unyoro"²⁶.

Se puede por ello suponer que los antagonismos autóctonos, calificados de "raciales" por los europeos cuando llegaron a la región de los Grandes Lagos, sólo estaban motivados, en definitiva, por un interés material, ligado a una estructura social basada en relaciones de poder. Esta hipótesis ha sido confirmada por trabajos recientes que demuestran que, en el caso de Ruanda, la estructura económica de la sociedad era mucho más homogénea de lo que podría hacer creer la dicotomía colonial entre los tutsis, pastores, y los hutus, agricultores. "En realidad, los hutus y los tutsis eran, en su mayoría, agricultores y pastores, y la posesión del ganado estaba relacionada, sobre todo, con la riqueza. (...) La agricultura y la condición de roturadores no eran, pues, privativas de los hutus (...)"²⁷. Lejos de estar motivadas por odios intercomunitarios, las rivalidades eran menos corrientes en la antigua Ruanda y se desencadenaban, pues, para atesorar bienes o por actos de insumisión a la autoridad. Los viajeros extranjeros no dejaron de poner de relieve, con sorpresa, el estado de guerra casi permanente que reinaba en esa región africana²⁸; pese a lo cual no vacilaron con frecuencia en ayudar a un soberano local deseoso de acabar con sus adversarios²⁹.

Cabe señalar que ese tipo de relaciones conflictivas, de connotación económica, también caracteriza a sociedades menos estatizadas que las de Angola, Uganda o Ruanda. Así, las incursiones para robar ganado son frecuentes entre las poblaciones de pastores de África oriental y constituyen una "costumbre" que continúa en la actualidad. "El ganado es central en el sistema de valores de los karamajonges [pastores tradicionales que habitan en el este de Uganda], y el robo de ganado es un modo de vida"³⁰. Los karamajonges, que tienen la costumbre de robar ganado al "enemigo" como ritual de paso a la edad adulta, son objeto, a su vez, de las incursiones de los turkanas, grupo instalado al otro lado de la frontera con Kenia, que practica ese mismo ritual.

²⁶ John Hanning Speke, *Les Sources du Nil, Journal de voyage du capitaine J. H. Speke*, citado en Alain Ricard, *Voyages de découvertes en Afrique. Anthologie, 1790-1890*, Robert Laffont, colección Bouquins, París, 2000, p. 661.

²⁷ "Autour d'un livre : Vansina (Jan), le Rwanda ancien. Le Royaume nyiginya ... Le point de vue de Danielle de Lame", *Politique africaine*, nº 83 – octubre de 2001, p. 158.

²⁸ Como señaló un misionero aún en 1912; v. Warren Weinstein, *op.cit.* (nota 25), p. 51.

²⁹ "Los alemanes cooperaron con Musinga, *mwami* o rey de Ruanda, para llevar a cabo campañas contra jefes recalcitrantes, en zonas periféricas donde no se respetaba la autoridad del rey", *ibíd.*, p. 52.

³⁰ "Ugandan herders hand in arms", BBC World News, 3 de diciembre de 2001, <<http://www.bbcworld.com>>.

Cuando no es para capturar ganado, una conflictividad latente puede desarrollarse para garantizar su supervivencia. Las querellas por los pastos o por los abrevaderos suelen dar lugar a enfrentamientos entre las poblaciones de pastores en Somalia. Las complejas ceremonias que ponen fin a los conflictos resultantes se describen detalladamente en los trabajos de Ioan M. Lewis³¹.

En definitiva, ese estado de violencia, que parece extraordinario al visitante europeo (que olvida, por lo demás, su propia realidad³²) no lo es para las poblaciones indígenas. Pues, como ha demostrado Alain Gascon al tomar como ejemplo los conflictos en el "Cuerno de África", la guerra aparece como un ritual "regulador": "(...) los enfrentamientos, usuales en el espacio y *en el tiempo*, absorben las tensiones políticas y sociales. (...) Esta 'socialización por la guerra' la hace normal, habitual. (...) El repertorio de la venganza, de la violencia abierta es socialmente legítimo"³³.

Considerando esas diferentes situaciones, se comprueba que la persistencia de la conflictividad es una característica casi endémica de las sociedades analizadas. Pero, si bien es cierto que la violencia perdura, no es posible atribuirle las mismas causas de un siglo a otro. Hoy en día, en la era de la mundialización, los conflictos son el resultado, como sabemos, de un entramado de razones endógenas y exógenas (políticas, económicas, culturales, criminales, geopolíticas, etc.); un entramado que adquiere mayor importancia a medida que la guerra se perpetúa. Las violencias más antiguas parecían responder a preocupaciones más "básicas", que giraban en torno a la posesión de bienes y la autoridad, así como de su preservación frente a la avidez de los vecinos, y a la defensa de una "identidad" de la sociedad, en particular frente a invasores externos; o también, una vez consumada la derrota, a la resistencia al nuevo poder, que solía ir acompañada de una resistencia a un proceso de aculturación.

³¹ V. de este autor en particular *Blood and bone. The Call of Kinship in Somali Society*, The Red Sea Press, Lawrenceville (NJ), 1994, p. 49. El proceso de reconciliación se efectúa principalmente mediante la entrega de cabezas de ganado a la parte perjudicada e incluso, en ciertos casos, la de una joven núbil, ofrecida en matrimonio.

³² No es necesario recordar que el esquema de violencia aquí expuesto en relación con África estuvo vigente en Europa durante siglos. Incluso en una sociedad tan reputada hoy por su tranquilidad como la suiza se libraron numerosas guerras civiles hasta mediados del siglo XIX, es decir, la misma época en que se realizaba la exploración del continente africano.

³³ Alain Gascon, "La guerre comme rite géographique : l'exemple de la Corne de l'Afrique", *Cultures & conflicts*, n° 1, invierno de 1990-1991, pp. 77-78. El subrayado es nuestro.

Tiempo "mítico" de la guerra en África

La segunda hipótesis planteada en este artículo postula la coexistencia, dentro de una misma sociedad, de varias formas de temporalidad de los conflictos armados. De acuerdo con ese modelo, una guerra se desencadena a partir de un mantillo en el que la violencia ya estaba antes bien establecida. Este razonamiento lo desarrolla Alain Gascon, quien, desde una perspectiva histórica totalmente "braudeliana", por lo demás reconocida³⁴, habla de conflictos "milenarios" y "seculares"³⁵. La inscripción de la violencia en el tiempo largo permite, según él, explicar su persistencia.

