

Marzo
2002
Nº 161

Junio
2002
Nº 162

Septiembre
2002
Nº 163

Diciembre
2002
Nº 164

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 2002

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 procura igualmente 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.**

Impunidad

Nº 161
Marzo
2002

- 9** *Editorial*
- 11** **La negativa a obedecer órdenes manifiestamente criminales**
JACQUES VERHAEGEN
- 23** **Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional**
OSCAR SOLERA
- 45** **Mecanismos que complementan las acciones judiciales**
LAURA OLSON
- 59** **El privilegio del CICR de no testificar. La confidencialidad en acción**
GABOR RONA

Debate humanitario

Nº 162
Junio
2002

- 73** *Editorial*
- 75** *Homenaje a Jean Pictet*
- 79** **La formación del derecho internacional humanitario**
JEAN PICTET
- 97** **¿Nuevas guerras, nuevas armas? La obligación de los Estados de examinar la licitud de los medios y métodos de guerra**
ISABELLE DAOUST, ROBIN COUPLAND Y RIKKE ISHOEY
- 113** **La guerra de la información: los ataques por vía informática y el *jus in bello***
MICHAEL N. SCHMITT

- 143** La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario
MARCO SASSÒLI
- 171** Prevención: comprensión del concepto y definición del papel del CICR en la prevención de conflictos armados – Líneas directrices
- 175** Líneas directrices sobre la actitud del CICR en caso de toma de rehenes

Terrorismo

Nº 163
Septiembre
2002

- 181** *Editorial*
- 187** Guerra justa, guerra de agresión y derecho internacional humanitario
FRANÇOIS BUGNION
- 209** Actos de terror, "terrorismo" y derecho internacional humanitario
HANS-PETER GASSER
- 233** Estatuto de prisionero de guerra: "casos de duda"
YASMIN NAQVI
- 259** Protección de los bienes culturales durante las hostilidades: reunión de expertos en América Latina
JAN HLADÍK

Personas desaparecidas

Nº 164
Diciembre
2002

- 265** *Editorial*
- 267** Las personas desaparecidas
SOPHIE MARTIN

- 271** El CICR y las personas desaparecidas
MARCO SASSÒLI Y MARIE-LOUISE TOUGAS
- 295** "Negación y silencio" o "reconocimiento y revelación de la información"
MAGRIET BLAAUW Y VIRPI LÄHTEENMÄKI
- 311** Cómo superar las diferencias entre las necesidades de los familiares de los desaparecidos y los procedimientos judiciales
VASUKI NESIAH
- 333** Reflexiones sobre la documentación científica relativa a las violaciones de los derechos humanos
LUIS FONDEBRIDER
- 339** Biotecnología, armas y humanidad
Llamamiento del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre "Biotecnología, armas y humanidad"

Resúmenes de artículos no traducidos en español

- 343** Nº 161 Marzo de 2002
- 347** Nº 162 Junio de 2002
- 349** Nº 163 Septiembre de 2002
- 351** Nº 164 Diciembre de 2002
-

Nota: En el sitio web www.cicr.org, 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
2002
Nº 161

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 2002

Editorial

Es probable que, antes del final de este año, vea la luz un tribunal penal internacional permanente, la Corte Penal Internacional, en la que participarán sesenta Estados o más. Su competencia se limitará a los crímenes que se perpetren en el territorio de los Estados Partes o a los que cometan ciudadanos de estos Estados. Aunque algunos países de peso y otros que son el escenario de conflictos armados desde hace mucho tiempo no forman parte de su jurisdicción, la creación de este tribunal llenará un vacío en el sistema de seguridad internacional. En el presente número de la Revista, se incluyen varios artículos que versan sobre diversos aspectos de la responsabilidad respecto de los crímenes internacionales y se analizan, además, las diferentes formas de tribunales internacionales o internacionalizados.

La futura Corte Penal Internacional deberá, sobre todo, dictar sentencia en los casos de genocidio, de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, que fueron los principales delitos que enjuiciaron los tribunales de Nuremberg y de Tokio tras la II Guerra Mundial. Estos crímenes internacionales se cometen, la mayoría de las veces, en situaciones de conflicto armado y están directamente relacionados con el respeto del derecho internacional humanitario. Mientras la falta de consenso en cuanto a la definición del delito de agresión no impidió que los Estados incluyeran este crimen en el Estatuto de la Corte, se excluyeron los actos de terrorismo del catálogo de crímenes sobre los cuales la Corte ejercerá su competencia, puesto que no se pudo lograr un acuerdo para incluirlos.

El artículo de Jelena Pejic introduce la problemática de la lucha contra la impunidad. Ninguna orden superior puede exonerar de responsabilidad a los autores de dichos crímenes (artículo de Jacques Verhaegen). El Estatuto presta especial atención a la necesidad de garantizar una protección adecuada de las víctimas y los testigos (artículo de Luc Walley). Un cometido específico como el que tiene el CICR en los conflictos armados, que debe preservar el carácter confidencial de las informaciones de que dispone para poder llevar a cabo su acción, puede incluso eximir a ciertos testigos de testimoniar ante la justicia (véase el memorándum en el que Gabor Rona explica esta cuestión).

A diferencia de lo que ocurre con los tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y para Rwanda, los tribunales nacionales tendrán primacía sobre la Corte Penal Internacional (véase el artículo de Sascha Lüder sobre la naturaleza jurídica de ésta). Según el principio de complementariedad (artículo de Oscar Solera), ningún país habrá de temer la pérdida de su soberanía, siempre y cuando se procese efectivamente a los inculcados en el marco de su sistema jurídico nacional. La falta de voluntad y la incapacidad de un Estado para incoar acciones penales ante los tribunales nacionales fueron elementos de apreciación fundamentales para concertar el reciente acuerdo entre las Naciones Unidas y Sierra Leona relativo a la creación de un tribunal internacional especial con la participación de ciudadanos sierraleoneses (artículo de Avril McDonald).

Este tribunal especial deberá funcionar con pocos medios, pero el sistema jurídico internacionalizado es aún más problemático en Timor Oriental y en Camboya, donde los recursos de los tribunales nacionales internacionalizados son todavía más limitados (véase el artículo de Suzannah Linton). Las considerables dificultades prácticas, económicas y de personal que han de afrontar, y que les impiden funcionar con un mínimo de eficacia, relegan los graves problemas jurídicos a la categoría de preocupaciones comparativamente menores.

Es fuerza, pues, preguntarse: ¿hay que seguir o no concibiendo otros medios complementarios de las acciones penales y la justicia tradicionales? Las comisiones de la verdad, la lustración, las reparaciones y las medidas consuetudinarias locales, como el sistema gacaca, pueden eventualmente ayudar a combatir la impunidad y a lograr que los autores de crímenes internacionales rindan cuentas, aunque sólo sea en parte, de sus actos (artículos de Laura Olson y de Carsten Stahn).

La crisis que desencadenaron los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 plantea muchas dudas e interrogantes que desbordan, a menudo, el debate humanitario. Pero también se cuestiona la adecuación del derecho internacional humanitario. En su reciente intervención ante la Comisión de Derechos Humanos (véase el texto en "Hechos y documentos"), el CICR dio algunas claves que determinan su posición al respecto. En la edición de septiembre de 2002, un año después de la tragedia, la Revista dedicará un número especial a la problemática del terrorismo y a sus implicancias tanto para la acción como para el derecho humanitario.

LA REVISTA

La negativa a obedecer órdenes manifiestamente criminales

A favor de un procedimiento accesible para los subordinados

por
JACQUES VERHAEGEN

Una lección capital del proceso de Nuremberg

Fue una observación hecha por el acusado Speer durante el proceso de Nuremberg (que el juez Jackson retomó como suya) la que al parecer permitió delimitar con mayor precisión, y en toda su extensión, la magnitud del problema de la obediencia a las órdenes criminales. Ella sería una de las lecciones capitales de este proceso: «Fue entonces cuando se comprendió el significado del principio según el cual toda orden debía ser ejecutada sin discusión. Los riesgos que implicaba ese sistema se habían hecho evidentes, independientemente de los principios del mismo Hitler».

¡«... Independientemente de los principios del mismo Hitler»! El 4 de diciembre de 1945, Sir Hartley Shawcross, representando la acusación por el Reino Unido, desarrollaba la idea a ese respecto: «La lealtad política, la obediencia militar son cosas excelentes, pero no exigen ni justifican la perpetración de actos manifiestamente injustificables. Llega un momento en que el ser humano debe negarse a obedecer a su jefe, si también debe obedecer a su conciencia. Ni siquiera el soldado raso que hace parte de las filas del ejército de su país está obligado a obedecer órdenes ilegales. »

El principio sería reconocido en Nuremberg, bajo el enunciado que conocemos: «El hecho de haber actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo exime de responsabilidad (al agente) si ha tenido la posibilidad moral de opción».

Peligrosa sin lugar a dudas, tanto para el ejecutante como para la misma institución militar, la *facultas resistendi* se fundamenta entonces en la constatación de que el principio opuesto -el de la obediencia pasiva- se reveló como uno de los más

grandes generadores de crímenes de guerra, al igual que lo reiterara Sperr. En efecto, la ejecución del crimen y la posibilidad de que alcance una gran escala sólo es factible gracias a la cooperación de agentes de ejecución y a su absoluta sumisión a la autoridad. Sin ellos, el responsable de tomar la decisión no logra nada, y prueba de ello es que la ejecución del crimen encontrará una primera y eficaz muralla en la facultad individual de oponerse a la orden. Obstáculo éste infinitamente más eficaz que la prohibición promulgada de manera abstracta por la ley o que la perspectiva, bastante aleatoria para el ejecutante, de tener que comparecer un día ante un tribunal.

Si bien es cierto que el deber de desobediencia figura desde entonces en el enunciado oficial de los principios de Nuremberg, y que hoy se incluye en muchos manuales militares, sería una exageración afirmar que goza de aceptación sin reticencia. En algunos medios, la obediencia pasiva y sin réplica a las órdenes del superior sigue siendo la condición fundamental, *sine qua non*, de la disciplina y, por ende, de la acción militar eficaz.

Cabe recordar la declaración un tanto provocante del mariscal Montgomery cuando se dirigió a la armada británica en 1946, en la misma época en que se llevaba a cabo el proceso de Nuremberg: «Si la esencia de la democracia es la libertad, la del ejército es la disciplina. Por inteligente que sea, el soldado no tiene nada qué decir (...). Es deber del soldado obedecer, sin hacer preguntas, todas las órdenes que le imparta el ejército, es decir, la Nación»¹.

Hallándose este prejuicio aún sólidamente anclado en algunos medios militares, asombroso podría parecer que la Francia del General De Gaulle hubiese adoptado, en octubre de 1966, un Reglamento de disciplina general para las Fuerzas Armadas, en el que se consagraban de manera expresa el derecho y el deber, de los subordinados, de desacatar algunas órdenes. Pero basta con remitirse a la exposición de motivos de dicho reglamento para comprender las razones empíricas y, para decirlo todo, militares, que condujeron a esta consagración.

Luego de constatar, a la luz de los eventos de la última guerra, que el principio de la obediencia pasiva e incondicional no podía dar cuenta de los imperativos morales, como tampoco de las necesidades mismas de la acción militar moderna y de la evolución de la juventud llamada a participar en ella, las autoridades militares francesas decidían poner de relieve, en las normas vigentes de la disciplina militar, la extensión de las responsabilidades de los subordinados, que bien podrían llegar hasta el desacato de una orden.

En todo caso, se podrá constatar que en Francia, como en cualquier otra parte, ya no se aceptará el principio de la obediencia incondicional del subordinado como tal, por lo menos mientras dicha obediencia pasiva pueda llegar a comprometer la eficacia misma de la acción militar.

¹ Citado por la defensa en la audiencia del 27 de agosto de 1946, *Proceso de los grandes criminales de guerra ante el Tribunal Militar*

Internacional de Nuremberg, Nuremberg, 1949, Office of Chief of Counsel, t. XXII, p. 97.

¿Pero qué sucede con esta *facultas resistendi* ejercida, como lo quisieron los fiscales y lo decidieron los jueces en Nuremberg, en nombre de los imperativos del derecho humanitario, en particular cuando la desobediencia puede comprometer directa o indirectamente el éxito de una operación?

La criminalidad de la orden y la pretendida excepción de los intereses vitales de la nación

En el «nuevo derecho» nacido en Nuremberg no queda duda alguna frente a la respuesta que debe darse a la pregunta de la excepción llamada de la «salvación de la nación»: el mínimo de humanidad, cuya salvaguardia se supone deben garantizar las disposiciones del derecho de los conflictos armados en la peor de las circunstancias, tiene y debe tener prevalencia sobre todas las necesidades de la acción política o militar².

Tal como lo reiteramos cuando tuvimos la oportunidad durante las Jornadas de Estudios sobre los reglamentos jurídicos de los conflictos de valores³, realizadas en 1980 en la Universidad de Lovaina, es importante que todo subordinado que recibe una orden que contraviene al derecho humanitario intransgredible sea consciente de la necesidad de desacatarla. Es importante que esta reacción se inscriba hasta en los reflejos del ejecutante: sea cual sea el argumento de utilidad o de necesidad invocado, nunca se recurre a la toma de rehenes, nunca se ataca a la población civil pacífica, nunca se mata a un prisionero reducido a voluntad, nunca se obliga a hablar bajo tortura...

Ahora bien, no es cierto en absoluto que en su mayoría los jefes militares y los responsables políticos, incluso al interior de nuestros Estados considerados democráticos, hubieran tenido mayor conciencia que el General Montgomery de la mutación radical y del carácter propiamente revolucionario de este principio introducido en nuestras legislaciones.

Tal como lo declaró Pierre-Henri Teitgen en 1946, «Con la sustitución de la concepción del derecho a merced de los Estados por la del derecho por encima de los Estados, el principio nacido con Nuremberg constituye para el desarrollo, el progreso y la consolidación del derecho internacional, y por qué no decirlo, del derecho en general, un aporte de tal magnitud que puede

² Véase en particular Consejo de Guerra de Bruselas, 11 de mayo de 1951: «Considerando que ni los intereses del Estado y, en tiempo de guerra, ni las necesidades del Estado pueden justificarlo todo, puesto que por encima del Estado, la conciencia humana general y la conciencia general del derecho plantean exigencias que la Autoridad de ningún país puede desconocer sin quebrantar las leyes de la humanidad» y otras decisiones por nosotros cita-

das en *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruselas, Ed. Bruylant, 1969, p. 361, y en «L'illégalité manifeste et l'exception de la nation en péril», *Journal des Tribunaux*, Bruselas, 1973, pp. 629 a 634.

³ «L'humainement inacceptable en droit de la justification» en *Licéité en droit positif et Références légales aux valeurs*, Bruselas, Ed. Bruylant, 1982, pp. 137 a 167.

afirmarse que esta sentencia de Nuremberg marcará seguramente una etapa decisiva en la historia»⁴.

Frente a este cambio radical que un filósofo alemán calificó de «aurora apenas creíble», no se tiene la certeza de que el público, ni siquiera el informado, y los juristas, ni siquiera los especializados, hayan podido asimilar fácil o realmente todas las implicaciones.

Prueba de esta reticencia latente, entre otras cosas, es la negativa de los principales signatarios de los Convenios y de los Protocolos de Ginebra a inscribir expresamente en ellos el derecho y la obligación de desobedecer las órdenes contraventoras del derecho humanitario, para hacerlo de manera implícita mediante el enunciado del artículo 87 del Protocolo I. Se sabe que esta disposición establece como deber de todo comandante de unidad impedir que se cometan crímenes de guerra y, si es preciso, reprimirlos.

A este respecto tomaremos como ejemplo la difícil adhesión de Bélgica al principio de la prevalencia de los imperativos del derecho humanitario y de los límites que esta prevalencia impone al principio de la obediencia jerárquica.

Bien se sabe que el principio de la responsabilidad personal del subordinado en la ejecución de una orden criminal, inscrito en la ley belga de 1974 con respecto a los alemanes y a sus colaboradores, fue incorporado en 1975 en el nuevo Reglamento de Disciplina de las fuerzas armadas belgas, cuyo artículo 11, apartado 2, dispone: «Los militares deben ejecutar fielmente las órdenes que les imparten sus superiores por el bien del servicio. Sin embargo, una orden no puede ser ejecutada si dicha ejecución puede conducir manifiestamente a la perpetración de un crimen o de un delito.»

Conviene recordar que para el derecho belga esto no era ninguna novedad. Resulta extraordinario que desde la adopción del Código Penal en 1867, su artículo 70 contemplaba ya los límites del deber de obediencia, sin distinguir al militar del civil. El autor principal de este código, el profesor J.-J. Haus, comentaba al respecto: «La responsabilidad de los militares bajo las armas es la misma que la de los agentes civiles. Unos y otros son culpables si han ejecutado una orden cuya criminalidad debió parecerles de alguna manera evidente»⁵.

Sobre este tema, el Código Penal militar de 1870 no decidió nada diferente. En su "Comentario" sobre dicho código, publicado en 1880, A. Moreau y C. Dejongh lo reiteran: «...el superior no tiene el derecho de ordenar a su subordinado la comisión de una infracción. Una orden semejante es ilegal y, por ende, el inferior no debe obedecerla. Más aún, si él obedece sabiendo que el requerimiento es ilegal, estará cometiendo un acto reprobado por el derecho natural y por la ley penal...»⁶.

⁴ *Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques*, octubre de 1946, p. 165 y siguientes.

⁵ J. J. Haus, *Principes généraux du droit pénal*

belge, de. 1879, nº 612 y 613.

⁶ A. Moreau & C. Dejongh, *Commentaire du Code pénal militaire*, 1880, p. 179.

En Bélgica, el principio de esta responsabilidad de los agentes recibió diversas aplicaciones. Así pues, en 1966, el Consejo de Guerra de Bruselas condenó a un sargento belga quien, en el transcurso de operaciones consecutivas en la toma de Stanleyville (Congo), había ejecutado la orden de un oficial superior de eliminar a una civil. El Consejo de Guerra declaró: «El acto cometido no sólo constituye un homicidio a la luz de las disposiciones de los códigos congoleño y belga, sino una violación flagrante de las leyes y costumbres de la guerra y de las leyes de la humanidad (...). La ilegalidad de la orden era inequívoca y el acusado debía negarse a ejecutarla»⁷.

Esto no significa que los términos, aunque explícitos, de las leyes belgas hubiesen bastado para vencer las reticencias.