Stephen Ellis, investigador del *Afrika-Studiecentrum* de Leiden, prosigue esa reflexión sobre la temporalidad de la guerra y distingue lo que pertenece al corto y al largo plazo: "Para analizar los conflictos que se están librando en África occidental, de Casamance a Liberia, y que amenazan actualmente con extenderse a Costa de Marfil, es necesario remontarse mucho en la historia. Hay sin duda explicaciones más inmediatas y específicas (...), pero, más allá de esos factores de corto plazo, también existe una lógica de larga duración en esos conflictos"³⁶.

Así pues, al tiempo histórico, el del acontecimiento, inmediatamente explicable y analizable, responde un tiempo más largo, en el cual el conflicto se alimenta y finalmente se construye. Esta última temporalidad es más tenaz, porque, por un lado, "(...) las poblaciones tienen conciencia de una historia larga, mucho más antigua que la de los Estados soberanos actuales"³⁷, y, por otro, "(...) en tiempo de conflicto uno recuerda mejor las historias que le contaron sus padres"³⁸.

Para ilustrar la profundidad de esa conciencia histórica, Ellis da el ejemplo del renacer de las sociedades iniciáticas africanas, que tradicionalmente no sólo regulaban las relaciones entre poblaciones, sino que también funcionaban, en la época precolonial, como "sistemas globales de incorporación política"³⁹. Sin embargo, el autor comprueba que el estallido de conflictos o el surgimiento de tensiones en Liberia, Sierra Leona, Guinea o Costa de Marfil coincidió con "(...) un

³⁴ Alain Gascon, *op.cit.* (nota 33), p. 71.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Stephen Ellis, "Les guerres en Afrique de l'Ouest : le poids de l'histoire", *Afrique contemporaine*, n° 198, 2º trimestre de 2001, p. 51.

³⁷ *Ibid.*, p. 52.

³⁸ *Ibid.*, p. 53.

³⁹ *Ibid.*, p. 55.

retorno masivo de las tradiciones iniciáticas, en forma de tatuajes y otras prácticas rituales, utilizadas particularmente por algunas milicias. (...) Los recuerdos, a veces muy antiguos, asociados a ellas, son incluidos en la enseñanza del período de iniciación de los impetradores y en los amuletos o *grigris* que distribuyen los maestros iniciadores para proteger a los nuevos combatientes. (...) Esas sociedades [iniciáticas], utilizadas con objetivos modernos, mantienen así el recuerdo de un viejo pasado (...)"⁴⁰.

Sean originales o en parte "inventados" (como los comportamientos de la figura del cazador-miliciano *kamajo* en Sierra Leona)⁴¹, también puede interpretarse que esos saberes y esas prácticas rituales forman parte de una temporalidad de la guerra que aquí calificaremos de mítica.

En esta perspectiva se incluye toda una serie de actos simbólicos, como la decisión del MFDC (Movimiento de Fuerzas Democráticas de Casamance) de emplear las armas contra las autoridades senegalesas. En efecto, esta decisión se tomó en el "bosque sagrado" de los *Diola*, el lugar donde están guardados los fetiches de esa población casamancesa⁴² y donde los nuevos combatientes van a prestar juramento⁴³. La elección del "bosque sagrado" no es anodina. Es un punto de contacto privilegiado entre el mundo actual y el de los antepasados, de los espíritus del bosque o de un animal en particular. En él, el individuo no sólo trasciende el tiempo, pasando de un universo donde la temporalidad responde a otros criterios y adquiere otro significado, sino que también entabla un diálogo con fuerzas superiores a él. Decidir sobre la guerra en tal lugar equivale, pues, a pedir -y obtener- el apoyo implícito de los espíritus o de los manes de los antepasados; ello también permite dar al conflicto previsto o en curso una inmensa dimensión ideal e irracional, pues los actos de violencia estarán de alguna manera avalados por entidades sobrenaturales, cuando el individuo, investido por ellas, actúe en su nombre.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 55-56. Esos saberes rituales y esas prácticas mágicas no sólo resurgen en los conflictos en África occidental. David Lan demostró la existencia de esos rituales en la guerra de liberación en Zimbabue; v. David Lan, *Guns and Rain: Guerilla and Spirit Mediums in Zimbabwe*, James Currey, Oxford, 1985. Otro ejemplo conocido es el del *Holy Spirit Movement* en Uganda, cuyos adeptos iban al frente embadurnados con un aceite que supuestamente podía repeler las balas del adversario; sobre este sorprendente movimiento, v. Jean-Marc Balencie y Arnaud de La Grange, *op. cit.* (nota 16), pp. 1015-1016.

⁴¹ V. Mariane Ferme, "La figure du chasseur et les chasseurs-miliciens dans le conflit sierra-léonais", *Politique africaine*, n° 82, junio de 2001, en particular pp. 122 y ss.

⁴² A raíz de que una de sus marchas de protesta fue duramente reprimida por las fuerzas del orden, el MFDC decidió, en 1983, recurrir a la violencia y "entonces algunos hombres fueron al bosque sagrado para decidir emprender la lucha armada", Brigitte Breuillac, "Conflit sans fin en Casamance", *Le Monde*, 28 de marzo de 2002.

⁴³ *Ibíd.*

Otro ejemplo de esa conjunción de una agresividad a menudo sanguinaria y del desapego aparente de quienes la practican lo brindó la guerra civil en Liberia. En varias ocasiones, el observador extranjero se sorprendió de que los miembros de las diferentes milicias se vistieran con atuendos extraños (hombres disfrazados de mujer, en particular) o llevaran máscaras. Stephen Ellis da una explicación de esto último: "Tradicionalmente, el mundo espiritual se pone de manifiesto en Liberia por varios medios, en especial mediante el uso de máscaras talladas en madera, rasgo particular de la vida cultural de numerosas comunidades rurales liberianas. El uso con fines religiosos de máscaras con las cuales las personas resultan irreconocibles y a cuyo través los espíritus toman presuntamente forma visible, dice mucho acerca de los comportamientos tradicionales en Liberia en relación con el mundo espiritual y con la naturaleza oculta de la realidad]⁴⁴. Además de disfrazar, la máscara ofrece a los espíritus la posibilidad de entrar en quien la lleva y, de ese modo, poseerlo: "Una persona efectivamente poseída "se convierte" temporalmente en el espíritu y pierde por breve plazo su personalidad"⁴⁵.

Oculto tras su máscara y, por ende, imperceptible a sus contemporáneos; transformado provisionalmente en "otro", el combatiente evoluciona en un contexto que ha perdido todos sus puntos de referencia, incluidos los temporales. El miliciano ya no es un hombre, es un espíritu, casi un dios incluso (pues su cuerpo está habitado por el espíritu o por Dios)⁴⁶. Ahora bien, por definición, esas dos entidades son atemporales.

El hecho de que una persona se imagine que vive en un tiempo (y en un espacio) mítico(s) ha sido objeto de estudios etnopsiquiátricos. Se conocen estos cuadros como "brotes delirantes", es decir, "crisis delirantes transitorias, de temas variables, con alucinaciones muy animadas, como en un sueño"⁴⁷, un fenómeno muy extendido en África, donde se registra un elevado porcentaje de estados psicóticos⁴⁸.

⁴⁴ Stephen Ellis, *The Mask of Anarchy. The destruction of Liberia and the Religious Dimension of an African Civil War*, New York University Press, Nueva York, 1999, p. 13.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 201.

⁴⁶ Por lo demás, "Muchos de los principales protagonistas de la guerra afirmaron, algunos con sinceridad manifiesta, que habían estado en comunicación directa con Dios en varios momentos de sus sangrientas carreras", *ibíd.*, p. 23; v. también pp. 267-269, donde el autor cita a varias personas "que renacieron en Cristo".

⁴⁷ J. Monfouga, J. Broustra, P. Martino y M. Simon, "Réflexions ethnopsychiatriques sur l'organisation temps espace de la personne", *La notion de personne en Afrique noire*, Coloquios internacionales del C.N.R.S, n° 544, Ediciones del Centro Nacional de la Investigación Científica, París, 1973, p. 510.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 511.

Se observa que, en situaciones de "brotos delirantes," sobreviene una "ruptura brutal del *tiempo vivido*; la desestructuración de la conciencia genera una pérdida de referencia estable a la *temporalidad* (...)"⁴⁹. El sujeto vive así, durante un momento, en un tiempo mítico, que le induce a adoptar una conducta particular, fuera de toda norma "laica".

A pesar de que es difícil transponer tal cual el fenómeno de los "brotos delirantes" a las actitudes de los combatientes liberianos, es posible que ese fenómeno, paralelamente a los motivos religiosos explicados por Stephen Ellis, sea una clave para comprender la brutalidad que caracteriza el conflicto en ese pequeño Estado de África occidental⁵⁰.

Por otra parte, la persistencia del canibalismo en Ituri puede comprenderse en el marco de una guerra mítica, en la que, quien se come a un adversario trata de apropiarse de sus fuerzas y cualidades. El conflicto adquiere de este modo dimensiones que superan las meras características e intenciones bélicas, pues moviliza, por lo tanto, el conjunto de los sistemas de referencias y de valores de los beligerantes. Hacer la guerra ya no es una actividad, es un verdadero comportamiento en el que lo real y lo mágico, lo humano y lo divino se entrecruzan, se mezclan y se confunden.

Conclusión

En varios contextos bélicos, en África y en otros lugares, se observa una "estratificación temporal"⁵¹. A una capa inmediata que toma la forma de los acontecimientos conflictivos en curso, sigue una capa "de fondo", caracterizada por una violencia "tradicional", más profundamente anclada en la historia. A veces, esta última capa se apoya en una base aún más antigua, incluso mítica, que funciona como una verdadera placa tectónica y cuyos movimientos se sienten hasta en el nivel más alto de ese corte "geológico-polemológico". Es, sin embargo, cierto que, en cada nivel, factores internos y externos actúan sobre los estratos para consolidarlos, lo que posibilita que toda la estructura, el conflicto, perdure.

¿Quiere esto decir que ciertas sociedades están destinadas a ser generadoras de conflictos? Una respuesta afirmativa tomaría la forma de un determinismo

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 517. El subrayado es nuestro.

⁵⁰ La reanudación del conflicto, en la primavera de 2003, permitió verificar la persistencia de comportamientos pretendidamente "sobrenaturales" entre los combatientes; v. en particular el comunicado de prensa de Reuter del 11 de junio de 2003 titulado "Mystical warriors terrify Liberians tired of war".

⁵¹ Por servirse del modelo elaborado por Arnaud de La Grange y Jean-Marc Balencie relativo a la guerra en el continente sudamericano; Jean-Marc Balencie y Arnaud de La Grange, *op. cit.* (nota 16), p. 19.

social, que este artículo no puede respaldar. No es, con todo, menos cierto que, en muchos casos, las guerras se libran en Estados donde la identidad está "basada en un orgullo guerrero tradicional"⁵². Por lo demás, hasta hace poco tiempo, esa violencia tomaba la forma de guerras "ritualizadas" o de guerras "con objetivos limitados", según las distinciones establecidas por Gérard Chaliand⁵³. Como hemos visto en el caso de África, estas "guerras civiles" podían servir, a la vez, como regulador social, como exutorio de la violencia intrínseca de la sociedad y como fundamento de la supervivencia económica. Las sociedades que las practicaban no se caracterizaban, sin embargo, por un grado de barbarie superior al de otros grupos humanos, como las poblaciones "civilizadas" occidentales.

El choque fue duro cuando el colonizador blanco se confrontó con los tiempos tradicional y mítico de la guerra, que no podían sino escapar a su comprensión. Ante esas "tinieblas", en las que la maldad humana no parecía tener origen ni límites, su primer reflejo fue justamente hallar y dar de nuevo una coherencia a manifestaciones de la violencia que juzgaba irracionales. Una vez definida ésta, el colonizador estaba en mejores condiciones para buscar los medios de acabar con ella.