Muchos juristas y militares belgas recordarán los avatares del Reglamento A.2 difundido en 1975 por el Estado Mayor General, inmediatamente después de la promulgación de la ley que sancionaba el nuevo Reglamento de Disciplina. En este texto, el Estado Mayor General sostenía que el artículo 11 de la ley relativa al deber de desobediencia no debía aplicarse cuando se encontraba en juego un interés vital de la nación.

El Reglamento así lo disponía: «En caso de operación armada, el superior tiene una justificación (de la orden que puede conducir manifiestamente a la perpetración de un crimen o de un delito) si se establece que, en las circunstancias en las cuales se hallaba, no podía actuar de otra forma para salvaguardar un interés vital para la nación.»

Sólo tras siete años de protestas, de intervenciones y de diversas gestiones de las facultades de derecho, a las que se vincularon altos magistrados, parlamentarios e incluso un profesor de derecho de la Escuela Real Militar, finalmente se logró enmendar el texto de 1975, «vergüenza de nuestro arsenal jurídico», tal como se decía en la época, para lograr su compatibilidad con las leyes belgas y con los compromisos internacionales de Bélgica. En su artículo 5, la ley belga del 16 de junio de 1993 lo estipulará de manera más explícita aún: «Párrafo 1: Ningún interés, ninguna necesidad de orden político, militar o nacional, puede justificar, ni tan siquiera a título de represalia, las infracciones previstas en los artículos ...; párrafo 2: El hecho de que el acusado haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo exime de su responsabilidad si, en las circunstancias del momento, la orden podía conducir manifiestamente a la perpetración de una infracción grave de los Convenios...»

Si bien la prevalencia del derecho humanitario sobre las necesidades militares pudo, finalmente, hallar su formulación expresa en el derecho penal belga, falta aún que las otras legislaciones y los otros reglamentos militares experimenten

⁷ Véase J. Verhaegen, «La culpabilité des exécutants d'ordres illégaux», *Revue juridique du Congo*, 1970, pp. 231 a 239; «L'ordre illégal

et son exécutant devant les juridictions pénales», *Journal des Tribunaux*, Bruselas, 1986, pp. 449 a 454.

la misma evolución⁸ y, como puede adivinarse, esta ambigüedad no dejará de repercutir en la interoperabilidad de las diferentes fuerzas nacionales que operan al interior de un mismo cuerpo.

Con ocasión de un coloquio realizado en 1999 en la Universidad de Lovaina, en el que precisamente se abordó el problema de la interoperabilidad de las fuerzas armadas, se reiteró insistentemente que ninguna regla de compromiso ni ninguna orden de la autoridad internacional podía contravenir la legislación nacional en materia de derecho de los conflictos armados y, en particular, el artículo 5, párrafo 1, de la ley belga del 16 de junio de 1993⁹.

Pero aunque finalmente todas las partes logren superar la dificultad primordial que nace de la oposición entre necesidades militares e imperativos irreductibles del derecho de los conflictos armados, no por ello quedarán superadas otras dificultades mayores.

En efecto, es posible que surjan otros problemas y, desde un principio, la dificultad para el militar de reconocer el carácter «manifiestamente criminal» de la orden, dificultad por supuesto nada despreciable en un ámbito caracterizado esencialmente por la actividad violenta.

El ejecutante no reconoció la criminalidad de la orden

La dificultad de reconocimiento podrá atribuirse a dos tipos de factores, según la conducta del ejecutante, es decir, si ignoró o malinterpretó la regla aplicable, o si malinterpretó la situación de hecho con respecto a la cual se supone debe aplicarse la regla.

En efecto, conviene contemplar el caso en que la regla misma que el ejecutante está llamado a aplicar sea poco clara o difícil de determinar, sin hablar del caso en que la prohibición que ella comporta ni siquiera haya sido enseñada¹⁰.

También será importante considerar la hipótesis de que la regla haya sido bien enseñada y bien asimilada, pero que el carácter complejo e incierto de la situación de hecho impidan al ejecutante apreciar si ésta efectivamente corresponde a lo establecido por la regla: ciertamente, puede aparecer la duda en cuanto a la aplicabilidad de una regla clara a una situación que no lo es.

⁸ De esta carencia, el artículo 31.1.c del Estatuto de la Corte Penal Internacional ofrece, sin lugar a dudas, el ejemplo más aflictivo. Véase al respecto J. Verhaegen, «L'article 31.1.c du Statut de la Cour pénale internationale: un autre négationnisme?» en «Actualité du droit international humanitaire», expediente nº 6 de la *Revue de Droit pénal et criminologie*, Bruselas, 2001. Véase asimismo «L'article 31.1.c du Statut de la Cour pénale internationale - Travaux de l'atelier organisé par la Commission consultative de droit international humanitaire de la Croix-Rouge de Belgique», *Revue belge*

de droit international, 2000/2.

⁹ Problema que abordamos en «L'interopérabilité des forces armées et ses préalables légaux» en *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs*, Bruselas, Ed. Bruylant-Academia, 1999, pp. 101 a 131.

¹⁰ Respecto de la ignorancia de la regla aplicable o de su errónea interpretación, se citará un ejemplo muy concreto: la inaceptable práctica de la toma de rehenes *legitimada* incluso en el transcurso del último conflicto mundial por los manuales militares de los beligerantes.

Se admitirá, por ejemplo, que la prohibición que impugna la toma de rehenes no da, por lo general, lugar a dificultades de interpretación o de aplicación, y que, por el contrario, órdenes relativas a «la destrucción de bienes no justificada por necesidades militares y ejecutada a gran escala» o «al ataque contra monumentos históricos sin tener en cuenta las condiciones enumeradas» dejan muy poco margen al ejecutante para apreciar si, en el caso particular, la orden efectivamente responde a la definición del crimen.

Y no se podrá negar que la dificultad de reconocer la criminalidad de la orden puede ser aún mayor para el subordinado cuando la ejecución de ella puede prevalerse de la caución del que imparte órdenes, quien se presume ve las cosas desde más lejos y de conformidad con las leyes de su país.

El ejecutante no dispone de sus facultades de control intactas

Aunque la contravención a la ley no generara duda alguna (por ejemplo, la orden de eliminar prisioneros que son un estorbo), el hecho de que el subordinado tenga plena conciencia de la flagrante criminalidad de la orden no pone aún fin al debate si se tienen en cuenta las limitaciones que, bajo formas diversas, presiden la acción del combatiente y la ejecución de las órdenes que él recibe en operación.

Amenazas, más o menos difusas, pueden presentarse debido a la situación jerárquica del subordinado o al clima propio de toda operación armada.

Así pues, los psicólogos militares han podido establecer muchos de esos factores. Basta con citar las limitaciones relacionadas con el tipo de disciplina que se le inculca al militar o con las condiciones estresantes del combate en sí: temor, fatiga, cólera, mimetismo... factores todos cuyo efecto no sólo reducirá la capacidad de discernimiento del agente, sino que además aniquilará su capacidad para controlar sus actos.

Y entonces surgirá el interrogante: ¿acaso tales condiciones, propias de las operaciones armadas, susceptibles de pesar en las facultades de discernimiento y de control, necesariamente influirán sobre la respuesta que ha de darse al problema crucial que estamos analizando, es decir, el de la responsabilidad personal del subordinado en la ejecución de órdenes ilegales?

El problema del ejecutante de una orden criminal: soluciones inadecuadas que han sido formuladas

Frente al problema así planteado, muchas actitudes son posibles, pero algunas de ellas, aunque clásicas, de entrada parecerán inaceptables.

Los «procesos-catarsis»

Para los responsables políticos, la primera consiste en divulgar a *posteriori* su consideración por el derecho humanitario haciendo procesar y condenar algún ejecutante sin siquiera preocuparse, llegado el caso, de la ignorancia bajo la cual éste pudo haberse encontrado o de las limitaciones que pudieron pesar sobre su comportamiento.

Una actitud como ésta puede seducir no sólo a los responsables políticos, sino también a los militares, pues se trata de limpiar su nombre, de recobrar su respetabilidad separándose del miembro indigno. Y es aquí donde sigue muy latente el riesgo de que se generen los denominados «procesos-catarsis», en los que generalmente los ejecutantes subalternos terminarán siendo las víctimas¹¹.

En su libro *Lieutenant en Algérie*, consagrado al tiempo que pasó en los comandos del General de Bollardiére (un jefe admirado que de entrada rechazó la práctica de los prolongados interrogatorios), J.-J. Servan-Schreiber, quien por consiguiente no puede ser considerado como sospechoso de complacencia con el comportamiento de los torturadores, lanzó juicios muy severos respecto de esas condenas de circunstancia: «Sancionando un sargento o un capitán se puede tener la impresión de haber actuado; pero, ¿a costa de qué hipocresía? - Ustedes meten hombres dentro de un sistema que, mecánicamente, los conduce a reacciones criminales. Ustedes constatan esas reacciones. ¿Es acaso necesario imponer un castigo? En principio, obviamente sí. ¿Pero después? Al igual que ellos, otros hombres serán inevitablemente conducidos a asumir las mismas actitudes, y peor aún, lo harán además con el sentimiento de la injusticia y con gran dolor»¹².

Absoluciones ambiguas

Naturalmente, se dirá que los jueces pueden mostrarse más justos y tomar en consideración, cuando se presenten, los errores y limitaciones que de hecho pudieron afectar el comportamiento de los inculpados que, entonces, ellos absolverán. La legalidad de una solución semejante será indiscutible. Pero para lograr que la sentencia conserve su papel educativo y no sea contraproducente, falta aún que su motivación siga siendo particularmente transparente y que no dé lugar a posibles confusiones entre la exoneración del autor del crimen y la justificación de su acto¹³. En el *leading case* «Muller y compañía», que debió juzgar

11 J. Verhaegen, «Savoir où porter le fer (à propos de la condamnation de six para-commandos)», *Journal des Tribunaux*, Bruselas, 1973, pp. 137 a 141.

12 Citado particularmente en «L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales», *op. cit.*, p. 454.

13 Como lo reitera la Comisión de Reforma del Derecho de Canadá, dentro de las causales de exoneración conviene distinguir las justificaciones de las excusas: «La excusa permite al acusado exonerarse. Ella se fundamenta en los principios que establecen aquello que, con toda equidad, no puede exigirse de una persona ordinaria; no es posible tratar a una persona que actúa bajo la amenaza de un puñal en el

pecho como si hubiese sido libre de sus actos. De esta forma, el acusado que se beneficia de una excusa no es culpable del acto ilegal que haya cometido.

La justificación anula el carácter ilegal de un acto que, bajo otras circunstancias, sería considerado como tal. Esto quiere decir que cuando una persona actúa con una justificación, no puede ser condenada ya que, bajo las circunstancias del momento, su acto es legítimo. Así pues, una persona que actúa con el interés de aplicar la ley (que realiza un arresto legal, por ejemplo) no comete infracción alguna. Al contrario, tiene razón para actuar de ese modo pues su acto está justificado.» («Responsabilité et moyens de défense», *document de travail* n° 29).

la Sala de Casación de Bélgica, el fiscal general supo evitar brillantemente esta confusión argumentando que si bien las condiciones bajo las cuales se había realizado la ejecución de algunos rehenes podían significar para los ejecutantes el beneficio de su error, de ninguna manera esta absolución suprimía el carácter objetivamente injustificable y criminal de la orden en sí, el cual se consideraba, y debía considerarse claramente durante el juicio, como «la contradicción misma de las leyes de la humanidad».

Una inmunidad penal generalizada...

No menos perjudicial que las anteriores, surge una tercera actitud que consiste en ignorar el nuevo derecho y asumir de oficio que las presiones que pesan sobre el militar durante las operaciones son tales, que el ejecutante no debería, sin injusticia, ser considerado como responsable de la ejecución de una orden criminal, y que el subordinado debería merecer, *a priori* y en cualquier caso, el beneficio de una absolución anticipada y generalizada.

Esta actitud que prácticamente restituye la inmunidad en favor de los militares, que fuera denunciada en Nuremberg, fue objeto de interesantes reflexiones durante el XIV Congreso Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, celebrado en Atenas en mayo de 1997. En este evento se estigmatizaron en particular los «autos de sobreseimiento» que se dictan en algunos procesos puestos en conocimiento de las autoridades disciplinarias o judiciales, los indultos acordados por las más altas autoridades políticas a los autores de crímenes luego de ser condenados, las amnistías de las que se benefician tradicionalmente los criminales de guerra en sus respectivos países¹⁴.

Una actitud de esta naturaleza, que muchos políticos tratarán de defender por consideraciones de justicia y de «reconciliación» necesaria, pero realmente y en la mayoría de los casos, para no chocar de frente con la clase militar, aniquila simple y llanamente la lección de Nuremberg y los logros que para las víctimas de la guerra ella representa.

¿Algún otro camino?

Dejando atrás estas tres respuestas al problema de la orden criminal, inaceptables por igual, conviene examinar los otros recursos susceptibles de satisfacer tanto el interés bien concebido del militar, como el de sus víctimas potenciales.

Agotar las fuentes de la orden criminal

En primera instancia, la gestión consiste en agotar al máximo, a través de adecuadas medidas preventivas, las fuentes habituales de las órdenes criminales.

¹⁴ Este problema lo abordamos en «Entra-
ves juridiques à la poursuite des infractions au

droit humanitaire», *RICR*, n° 768, noviembre-diciembre de 1987, pp. 634 a 647.

Estas medidas preventivas pueden ser de tres tipos diferentes. Primero que todo, se trata de que los militares y el público tengan una información general y previa respecto de los límites intransgredibles que impone el *jus in bello*, aun cuando el Estado concernido haya declarado la legítima defensa...

En tal sentido, también puede ser de gran utilidad la tipificación de los denominados «delitos obstáculo», o dicho de otra forma, la incriminación en tiempos de paz de comportamientos no criminales en sí, pero susceptibles de favorecer la ejecución de crímenes en período de crisis.

De esta forma, la ley belga de 1993 felizmente introdujo la novedad de incriminar la orden criminal, aun cuando no surta efecto, la preparación de una actividad criminal o la pasividad del superior que, sabiendo de la existencia de una empresa criminal, no haga nada para evitarla o ponerla en conocimiento de la autoridad competente.

Ello implica finalmente la organización de recursos, ante consejeros jurídicos especialmente formados para este fin, como ante la autoridad superior debidamente informada, contra toda orden o instrucción respecto de la cual existan razones suficientes para sospechar el carácter criminal del hecho, en particular, de la ayuda que ella prestaría en la comisión del crimen.

Puede ser útil recordar que tales medidas preventivas, contempladas durante la preparación de la ley belga de 1993, recibieron el apoyo incondicional de todos los militares consultados, particularmente preocupados por la transparencia en tales casos. Esto no es nada sorprendente: numerosos comandantes de unidades fueron muy a menudo víctimas de la carencia de altos responsables políticos poco acuciosos por indicarles, de manera clara e inequívoca, aquello que necesariamente debe prevalecer ante el dilema en que el interés militar se opone a los imperativos humanitarios¹⁵.

Si bien las medidas preventivas constituyen, naturalmente, un trasfondo esencial en el proceso con el cual se pretende agotar las fuentes de la orden criminal, ellas no resuelven aún el caso de las órdenes manifiestamente criminales que, pese a los filtros previstos para impedir su transmisión, llegarían no obstante a los escalones subalternos, dejando al agente de ejecución trágicamente solo ante el temible problema de tener que ejecutarla o negarse a ejecutarla.

A favor de un procedimiento de negativa individual

Evidentemente, el problema parece crucial. Y no sólo se presenta en los casos aquí examinados, sino en toda situación de crisis.

¹⁵ Constituye un ejemplo particularmente significativo la vaguedad con que se trata en los manuales militares la suerte que se debe reservar a los prisioneros que son un «estorbo». Véase en particular nuestro informe de in-

troducción al Simposio de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra (Bruselas, 27-28 de noviembre de 1986), *R.D.M.D.G.*, T. XXVII/2, 1988, p. 232.

¿Será acaso que este tipo de problema resulta irreducible a toda ley, a toda reglamentación, incluso elemental, como a veces se afirma?

Conviene entonces delimitar correctamente el problema aquí planteado: se trata de incluir en un reglamento militar las medidas que permitan a los subordinados ejercer en el momento oportuno, y sin tener que hacer alarde de un coraje excepcional, su deber de desobedecer órdenes, militarmente útiles quizá, pero manifiestamente criminales.

Los participantes del XIV Congreso de Derecho de la Guerra (Atenas, 1997) recordarán la recomendación cuya adopción nos sugirieron proponer: «En los reglamentos de disciplina militar se debería contemplar un procedimiento que permita a los subordinados ejercer, sin perjuicio para ellos y dentro del respeto de la disciplina, su derecho y su deber de no obedecer las órdenes cuya ejecución pueda conducir manifiestamente a la comisión de un crimen de guerra».

La justificación de dicha propuesta era la siguiente:

«El principio de Nuremberg (que contempla la desobediencia debida a las órdenes criminales) que figura hoy en las legislaciones nacionales es, por supuesto, irreprochable, pero existe el riesgo de que quede reducido a una simple artimaña y de que no conlleve a la aplicación de una acción verdaderamente preventiva, si el contexto en que actúan los subordinados no les deja prácticamente facultad alguna de elegir, salvo esperar de su parte una actitud plena de riesgos, incluso heroica, ante la orden impartida... Cuando bajo circunstancias similares el tribunal absuelve al ejecutante de una orden criminal, velando por reafirmar el carácter inaceptable de la misma, ese tribunal dicta por supuesto una "sentencia correcta": apreció de manera acertada tanto el hecho objetivamente criminal, como el agente subjetivamente irresponsable. No obstante, es difícil afirmar que esa sentencia jurídicamente correcta haya significado un avance en la solución del problema. Un simple esfuerzo de imaginación debería conducir a la aplicación de un procedimiento suficientemente eficaz que permita a los subordinados ejercer su derecho y su deber bajo la misma circunstancia...».

Adoptada al culminar el Congreso, la «recomendación» fue retomada posteriormente por el Comité Científico del Seminario Belga de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, el cual decidió darle curso sometiendo a estudio la introducción de tal procedimiento en el derecho militar belga, y encomendando a un grupo de trabajo la presentación de un anteproyecto en tal sentido¹⁶.

El texto del anteproyecto, previamente sometido a consideración de oficiales superiores de las diferentes armas, todos ellos profesores militares del Instituto Real Superior de Defensa, fue aprobado y nuevamente revisado por el Seminario de Derecho Militar y Derecho de la Guerra que, en su sesión plenaria del

¹⁶ Véase ASBL *Séminaire de droit militaire et de droit de la guerre, Session 1998-1999*,

Fascicule «*Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels*», pp. 10 a 13.

22 de junio de 2001, adoptó la formulación definitiva antes de transmitirlo al ministerio competente¹⁷.