La aparición del concepto de *guerra étnica* no es sin duda ajena a este planteamiento racionalista, pues la fórmula era útil para explicar la existencia de una conflictividad social. Así pues, los hechos que se producían ante los ojos del hombre blanco sólo podían comprenderse si confrontaba los acontecimientos "cortos y largos", como en los reinos de los Grandes Lagos, habitados por odios atávicos y seculares. La "cientificación" de un discurso semejante, su amplia difusión y su ulterior interiorización por las poblaciones locales condujeron finalmente a una "etnización" de los diferentes conflictos. Cabe destacar asimismo que esa dialéctica la han hecho suya los primeros interesados, que hoy suelen recurrir a la historia para explicar las violencias que desgarran a sus sociedades⁵⁴.

⁵² Pierre Conesa, "Une géographie du 'monde inutile' ", *Le Monde diplomatique*, marzo de 2001.

⁵³ Las primeras se libraron a menudo dentro de una sociedad dada o de sociedades vecinas y no son guerras de agotamiento; las segundas, cuyo ejemplo típicos es la disputa dinástica, pertenece a un mundo dominado por un código de honor y unas reglas estrictas de comportamiento en la guerra, Gérard Chaliand, *Anthologie mondiale de la stratégie. Des origines au nucléaire*, Robert Laffont, París, 1990, p. XV.

⁵⁴ "Usando un concepto desconocido para los africanos hasta el siglo pasado, los somalíes suelen acusar a Etiopía de ser un Estado colonialista. Algunos grupos étnicos de Etiopía interpretan su historia como una conspiración de los amharas contra los demás grupos étnicos del país. Algunos sudaneses del sur ven su historia como un proceso de victimización por parte de los musulmanes del norte, con la ayuda de otomanos, egipcios e ingleses", Paul B. Henze, *The Horn of Africa. From war to peace*, Macmillan, Londres, 1991, p. 10.

El escritor marfileño Ahmadou Kourouma ha puesto de relieve esta intervención extranjera que, con el pretexto del orden, trastoca los sistemas y las lógicas sociales propios: "Es con el negocio y la guerra, o gracias a ellos, como la raza malinké oía, caminaba, veía y respiraba; lo mismo que un hombre. Eran sus pies, sus ojos, sus oídos y sus riñones. La colonización *proscribió y mató la guerra*, pero favoreció el negocio. Las independencias impidieron el negocio y la guerra no llegaba. Y la especie malinké, las tribus, la tierra, la civilización se mueren, tullidas, sordas y ciegas... y estériles"⁵⁵. Esto también se ha señalado en Kenia, donde "(...) los colonizadores británicos impusieron brutalmente una prohibición de las luchas entre tribus, que las comunidades del norte de Kenia hoy recuerdan con nostalgia"⁵⁶.

Pero esa irrupción de la "modernidad" también adquiere formas más insidiosas. La proliferación de las armas de fuego, cada vez más asequibles, es una de ellas. "En países tan distintos como Indonesia, Colombia, Macedonia, Somalia, Sri Lanka y Liberia, la introducción, hasta el nivel de las aldeas, de las denominadas armas ligeras –fusiles de asalto, revólveres, pistolas, granadas (...)– ha alterado tanto la vida como la muerte"⁵⁷.

En tales condiciones, se comprende perfectamente que los robos de ganado en África oriental y las consiguientes represalias, tomen unas proporciones y un simbolismo diametralmente diferentes si alguno de los adversarios dispone de fusiles. Lo mismo cabe decir de los enfrentamientos calificados de tribales.

También el tiempo "tradicional" de la guerra resulta entonces modificado. En el período colonial, y luego en la era de la mundialización, la entrada en escena de factores exógenos han supuesto, en efecto, una ruptura en un estado de conflictividad permanente, que hallaba su razón de ser en la manera ancestral de hacer la guerra. Y ese modo de proceder tenía en cuenta, en primer lugar, las nociones de equilibrio, de regulación, de solución de los litigios y de compensación. Vejada y atizada a la vez por el colonizador, que utilizaba a unas etnias contra otras, la violencia tradicional vuelve hoy con más fuerza, y su poder destructor es aún mayor, debido a que los actores disponen de medios técnicos antes desconocidos y a la ausencia de modalidades de control de su empleo. Por ello, la etapa de las simples riñas entre vecinos, gestionables y

⁵⁵ Ahmadou Kourouma, *Le soleil des indépendances*, Éditions du Seuil, colección Points, París, 1995, p. 23 (el subrayado es nuestro).

⁵⁶ Karl Vick, "Small Arms' Global reach uproots Tribal Traditions", *The Washington Post*, 8 de julio de 2001.

⁵⁷ *Ibíd.*

poco dañinas, ha quedado atrás y ha dado paso a enfrentamientos en toda regla entre beligerantes.

Asistimos, pues, a una escalada –el derramamiento de mucha sangre que pide que se derrame aún más-, que contribuye asimismo a explicar la perennidad y la crueldad de los conflictos africanos actuales.

Marzo
2003
Nº 849

Junio
2003
Nº 850

Septiembre
2003
Nº 851

Diciembre
2003
Nº 852

Revista fundada en 1869
y publicada por el
Comité Internacional
de la Cruz Roja
Ginebra



CICR

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

DEBATE HUMANITARIO: DERECHO, POLÍTICAS, ACCIÓN

**RESUMENES DE ARTÍCULOS
NO TRADUCIDOS EN ESPAÑOL**

Resúmenes de artículos no traducidos en español

Marzo de **2003**

Nº 849 de la versión original

Los nuevos conflictos: ¿un futuro que retrocede?