Sustancialmente, los promotores del proyecto consideraron que un procedimiento eficaz, capaz de preservar a la vez la disciplina militar necesaria y el respeto de la ley, sin que ello implicara exigir del subordinado un esfuerzo desproporcionado, podía adquirir la forma de un simple interrogante relativo a la legalidad de la orden y dirigido a quien la imparte, pero no porque el subordinado dude de su criminalidad, sino porque un procedimiento como éste debe permitir llamar impunemente la atención de los jefes concernidos sobre el crimen ordenado. Si responder al interrogante constituye una obligación para el superior, se espera que ella lo disuada de perseverar en una senda susceptible de conducirlo al crimen.

Por lo que atañe al subordinado y para bien suyo, este procedimiento particular debería permitirle superar las dificultades psicológicas que, incluso en un Estado democrático, se presentan cuando se impugna una orden militar pese a ser manifiestamente criminal.

¹⁷ En el párrafo 2 del artículo 11 de la ley del 14 de enero de 1975, que contiene el Reglamento de disciplina de las fuerzas armadas, se encuentra inserto un enunciado cuyo texto es el siguiente:

El subordinado que recibe una orden de naturaleza semejante a la que alude el párrafo anterior hará valer su objeción solicitando, en aplicación del presente Reglamento de disciplina, la confirmación de la legalidad de dicha orden al superior que la imparte.

Nunca una solicitud en tal sentido podrá considerarse como una falta de disciplina.

El superior que recibe la solicitud de confirmación está en la obligación de responder dicha solicitud después de asegurarse, llegado el caso, de la legalidad de la orden impartida.

El superior que omite responder una solicitud de confirmación de la legalidad de la or-

den está sujeto a sanción disciplinaria por transgresión del artículo 9, 2º del presente Reglamento, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones penales relativas a la participación en un crimen o en un delito.

Ni la imposibilidad de solicitar o de obtener confirmación de la legalidad de la orden, ni la confirmación de esta legalidad de parte de un superior, dispensan al subordinado de su deber de negarse a ejecutar una orden susceptible, según él, de conducirlo manifiestamente a la perpetración de un crimen o de un delito.

En todos los casos, el subordinado que decide no obedecer una orden porque considera que su ejecución puede conducirlo manifiestamente a la perpetración de un crimen o de un delito, se expone, si su apreciación se considera errónea, a las penas contempladas en el Código Penal Militar por insubordinación.

Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional

por
OSCAR SOLERA

En los últimos diez años, la noción de jurisdicción ha sido una cuestión clave en numerosos debates sobre el derecho internacional humanitario. La razón es simple: en un mundo en el que el castigo de los crímenes internacionales es fundamental para el mantenimiento de la paz y la seguridad, ¿cómo conciliar las jurisdicciones penales internacionales con la jurisdicción de los tribunales nacionales en situaciones en las que ambos tienen competencia para tratar el mismo asunto?

Esta cuestión no se trató en profundidad hasta finales de los años ochenta. Hasta entonces, los Estados aplicaban principios generales de jurisdicción penal para determinar qué tribunal nacional tenía competencia para procesar a una persona acusada de actos que constituían crímenes internacionalmente reconocidos. Pero, en 1989, la delegación de Trinidad y Tobago propuso a la Asamblea General de las Naciones Unidas la creación de una corte penal internacional para combatir lo que consideraba uno de los crímenes internacionales más recientemente reconocidos: el tráfico de drogas. La propuesta, que no era nueva para las Naciones Unidas, se hacía eco del trabajo que habían realizado dos comités especiales, constituidos por la Asamblea General en 1951 y en 1953, a fin de elaborar proyectos de estatutos de tribunales penales internacionales.

La Asamblea General encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la preparación del nuevo proyecto de estatuto. Aunque no había muchas posibilidades de que esta Comisión lograra su objetivo, una serie de acontecimientos, que tuvieron lugar entre 1989 y 1992 favorecieron sus esfuerzos: el Consejo de Seguridad creó sendos tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia

.....

OSCAR SOLERA realiza un Ph. D en Derecho Internacional, en el Instituto Superior de Estudios Internacionales. Es asistente en el Departamento Jurídico de la Universidad de Ginebra. El autor quisiera agradecer al profesor Georges Abi-Saab sus valiosos comentarios del primer borrador de este artículo.

y para Ruanda, permitiendo así, por primera vez desde la II Guerra Mundial, que se investigara y se procesara, a nivel internacional, a personas acusadas de violaciones del derecho internacional humanitario.

En 1994, la CDI presentó el proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) a la Asamblea General, al mismo tiempo que elaboraba el borrador del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. La propuesta de la CDI se basaba en precedentes internacionales, como eran: los tribunales de Nuremberg y de Tokio, los proyectos de estatutos de 1951 y 1953, el proyecto de Estatuto de 1980 para la Creación de una Jurisdicción Penal Internacional para el cumplimiento de la Convención sobre el apartheid y los estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

El proyecto de Estatuto de la CPI fue analizado luego por un Comité Especial, establecido por la Asamblea General, a fin de revisar los aspectos de fondo y administrativos más importantes del texto. A pesar de que no logró el consenso suficiente para convocar a una conferencia de plenipotenciarios, el Comité consiguió que los Estados se familiarizaran con la idea de crear un tribunal penal internacional para procesar a los inculcados. Como evidenciaron los debates posteriores, los Estados eran reacios a aceptar la constitución de un órgano judicial internacional completamente independiente, que pudiera pronunciarse sobre la responsabilidad individual por crímenes internacionales. Muchos veían en esa noción una eventual pérdida de su soberanía.

Las deliberaciones del Comité Especial culminaron, en 1986, con la decisión de establecer un Comité Preparatorio, cuya tarea sería examinar el proyecto de Estatuto para la CPI, elaborado por la CDI, tomando en cuenta las diferentes opiniones, las observaciones realizadas por el Comité Especial y los comentarios escritos que remitieron los Estados y las organizaciones internacionales. Al abordar estas diversas cuestiones, el Comité elaboró una lista de temas, en la que incluyó uno titulado *Complementariedad y mecanismo de activación*. La idea era debatir la relación de la corte internacional propuesta con los sistemas nacionales.

Cuando remitió su informe final, en 1998, el Comité propuso una nueva versión del proyecto de Estatuto, que luego se analizó en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Se volvió a debatir la cuestión de la complementariedad, pero ningún grupo de trabajo la incluyó específicamente en su orden del día, por lo cual se dejó para que la estudiara el Comité Plenario. El concepto se aceptó finalmente tal y como lo había propuesto el Comité Preparatorio y se insertó explícitamente en el preámbulo y en los artículos 1, 17, 18 y 19 del Estatuto, aunque concierne, naturalmente, a toda la estructura y el funcionamiento de la Corte.

Jurisdicción complementaria: ¿las jurisdicciones nacionales contra las jurisdicciones penales internacionales?

A fin de solucionar el problema de la relación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional, el Consejo de Seguridad, cuando instituyó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el correspondiente para Ruanda, decidió investir a ambos órganos de lo que se llamó una "jurisdicción concurrente"¹, acompañada de una "cláusula de primacía".

La experiencia de los dos tribunales internacionales *ad hoc* contribuyó a que se profundizara la noción de jurisdicción. La primacía que se concedió a estos tribunales dio lugar a muchas controversias, pues los Estados opinaban que estaban perdiendo soberanía. Fue necesario establecer un nuevo tipo de relación, para preservar la soberanía de los Estados sin alterar el objetivo de reducir la impunidad. Así, se consideró que la corte internacional, en lugar de tener primacía sobre los tribunales nacionales, sería complementaria de éstos y sólo intervendría cuando no se dispone de una jurisdicción penal nacional para realizar sus tareas o ésta es incapaz de hacerlo.

Según el concepto de jurisdicción complementaria, la CPI tendría competencia para investigar y enjuiciar un asunto siempre y cuando un Estado no reivindique su jurisdicción. Los Estados siguen teniendo el papel principal, pero si no lo asumen o consideran que es imposible hacerlo, no muestran interés en el asunto o actúan de mala fe, la CPI se hará cargo de esa función para garantizar que se haga justicia. Está concebido, en particular, para intervenir en asuntos en los que no hay perspectiva de que los criminales internacionales sean debidamente procesados por tribunales nacionales. Se subraya que la Corte es un órgano que complementará las jurisdicciones nacionales existentes, así como los procedimientos para la cooperación judicial internacional en asuntos penales, y que no tiene por objeto excluir la competencia de los tribunales nacionales ni menoscabar el derecho de los Estados a pedir la extradición².

¹ Hay que tener en cuenta que el concepto de jurisdicción concurrente se ha aplicado, durante muchos años, a las relaciones entre Estados. Para más detalles, v. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4a ed., Clarendon Press, 1995, p. 317 y ss.

² Al precisar la definición de complementariedad, el Comité Especial sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional se sintió obligado a aclarar cómo deberá entenderse este concepto en las jurisdicciones nacionales. Una vez que se hubiera definido claramente el concepto, se podría pasar a determinar las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional, prestando especial atención a la índole de las excepciones al ejercicio de la jurisdicción nacional, a la designación de la autoridad competente para decidir acerca de esas excepciones y a los requisitos

de oportunidad. Se afirmó que la jurisdicción nacional "no se limitaba a la jurisdicción territorial, sino que comprendía también el ejercicio de la jurisdicción por los Estados competentes para ejercerla, de conformidad con los principios y acuerdos en vigor: así, respecto de la aplicación de la justicia militar, lo que importaba no era el Estado en cuyo territorio se cometía el presunto crimen, sino aquel cuyos militares participaban en los hechos. Había que tener en cuenta también los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre extradición para determinar qué Estado tenía un firme interés en la cuestión y debía, por consiguiente, ejercer la jurisdicción". Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Asamblea General, Documentos Oficiales, 50 período de sesiones, suplemento no 22 (A/50/22), párr. 39.

El concepto de jurisdicción complementaria, que la CDI propuso como una opción, superó todas las etapas del proceso de negociación, hasta que fue finalmente aceptado e incorporado al Estatuto de la CPI.

La noción de jurisdicción complementaria es bastante nueva. Deriva de la importancia creciente que ha cobrado la relación entre los Estados y las organizaciones internacionales, puesto que la función que desempeñan esas entidades internacionales, diferentes de los Estados, ha forjado una nueva concepción del sistema internacional y de la distribución de derechos, responsabilidades y tareas. No es fácil anticipar cómo evolucionará la noción de jurisdicción complementaria en las legislaciones nacionales. Por lo general, los sistemas jurídicos internos poseen unas estructuras jerárquicas dentro de las cuales los órganos judiciales tienen un ámbito de acción más o menos definido; es difícil imaginar un órgano judicial que no cumpla sus funciones y que resuelva el asunto por una jurisdicción sustituta. A nivel interestatal, la tendencia predominante parece favorecer la jurisdicción concurrente, más bien que la complementaria.

Es cierto que, al tiempo que se toma cada vez más conciencia de la gravedad de ciertas conductas, no sólo en los foros nacionales, sino también en la comunidad internacional, los Estados se han percatado de que, en ciertas circunstancias, sus aparatos nacionales o su legislación interna son insuficientes para juzgar crímenes que socavan los principios más elementales de humanidad. A fin de preservar el ideal de justicia, pero sobre todo de evitar la impunidad, los Estados han acabado, en consecuencia, por aceptar el hecho de que sus sistemas necesitan nuevos mecanismos para remediar sus imperfecciones. Así pues, la idea de una jurisdicción internacional se considera una manera de reforzar los esfuerzos contra la impunidad, tratando siempre de preservar el ideal de justicia.

La creación del TPIY muestra que, finalmente, algunos Estados estaban dispuestos a aceptar un órgano judicial internacional autorizado a intervenir en asuntos penales, en particular en aquellos que, por su gravedad, tienen un impacto internacional. Sin embargo, como veremos más adelante, la relación con una corte penal internacional permanente no se entendió de la misma manera. Muchos Estados argumentaron que la primacía de los tribunales *ad hoc* se debía a su vínculo especial con el Consejo de Seguridad, lo que no era el caso de la CPI, pues el proyecto era instituir la mediante un tratado. La idea de jurisdicción complementaria pareció una buena transacción a los Estados que temían una limitación de su soberanía.

La CDI y la definición de la jurisdicción de la CPI

El problema principal: la amenaza a la soberanía

La Comisión comprendió con claridad que cualquier propuesta sobre la creación de una corte internacional debía tener en cuenta la resistencia que ofrecerían los Estados. Se debían evitar dos problemas: 1) que la Corte no menoscabara la soberanía de los Estados; 2) que los mecanismos que se adoptaran no amena-

zaran los esfuerzos que se realizaban, en el ámbito de los sistemas nacionales, a fin de promulgar leyes adecuadas para castigar los crímenes internacionales bajo jurisdicción universal³. Efectivamente, las delegaciones de los Estados debatieron estos dos problemas en el Comité Preparatorio. Por ejemplo, al analizar la importancia de la Corte y su relación con los tribunales nacionales, algunas delegaciones hicieron clara referencia, por primera vez, a uno de los principales objetivos de la Corte. Se sostuvo que, si bien las autoridades nacionales eran las principales responsables del enjuiciamiento de los crímenes cuya lista figura en el Estatuto, se necesitaba un tribunal internacional para evitar la impunidad, aunque se era consciente de que la Corte solamente debía intervenir en los casos en que la solución a nivel nacional no fuera satisfactoria⁴. Esta declaración está muy lejos de ser trivial. Pone exactamente de manifiesto la situación con que iban a enfrentarse los Estados en la Conferencia de Plenipotenciarios: ¿estaban dispuestos a preservar la soberanía a cualquier precio, incluso corriendo el riesgo de admitir la impunidad por crímenes graves contra los derechos humanos y el derecho internacional?

Cabe señalar que la Comisión misma estaba convencida de la necesidad de crear una corte penal internacional. En su informe, se abordaron, por ejemplo, las objeciones que formulaban algunos Estados al establecimiento de la Corte. Una de ellas era la de que el sistema internacional de diligencias judiciales en vigor, basado en la norma de la jurisdicción universal, había funcionado relativamente bien y que el establecimiento de la Corte podía restringir y dificultar la efectiva aplicación de esa norma. En su respuesta, la Comisión hizo notar la carga que el sistema de jurisdicción universal imponía a los Estados, aduciendo que, en ciertas circunstancias, podía llevar a la impunidad, debido a presiones externas o internas (chantajes, ataques terroristas, etc.), y que, por ende, implicaba el riesgo de que el resultado del juicio no fuera equitativo⁵.

Las propuestas de la CDI

La Comisión propuso tres posibilidades a la Asamblea General: 1) un tribunal penal internacional con jurisdicción exclusiva, es decir, que los Estados deberían abstenerse de ejercer jurisdicción sobre los crímenes que fueran de la competencia de la Corte; 2) una jurisdicción concurrente del tribunal penal internacional con los tribunales nacionales; y 3) un tribunal penal internacional que sólo tuviera atribuida competencia de segunda instancia, que le permitiría revisar las decisiones de los tribunales nacionales relativas a crímenes internacionales⁶.

La Comisión consideró que la segunda propuesta presentaba algunas desventajas, pues contradecía la uniformidad de aplicación. Además, estimó que sería problemática la eventual situación en la que una parte quisiera iniciar una acción

³ *Anuario de la CDI*, ibíd., párrs. 118-119.

⁴ Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, A/CONF.183/2/Add.1, párr. 157.

⁵ *Anuario de la CDI*, 1992, vol. II, parte 1, párr. 7.

⁶ *Anuario de la CDI*, 1990, vol. II, parte 2, párr. 130.

ante un tribunal nacional y otra, ante el internacional. No obstante, el relator especial Thiam, que había preparado un proyecto anterior de estatuto para la corte penal internacional⁷, y la Comisión consideraron que la posibilidad de una jurisdicción concurrente era satisfactoria y representaba una buena avenencia. En realidad, sin hacer referencia explícita al concepto de jurisdicción complementaria, la Comisión indicó que en los casos en que las jurisdicciones nacional e internacional fueran concurrentes, se daría preferencia a los tribunales nacionales, y la corte internacional tendría jurisdicción sólo si los Estados competentes decidieran no investigar⁸.

Esta solución fue controvertida dentro de la Comisión, especialmente para quienes la veían como una fuente de conflictos de jurisdicción que podían dar lugar a parálisis e injusticia. Algunos miembros apoyaron, pues, la idea de que la CPI tuviera jurisdicción exclusiva, lo que eliminaría los posibles conflictos de jurisdicción entre este órgano y los tribunales nacionales. En este contexto, es importante señalar que algunos miembros de la Comisión subrayaron que el principio de soberanía ya no se consideraba absoluto, como en el derecho internacional tradicional⁹.

Siguiendo una propuesta presentada por el relator especial, la Comisión también propuso una fusión de las opciones 1) y 2), según los tipos de crímenes que se debiera investigar: para algunos crímenes, la Corte tendría jurisdicción exclusiva y, para otros, jurisdicción concurrente¹⁰. El problema que implicaba esta propuesta era la confección de la lista de crímenes que corresponderían a cada tipo de jurisdicción, pues las opiniones al respecto eran muy diferentes¹¹.

La tercera opción, según la cual la CPI estaría autorizada a efectuar exámenes judiciales, también tuvo algunos defensores, que argumentaron que esa solución abordaba el problema de uniformidad señalado por los que estaban a favor de la jurisdicción exclusiva. Según su opinión, esta alternativa "tendría también una función preventiva en la medida en que induciría a los tribunales nacionales a ser más prudentes y más atentos en la aplicación de las normas de derecho internacional"¹², y los Estados podrían aceptarla, teniendo en cuenta los sistemas similares que existen en todos los mecanismos procesales en el derecho internacional de los derechos humanos. De todos modos, se llegó a la conclusión de que esta opción no era realista¹³.

⁷ En este primer proyecto de Estatuto, el relator especial proponía el texto siguiente: "1. La Corte procesará a individuos acusados de los crímenes definidos (...) respecto de los cuales el (o los) Estado(s) en el/los que se presume que se ha cometido el crimen le haya(n) otorgado jurisdicción. 2. Se requerirá la cesión de jurisdicción (...) sólo si esos Estados también tienen jurisdicción, según la legislación nacional, sobre esos individuos." En los comentarios a estas propuestas, se sostiene que: "En este caso también, el relator especial ha tomado en cuenta los comentarios de los miembros de la Comisión que expresaron su

preocupación de que debería respetarse la jurisdicción penal de los Estados". *Anuario de la CDI*, 1991, vol. II, parte 1, párrs. 38-41.

⁸ *Anuario de la CDI*, 1991, vol. II, parte 2, párr. 114.

⁹ *Ibíd.*, párr. 115.

¹⁰ *Anuario de la CDI*, 1991, vol. II, parte 1, párr. 41.

¹¹ *Ibíd.*, párr. 42.

¹² *Anuario de la CDI*, 1991, vol. II, parte 2, párr. 116.

¹³ *Anuario de la CDI*, 1992, vol. II, parte 2, párr. 57.

El punto de partida del proyecto de Estatuto propuesto por la CDI

En la resolución 47/33 del 25 de noviembre de 1992, la Asamblea General solicitó a la CDI que elaborara un proyecto de Estatuto para la CPI como órgano judicial permanente. El Grupo de Trabajo que se conformó a tal efecto en la Comisión presentó su primer informe en 1993¹⁴. En el primer proyecto formal, el Grupo de Trabajo adoptó el principio de jurisdicción complementaria, añadiendo la condición de que la Corte no pudiera ejercer su jurisdicción, a menos que todos los Estados que pudieran tener competencia dieran su consentimiento. En un comentario al artículo 24 del proyecto, el Grupo de Trabajo indicó qué Estados concurrentes deberán consentir en que la Corte tenga jurisdicción: a) todo Estado que tenga jurisdicción según el tratado correspondiente; b) los Estados que sean Partes en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, c) el Estado del que sea nacional la persona acusada del crimen (el Estado nacional); y d) el Estado en cuyo territorio se haya cometido el acto en cuestión (el Estado territorial).

El Grupo de Trabajo propuso asimismo que la Corte tuviera jurisdicción exclusiva cuando el Consejo de Seguridad le atribuyera un asunto. En tal caso, ningún Estado podía reivindicar válidamente su jurisdicción sobre la de la Corte.

Esta propuesta del Grupo de Trabajo provocó reacciones inmediatas por parte de la Sexta Comisión de la Asamblea General y de los Estados, que sostuvieron que las disposiciones creaban una gran incertidumbre. El Grupo de Trabajo procedió a revisar el proyecto de Estatuto y presentó una versión final en 1994. En esa ocasión, la CDI declaró que el Estatuto se había redactado teniendo en cuenta "el hecho de que el sistema del tribunal debe concebirse como complementario de los sistemas nacionales que funcionan sobre la base de los mecanismos existentes de cooperación internacional y asistencia judicial (...)"¹⁵. La Comisión se proponía que la CPI interviniera en casos en que no había perspectiva de que un presunto criminal fuera procesado por tribunales nacionales. Por eso se hizo hincapié en la idea de que la Corte actuaría como un órgano que complementaría las jurisdicciones nacionales y los procedimientos existentes para la cooperación judicial internacional. Por lo tanto, no se pretendía excluir la jurisdicción vigente de los tribunales nacionales ni tampoco socavar el derecho de los Estados a pedir extradiciones.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Comisión propuso un grupo de artículos para delimitar y hacer posible la índole complementaria de la jurisdicción de la Corte. Los artículos 20, 25, 27, 34 y 35 del proyecto, entre otros, establecieron los requisitos básicos para que la Corte ejerciera jurisdicción. Según la Comisión, "a través de la combinación de una jurisdicción definida, requisitos claros de aceptación de esta jurisdicción y controles, basados en principios, del ejercicio de la jurisdicción, el Estatuto se propone garantizar, según se expresa en

¹⁴ *Anuario de la CDI*, 1993, vol. II, parte 2, Anexo.

¹⁵ *Anuario de la CDI*, 1994, vol. II, parte 2, párr. 81.

el preámbulo, que la Corte sea complementaria de los sistemas de justicia penal nacionales en los casos en que no se disponga de procedimientos de enjuiciamiento establecidos por éstos o sean ineficaces"¹⁶.

Estos últimos comentarios de la Comisión se convirtieron en la definición aceptada del concepto de jurisdicción complementaria. Más tarde, este concepto fue adoptado por el Comité Especial y por el Comité Preparatorio y, sin duda, impregnó el texto del Estatuto, tal como fue aprobado en la Conferencia de Roma.

No obstante, el concepto no estuvo exento de críticas. Como veremos más adelante, tanto el Comité Especial como el Comité Preparatorio se vieron obligados a perfeccionarlo, reconociendo tácitamente que cualquier decisión sobre la jurisdicción de la Corte determinaría todo su funcionamiento.

¿Es la jurisdicción complementaria la mejor solución?

A pesar de que la CDI logró elaborar el proyecto de Estatuto en un lapso de tiempo relativamente corto, tomando en cuenta las observaciones que los miembros de la Comisión y los Estados formularon por escrito y en el seno de la sexta Comisión de la Asamblea General, no consiguió que ese texto plasmara un acuerdo ampliamente concertado. Las implicancias de la creación de un órgano judicial internacional aún causaban muchas preocupaciones.

Por ello, y a pesar de que "la Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que convocar a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que estudiara el proyecto de estatuto y celebrara una convención sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional"¹⁷, la Asamblea General creó un Comité Especial para que revisara el proyecto.

Aunque, tras dos años de trabajo, el Comité no logró el consenso suficiente para convocar una conferencia internacional, los debates que tuvieron lugar en ese contexto permitieron a los Estados analizar con mayor detalle diversos aspectos que no habían sido objeto de las necesarias consideraciones o deliberaciones. La Oficina del Comité propuso que se debatiera, en primer lugar, el concepto de complementariedad¹⁸.

Efectivamente, el Comité Especial analizó en profundidad ese concepto y evaluó las implicancias de una Corte que fuera complementaria de los tribunales nacionales. En su informe a la Asamblea General, el año 1995, el Comité trató de determinar el marco teórico necesario en el que debería entenderse el concepto de complementariedad. Es muy posible que la intención fuera brindar a los Estados los suficientes elementos de juicio para apreciar las ventajas de un sistema de jurisdicción de esas características.

¹⁶ *Anuario de la CDI*, 1993, vol. II, parte 2, Anexo, p. 37.

¹⁷ *Anuario de la CDI*, 1994, vol. II, parte 2, párr. 90.

¹⁸ Recomendaciones de la Oficina sobre el trabajo del Comité Especial durante el período 14-25 de agosto de 1995, Documento no oficial no 5/Rev.2.

Como se había evidenciado la posibilidad de lograr cierto acuerdo para fijar los términos del Estatuto de la CPI, y en vista del "valor educativo que había tenido el trabajo del Comité Especial"¹⁹, la Asamblea General decidió constituir un Comité Preparatorio para analizar el proyecto de Estatuto preparado por la CDI y los comentarios de los Estados, a fin de facilitar la tarea de la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios.

Aunque durante los doce primeros meses de trabajo se tenían dudas sobre la eficacia del Comité, sobre todo acerca de su capacidad para alcanzar un acuerdo sobre un texto antes de la fecha límite fijada, éste logró terminar su tarea y presentó el informe final en abril de 1998. En él se incluía el proyecto de Estatuto para la CPI, el proyecto del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la CPI, el proyecto de Normas de Procedimiento para la Conferencia y el proyecto de organización del trabajo en la conferencia.

A pesar de los múltiples obstáculos que debió afrontar en su primer año de trabajo, el Comité logró analizar en detalle el tema de la complementariedad y de sus consecuencias para el Estatuto en cuanto al contenido y a los procedimientos.

Consideraciones generales acerca de la jurisdicción de la CPI

El Comité Especial subrayó que ni la CDI ni el Comité mismo proponían que la Corte reemplazara a los tribunales nacionales en los procedimientos penales. Sin embargo, comprendió el temor manifestado por los Estados de que una definición abstracta sembrara la confusión y no permitiera que la Corte funcionara correctamente. Se consideró, pues, oportuno que "hubiera una interpretación común de las repercusiones prácticas que dicho principio tendría sobre el funcionamiento de la corte penal internacional"²⁰. Según algunos Estados, el concepto deberá resaltar la presunción de que las jurisdicciones nacionales tendrían primacía sobre la corte propuesta²¹. Otros, en cambio, consideraron que debía

¹⁹ Cherif Bassiouni, "Observations concerning the 1997-98 Preparatory Committee's work", en *Nouvelles Etudes Penales – The International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications*, no 13, èrès, 1997, p. 9.

²⁰ Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Asamblea General, Documentos Oficiales, 50 período de sesiones, Suplemento no 22 (A/50/22), párr. 30.

²¹ Las delegaciones que apoyaron esta posición argumentaron que los sistemas nacionales brindaban las siguientes ventajas: "a) todos los participantes estarían operando dentro del contexto de un sistema jurídico es-

tablecido, con inclusión de los acuerdos bilaterales y multilaterales en vigor; b) el derecho aplicable estaría mejor definido y más desarrollado; c) las actuaciones serían menos complicadas, debido a que estarían apoyadas en precedentes y normas conocidos; d) el procesamiento y la defensa serían, probablemente, menos costosos; e) habría usualmente mayor disponibilidad de pruebas y testigos; f) se reducirían al mínimo los problemas de idiomas; g) los tribunales nacionales aplicarían medios establecidos de obtener pruebas y testimonios, incluida la aplicación de normas relativas al perjurio; y h) las penas estarían definidas con precisión y de podrían hacer cumplir de inmediato (...)", *ibíd.*, párr. 31.

prevalecer la idea de una jurisdicción concurrente, acompañada de una disposición de primacía en favor de la corte internacional²².

Se destacó asimismo que la CDI no estaba intentando establecer una jerarquía entre la corte internacional y los tribunales nacionales. Por ende, aunque la corte internacional determinara que una decisión de un tribunal nacional no está bien fundada, esa determinación no podría ni debería entenderse como una facultad fiscalizadora de un tribunal superior. El objetivo tácito era evitar una situación en la que un criminal fuera protegido por un Estado para impedir su enjuiciamiento o una pena mayor. Otra situación en la que se pensaba que la corte internacional podría intervenir se presentaría en el caso de que las autoridades nacionales no tomaran ninguna medida, sin motivos bien fundados, tras la comisión de un crimen²³.

Una observación importante puso de relieve la necesidad de salvaguardar la primacía de las jurisdicciones nacionales, garantizando a la vez que la jurisdicción de la corte internacional no se convierta en meramente residual. Esta observación era muy pertinente y debería entenderse como una advertencia: es cierto que la soberanía de los Estados debe preservarse, pero ¿para qué serviría crear un órgano internacional cuyo ámbito de acción fuera tan limitado que no tuviera nunca la oportunidad de intervenir? Recuérdese que, como ya hemos dicho, la idea de establecer una corte penal internacional se basaba en un ideal de justicia y en la convicción de que, ante crímenes atroces que afectan a la comunidad internacional, la impunidad es inaceptable. Ahora bien, si todos los sistemas nacionales fueran efectivos, eficaces y justos, y tuvieran la capacidad de juzgar tales crímenes, no se necesitaría ninguna corte internacional. Sin embargo, algunos miembros de la comunidad internacional estimaron que ése no era el caso. La advertencia no era, pues, superflua; al contrario, venía a recordar que los Estados consideraban que, de algún modo, era necesario disponer de un órgano internacional semejante y que se debían tomar las medidas oportunas para ello. Esta consideración no altera el hecho de que se necesite una mayor clarificación y de que se deben tener en cuenta otras cuestiones conexas²⁴.

La índole excepcional de la jurisdicción de la Corte

El Comité Especial, así como el Comité Preparatorio, reiteraron que la complementariedad debería entenderse en el marco de la relación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción de una corte penal internacional, y que ésta debe considerarse como excepcional²⁵. Se señaló que, dados los escasos recursos de

²² *Ibid.*, párr. 32.

²³ Informe del Comité Especial, *op.cit.* (nota 2), párr. 45.

²⁴ El Comité mencionó las cuestiones de la cooperación judicial internacional, la entrega, la extradición, la detención, el encarcelamien-

to, el reconocimiento de las decisiones y el derecho aplicable.

²⁵ Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Suplemento no 22 (A/51/22), vol. I, párr. 154.

que dispondría la Corte propuesta, sería mejor evitar someterle asuntos que los tribunales nacionales podían tratar sin dificultad. Una mejor justificación de este argumento sería que, en derecho internacional, se considera que el ejercicio del poder de control y el derecho penal incumben al Estado y que, por consiguiente, la jurisdicción de la Corte debería considerarse como una excepción a las prerrogativas del Estado²⁶. Respaldó esta idea la opinión de algunos Estados de que el establecimiento de la Corte no disminuía ni reemplazaba, tampoco debía hacerlo, la obligación de los Estados de enjuiciar y castigar a los sospechosos de haber cometido crímenes internacionales²⁷. Según esta opinión, ésa sigue siendo una obligación de todos los Estados, pues esos crímenes afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Pero esta aseveración no debería entenderse como el otorgamiento de un carácter absoluto a las jurisdicciones nacionales, porque ello obligaría a definir la jurisdicción de la Corte en función de lo que no puede hacer, en lugar de lo que sí puede hacer. Por ello, se propuso incluir un artículo específico en el texto del proyecto²⁸. La misma propuesta se presentó al Comité Especial, pero no obtuvo el apoyo suficiente. La situación fue diferente en el Comité Preparatorio, donde finalmente se aceptó²⁹.

Según el Comité Preparatorio, las excepciones que autorizarían la intervención de la Corte debían deducirse del preámbulo del proyecto, en el que se hacía referencia a casos en los que los procedimientos de enjuiciamiento dentro de los sistemas nacionales de justicia penal "no existan o no sean eficaces"³⁰. Los Estados estimaron que las expresiones de "no existieran" y "no fueran eficaces" no eran demasiado claras y que, por lo tanto, podían dar lugar a dudas sobre los criterios que justificaban tal determinación. En el Comité Especial, se hizo referencia al motivo que impulsaba a la CDI a emplear dichas expresiones, en el sentido de que la Comisión "suponía que la corte penal internacional sólo intervendría en los casos en que no existieran perspectivas de que los presuntos responsables de delitos graves fueran debidamente enjuiciados por los tribunales nacionales"³¹. Se excluiría su intervención en caso de que los tribunales nacionales tomaran decisiones de absolver, condenar o no procesar a esos criminales, a menos que la Corte estuviera convencida de que tales decisiones no están bien fundadas.

Si bien puede parecer que se trata de un asunto meramente terminológico, las expresiones "no existan" y "no sean eficaces", tal como se empleaban en el proyecto de Estatuto, o la frase "no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo", que figura en el artículo 17.1 (b) del Estatuto de Roma, pueden ser fuente de ambigüedades hasta que la Corte determine los

²⁶ *Ibíd.*, párr. 155.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 156.

²⁸ *Ibíd.*, párr. 161.

²⁹ Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, A/CONF.183/2/Add.1, p. 10.

³⁰ *Ibíd.*, p.9.

³¹ Informe del Comité Especial, *op. cit.* (nota 2), párr. 42.

criterios que se aplicarán. Las disposiciones de los artículos 17.2 y 17.3 del Estatuto de Roma no ayudan mucho a clarificar las expresiones mencionadas. Al contrario, al referirse a otras nociones subjetivas, complican aún más el problema³².

Se consideró asimismo que otra excepción al ejercicio de la jurisdicción nacional era el caso de un Estado que voluntariamente desistiera o renunciara a su jurisdicción en favor de la Corte. Aunque algunos Estados criticaron esta idea, argumentando que no parecía compatible con el concepto de complementariedad, pareció una consecuencia lógica de ese concepto: la corte internacional sólo debía intervenir en una situación de falta de la jurisdicción nacional competente. Por lo tanto, si el Estado competente determina, por la razón que sea, que no ejercerá su derecho de jurisdicción, podrá desistir de este ejercicio y se abrirán las puertas para que la CPI intervenga a fin de evitar la impunidad.

Por último, se estableció que estas excepciones a la jurisdicción nacional deberían considerarse antes, incluso, de que el fiscal de la CPI incoe una investigación, argumentando que ésta podría obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción nacional. Además, si un caso estaba siendo investigado o estaba pendiente en un tribunal nacional, la corte internacional debería declinar temporalmente su competencia, aunque podría reanudar su investigación si el Estado competente desistía de llevar a cabo la suya o si se hubiera determinado alguna de las circunstancias excepcionales antes mencionadas³³.

¿Quién determina si la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción?

Luego de que se determinaron las posibles situaciones en las que la corte internacional estaría autorizada a intervenir, el Comité Especial y el Comité Preparatorio tomaron posiciones opuestas respecto de qué órgano debería decidir si se daban o no de las circunstancias excepcionales antes mencionadas. Algunos consideraron que se debía seguir la norma adoptada en el Estatuto del TPIY y sostuvieron que ese poder debía concederse a la Corte misma. Se hizo también referencia al artículo 24 del proyecto, en el que se estableció que "(l)a Corte apreciará su propia competencia en todo asunto que se le someta". Dado que se trata de los poderes de un órgano judicial, corresponde por lo tanto a la Corte determinar si puede iniciar una investigación o no. Por otra parte, algunas delegaciones se opusieron a esta propuesta, pues consideraron que el precedente fijado por el TPIY no era representativo de la opinión actual de los Estados, sino que el Tribunal *ad hoc* era el producto de circunstancias muy especiales. Por consiguiente, se propuso definir criterios que se aplicarían a las diversas situaciones que pudieran presentarse.

³² Los párrs. 2 y 3 del art. 17 se refieren a los criterios que la Corte debería aplicar para decidir la admisibilidad de una causa. Se mencionan los procedimientos que se adoptan con el propósito de sustraer a una persona de su responsabilidad penal, las "demo-

ras injustificadas" en el juicio y una actuación que es "incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia".

³³ Informe del Comité Especial, *op. cit.* (nota 2), párr. 51.

Se tuvieron en cuenta tres posibilidades para solucionar esas cuestiones: a) la Corte ejercería su competencia sólo con el consentimiento de los Estados competentes para investigar; b) la Corte determinaría su propia competencia, según una serie de criterios expresamente enunciados en el Estatuto; y c) la Corte tendría la libertad de establecer su propia competencia según parámetros flexibles³⁴. Las delegaciones consideraron que las dos últimas opciones eran problemáticas, porque no requerían el consentimiento de los Estados para iniciar una investigación, lo que no estaban dispuestas a aceptar. Así pues, consideró necesario estudiar en profundidad las consecuencias de un rechazo de la competencia de la Corte por parte de un Estado³⁵.