IRÈNE HERRMANN Y DANIEL PALMIERI

Las guerras actuales suelen denominarse "nuevos conflictos". Parecen nuevos por tres razones: son contiendas no estructuradas, sus víctimas son principalmente civiles y se libran con armas y métodos no convencionales, incluido el terrorismo. Pero un rápido vistazo a la historia pone de manifiesto que esas técnicas se han empleado en Europa desde la Antigüedad. Es cierto que el Tratado de Westfalia (1684) cambió la naturaleza de la guerra, iniciando la era de los Estados Nación, que procuraban respetar a los civiles no armados de los ataques, a la vez que seguían perfeccionando continuamente sus armas. Sin embargo, ese modelo degeneró rápidamente, dando lugar a un potencial destructivo insospechado que, desde 1945, ha puesto freno a los conflictos tradicionales, al hacer las guerras entre Estados desarrollados tan peligrosas que podrían aniquilar a la humanidad. En consecuencia, asistimos a una reanudación de formas más antiguas de hacer la guerra, de las que el ejemplo más reciente son los nuevos conflictos, típicos del actual mundo "post-bipolar". El nombre que se ha dado a estos conflictos refleja simplemente el hecho de que, tras dos generaciones de relativa paz, la población de Occidente ha olvidado lo que es la guerra: todos los conflictos parecen nuevos.

El emblema "no religioso" de la cruz roja y Japón

N. MARGARET KOSUGE

A pesar de no ser una nación cristiana, Japón, a diferencia de Turquía y Persia, no decidió adoptar un emblema propio para adherirse a la organización internacional de la Cruz Roja. Japón tomó una posición clara y pública contra toda interpretación religiosa del signo de la "cruz roja" y, hasta 1929, consideró que la Organización debía tener un emblema internacional único. Sin embargo, había cierta incoherencia entre el mito, nacido de la adopción por Turquía de la "media luna roja", de que el Movimiento

Internacional de la Cruz Roja no había tenido nunca vinculaciones religiosas, y el mito de que la sociedad de la Cruz Roja de Japón carecía de cualquier connotación religiosa. Japón aceptó el signo de la cruz roja y luego se esforzó por hacer de él un "signo nacional", que debía fundirse con las tradiciones locales para crear una tradición nueva y más cosmopolita. Durante este proceso, la Cruz Roja Japonesa se sumó a los esfuerzos realizados para unificar la nación japonesa en el seno de un modelo que confería al Emperador y a la familia imperial la capacidad de adaptar a dicha nación a los cánones de la sociedad internacional "eurocéntrica". Este modelo contribuía a alimentar el nacionalismo nipón que, en un sistema internacional no occidental, debía a la vez responder a la Europa occidental y mantenerse al margen de ésta, e incluso superarla en ciertos aspectos.

Esta transición de la neutralidad en el sentido estricto a una connotación fuertemente ideológica explica que, en el plano interior, la mayor parte de los japoneses hayan experimentado un sentimiento de admiración y de profundo respeto por el emblema de la cruz roja. Explica también que, en el plano exterior (es decir, los campos de batalla), los ejércitos japoneses rara vez respetaran el mensaje universal de humanidad del signo de la cruz roja, pues estaba en evidente contradicción con la visión "indígena" del emblema de la cruz roja.

La misión Wehrlin del CICR en la Unión Soviética (1920-1938)

JEAN-FRANÇOIS FAYET Y PETER HUBER

En este artículo, basado en estudios existentes y en documentos recientemente disponibles, provenientes de los archivos de la ex Unión Soviética, se relata una de las misiones más controvertidas de la historia del CICR: la que fue confiada a Woldemar Wehrlin en la Unión Soviética, entre las dos guerras mundiales. A falta de vínculos diplomáticos entre Suiza y la Unión Soviética, el delegado permanente del CICR en Moscú, además de llevar a cabo actividades tales como representar al CICR ante la Cruz Roja Soviética, cooperar con la misión Nansen, repatriar a los prisioneros de guerra alemanes y austro-húngaros y buscar a las personas desaparecidas, tuvo que defender los intereses de su país de origen y de sus compatriotas. El resultado de esta misión excepcionalmente larga, a menudo calificada de "casi consular", fue muy positivo para Suiza y la comunidad suiza en Rusia, pero resultó más ambiguo para el CICR, cuya imagen resultó considerablemente dañada por la cuestión de las relaciones de la organización con la Confederación Helvética.

Resúmenes de artículos no traducidos en español

Junio de 2003

Nº 850 de la versión original

Diez años después de la institución del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia: evaluación del aporte de su jurisprudencia al derecho internacional humanitario

JEAN-FRANÇOIS QUÉGUINER

Las dudas que en un principio se manifestaron acerca de la capacidad del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia de cumplir su cometido pueden relegarse a los archivos de la historia. La institución de este Tribunal puede anunciarse como un importante paso en la búsqueda de mecanismos de aplicación del derecho internacional humanitario. Pero, tras diez años de existencia, resulta evidente que el cometido del Tribunal no puede limitarse a la mera aplicación del derecho internacional humanitario: en el ejercicio de su función represiva, el Tribunal ha ido interpretando esta compleja rama del derecho y, por esa vía, ha contribuido en gran medida a forjar una visión más innovadora del derecho internacional humanitario. La finalidad de este artículo es exponer someramente los aportes más significativos de esta lectura hermenéutica y judicial del derecho internacional humanitario.

Se arguye que el Tribunal contribuyó al derecho internacional humanitario de tres maneras, que interactúan: en primer lugar, afirmando la índole consuetudinaria de un número de principios; en segundo lugar, reduciendo la significativa brecha que separa las normas aplicables a los conflictos armados internacionales de las que se aplican a los no internacionales; y, por último, adaptando el derecho internacional humanitario a las realidades modernas, a través de una libre interpretación de ciertas disposiciones relativamente antiguas de tratados humanitarios.

El desarrollo del régimen de infracciones graves y de responsabilidad penal individual por el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia

NATALIE WAGNER

En este artículo, se analizan dos acontecimientos nuevos y fundamentales en el ámbito del derecho internacional humanitario, atribuibles al Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia. Se examina la interpretación innovadora que el Tribunal efectúa del régimen de infracciones graves y de la doctrina llamada del interés común, actualmente utilizada para enjuiciar a Slobodan Milosevic. A este efecto, la autora describe la jurisprudencia pertinente a partir de la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal en el asunto Tadic (1999). Esta jurisprudencia demuestra que, al adoptar una perspectiva funcional de la nacionalidad, el Tribunal amplió el régimen tradicional de infracciones graves. Además, el Tribunal redefinió el concepto de derecho de la responsabilidad penal individual de manera que se incorpora en éste la doctrina llamada del interés común.

Sin embargo, estos desarrollos no han recibido un apoyo unánime en las publicaciones jurídicas. Una escuela de pensamiento se pronuncia en favor de una concepción del derecho internacional humanitario basada estrictamente en los Convenios, mientras que otra sostiene una interpretación y una aplicación teleológicas de éstos. En contraste con la primera de estas opiniones, la autora identifica un esquema jurídico coherente en la jurisprudencia reciente del Tribunal por lo que atañe al régimen de las infracciones graves y a la doctrina llamada del interés común.

Resúmenes de artículos no traducidos en español

Septiembre de 2003

Nº 851 de la versión original

Reparaciones por violaciones del derecho internacional humanitario

EMANUELA-CHIARA GILLARD

La última mitad del siglo XX se caracterizó por un aumento y una codificación sin precedentes de normas de derecho internacional relativas a la protección del ser humano. Hoy, se trata de velar por el respeto de esas normas. Las reparaciones por violaciones del derecho internacional humanitario pueden ser una importante contribución para lograr un mayor respeto de esas normas y evitar futuras infracciones.

Si, en caso de infracción, pueden obtenerse reparaciones, una rama del derecho resulta fortalecida. Las reparaciones constituyen un aspecto importante de la aplicación del derecho y pueden tener un importante efecto disuasivo. En un plano más personal, dado que las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario son sumamente vulnerables, el hecho de otorgarles reparaciones adecuadas en el momento oportuno puede ayudarlas a reconstruir su vida. En este artículo, se examina el derecho vigente y la práctica actual en materia de reparaciones por violaciones del derecho internacional humanitario, y se presta especial atención a la situación jurídica de las víctimas.

Este examen de las leyes y mecanismos nacionales e internacionales revela que, si bien el derecho a recibir reparaciones está universalmente aceptado, en ausencia de mecanismos específicos, que por lo general existen en el plano internacional, las víctimas no pueden hacer valer sus derechos en el plano individual y, por ende, no obtienen reparación alguna. El artículo concluye con el análisis de cuestiones más políticas que plantean los diferentes mecanismos existentes y de la manera en que pueden concebirse las compensaciones que han de recibir las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario.

Consideraciones humanitarias en la labor de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas

FRED WOOLDRIDGE Y OLUFEMI ELIAS

La Comisión de Compensación de las Naciones Unidas fue creada por el Consejo de Seguridad para examinar las demandas de compensación y abonar las indemnizaciones a las víctimas de la invasión y la ocupación ilícitas de Kuwait por Irak (1990-1991). En este artículo, se subraya la importancia que revisten las consideraciones de índole humanitaria en el marco de los trabajos de la Comisión, especialmente en el procedimiento de examen de las demandas de indemnización y en los mecanismos para la distribución de las indemnizaciones otorgadas a los demandantes a cuyo reclamo se ha dado lugar. En el artículo se analizan, asimismo, las fuentes de las contribuciones al Fondo de Compensaciones de las Naciones Unidas (con las que se abonan las indemnizaciones) en el contexto de la situación humanitaria imperante en Irak. Además, se establece una distinción entre el cometido de la Comisión y las otras instituciones y procedimientos instaurados por el Consejo de Seguridad tras la invasión de Kuwait en 1990. Por último, se examina sucintamente el modo en que las consideraciones de índole humanitaria pueden intervenir en futuros procedimientos de reparación de daños causados por la guerra.

Amnistía por crímenes de guerra: definir los límites del reconocimiento internacional

YASMIN NAQVI

La acción penal contra las personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra es un aspecto fundamental del derecho de una víctima a que se haga justicia. Sin embargo, en conflictos armados donde se han perpetrado violaciones graves y en masa del derecho internacional, por lo general se necesita establecer un equilibrio entre el derecho de las víctimas a obtener justicia de manera tangible, y la necesidad, para el Estado territorial, de abordar las atrocidades cometidas de una manera que no genere nuevas violencias y contribuya al proceso de reconciliación. En tales circunstancias, una justicia reparadora que combine amnistías limitadas con otros mecanismos de responsabilidad puede constituir un medio de garantizar el Estado de derecho, sin desatender la complejidad del proceso de transición. Cuando los Estados que viven una situación de transición han de conceder

esas amnistías, es importante que determinen el grado de aceptación por la comunidad internacional.

En este artículo, se examinan las normas y los principios internacionales que fundamentan o sostienen la decisión que toma un tribunal nacional o internacional de reconocer o no una amnistía que abarca los crímenes de guerra. La autora se aboca, en primer lugar, a determinar si existe una obligación consuetudinaria de hacer comparecer ante la justicia a las personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra, del orden que sean. Analiza, asimismo, los efectos del carácter de jus cogens de la prohibición de cometer crímenes de guerra y la práctica que más recientemente han adoptado los Estados de establecer tribunales especiales para enjuiciar a las personas acusadas de crímenes de guerra. En el artículo, se subraya que el derecho internacional no prohíbe a los tribunales nacionales e internacionales otorgar una amnistía limitada a las personas que se considere "menos responsables" de la comisión de crímenes de guerra, cuando la amnistía está acompañada de medidas de control y apunta a facilitar la instauración de una paz duradera.

Resúmenes de artículos no traducidos en español

Diciembre de 2003

Nº 852 de la versión original

"África, la tragedia; África, el desafío": la NEPAD y el nuevo programa humanitario

GARTH ABRAHAM

Por "acción humanitaria" suele entenderse "asistencia externa en tiempo de crisis". Sin embargo, para el "nuevo programa humanitario", ese tipo de acción no es adecuado para combatir las causas profundas de las crisis. La acción humanitaria debería estar orientada, en cambio, hacia el desarrollo. Ése es el principal objetivo de la Nueva Estrategia de Cooperación para el Desarrollo Africano (NEPAD). A pesar de que numerosos obstáculos podrían impedir que logre su objetivo de recuperación del continente, esta iniciativa es única y vale la pena tenerla en cuenta: es una iniciativa de inspiración africana que busca inculcar en los africanos la idea de que es necesario que cada uno de ellos reconozca efectivamente sus responsabilidades en relación con sus conciudadanos y el continente.