Determinación de los detalles: admisibilidad, *non bis in idem* y cooperación judicial

• Admisibilidad

La CDI consideró que, en el proyecto de Estatuto que había presentado, se daba una expresión operacional al principio de complementariedad, especialmente en el artículo 35, que se refiere a la admisibilidad. En este sentido, el Comité Preparatorio estimó que las situaciones en las que la Corte debería declarar inadmisibile una demanda eran más numerosas que las previstas por la CDI³⁶. Sólo los Estados interesados³⁷ podrían plantear cuestiones de inadmisibilidad; y, según el Comité, deberían hacerlo antes de que comience el juicio o, a más tardar, al inicio de éste³⁸.

• El principio de *non bis in idem*

El Comité Preparatorio tuvo asimismo en cuenta la importancia del principio de *non bis in idem* al definir la noción de complementariedad. La prohibición de enjuiciar a una persona por un crimen por el cual ya ha sido juzgada, por el mismo o por otro órgano judicial, tiene considerables consecuencias por lo que concierne a la jurisdicción de la Corte, dado que puede impedir una aplicación efectiva de la justicia: un tribunal nacional puede querer proteger a un acusado de una pena más severa, imponiéndole una sanción más leve, e impidiendo así que la Corte inicie cualquier tipo de acción. En consecuencia, el Comité determinó que el principio de *non bis in idem* no debía interpretarse de tal modo que permita a los delincuentes eludir toda acción judicial³⁹. Al mismo tiempo, se consideró que la Corte no debía tener el poder de revisar las decisiones tomadas por los

³⁴ Informe del Comité Preparatorio, *op. cit.* (nota 25), párr. 162.

³⁵ *Ibid.*, párr. 163.

³⁶ *Ibid.*, párr. 164.

³⁷ El concepto de "Estado interesado" remite a: el Estado del que el acusado es nacional, el Estado o los Estados de los que la víctima o las víctimas son nacionales, el Estado

que tiene la custodia del acusado, el Estado en cuyo territorio se ha cometido el supuesto crimen (Estado del *locus delicti*) o cualquier otro Estado que pudiera ejercer jurisdicción respecto del delito del que se trate; *Ibid.*, párr. 167.

³⁸ *Ibid.*, párr. 168.

³⁹ *Ibid.*, párr. 170.

tribunales nacionales. Por consiguiente, el Comité decidió, y así lo expresó en su propuesta de abril de 1998, que el principio de *non bis in idem* no sería aplicable a la CPI cuando las diligencias realizadas por el tribunal nacional tuvieran el propósito de proteger al acusado de su responsabilidad penal, no se hayan efectuado de forma independiente e imparcial o no se hayan llevado a cabo de manera coherente con la intención de someter a una persona a la justicia⁴⁰.

• Complementariedad y cooperación judicial: ¿qué jurisdicción tiene prioridad?

Según el artículo 53 del proyecto, relativo al traslado y la extradición de los inculcados, puede surgir un problema en caso de que haya solicitudes de la CPI (traslado) y de un Estado (extradición) que se disputan la competencia. A fin de solucionarlo, el Comité presentó tres opciones para el artículo 87, párrafo 6⁴¹. Por ejemplo, un Estado puede solicitar la comparecencia de una persona por un crimen común, y la Corte puede hacerlo por un crimen internacional. ¿Qué jurisdicción tiene prioridad? ¿El Estado al que se solicita la extradición debería satisfacer la demanda del Estado solicitante, si existe una obligación convencional de hacerlo, o debe entregar al inculcado a la CPI? Algunos Estados argumentaron que dar prioridad a la CPI sería contrario al principio de complementariedad, pues se haría prevalecer la jurisdicción internacional sobre la nacional. Cabe hacer dos observaciones a este respecto : en primer lugar, se debe tomar en consideración al impacto relativo que tienen los crímenes según las leyes nacionales, en comparación con los crímenes internacionales, cuya gravedad conmociona a la comunidad internacional y que están considerados de lesa humanidad. Parece, pues, apropiado que se dé prioridad al procesamiento de conductas que atacan contra la humanidad, frente a conductas que, por terribles que sean, es difícil que alcancen el nivel de gravedad de un crimen internacional. En segundo lugar, se debería evitar toda confusión cuando se habla de solicitudes competidoras en un marco de jurisdicción complementaria. Si un tribunal se declara competente para enjuiciar a una persona inculpada de crímenes internacionales, la jurisdicción de la CPI tendría que ceder la precedencia a ese tribunal.

El resultado de una historia de cincuenta años: el Estatuto de la CPI

El trabajo del Comité Especial fue sin duda de fundamental importancia para la aceptación de la CPI. Permitió que los Estados analizaran de manera más detallada una idea que se había ido abriendo paso durante más de cincuenta años. Sin embargo, una serie de acontecimientos que tuvieron lugar en los años noventa hicieron que los Estados reconocieran, quizá por primera vez, la necesidad de crear un tribunal penal internacional, abriendo así el camino a una conferencia internacional, que se celebró tres años después.

⁴⁰ Informe del Comité Especial, *op. cit.* (nota 2), p. 45.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 135-136.

Efectivamente, los esfuerzos que realizó el Comité Preparatorio allanaron el camino para la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios, que se celebró en Roma, los meses de junio y julio de 1998. Al mismo tiempo, el producto final del arduo trabajo realizado por los tres órganos implicados, la CDI, el Comité Especial y el Comité Preparatorio, dio el tono de las deliberaciones en la Conferencia. El hecho de que se incluyera la cuestión de la complementariedad en el orden del día del Comité Plenario, en lugar de recomendarla a un comité específico, puede interpretarse como una señal de que se había alcanzado un consenso suficiente. En cambio, los detalles relativos a la aplicación de la complementariedad generaron más controversias. Pero, finalmente, esta noción se incorporó de manera imparcial en varias disposiciones del Estatuto (aunque ello no significa que su interpretación vaya de suyo), sentando un nuevo precedente en el ámbito del derecho humanitario y de los tribunales penales internacionales.

Definición de la noción de complementariedad: el preámbulo y el artículo 1

Como se ha señalado, la complementariedad puede tomar diversas formas en los procedimientos de la Corte, e incluso en la fase de investigación realizada por el fiscal.

En primer lugar, la cuestión de la índole complementaria de la Corte se introdujo y se subrayó en el preámbulo⁴²:

"(...) *Destacando* que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, (...)"

Esta declaración está reforzada por los párrafos precedentes, que fijan los fundamentos de la complementariedad y cómo debe entenderse ésta: los crímenes internacionales conmueven la conciencia de la humanidad, amenazan la paz, la seguridad y el bienestar mundiales, y no deben quedar sin castigo; los Estados tienen la principal responsabilidad de tomar las medidas necesarias para evitar la impunidad; y una corte penal internacional es necesaria en interés de las generaciones presentes y futuras, para protegerlas de los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto.

⁴² El Comité Especial propuso dos opciones para reglamentar el concepto de complementariedad: según la primera, una mera referencia a este concepto en el preámbulo del Estatuto sería insuficiente y, por lo tanto, era necesario incorporar una disposición específica que diera más precisiones al respecto; se consideró que, de ese modo, se señalaba la importancia que se daba a este principio. Según

la otra opción, el principio de complementariedad se podría explicar detalladamente en el preámbulo; las normas de interpretación que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados serían suficientes para determinar el contexto en el que se debía interpretar y aplicar el Estatuto en su conjunto. Informe del Comité Especial, *op. cit.*, (nota 2), párrs. 35-37.

Siguiendo la propuesta que se había formulado en el proyecto elaborado por el Comité Preparatorio, en el artículo 1 del Estatuto se establece la jurisdicción de la Corte:

"Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (...). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. (...)"

Inicio de la investigación

Las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte están establecidas en el artículo 12, según el cual dicha competencia es automáticamente aceptada por los Estados que se hacen Partes en el Estatuto. Por lo tanto, para que la Corte ejerza su competencia, los siguientes Estados deben ser Partes en el Estatuto o haber aceptado su competencia de conformidad con el artículo 12.3: a) el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar el crimen y b) el Estado del que sea nacional el acusado.

Según el artículo 13, el procedimiento se inicia por tres mecanismos posibles: a) remisión del asunto por un Estado Parte; b) remisión por el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; en ese caso, la Corte puede iniciar una investigación aunque el Estado del acusado y el del crimen no hayan aceptado su competencia; y c) una investigación ordenada por el fiscal por iniciativa propia.

Las condiciones de admisibilidad: ¿cuándo no tiene un Estado la capacidad o la voluntad de incoar acciones penales?

- ¿Cuándo puede investigar la CPI?

La cuestión de la admisibilidad se plantea cuando la Corte examina la situación judicial de un inculcado a la luz de la jurisdicción nacional: si la Corte llega a la conclusión de que el asunto se ha remitido a un tribunal nacional, tiene que declararlo inadmisibile.

Es interesante observar que las dudas expresadas por muchas delegaciones en cuanto a la posible subjetividad de la Corte cuando determine la falta de voluntad o de capacidad de un Estado para emprender una acción penal, hicieron que se definieran ciertos criterios que la Corte debe aplicar. En el artículo 17, se estipulan los principales elementos que definen la relación entre la Corte y los tribunales nacionales, interpretando la jurisdicción de la Corte por la vía negativa, es decir, estableciendo lo que no puede hacer, en lugar de lo que sí puede. No obstante, se fijan unos criterios para la intervención de la Corte. Para que un caso sea declarado admisible, han de cumplirse cuatro condiciones, a saber:

- que ningún Estado que tenga jurisdicción esté investigando o enjuiciando a la persona en cuestión por los mismos actos que constituyen el crimen internacional;

- que ningún Estado que tenga jurisdicción haya decidido, tras haber investigado el asunto, incoar acciones penales;
- que el inculcado no haya sido enjuiciado previamente por la conducta a que se refiere la denuncia;
- que el caso sea de suficiente gravedad como para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Estas condiciones deberían interpretarse en forma acumulativa, es decir, que han de cumplirse todas para que la Corte pueda intervenir. La primera condición se refiere a la situación en la que la Corte cede su jurisdicción en favor de los tribunales nacionales. La segunda tiene elementos de la primera, primacía de los tribunales nacionales, y de la tercera, que se refiere al principio de *non bis in idem*. La excepción que se incluye en el párrafo 17.1 (c) también está comprendida en el párrafo 17.2 (a). La cuarta condición se refiere a una intervención calificada de la Corte para evitar que se la considere un sustituto de los tribunales nacionales.

- Una decisión difícil: determinar la falta de capacidad o de voluntad

Las excepciones a esas condiciones son probablemente más problemáticas. Afirmar que un Estado está actuando de mala fe o que carece de capacidad o de voluntad para iniciar acciones penales es indudablemente una acusación seria. Si tal situación se presenta alguna vez en la práctica, no cabe duda de que ocasionará controversias. El Estatuto prevé tres tipos de conductas de un Estado que pueden inducir a la Corte a determinar que dicho Estado no tiene disposición para iniciar acciones penales: a) cuando se haya instruido el proceso con el propósito de sustraer a la persona en cuestión de su responsabilidad penal; b) cuando se considere una demora injustificada incompatible con un esfuerzo genuino por hacer comparecer a una persona ante la justicia; y c) cuando el tribunal nacional competente no es independiente o imparcial. En cuanto a la incapacidad para incoar acciones penales, el Estatuto hace referencia a la ausencia de mecanismos efectivos, en el plano nacional, para reunir las pruebas y los testimonios o para detener al acusado.

Por consiguiente, las excepciones pueden clasificarse en subjetivas y objetivas. Las subjetivas son las que corresponden a las tres primeras situaciones; las objetivas, a las situaciones descritas en el párrafo 17.3.

Es posible interpretar los dos primeros elementos del párrafo 17.2 como una referencia al concepto de "actuar de mala fe". Sustraer al acusado a su responsabilidad penal o demorar indefinidamente las diligencias pueden ser maneras de permitir que el inculcado quede sin castigo. La tercera situación puede deberse a presiones externas, no sólo políticas, sino también, como dijo la CDI, a amenazas proferidas por grupos terroristas, que pueden impedir el desarrollo normal de las diligencias judiciales.

En cuanto a las condiciones objetivas, es evidente que un Estado que no dispone de los medios suficientes para reunir las pruebas necesarias o para

detener al acusado puede ser considerado incapaz de efectuar una investigación adecuada. En tales circunstancias, es necesaria la jurisdicción complementaria de la CPI.

La pregunta que cabe plantear, en este sentido, es si todas esas condiciones son coherentes con la definición de jurisdicción complementaria adoptada. La respuesta parece ser afirmativa, especialmente si se considera el artículo 17, que toma en cuenta los diferentes objetivos enunciados en el preámbulo, a saber: evitar la impunidad, respetar las jurisdicciones nacionales y garantizar que los Estados adopten una actitud responsable respecto de las violaciones graves, si no quieren verse despojados, mediante una excepción, de su competencia primaria sobre el caso.

- Los artículos 18 y 19: aspectos de procedimiento de la admisibilidad

Los artículos 18 y 19 complementan las disposiciones estipuladas en el artículo 17. En el artículo 18, se establece el procedimiento que ha de seguirse para decidir la admisibilidad. Cabe destacar que este artículo exhorta a que el fiscal y el Estado competente mantengan estrechos contactos sobre la marcha de las investigaciones o la celebración de un juicio a nivel nacional. El objetivo de esta precaución es evitar cualquier demora injustificada de las diligencias.

Por otra parte, el artículo 19 contiene una norma, que muchos consideraron implícita en la función judicial, según la cual la Corte debe cerciorarse de que tiene competencia en todas las causas que se le sometan. Su decisión de admitir una causa puede ser impugnada por el acusado o por el Estado que tiene competencia en la causa, sea porque ese Estado ya la está investigando o porque, de conformidad con el artículo 12, se requiere su aceptación de la jurisdicción de la Corte.

Una sinopsis de complementariedad en el Estatuto de la CPI

Sin hacer un análisis detallado, el siguiente bosquejo puede contribuir a clarificar la primera etapa de los procedimientos, en la que la cuestión de la complementariedad cumple una función más evidente:

- Inicio de una investigación: el fiscal está a cargo de esta parte de las diligencias y la incoa cuando una causa es sometida a la Corte por un Estado Parte, por el Consejo de Seguridad o por su propia iniciativa. En el primer y en el último caso, se requiere que el Estado donde se cometió el crimen o el Estado del inculpado hayan aceptado la competencia de la Corte (artículos 9, 12, 13, 14 y 15).
- El Fiscal notificará su intención de abrir una investigación a todos los Estados Partes y a los Estados que ejercerían normalmente jurisdicción. En el plazo de un mes, esos Estados deben informar a la Corte si están investigando o han investigado los actos que constituyen el objeto de la intervención de la Corte. Si éste es el caso, el fiscal debe remitirse a la investigación realizada por el Estado (artículos 15, 16 y 18).

- Si el fiscal considera que existen razones justificadas para abrir una investigación, debe presentar una solicitud a la Sala de Cuestiones Preliminares para que ésta la autorice. El fiscal puede solicitar esta autorización, aunque un Estado ya esté investigando la causa (artículo 15).

- La Sala de Cuestiones Preliminares puede autorizar al fiscal a proceder a la investigación. Esta decisión no afectará la determinación posterior de la Corte acerca de la jurisdicción y la admisibilidad de la causa. La Sala de Cuestiones Preliminares también puede rechazar la solicitud del fiscal, lo que no impide que más tarde pueda presentarse otra solicitud, basada en nuevos hechos, sobre la misma situación. El Estado implicado o el fiscal pueden apelar todas estas decisiones ante la Sala de Apelaciones (artículos 18, 19, 57 y 58).

- Si hay pruebas suficientes, el fiscal solicitará a la Sala de Cuestiones Preliminares que dicte una orden de detención o una citación de comparecencia. Tras la entrega del inculcado a la Corte, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá celebrar una audiencia para confirmar los cargos por los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. Una vez que se hayan confirmado esos cargos, la Presidencia debe constituir una Sala de Primera Instancia, que será responsable del juicio (artículos 58 y 61).

- Para proceder, la Corte debe cerciorarse de que tiene competencia en la causa, basándose en los criterios establecidos en el artículo 17. El acusado o un Estado que tenga competencia en la causa pueden impugnar su decisión. Si la impugnación se efectúa antes de la confirmación de los cargos, se remitirá a la Sala de Cuestiones Preliminares. En caso contrario, a la Sala de Primera Instancia (artículos 17, 19 y 82).

En ese momento, que es crucial, la Corte examinará su relación con las jurisdicciones nacionales, a fin de determinar su propia jurisdicción; en otras palabras, en ese momento entra en juego la complementariedad.

A medida que avanzan las diligencias, surgen otras cuestiones estrechamente relacionadas con la complementariedad, como la cooperación judicial, la extradición y el traslado, así como el cumplimiento de las órdenes de detención. Sin embargo, es indudable que esta cuestión desempeña un papel fundamental en la fase inicial del procedimiento, puesto que el planteamiento de la complementariedad coincide con el momento, tan esperado y temido, en que la Corte evaluará si puede o no iniciar su investigación o su acción penal. El tiempo dirá si la práctica confirma este punto de vista.

Observaciones finales

No es tarea sencilla explicar cómo las delegaciones en la Conferencia de Roma elaboraron el texto que finalmente se aprobó. Podemos hacer conjeturas y suponer que, antes de la conferencia, existía un grado de consenso suficiente y que las negociaciones fluyeron sin obstáculos. Pero, si se tiene en cuenta la atención que prestaron los medios informativos al tema, así como la actitud hacia el Estatuto final de, al menos, un Estado poderoso, es obvio que ése no fue el caso.

Una posible explicación es que los Estados, antes de la Conferencia de Roma, previeron que la complementariedad era la única solución que podría conciliar su interés por proteger las soberanías nacionales con su altruista preocupación por castigar los crímenes internacionales y reducir la impunidad. Al menos una cuestión estaba suficientemente clara: una gran mayoría de los Estados quería una corte penal *internacional* y apoyaba la idea de establecerla. A partir de las diversas propuestas sobre la jurisdicción de la Corte, pudieron comprender que la jurisdicción complementaria podría constituir un buen término medio.

¿Qué conclusiones pueden extraerse de este proceso de casi diez años?

- El derecho humanitario ha alcanzado un nivel en el que la mayoría de los Estados está de acuerdo en que, en interés de toda la comunidad internacional, hay que enjuiciar a las personas que presuntamente han cometido violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario. Quedó claro, primero durante la elaboración del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y luego gracias a la labor de la CDI sobre el establecimiento de la CPI, que los Estados carecen, en muchos casos, de disposición o capacidad para emprender acciones penales a nivel nacional. La única solución disponible era otorgar a un órgano internacional el poder de procesar a los inculpad.