La promoción del derecho internacional humanitario a través de la cooperación entre el CICR y la Unión Africana

CHURCHILL EWUMBUE-MONONO Y CARLO VON FLÜE

En este artículo, se examina el modo en que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) coopera con organizaciones diplomáticas africanas, como la Unión Africana (UA), para difundir el derecho internacional humanitario dentro de la comunidad diplomática del continente. Se describen los contextos institucionales y políticos necesarios para la promoción del derecho humanitario en África, así como los esfuerzos realizados en materia de diplomacia humanitaria. Además, se reseñan los resultados de la cooperación del CICR, entre 1992 y 2002, con la Organización de la Unidad Africana (OUA) en el ámbito de la difusión del derecho internacional humanitario. Los autores examinan, asimismo, la manera en que este derecho fue incorporado en el proceso de transformación de la OUA y la UA entre 1999 y 2002.

Explican, además, las dificultades y las posibilidades de los esfuerzos desplegados por el CICR en el ámbito de la diplomacia humanitaria, así como de una cooperación futura con la UA y otras organizaciones internacionales en África, para una mejor aplicación del derecho humanitario y la promoción de una acción humanitaria independiente.

Prevenir la violencia y promover valores humanos: recuperación y reconciliación en Ruanda

ERVIN STAUB

En este artículo, se examinan las raíces de la violencia entre grupos de personas, y los medios de evitar que haya nuevas situaciones de violencia. A título ilustrativo se recurre, principalmente, al caso de Ruanda. Se analiza también la manera de educar a los niños para que adopten valores de humanidad y actúen de conformidad con los principios humanitarios, a fin de reducir los riesgos de violencia entre grupos. Algunos motivos del genocidio fueron el desprecio del otro, una tradición de desprecio en la cultura, las consecuencias psicológicas del hostigamiento sufrido en el pasado y una evolución durante la cual las personas y los grupos cambian, a causa de las propias acciones violentas y perjudiciales. Sólo la recuperación tanto de los supervivientes –profundamente marcados por su situación de víctimas– como de los autores y miembros del grupo –cuya violencia o pasividad, según el caso, ha causado graves heridas psicológicas– puede impedir que se desencadene nuevamente la violencia. Las acciones tendentes a la recuperación permiten vislumbrar una reconciliación. Se evocan los diversos enfoques utilizados en Ruanda, centrados en la población en general, los dirigentes nacionales, los periodistas, y otros grupos, para promover la recuperación y la reconciliación. El estudio experimental de uno de esos enfoques mostró resultados positivos. Se hace hincapié, asimismo, en la necesidad de comprender los orígenes de la violencia, en particular las causas profundas del genocidio en Ruanda, para poder favorecer la recuperación, la reconciliación y la toma de medidas de prevención por parte de los dirigentes. Se examina la necesidad de suscitar en los niños un sentimiento de compasión también en relación con las personas que no pertenecen al grupo y la importancia de satisfacer las necesidades psicológicas esenciales. Por último, se destaca el fortalecimiento, por una parte, de la valentía moral que propicia la observación activa y, por otra, del altruismo que deriva del sufrimiento.

El derecho de intervención según el Acta Constitutiva de la Unión Africana: de la no interferencia a la no intervención

BEN KIOKO

En el continente africano se han cometido, a menudo en situación de conflicto armado interno, algunos de los crímenes más aborrecibles, como crímenes de guerra en gran escala, crímenes contra la humanidad y crímenes de genocidio. En la mayoría de los casos, esas atrocidades fueron cometidas sin que la comunidad internacional alzara su voz o actuara. Ante tal situación, el artículo 4 del Acta Constitutiva de la Unión Africana del 11 de julio de 2000 reconoce a esa organización el derecho a intervenir en el territorio de un Estado miembro en caso de crímenes de guerra, de genocidio y de crímenes contra la humanidad, así como el derecho de los Estados miembros a solicitar ese tipo de intervenciones. El Acta Constitutiva de la Unión Africana es el primer tratado internacional que enuncia ese derecho. La disposición rompe con las nociones tradicionales del principio de no injerencia y de no intervención en los asuntos internos de los Estados nación.

El autor examina el derecho de intervención en el marco de la Unión Africana. Traza la historia de las gestiones que culminaron en la incorporación de la mencionada disposición en el Acta Constitutiva, y señala los principales objetivos y las razones de esa importante excepción al principio de soberanía territorial. Por otra parte, analiza la aplicación de esa disposición, así como las dificultades prácticas, jurídicas y de procedimiento previsibles. Se examinan los parámetros del derecho de intervención en el derecho internacional, así como los aspectos políticos que influyen en el debate doctrinario, a fin de evaluar el fundamento jurídico del artículo 4 del Acta Constitutiva.

El autor destaca que, a pesar de que la aplicación del derecho de intervención puede acarrear problemas considerables, la disposición pone de manifiesto los valores fundamentales de la Unión Africana y las medidas enérgicas que los Estados miembros están dispuestos a tomar para garantizar esas protecciones fundamentales a todas las personas que viven en África.

Víctimas y perpetradores: cuestiones de responsabilidad en relación con el problema de los niños soldados en África

NAIRI ARZOUMANIAN Y FRANCESCA PIZZUTELLI

En este artículo, se examinan las cuestiones de responsabilidad relativas al problema de los niños soldados, basándose, particularmente, en la práctica y la experiencia en África. Tras formular algunas observaciones preliminares sobre la definición de niño que estipula el derecho internacional humanitario, en la primera parte del artículo se debaten las prohibiciones sobre el reclutamiento de los niños y la participación de menores en las hostilidades, como normas de derecho internacional. En la segunda parte, se examina la visión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre el tema de la responsabilidad de los Estados y los grupos armados por violaciones de esas normas. Después se aborda la responsabilidad penal individual de los reclutados con miras a establecer, en particular, si el delito de reclutar y emplear a niños soldados es de índole consuetudinaria. En la cuarta y última parte del artículo, se examina el dilema de la responsabilidad penal de los niños por delitos con arreglo al derecho internacional y la práctica desarrollada en Liberia, la República Democrática del Congo, Ruanda y Sierra Leona.