- El segundo punto está muy relacionado con el primero. Los Estados reconocieron su preocupación por la impunidad, en particular cuando se trata de crímenes internacionales. Habida cuenta de los numerosos problemas que ese tipo de procesamiento planteaba a los tribunales nacionales, esta nueva concienciación de sus obligaciones al respecto favoreció la idea de un foro internacional que representara los intereses de la comunidad internacional.

- El concepto de soberanía aún tiene un fuerte impacto en el derecho internacional y en las relaciones internacionales; los Estados aún no están dispuestos a renunciar a esos privilegios. Frente a la necesidad de procesar a los autores de crímenes internacionales, los Estados sólo podían aceptar una corte internacional permanente que actuara en forma limitada, es decir, que sólo estuviera autorizada a intervenir si los Estados competentes están de acuerdo en que, a nivel nacional, es imposible iniciar las acciones correspondientes. Los Estados no están dispuestos a permitir que un órgano internacional usurpe su sacrosanta autoridad judicial. La única manera de lograr que se aceptara una instancia de esa índole era crear un mecanismo que complementara a las jurisdicciones nacionales, es decir, una jurisdicción complementaria.

- El concepto de jurisdicción complementaria no va de suyo; aún se necesita definir cuándo, cómo y en qué circunstancias se habrá de recurrir a ese mecanismo. La práctica contribuirá sin duda a perfilar y adaptar lo que por ahora

sólo existe sobre el papel. Pero los aspectos generales de jurisdicción complementaria se dilucidaron en cada etapa de las negociaciones: la CDI, el Comité Especial y el Comité Preparatorio dedicaron un tiempo considerable para definir un concepto claro. Y sin duda alguna, la Corte misma contribuirá a determinar más claramente su jurisdicción.

Mecanismos que complementan las acciones judiciales

por
LAURA OLSON

"El castigo es en definitiva un instrumento, pero no el único, ni siquiera el más importante, para forjar la conciencia moral colectiva"¹.

Raúl Alfonsín, primer presidente electo de Argentina tras la caída del régimen militar.

Todo Estado que atraviesa un período de transición, después de un régimen represivo o de un conflicto armado, ha de decidir si *quiere afrontar o no* su pasado de violaciones del derecho. Los Estados que optan por hacerlo, a fin de lograr una reconciliación y para evitar nuevas atrocidades en el futuro han de determinar *cómo* procederán. ¿Deben hacer hincapié en pedir cuentas a los responsables de esas violaciones o en reconocer la verdad de lo acontecido? Por lo general, se adopta una combinación de ambas soluciones.

Durante los períodos de frágil transición, procesar a los presuntos criminales, que son en general los líderes políticos y militares, no siempre resulta ser la opción política más acertada o más fácil. Sin embargo, el enjuiciamiento -es decir, pedir cuentas a los inculpados- evidencia que el principio del imperio de la ley prevalece sobre las decisiones políticas. Muchas de las violaciones cometidas durante un régimen represivo o un conflicto anterior no son sólo infracciones del derecho nacional, sino también del derecho internacional, que exigen

LAURA M. OLSON, J. D, LL. M., es asesora jurídica de la División Jurídica del CICR. Con anterioridad, ha realizado otros cometidos para el CICR en la sede y el terreno.

el enjuiciamiento de sus autores². No procesarlos equivale a promover una cultura de la impunidad y desechar lo que algunos consideran "la protección más efectiva contra una futura represión"³.

Ahora bien, aunque exista la voluntad política de enjuiciar a los infractores, se llevan a cabo pocos juicios a causa de problemas corrientes, como son: un sistema judicial que funciona mal por falta de recursos, sean humanos (en especial, peritos) o económicos; la incompetencia de la policía y de los fiscales para instruir y presentar argumentos sólidos o, lo que es peor, la intervención de funcionarios corruptos o comprometidos; la falta de pruebas concretas; la imposibilidad práctica o logística de procesar a un gran número de acusados; la inexistencia de las leyes nacionales necesarias (para hacer cumplir las obligaciones de los tratados internacionales); o la promulgación de una ley de amnistía que impone restricciones. Sin embargo, el "derecho a la justicia"⁴, que propugna el encausamiento, no significa enjuiciar por enjuiciar. Es necesario establecer todas las garantías judiciales para que el juicio sea imparcial.

Incluso un sistema judicial que funcione a la perfección se ve limitado en el papel que puede cumplir en favor de la reconciliación y de una transición con éxito a la paz o a un régimen no represivo. El enjuiciamiento tiene acertadamente en cuenta la responsabilidad individual, pero no aborda la responsabilidad institucional, es decir, el hecho de que algunas instituciones -quizás incluso el poder judicial- hayan desempeñado un papel en las violaciones, y no hace propuestas para reformar esas instituciones. El juicio criminal busca determinar la culpabilidad o la inocencia de una persona por cierto delito, respetando las normas que han de cumplir las pruebas, pero este no es forzosamente el mismo objetivo cuando se expone la verdad. Desde luego, la verdad se pone de manifiesto durante los

¹ Raúl Alfonsín, "'Nunca más' en Argentina", *Journal of Democracy*, vol. 4, enero de 1993, p. 19.

² Algunos ejemplos incluyen: graves infracciones del derecho internacional humanitario (arts. 50/51/130/147, respectivamente, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los arts. 11 y 85 del Protocolo adicional I de 1977) y violaciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas de 1994, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973, y con respecto a los crímenes consignados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

³ Diane F. Orentlicher, "Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime", *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 2542; v. también Jaime E. Malamud Goti, "Transitional governments in the breach: Why punish State criminals?", *Human Rights Quarterly*, vol. 12, 1990, p. 12.

⁴ En el Informe final sobre "La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)", elaborado por el señor Joinet en cumplimiento de la resolución 1996/119 de la Subcomisión, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20-26 de junio de 1997, [en adelante, Informe Joinet], se articulan tres derechos: el derecho de las víctimas a saber, el derecho de las víctimas a la justicia y el derecho a obtener reparación.

juicios criminales⁵, pero la necesidad de que un tribunal respete las exigencias que han de cumplir las pruebas suele limitar los hechos –la verdad– expuestos. Los juicios criminales se centran en la culpabilidad individual y, a menudo, en un solo incidente. Paul van Zyl, abogado que formó parte de la directiva de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, arguye que:

"... los juicios tienen un valor explicativo limitado. Tienen que ver con la culpabilidad individual y no con el sistema en general. Los juicios establecen una dinámica de "nosotros frente a ellos". Un juicio no trata de *nuestra* complicidad, sino que hace parecer que *ellos* son los culpables, y no nosotros. De este modo, toda la Sudáfrica blanca puede mirar a Eugene de Kock y tratarlo de "tipo malvado", sin darse cuenta de que ellos lo hicieron posible. Las amas de casa de los barrios de clase media y los empresarios blancos que votan por el Partido Nacional hicieron posible a Eugene de Kock. Pero un juicio jamás dictaminará eso"⁶.

Un juicio no persigue ni analizar la historia de la estructura política y económica de un sistema que permitió el conflicto armado o un régimen represivo, ni evaluar el impacto social de la violencia cometida por el régimen o las partes en conflicto; pero ambos procesos son necesarios para una reforma institucional y para crear una memoria colectiva del pasado que contribuyan a la reconciliación. En este caso, lo mejor es completar el enjuiciamiento con otros mecanismos. En este artículo se describen brevemente los más importantes.

Comisiones de la verdad

"Comisión de la verdad" es la denominación más común para referirse a las comisiones de investigación en la actualidad. Su título hace suponer que la comisión revelará la verdad y también que existe una clara comprensión de lo que es la verdad. Ello no obstante, aquí también se usa en el sentido con que suele emplearse, que sigue siendo preferible, como título general, al de "comisión de la verdad y la reconciliación", que da erróneamente a entender que todas las comisiones tienen por finalidad la reconciliación. De hecho, ni siquiera se acepta universalmente que las comisiones de la verdad ayuden a promover la reconciliación nacional; algunos arguyen que avivan el resentimiento, reabriendo viejas heridas⁷.

⁵ En Argentina, por ejemplo, los juicios de los miembros de la Junta, celebrados a mediados de los ochenta, tuvieron gran eco mediático, lo que proporcionó el testimonio de centenares de víctimas y testigos; Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, Londres, 2001, p. 100.

⁶ *Ibíd.*, p. 101, citando una entrevista con Paul van Zyl en Johannesburgo, Sudáfrica

(noviembre de 1997).

⁷ Priscilla B. Hayner, "Fifteen truth commissions –1974 to 1994: A comparative study", en Neil J. Kritz (dir.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. 1, United States Institute of Peace Press, Washington, 1995, p. 225, p. 229 [en adelante, *Transitional Justice*]; v. también Hayner, *op. cit.* (nota 5), p. 230.

Desde 1974⁸, se han nombrado más de veinte de estas comisiones oficiales, que pueden definirse como órganos de investigación con las siguientes características⁹:

- una comisión de la verdad se concentra en el *pasado*;
- investiga un tipo de transgresiones durante un periodo determinado, y no un hecho específico;
- es un órgano que funciona, en general, de seis meses a dos años y que culmina su labor con la presentación de un informe; y
- está oficialmente constituida, autorizada y facultada por el Estado (y a veces también por la oposición armada, según lo estipulado en un acuerdo de paz).

Las comisiones de la verdad persiguen diversos objetivos. Sus investigaciones establecen una reseña exacta y fidedigna del pasado, reconocida por el Gobierno. Esta *documentación* de las transgresiones y la implicación del Gobierno en ellas constituye de por sí un mecanismo complementario del enjuiciamiento, puesto que proporciona una relación más completa de los tipos de transgresiones que los juicios criminales individuales. Cuando se entrega a las instancias judiciales, esta documentación puede ser capital para enjuiciamientos ulteriores. Además de las comisiones de la verdad, también contribuyen a esta documentación organizaciones privadas no gubernamentales, aunque sus hallazgos no son a menudo reconocidos oficialmente.

Una comisión de la verdad brinda a las víctimas una plataforma para contar su historia, lo que muchos consideran indispensable para iniciar el proceso curativo de la reconciliación. Ahora bien, habrá que tomar algunas precauciones para no volver a causarles un trauma. Dado que las comisiones de la verdad tienen por objeto recopilar cuanta más información sea posible en un tiempo relativamente corto, solicitan a las personas un relato detallado de lo acontecido. Para algunos esto puede ser un alivio y representar una forma de justicia, tras años de silencio y rechazo por parte del Gobierno. Pero para otros este contacto con la comisión de la verdad causa un nuevo trauma, que puede provocar ira y deseos de venganza, lo que es totalmente contrario a la reconciliación. La mayoría de las comisiones de la verdad han prestado poca asistencia -si lo han hecho- a los afectados, en forma, por ejemplo, de un asesoramiento adecuado. Sólo ha habido algunos casos: las comisiones de la verdad de Chile y Argentina disponían de psicólogos y asistentes sociales; las de Haití y El Salvador impartieron a

⁸ Comisiones de la verdad por orden cronológico, con las fechas en que funcionaron: Uganda (1974), Bolivia (1982-1984), Argentina (1983-1984), Uruguay (1985), Zimbabue (1985), Uganda (1986-1995), Nepal (1990-1991), Chile (1990-1991), Chad (1991-1992), Sudáfrica (ANC) (1992), Alemania (1992-1994), El Salvador (1992-1993), Sudáfrica (ANC) (1993), Sri Lanka

(1994-1997), Haití (1995-1996), Burundi (1995-1996), Sudáfrica (ANC) (1995-2000), Ecuador (1996-1997), Guatemala (1997-1999), Nigeria (1999-2000) y Sierra Leona (2000-2001). V. Hayner, op. cit. (nota 5), Appendix 1, Chart 1, pp. 291-297. Se están constituyendo comisiones de la verdad en Perú y Timor Oriental.

⁹ *Ibíd.*, p. 14.

su personal cierta formación sobre cómo tomar testimonio con tacto. La Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica proporcionó el más amplio apoyo psicológico y sólo esta Comisión intentó establecer un sistema de seguimiento de los testigos traumatizados¹⁰.

Las comisiones de la verdad sirven también como medio para identificar a las víctimas, a fin de que éstas puedan obtener algún tipo de compensación¹¹. Además, recomiendan las reformas institucionales o legislativas necesarias para evitar que se repitan los atropellos pasados¹². Algunas veces, las comisiones de la verdad se han utilizado para establecer quién era responsable de los hechos y pedir en cierto modo cuenta a los autores. Sin embargo, estas comisiones no son órganos judiciales y está claro que poseen menos poderes que un tribunal, es decir, no pueden ni imponer un castigo, como una pena de prisión, ni obligar a testimoniar¹³. Cuando las comisiones de la verdad asumen funciones casi judiciales surgen dificultades. Por ejemplo, a menudo se enfrentan con el dilema de dar o no a conocer los nombres de los presuntos infractores. Comunicar los nombres forma parte del proceso de decir la verdad, tanto más si el sistema judicial no funciona con la suficiente eficacia como para esperar que sean enjuiciados¹⁴. No obstante, la necesidad de decir la verdad es contraria al principio de respetar las garantías procesales¹⁵, que exige que los inculcados reciban un trato equitativo y puedan defenderse antes de ser declarados culpables. Establecer un conjunto de normas correctas que deben cumplir las pruebas, a las que se deben atener las comisiones de la verdad, permitiría aliviar algunas preocupaciones por el respeto de las garantías procesales¹⁶. Sin embargo, sigue planeando la amenaza de las matanzas por venganza. La Comisión de Ruanda, por ejemplo, comunicó el nombre de docenas de funcionarios, dos de los cuales fueron asesinados en los meses siguientes a la publicación del informe¹⁷.

La Comisión de la Verdad de El Salvador decidió comunicar los nombres de los responsables, pese a la firme oposición del Gobierno. La Comisión argumentó que:

"En los acuerdos de paz, las partes dejaron bastante claro que era necesario que 'se diera a conocer toda la verdad', y que con esa finalidad se había

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 145-146.

¹¹ En Chile y Argentina los programas de reparación se fundaron en los informes de sus comisiones de la verdad. *Ibíd.*, p. 172.

¹² Margaret Popkin y Naomi Roht-Arriaza, "Truth as justice: Investigatory commissions in Latin America", en *Transitional Justice*, *op. cit.* (nota 7), p. 262.

¹³ Hayner, *op. cit.* (nota 5), p. 16.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 107; Hayner, *op. cit.* (nota 7), pp. 254-255; Juan E. Méndez, "Accountability for past abuses", *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, p. 265.

¹⁵ Méndez, *op. cit.* (nota 14), p. 265; José Zalaquett, en Alex Boraine et al. (reds.), *Dealing with the Past; Truth and Reconciliation in South Africa*, 1994, p. 51.

¹⁶ Hayner, *op. cit.* (nota 7), p. 257; v. también Méndez, *op. cit.* (nota 14), p. 265.

¹⁷ Los grupos rebeldes mataron a uno, y el otro fue asesinado, según parece, por los escuadrones de la muerte del Gobierno para eliminar pruebas, Hayner, *op. cit.* (nota 7), p. 257.

establecido la Comisión. Ahora bien, la completa verdad no se puede decir sin dar nombres. Después de todo, no se pidió a la Comisión que elaborara un informe académico sobre el Salvador, sino que describiera los actos de violencia excepcionalmente importantes y recomendara medidas para evitar que se repitieran tales actos"¹⁸.

La Comisión Nacional Argentina sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) no dio una lista de nombres en su informe, pero no suprimió de este citas de testigos que contenían los nombres de algunos acusados; sin embargo, la lista confidencial de nombres remitida al presidente de la Argentina se filtró luego a la prensa¹⁹. A diferencia de otras comisiones de la verdad, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica²⁰ celebró principalmente audiencias públicas, en las que se difundieron con regularidad los nombres de los acusados, y proporcionó más garantías a los acusados. En el acta constituyente de la Comisión se estipula que se debe ofrecer a cualquier persona implicada negativamente la "oportunidad de apelar a la Comisión dentro de un periodo de tiempo determinado (...) o aportar pruebas a una audiencia de la Comisión"²¹. Además, después de que la Corte de Apelaciones sudafricana²² se opusiera a la Comisión, se establecieron procedimientos por los que se exigía enviar veintiún días antes una notificación escrita a las personas cuyos nombres se comunicarían en la audiencia pública, procedimientos que también se usaron para las personas cuyos nombres la Comisión tenía la intención de publicar en su informe final²³.

Para que una comisión de la verdad tenga éxito en su labor, debe cumplir algunos requisitos mínimos²⁴. Es necesario definir claramente el cometido o las atribuciones de la comisión de la verdad, que determinan su objetivo, el ámbito de investigación y los poderes, y que suelen estipularse mediante decreto presidencial, la asamblea legislativa o un acuerdo de paz. Un cometido de alcance limitado restringe en gran medida el alcance de la verdad expuesta. Si el cometido se

¹⁸ *De la locura a la esperanza: informe de la Comisión de la Verdad para el Salvador*, p. 25, citado en Hayner, *op. cit.* (nota 5), p. 117.

¹⁹ Hayner, *op. cit.* (nota 5), pp. 110-111. Cinco días después de que se publicara el informe de la Comisión, se promulgó una amplia ley de amnistía que protegió a todos los nombrados. *Ibid.*, p. 40.

²⁰ La Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica es la única comisión autorizada a ofrecer una amnistía individualizada.

²¹ Promotion of National Unity and Reconciliation Act, n° 34 (1195) (Sudáfrica), Sección 30, citado en *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, Vol. 1, 1999, cap. 7, párr. 21, p. 179.

²² Caso n° 3334/96, *Truth and Reconciliation Commission v. Du Preez and Another*, 1996 (3) SA 997; caso n° 4443/96 (Appellate Division), citado en *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, vol. 1, 1999, cap. 7, sec. 21-76, pp. 179-190.

²³ Hayner, *op. cit.* (nota 5), p. 125.

²⁴ Hayner, *op. cit.* (nota 7), p. 259. En cuanto a la descripción de una comisión de la verdad idónea, v. los comentarios de Jamal Benomar, director del Programa de Derechos Humanos en el Centro Carter de la Universidad de Emory, citados en Mary Albon, relatora de la Conferencia "Truth and justice: The delicate balance –documentation of prior regimes and individual rights", en *Transitional Justice*, *op. cit.* (nota 7), pp. 290-291.

interpreta ampliamente, los miembros de la comisión pueden extender su alcance, pero otros han interpretado su cometido de manera restrictiva, por limitaciones tales como escasez de tiempo, de recursos²⁵ o de información suficiente o fidedigna. La comisión de la verdad debe funcionar de manera imparcial y de buena fe, ser independiente de las fuerzas políticas, disponer de los necesarios recursos y tener libre acceso a la información para una investigación cabal. Por lo general, el mayor obstáculo que deben superar las comisiones de la verdad es la presión política, que puede restringir, directa o indirectamente, su labor, obstaculizándole, por ejemplo, el acceso a la información. En el marco de su cometido, la comisión de la verdad debe tener la potestad de formular recomendaciones que, cabe esperar, se tomarán seriamente en consideración y, si es posible, debería acordarse previamente que esas recomendaciones sean obligatorias. El informe de la comisión deberá publicarse inmediatamente y ponerse sin demora en conocimiento del público²⁶.

Una comisión de la verdad debe constituirse lo antes posible cuando haya quedado resuelto el conflicto o la transición gubernamental, aprovechando el impulso en favor del cambio, y deberá funcionar por un periodo de tiempo limitado y específico²⁷. Cumplir con los límites de tiempo puede resultar difícil, pero una comisión de la verdad debe concentrarse en los principales aspectos, ya que no puede investigar todos los casos. Si no se fijan plazos, su labor puede prolongarse años, como en el caso de la Comisión Ugandesa de Investigación (1986-1995), anulando así toda la contribución efectiva que pueda hacer a la transición inmediata. Por último, el acuerdo por el que se instituye una comisión de la verdad ha de coincidir con un verdadero compromiso de aportar importantes mejoras.

Lustración

Lustración significa purificación o iluminación²⁸. Se trata de un mecanismo administrativo, definido como "la inhabilitación y, en caso de personas que desempeñan cargos, la destitución, "en el nuevo régimen", de algunas categorías de funcionarios públicos o privados del antiguo régimen"²⁹. Esto consiste principalmente en la exclusión de candidaturas para cargos políticos y también, a veces, en la denegación de permiso para ejercer ciertas profesiones, como la enseñanza.

²⁵ Hayner, *op. cit.* (nota 7), p. 251.

²⁶ *Ibid.*, p. 254. La Comisión de la Verdad de Haití resultó un fracaso a este respecto porque publicó un informe seis meses después de que terminara su mandato y no se distribuyó ampliamente. Méndez, *op. cit.* (nota 14), p. 269.

²⁷ Hayner, *op. cit.* (nota 7), p. 249.

²⁸ Herman Schwartz, "Lustration in Eastern Europe", en *Transitional Justice*, *op. cit.* (nota 7), p. 461, n^o 1. Se hace también referencia a

lustración cuando se habla de purgas. El término viene del latín *lustratio*, que significa purificar con sacrificios; v. Alexandra Barahona De Brito, Carmen González Enríquez y Paloma Aguilar (reds), *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 6 [en adelante, *The Politics of Memory*].

²⁹ Schwartz, *op. cit.* (nota 28), p. 461.

Los países del ex bloque soviético³⁰ optaron inicialmente por afrontar el pasado mediante la lustración, inhabilitando a los ex funcionarios y colaboradores comunistas y evitando su enjuiciamiento penal; de ahí que estas leyes se conocieron a veces también con el nombre de "leyes de descomunización"³¹. Se promulgaron leyes de lustración en la República Checa y en Eslovaquia (1991), Albania (1992), Bulgaria (1992, 1997, 1998), Polonia (1992), 1997, 1998), Hungría (1994, 1996) y Rumanía (1998)³². Sin embargo, sólo Albania, la antigua Checoslovaquia³³ y Alemania³⁴ efectuaron purgas que afectaron a muchísimas personas. Los demás países no hicieron purgas, primordialmente por la indiferencia generalizada de la población: durante las últimas décadas de los regímenes comunistas, la represión política había sido menos extrema y, en los años ochenta³⁵, había causado menos víctimas. En el periodo de la transición, la elite comunista traspasó, en general, el poder de manera pacífica, a diferencia de América Latina, donde la antigua elite temía la venganza. El desinterés de gran parte de la población se explica también porque del treinta al cuarenta por ciento de ella eran miembros del partido o estaban estrechamente relacionados con los miembros del partido. Al mismo tiempo, la mayoría de los europeos orientales pasaban apuros económicos y disponían de muy poco tiempo para interesarse por un mecanismo que era una desagradable reminiscencia de las purgas practicadas por el comunismo después de 1945³⁶. Sin embargo, a pesar de la aparente indiferencia popular, la lustración dominó los órdenes del día parlamentarios. Las nuevas elites políticas consideraron que era una forma de señalar claramente una ruptura con el pasado, sobre todo porque muchas de ellas, aunque no habían formado parte de la antigua elite, no habían tomado una postura en contra del régimen ni habían padecido la represión política³⁷.

La lustración como una política de ajuste de cuentas con el pasado plantea graves problemas de imparcialidad y respeto de las garantías procesales: el derecho a la defensa se torna sumamente frágil y la carga de la prueba recae a menudo en el acusado³⁸. Muchas personas purgadas fueron identificadas mediante el examen de expedientes de la policía secreta. Por ejemplo, en Alemania, los archivos de la policía política fueron abiertos y examinados por una comisión, lo que originó el despido por colaboración de miles de funcionarios, en particular jueces y

³⁰ Luc Huyse, "Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past", *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, 1995, citado en *Transitional Justice, op cit.* (nota 7) p. 337. En Bélgica, Francia y los Países Bajos tras la II Guerra Mundial, la lustración se acompañó de condena penal. *Ibid.*

³¹ *The Politics of Memory, op. cit.* (nota 28), p. 6; Schwartz, *op. cit.* (nota 28), p. 463.

³² *The Politics of Memory, op. cit.* (nota 28), p. 6.

³³ *Ibid.*, p. 210. En Eslovaquia, las leyes de lustración dejaron de estar en vigor cuando la Federación se desintegró el 1 de enero de 1993. Jamás fueron derogadas oficialmente, pero nunca se activaron los necesarios mecanismos administrativos para aplicarlas.; *Ibid.*, p. 228.

³⁴ *Ibid.*, p. 6.

³⁵ *Ibid.*, p. 219.

³⁶ *Ibid.*, p. 220.

³⁷ *Ibid.*, p. 221.

³⁸ Huyse, *op. cit.*, (nota 30), p. 346.

agentes de policía³⁹. Esta *documentación* (revelación de información) como forma de reconocimiento tiene un propósito similar al de la documentación emprendida por una comisión de la verdad; pero, en estos casos, muchos archivos de la policía eran falsos - incompletos o falsificados para dar una mejor imagen del agente⁴⁰ -, lo que acentúa la preocupación por el respeto de las garantías procesales que motiva la lustración. El proceso de lustración tiende también a politizarse mucho. Para obviar algunas de estas dificultades, es menester insistir en que cada caso de lustración debe tratarse individualmente, fundándose sólo en los actos de esa persona concreta⁴¹.

Este proceder plantea otros inquietantes dilemas. Muchos Gobiernos han recurrido a las leyes de lustración durante un período de transición a la democracia, purgando a las personas por haber formado parte de un grupo ahora proscrito, lo que es contrario a los principios democráticos básicos a los que aspiran los Estados que utilizan este método. ¿Qué alcance debe tener la inhabilitación? ¿Quién es verdaderamente "inocente"?⁴² Los efectos perjudiciales de la lustración se extienden a las familias y los amigos de las personas purgadas, lo que da lugar a la enajenación de una importante proporción de la población. En la práctica, el nuevo Estado se priva también de muchos de sus especialistas. Pavel Dostal, miembro de la Asamblea Federal Checoslovaca, comentó en relación con la ley de selección checoslovaca de 1991: "Siempre que no estemos cegados por el odio, debemos incorporar a estas personas, pues entre ellas hay especialistas y expertos que pueden aportarnos muchísimo si queremos realmente unirnos a Europa"⁴³.

Reparaciones

En contraposición con el mecanismo que acabamos de analizar, la reparación se centra más en la víctima que en el infractor. El derecho internacional establece el "derecho a obtener reparación"⁴⁴, imponiendo así una obligación a los Estados de reparar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales⁴⁵. Para cumplir efectivamente esta obligación, los Estados deben dedicar el tiempo y los recursos necesarios para cualquier programa de reparación.

³⁹ *The Politics of Memory, op. cit.* (nota 28), p. 6.

⁴⁰ Schwartz, *op. cit.*, (nota 28), p. 464. La antigua Checoslovaquia da un ejemplo. V. *The Politics of Memory, op. cit.* (nota 28), p. 225.

⁴¹ Schwartz, *op. cit.*, (nota 28), p. 466; v. en general Andrzej Rzeplinski, "A lesser evil?", *East European Constitutional Review*, vol. 1, 1992, pp. 33-35, reimpresso en *Transitional Justice, op. cit.* (nota 7), pp. 484-487.

⁴² "Todos somos responsables, cada uno en grado diferente, de mantener en funcionamiento la maquinaria totalitaria. Ninguno de nosotros es simplemente una víctima, porque todos nosotros contribuimos a crearla juntos": Vaclav Havel, "New Year's Address" (1 de enero de

1990), citado en Andrew Nagorsli, *The Birth of Freedom*, Simon and Schuster, Nueva York, 1993, p. 89; Schwartz, *op. cit.*, (nota 28), p. 461.

⁴³ Huyse, *op. cit.*, (nota 30), p. 348.

⁴⁴ Informe Joinet, *op. cit.* (nota 4).

⁴⁵ Los tratados mundiales o zonales de derechos humanos, refrendados en las decisiones de los tribunales internacionales. V. "Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales", Theo van Boven, relator especial, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993, 8 de julio de 1993; v. también Informe Joinet, *op. cit.* (nota 4).

Las cuatro principales formas de reparación son: la restitución, la indemnización, la satisfacción y el juicio declarativo⁴⁶, que pueden ser materiales o no materiales. La reparación material puede ser en efectivo o en otros términos pecuniarios, como educación, vivienda o restitución de bienes confiscados equivocadamente. Por ejemplo, Alemania ha pagado más de 600 mil millones de dólares estadounidenses a las víctimas del nacionalsocialismo y a sus familias en los últimos cincuenta años. Más de quince años después de que terminara el régimen militar en Brasil, el Gobierno instituyó un programa de reparación que permitió abonar unos 100.000 dólares estadounidenses a cada una de las 135 familias de personas desaparecidas⁴⁷. En Chile, 4.886 personas reciben mensualmente cheques por un valor mínimo de 345 dólares estadounidenses como parte de un "plan de pensión" establecido en 1997 para familiares de personas asesinadas o desaparecidas durante la dictadura militar; los miembros de estas familias también se benefician de ventajas educativas y de asistencia médica, así como de dispensa del servicio militar obligatorio⁴⁸. La Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica formuló también recomendaciones sobre reparaciones materiales y no materiales en favor de las víctimas, que se plasmaron en algunos limitados programas⁴⁹.

No obstante, ¿cómo poder cuantificar en términos monetarios los sufrimientos padecidos y la pérdida de seres queridos? ¿Tienen todas las víctimas derecho a la misma cantidad? Para algunas víctimas o sus familias incluso una módica suma puede ser una demostración simbólica de la responsabilidad del Estado. Otras, como las Madres de la Plaza de Mayo en Argentina, donde en 1994 se promulgó una ley de reparación para las familias de desaparecidos, rechazan cualquier cantidad, por ser "dinero de sangre" y porque la vida no tiene precio⁵⁰.

Aunque se convenga una cantidad monetaria, muchos Gobiernos carecen de los medios para abonar una compensación económica directa a todos los afectados. La reparación no material abarca una serie de medidas, una de cuyas formas más importantes es la revelación de la verdad, acompañada del reconocimiento oficial por parte del Gobierno y de su responsabilización por los errores cometidos. Erigir monumentos para mostrar el respeto por las víctimas y tomar medidas preventivas, como reformas constitucionales e institucionales, o promover la formación en derechos humanos, son otros ejemplos de esta forma de reparación. Argentina aporta nuevamente un ejemplo mediante la creación de un nuevo estatuto jurídico, el de "desaparecido forzoso", que es jurídicamente equivalente a la defunción para asuntos civiles y que permite a las familias tramitar testamentos o

⁴⁶ "Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías", Theo van Boven, relator especial, Informe preliminar, UN Doc.

E/CN.4/Sub.2/1990/10, 26 de julio de 1990, párrs. 25-29.

⁴⁷ Hayner, *op.cit.* (nota 5), p. 180.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 172-173.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 178.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 177.

liquidar propiedades, por ejemplo, pero que no declara a la persona muerta. Antes de esta ley, las familias no podían resolver los asuntos de un desaparecido hasta que no lo hubieran declarado "presunto fallecido", estatuto poco satisfactorio para ellas, porque no reconocía la responsabilidad del Gobierno⁵¹. El enjuiciamiento de los autores de violaciones y, por ende, el rechazo de las leyes de amnistía, es además sumamente importante, no sólo porque las víctimas sienten que se hace justicia, sino también porque, si los infractores no son procesados, resulta muy difícil que las víctimas tengan acceso a las pruebas necesarias, incluso si tienen los medios, para llevar su caso ante la justicia y ser compensados por el Estado. En algunos países, las amnistías generales bloquean tanto el enjuiciamiento penal como las denuncias civiles.

Dos ejemplos de métodos consuetudinarios

Todos los mecanismos complementarios descritos en el presente artículo pueden contribuir al éxito de la transición y la reconciliación, pero su alcance puede estar determinado por los métodos consuetudinarios nacionales disponibles. Por ejemplo, en Mozambique, los rituales tradicionales abrieron camino a la reconciliación tras un conflicto extremadamente cruento de quince años entre el Gobierno y la Resistencia Nacional Mozambiqueña (RENAMO), que concluyó en 1992 con el acuerdo de paz mozambiqueño⁵². Cuando terminó el conflicto, las organizaciones nacionales e internacionales comprobaron que "mientras todos reflexionaban sobre cómo fomentar la paz y la reconciliación (...) cuando [ellos] llegaron a las bases, [la gente] ya había emprendido el camino de la reconciliación (...) [Sus] ideas sólo ocasionaron confusión y atizaron los problemas"⁵³. El extraordinario fenómeno de que los mozambiqueños volvieran a vivir juntos sin conflicto de manera tan rápida se debe en buena parte a la importancia que conceden a los mecanismos tradicionales de curación. [R]ecientes estudios sobre las comunidades afectadas por la guerra en Mozambique (...) muestran que hablar de su traumática experiencia no ayuda necesariamente a los pacientes a 'poner término' a su dolor"⁵⁴. La tradición de practicar ritos de purificación para limpiar a los afectados de las atrocidades vividas en la guerra hace posible, después de la purificación, romper los lazos con el pasado y les permite reintegrarse en la comunidad. Asimismo, los ritos para venerar a los espíritus de los antepasados "en un contexto de posguerra (...) restablecen profundos lazos ancestrales y ofrecen una orientación y protección espirituales para afrontar los retos de la reconstrucción social"⁵⁵.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Alcinda Honwana, "Sealing the Past, Facing the Future: Trauma Healing in Rural Mozambique", *Accord – An International Review of Peace Initiatives*, 1998, www.c-r.org/accord/acc_moz/honwana.htm

⁵³ José Luís Cabaço, ex funcionario del Gobierno del FRELIMO, citado en Hayner, *op. cit.* (nota 5), p. 191.

⁵⁴ Honwana, *op.cit.* (nota 52), p. 2; Hayner, *op. cit.* (nota 5), p. 193-195.

⁵⁵ Honwana, *op.cit.* (nota 52), p. 5.

En el plano político y a través de métodos consuetudinarios a nivel individual, se tomó la decisión de desligarse del pasado. Raul Domingos, ex jefe principal de la RENAMO, que también estuvo al frente del partido en el Parlamento, explicó así la significación de la reconciliación en Mozambique: "El término reconciliación es una palabra que se emplea con el significado de olvidar el pasado y ser tolerante. Nos matamos mutuamente, pero lo olvidamos, porque somos hijos y hermanos, y hemos vivido juntos. Sin esto la guerra no terminaría jamás"⁵⁶. Mozambique sigue siendo un caso interesante para estudiar la disyuntiva entre recordar u olvidar el pasado, entre responsabilización y reconciliación.

La *gacaca*⁵⁷ ilustra una forma tradicional de justicia en Ruanda, donde hay unas 120.000 personas detenidas en relación con el genocidio de 1994. Se calcula que los tribunales nacionales ruandeses y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) necesitarán al menos cien años para procesarlos a todos⁵⁸. Para paliar esta situación, el Gobierno ruandés decidió instituir la *gacaca*, un sistema alternativo de transición, basado en una justicia participativa y próxima, en el que los miembros de la comunidad hacen las veces de "jueces del pueblo". El presidente ruandés, Paul Kagame, afirma que "[s]i las *gacacas* tienen éxito, ello mostrará nuestra habilidad para dar con una terapia típicamente ruandesa contra todos los males de nuestra sociedad. La justicia clásica, aun provista de todos los medios necesarios, no puede resolver todos los problemas ocasionados por el genocidio. Las *gacacas* pondrán de manifiesto la verdad de lo acontecido, acelerarán el proceso, erradicarán la impunidad, reconciliarán a los ruandeses y consolidarán la unidad del país"⁵⁹.

Muchos siguen siendo escépticos con respecto a la *gacaca*, no sólo por las restricciones logísticas existentes y la preocupación por la competencia de los "jueces del pueblo", sino también por el hecho de que no toda la población acepta todavía plenamente las formas tradicionales de justicia⁶⁰. Además, la *gacaca* tradicional nunca estuvo concebida para procesar crímenes graves como el genocidio;

⁵⁶ Hayner, *op. cit.* (nota 5), p. 192, entrevista con Raúl Domingos, ex líder de RENAMO, en Mozambique.

⁵⁷ El 12 de octubre de 2000, la Asamblea Nacional de Transición votó la ley que instituye la *gacaca*. La *gacaca* es un término kinyarwanda que designa la hierba sobre la que se solían celebrar las asambleas tradicionales de las aldeas. Herve Bar, "Ruanda: los ruandeses eligen a los jueces de los tribunales populares para los juicios por genocidio", AFP, vía NewsEDGE, 4 de octubre de 2001.

⁵⁸ "Rwanda: Genocide survivors worried about people's courts", Agence France-Presse vía NewsEDGE. 10 de marzo de 2001. Otras estimaciones hablan de 150 años: Abigail, Zop-

petti, "Crime de guerre. Au Rwanda, retour a la justice coutumière de les "gacaca"", *Le Temps*, 19 de julio de 2001; y de 200 años: Gabriel Gabyro y Julia Crawford, "Les Rwandais expriment des sentiments partagés sur les "gacaca", *Arusha International Criminal Tribunal for Rwanda News*, Agence de Presse Hironde, 4 de mayo de 2001.