Información para los autores

Informaciones generales: presentación de manuscritos

La Redacción de la *Revista Internacional de la Cruz Roja* invita a sus lectores a hacerle llegar artículos sobre temas relacionados con la acción, la política o el derecho humanitarios, que no hayan sido publicados previamente, ni remitidos a otra publicación. Un grupo de especialistas examinará los artículos para determinar si pueden ser aceptados o no. La *Revista* decidirá si publica o no un artículo y se reserva el derecho de modificar el texto. La decisión de aceptar, rechazar o revisar un artículo se comunicará al autor dentro de las cuatro semanas siguientes a la recepción del texto. En ningún caso se devolverán los manuscritos a los autores.

Normas de redacción

CONTENIDO: el manuscrito debe incluir una página con el título y el nombre del autor, una breve nota biográfica, un resumen, el texto del artículo, los cuadros y las cifras (si corresponde), así como las notas y las referencias.

LENGUA: el texto puede ser redactado en español, en francés o en inglés. Los originales en español serán traducidos en francés o en inglés para su publicación en la *Revista*. Los originales en francés o en inglés se publicarán en su idioma original e incluirán un resumen en la otra lengua.

EXTENSIÓN: el artículo debe tener entre 10 a 30 páginas impresas a doble espacio (de 3.000 a 12.000 palabras). Se solicita al autor hacer un resumen del artículo de entre 100 y 200 palabras.

SUBTÍTULOS: el artículo sólo puede incluir dos niveles de subtítulos, el primero en negrita y el segundo en bastardilla.

NOTAS Y REFERENCIAS: deben incluirse como notas al pie de página. El autor debe seguir las Normas de redacción, citas y notas al pie de página de la *Revista*, que pueden consultarse en el sitio web del CICR, en la dirección: www.cicr.org/spa, bajo el rubro Recursos Informativos, Revista Internacional.

No se considerarán para su publicación en la *Revista* los manuscritos que no reúnan los criterios antes mencionados.

Envío del manuscrito

El manuscrito debe enviarse a la *Revista* por correo electrónico como archivo adjunto (preferentemente en formato Word o PDF) o en disquete con copia en papel a:

Dirección: Revista Internacional de la Cruz Roja
Avenue de la Paix 19, CH - 1202 Ginebra, Suiza
Correo electrónico: review.gva@icrc.org
Teléfono (+41 22) 734 60 01 Fax (+41 22) 733 20 57

Redactor jefe: Toni Pfanner

Dirección:

Revista Internacional de la Cruz Roja

Avenue de la Paix 19

CH - 1202 Ginebra, Suiza

Correo electrónico: review.gva@icrc.org

Teléfono (+41 22) 734 60 01

Fax (+41 22) 733 20 57

La *Revista Internacional de la Cruz Roja* se publica cuatro veces al año, en marzo, junio, septiembre y diciembre. Incluye textos en inglés o en francés, acompañados de un resumen en el otro idioma. La *Selección de artículos de la Revista* en español –de publicación anual- recoge artículos seleccionados de la versión en inglés y francés, así como los resúmenes de los artículos no traducidos en español.

En la página web del CICR, www.cicr.org, se publican los artículos en el idioma en que fueron escritos originariamente, así como la traducción en español de los que se incluyen en la *Selección*. De modo que los artículos pueden consultarse en formato electrónico antes de su aparición impresa.

Para suscribirse a la Revista:

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

Departamento Production-Marketing-Distribution

Avenue de la Paix 19

CH – 1202 – Ginebra – Suiza

Fax (+41 22) 730 27 68

Correo electrónico: com_pmd.gva@icrc.org

Precio del abono anual

Versión en inglés-francés

30 dólares estadounidenses / 40 francos suizos/ 30 euros

Número individual

Versión en inglés-francés

8 dólares estadounidenses / 12 francos suizos/ 8 euros

Selección en español

8 dólares estadounidenses / 12 francos suizos/ 8 euros

Pago contra factura únicamente

Edición

Preparación editorial: Gabriela Melamedoff, Fernando Vega, Steven Anderson

Traducción: Margarita Polo, Laura C. Bolívar, Laura Lamana, Margarita Serrano.

Revisión: Renée Cabrera Chi, Ángela Franco, José Chocomeli

Lecturas de prueba: Margarita Polo

Diseño y diagramación original: Kohler & Tondeux – Atelier de Création Graphique Genève

Diseño y diagramación en español: Daniel Ciocan

Producción: Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina – CICR.

Impreso en: Buenos Aires, Argentina, agosto de 2004, por Latingráfica.

Comité Internacional de la Cruz Roja

Organización imparcial, neutral e independiente, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de la guerra y de la violencia interna, y de prestarles asistencia. Dirige y coordina las actividades internacionales de socorro del Movimiento en las situaciones de conflicto. Procura, asimismo, prevenir el sufrimiento, promoviendo y fortaleciendo el derecho y los principios humanitarios universales. Creado en 1863, dio lugar al nacimiento del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

JAKOB KELLENBERGER
Presidente

ANNE PETITPIERRE
Vicepresidenta

JACQUES FORSTER
Vicepresidente permanente

REN E GUISAN
PAOLO BERNASCONI
LISELOTTE KRAUS-GURNY
SUSY BRUSCHWEILER
JACQUES MOREILLON
DANIEL TH RER
ERIC ROETHLISBERGER
ERNST A. BRUGGER
JEAN-ROGER BONVIN
JAKOB N ESCH
ANDR VON MOOS
OLIVIER VODOZ
GABRIELLE NANCHEN
JEAN DE COURTEN
JEAN- PHILIPPE ASSAL
JEAN ABT
YVES SANDOZ

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
SELECCIÓN DE ARTÍCULOS 2003

CORRESPONDIENTES A LOS NÚMEROS:

Nº 849 - MARZO DE 2003

Nº 850 - JUNIO DE 2003

Nº 851 - SEPTIEMBRE DE 2003

Nº 852 - DICIEMBRE DE 2003

DE LA VERSIÓN ORIGINAL

En esta Selección:

Los nuevos tipos de conflictos

**La interpretación del derecho
internacional humanitario por los
tribunales internacionales**

**Las víctimas después de la guerra:
acción humanitaria, reparación y justicia**

África y la acción humanitaria



CICR
www.cicr.org

ISSN: 0250-569X