⁵⁹ Bar, *op. cit.* (nota 57).

⁶⁰ Charles Ntampaka, "Le *gacaca* rwandais, une justice répressive participative", *Actualité du droit international humanitaire*, Les Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie, vol. 6, la Charte, Bruselas, 2001, p. 211, p.213.

esta nueva variante de la gacaca, que impone el derecho penal, se acerca más a la represión que a la búsqueda de la reconciliación de la gacaca tradicional y se la critica por carecer de garantías judiciales mínimas. Está previsto que las gacacas comiencen en mayo de 2002.

Conclusión

A menudo se hace referencia a los mecanismos que acabamos de examinar, como si fueran sustitutivos del enjuiciamiento, cuando sería más exacto considerarlos complementos, no sólo del procesamiento sino también los unos de los otros. Raras veces un solo mecanismo puede satisfacer todas las necesidades de una transición con éxito después de haberse producido violaciones graves. Satisfacer el "derecho a saber"⁶¹ requiere que se diga la verdad; esto puede suceder por medio de juicios penales, documentación y, de manera más amplia, mediante las comisiones de la verdad. Al poner en marcha alguno de estos mecanismos y reconocer la verdad, el Estado da también a las víctimas una reparación no material, una respuesta al "derecho a la reparación". Las comisiones de la verdad proponen reformas, en particular del poder judicial; la introducción de esas reformas por parte del Gobierno representa una garantía de que las violaciones no se repetirán y también una forma de reparación. Cuando la documentación, obtenida sea gracias a la investigación de una comisión de la verdad o de una organización no gubernamental de carácter privado, se entrega al poder judicial, esto sirve para enjuiciar a los victimarios, tal y como lo exige el "derecho a la justicia"; el enjuiciamiento del infractor o la utilización de una forma administrativa de exigir cuentas, como la lustración, pueden considerarse simultáneamente una forma de reparación. El contexto determina la combinación apropiada de los mecanismos complementarios y la composición concreta de cada uno, necesarias para fomentar la reconciliación y prevenir futuras atrocidades.

61 Informe Joinet, *op. cit.* (nota 4).

El privilegio del CICR de no testificar. La confidencialidad en acción

Un memorando aclaratorio¹

Los delegados tienen frecuentemente la oportunidad de explicar el régimen jurídico excepcional de que goza el Comité Internacional de la Cruz Roja en el derecho internacional. Para explicar qué es el CICR, qué hace y con qué autoridad, ningún elemento de ese régimen sirve mejor de punto focal que el privilegio que tiene de declinar la cooperación con las autoridades investigadoras y judiciales². Pero otra razón de mayor peso aún para analizar este tema es la posibilidad bien real de que, en cualquier momento, un delegado se vea confrontado con una demanda oficial de información, un requerimiento que le exige moverse en la línea que separa la satisfacción de las legítimas expectativas de las autoridades (y, en realidad, de la humanidad) y los legítimos derechos e intereses del CICR. En consecuencia, el doble propósito del presente documento es proporcionar:

- unos fundamentos para debatir la condición jurídica internacional del CICR, en general, y su política testimonial, en particular, y
- un marco para responder a los requerimientos de cooperación con las autoridades que recaban información acerca de las actividades del CICR.

En la sección I de esta nota se describe la naturaleza excepcional de la condición jurídica internacional del CICR, de la cual se deriva su inmunidad testimonial. En la sección II se resumen las tres fuentes específicas del derecho internacional que estipulan la protección testimonial del CICR: las *Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (CPI)*; una *decisión del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia (TPIY)*; y los *acuerdos de sede entre el CICR y sus Estados anfitriones*. En la sección III se describen las razones en que se basa la política del CICR en esta materia. En la sección IV se muestra lo acertado de esta política en situaciones en que los principios de procedimiento judicial son comúnmente aceptados. La sección V se centra en la aplicación de la política testimonial del CICR sobre el terreno.

¹ Este memorando fue elaborado para los delegados del CICR.

² Las expresiones «cooperación con las autoridades investigativas o judiciales», «rendir

testimonio», «presentar pruebas», y las similares, se utilizan indistintamente, aunque en situaciones específicas cada una de ellas puede tener diferentes implicaciones.

La situación jurídica internacional del CICR

La capacidad de los individuos, Estados y organizaciones para ejercer derechos y asumir responsabilidades jurídicas depende de si esas entidades están reconocidas —y en qué medida— según el derecho. Este reconocimiento es lo que se denomina «personalidad jurídica». El Estado ha sido *la* entidad históricamente reconocida en derecho internacional.

El reconocimiento de las organizaciones en derecho internacional deriva generalmente de su asociación con estructuras estatales. Así pues, se considera que las Naciones Unidas y sus organismos, al igual que otras organizaciones intergubernamentales, tales como la Organización de los Estados Americanos, gozan de personalidad jurídica internacional. Por otra parte, organizaciones que no están integradas por Estados o que carecen de un componente participativo estatal, es decir, las organizaciones no gubernamentales (ONG), como Amnistía Internacional, no poseen personalidad jurídica internacional, a pesar de que su ámbito de acción es internacional. Pero, a diferencia de otras organizaciones que carecen de componente estatal, el CICR tiene personalidad jurídica internacional. En el siguiente cuadro se resumen los regímenes jurídicos de los individuos, Estados y organizaciones, tanto en el derecho interno (nacional) como en el derecho internacional:

¿Quién tiene personalidad jurídica?

	Derecho nacional	Derecho internacional
Individuo	sí	limitada
Estado	sí	sí
Organización	varía en función de las leyes del Estado y de la índole de la organización	sí para el CICR y para las organizaciones intergubernamentales; no para las organizaciones no gubernamentales

Quizá la mejor forma de describir la condición jurídica *sui generis* otorgada al CICR es calificarla de análoga a la de las organizaciones intergubernamentales. Los siguientes factores contribuyen a este régimen:

- El CICR es el sujeto de cometidos internacionales que le han sido encomendados mediante tratados de derecho internacional humanitario.
- La condición jurídica internacional del CICR es reconocida en sus relaciones con las Naciones Unidas, organización en la cual goza del estatuto de observador, de conformidad con la Resolución 45/6 de la Asamblea General adoptada por consenso el 16 de octubre de 1990. Además, la delegación del CICR en

Nueva York se reúne mensualmente con el presidente del Consejo de Seguridad, y el presidente del Comité se reúne anualmente con el Consejo de Seguridad en pleno.

- Aunque no está vinculado a país alguno, el CICR es miembro integrante del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en cuya Conferencia Internacional –su supremo cuerpo deliberativo– participan los Estados a fin de determinar la autoridad estatutaria del CICR, ya sea para ofrecer sus servicios o para intervenir en caso de conflicto armado.
- La condición jurídica internacional del CICR se halla implícitamente reconocida en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, las cuales basan el reconocimiento de la exención testimonial del CICR en el respeto de los cometidos internacionales que le asigna el derecho internacional humanitario.
- La condición jurídica internacional del CICR se halla explícitamente reconocida en la decisión del 27 de julio de 1999 de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Prosecutor c. Simic et al.*, en la que se reconoce el derecho del CICR, fundado en el derecho internacional consuetudinario, a negarse a prestar declaración.
- Muchos Estados dan al CICR el mismo trato que a organizaciones intergubernamentales como el ACNUR. El CICR mantiene relaciones diplomáticas con Estados y con organizaciones internacionales en un plano de coordinación, más que de subordinación. Así por ejemplo, en 1993 el CICR y Suiza firmaron un acuerdo sobre la situación jurídica por el cual el Consejo Federal Suizo «reconoce la personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica» del CICR. Hasta octubre de 2001, en más de 60 Estados el CICR tenía acuerdos de sede como éste, en los que se reconocen sus inmunidades y privilegios diplomáticos³.

Este resumen de los fundamentos de la personalidad jurídica internacional del CICR constituye el marco en el que deben examinarse las fuentes más específicas del privilegio testimonial del CICR.

Las fuentes jurídicas del privilegio del CICR de exención testimonial

En derecho internacional existen tres fuentes en las que se reconoce el derecho del CICR a negarse a aportar pruebas:

1. *Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (CPI)*, negociadas y aprobadas por la Comisión Preparatoria de la CPI en su sesión de junio de 2000. La regla 73 cubre las comunicaciones e información privilegiadas. La parte de la regla que alude al CICR es el resultado de una avenencia: el CICR recomendó la inclusión de una regla que garantizara absoluta protección.

³ Las expresiones «acuerdo de estatuto» y «acuerdo de sede» se utilizan indistintamente.

Varios Estados, no obstante, insistieron en una regla por la cual la Corte participara en la determinación, caso por caso, de qué tipo de información debería revelar el CICR si hubiere lugar a ello. En consecuencia, la regla dispone que el CICR debe celebrar consultas con la Corte cuando ésta considere que una información reviste «gran importancia para una determinada causa». Con todo, el CICR tiene la última palabra sobre la revelación de su información⁴.

A ninguna otra organización, no gubernamental o intergubernamental, como Médicos sin Fronteras (MSF) o el ACNUR, se le ha otorgado este privilegio. Este trato excepcional que recibe el CICR evidencia el reconocimiento de los Estados de su condición jurídica y su papel únicos en el mundo. La regla 73 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI es una piedra angular de la inmunidad testimonial del CICR en el futuro.

2. Una Sala de Primera Instancia del *Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY)*, en su Decisión del 27 de julio de 1999 en el caso *Prosecutor c. Simic et al.*⁵, emitió un fallo en el que se establece que el derecho internacional consuetudinario estipula que el CICR tiene el privilegio absoluto de no revelar la información confidencial de que disponga.

La decisión del TPIY concluye que:

- el CICR es una entidad e institución excepcional que posee una personalidad jurídica internacional y una condición especial según el derecho internacional;
- el cometido del CICR de proteger a las víctimas de los conflictos armados, de conformidad con los Convenios de Ginebra, los Protocolos adicionales y los Estatutos del Movimiento, representa un «poderoso interés público»;
- la capacidad del CICR para cumplir su cometido depende de la buena voluntad de los beligerantes para garantizar el acceso del CICR a las víctimas del conflicto, la cual depende, a su vez, de la adhesión del CICR a sus principios de imparcialidad y neutralidad, así como de la norma de confidencialidad; y
- la ratificación de los Convenios de Ginebra por 189 Estados⁶, el reconocimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas del particular papel del CICR en las relaciones internacionales, la práctica histórica y las opiniones oficiales expresadas por los Estados respecto de la confidencialidad del CICR han configurado una norma de derecho internacional consuetudinario que confiere al CICR el derecho absoluto a no divulgar información relativa a su labor⁷.

⁴ Regla 73, párrs. 4-6, véase *Anexo 1*. Para mayor información acerca de la historia de negociación de la Regla 73, v. Stéphane Jeannot, «Testimonio de los delegados del CICR ante la Corte Penal Internacional», *RICR*, Selección de artículos 2000, n° 156, diciembre, pp. 287-293.

⁵ IT-95-P.

⁶ Hasta octubre de 2001.

⁷ Para mayor información acerca de la Decisión del TPIY, v. Stéphane Jeannot, «Reconocimiento de la Regla Tradicional de la Confidencialidad del CICR : Una Decisión Importante del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia», *RICR*, Selección de artículos 2000, n° 154, junio, pp. 125-143.

3. Los *Acuerdos de Sede* son tratados internacionales. Puesto que contienen una aceptación explícita del Gobierno de respetar la confidencialidad del CICR, son el medio más directamente ejecutable para establecer privilegios testimoniales en las diligencias judiciales a nivel nacional. En la actualidad, el CICR tiene acuerdos de sede con más de 60 Estados⁸, en los cuales se estipulan, entre otros privilegios e inmunidades, diferentes grados de protección contra los requerimientos para prestar declaración. Las variaciones son el resultado de dos circunstancias: en primer lugar, no existe un modelo único de acuerdo de sede, o sea, que los términos de cada acuerdo deben negociarse de manera independiente con las autoridades del Estado concernido; en segundo lugar, «el estado actual» de la propuesta del CICR ha variado con el tiempo. En el Anexo 2 se incluyen las disposiciones tipo relativas a su condición jurídica y a los requerimientos para dar testimonio propuestas por el CICR para sus acuerdos de sede.

Las razones de la política testimonial del CICR

Sobre el terreno se suelen comprender bien las razones que respaldan la política testimonial del CICR. La Decisión del TPIY resume acertadamente la cuestión. Antes de que la Corte sentenciara que el derecho del CICR a la confidencialidad absoluta debía respetarse en todos los casos, el fiscal trató de que declarara como testigo un antiguo empleado del CICR. Arguyó para ello que la decisión de confirmar o rechazar la confidencialidad del CICR debía tomarla la Corte, analizando caso por caso. Se alegó que, dado que sólo se pediría revelar información en «casos excepcionales», el interés del CICR estaría adecuadamente protegido mediante un análisis ecuaníme que permitiera a la Corte sopesar la importancia del testimonio en cuestión y el interés de confidencialidad del CICR.

Pero la propia Corte rechazó este argumento y reconoció que la preocupación no era determinar si la Corte protegería o no la información del CICR en caso dado, si no saber, por el contrario si el CICR estaría en condiciones de garantizar la confidencialidad a los combatientes si la autoridad final sobre su información se hallaba fuera de su control. Obviamente, la respuesta es no. La mera existencia de un poder judicial que pueda no aceptar la confidencialidad del CICR o, el día, a más tardar, en que se ejerciera por primera vez ese derecho, significarían el fin de la antigua capacidad del CICR de garantizar a las partes en guerra la confidencialidad, de lo cual depende su acceso a las víctimas de los conflictos armados. En vez de pedirle que «confíe en la Corte», se debería reconocer al CICR la

⁸ Cabe señalar, no obstante, que en los lugares donde el CICR no tiene un acuerdo de sede, éste puede, a la luz del derecho internacional consuetudinario, reclamar un derecho para declinar cualquier requerimiento de presentación de pruebas. La Decisión del TPIY puede invocarse como justificativo explícito de esta propuesta.

Asimismo, puede citarse la Regla de la CPI como prueba de la opinión jurídica de los 139 Estados Signatarios, los cuales reconocen, bien sea mediante la labor de la Comisión Preparatoria de la CPI, o mediante su posterior ratificación del Estatuto de Roma, la protección testimonial del CICR.

facultad discrecional de permitir que preste declaración en los casos excepcionales en que considere que los riesgos que puedan resultar para sus operaciones son tolerables. Este es el efecto de la decisión del TPIY, de la regla 73 y de los acuerdos de sede del CICR.

En los debates para analizar los intereses de la confidencialidad del CICR con el mundo exterior, es importante destacar que esta falta de cooperación del CICR con los tribunales penales no ha de interpretarse en absoluto como hostilidad o indiferencia a la labor de éstos. En la medida en que el CICR y los tribunales tienen un propósito común, a saber: garantizar el respeto del derecho internacional humanitario, el CICR respalda con entusiasmo la existencia de mecanismos para reprimir las violaciones criminales del derecho internacional humanitario. Pero como, además, el CICR tiene el cometido de asistir y proteger a las víctimas, lo que no le permite poner en peligro ni perder su acceso a ellas, su papel debe considerarse como complementario, pero no idéntico, al de los tribunales.

Coherencia del derecho de no divulgación con los principios de justicia comúnmente aceptados

Generalmente, en derecho se desaprueban los privilegios probatorios (el derecho a negarse a declarar como testigo), por ser contrarios a la premisa de que se hace mejor justicia cuando se dispone de todas las pruebas pertinentes. Esto es particularmente cierto en el caso de las acciones penales, y aún más indudable en el caso de los crímenes internacionales, que suelen ser particularmente horrendos y, no por casualidad, el marco en el que se solicita más a menudo el testimonio del CICR. Y para hacer las cosas todavía más difíciles, puede haber casos en que este testimonio sea la única prueba disponible para sentenciar al culpable o, peor aún, la única para absolver al inocente. Sin embargo, los privilegios probatorios existen, en reconocimiento del hecho de que la protección de algunos intereses, respetando la confidencialidad, puede, en algunos casos, tener mayor peso que el interés en revelar toda la información en un juicio. Así por ejemplo, las leyes de algunos Estados desaconsejan, e incluso prohíben, el testimonio de abogados, doctores y personal religioso acerca de conversaciones confidenciales con clientes, pacientes y penitentes, a fin de fomentar el intercambio libre y pleno de tales informaciones entre ellos. En estos casos, la validez o necesidad del testimonio desestimado no es un elemento de juicio.

Los privilegios probatorios plasman la aceptación de un pequeño riesgo de justicia imperfecta, a deferencia de otros intereses importantes. Uno de esos intereses es la confidencialidad, cuyo respeto es decisivo para que el CICR pueda cumplir la obligación que le impone el derecho internacional humanitario de proteger a las víctimas de los actuales y futuros conflictos armados. A fin de cuentas, esta preocupación es mayor que la posibilidad de que la información del CICR pueda ser pertinente, e incluso decisiva, en un juicio por crímenes cometidos en el *pasado*.

La política testimonial del CICR en acción

Suele escucharse entre los miembros de su personal que «el CICR *no* da testimonio». Éste es con frecuencia el resultado de la aplicación de la política del CICR, pero no la política en sí. La conclusión unánime de las autoridades jurídicas citadas en esta nota es de que «el CICR *no necesita* testificar». Dicho de otra forma, la regla estipula que el CICR no puede ser *obligado* a testificar, pero la decisión de hacerlo (o no) debe tomarla el propio CICR, sobre la base de un análisis de cada caso.

Por consiguiente, todas las demandas o requisiciones de cooperar en las investigaciones externas o diligencias judiciales deben dirigirse al jefe de delegación, quien debe luego consultar con la sede en Ginebra. Sólo así es posible desarrollar una práctica coherente en tal sentido, centrada en el problema fundamental, a saber: ¿en qué medida nuestra decisión aumentará o disminuirá nuestra capacidad para prestar protección y asistencia a las víctimas del conflicto?

Es oportuno analizar brevemente la cuestión testimonial en relación con los otros componentes del Movimiento. La protección probatoria concedida al CICR no es extensiva a la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Ni las Reglas de la CPI ni ningún tribunal internacional han reconocido esta protección. Aunque la Federación puede gozar de ella en virtud de sus acuerdos de sede con Estados individuales, las Sociedades Nacionales no pueden reivindicar este beneficio. Sin embargo, esto no quiere decir que la Federación (donde no goza de privilegio testimonial refrendado por un acuerdo de sede) y las Sociedades Nacionales carezcan de protección. Siempre que los miembros de su personal estén temporalmente adscritos al CICR, también podrán reivindicar un privilegio testimonial. En todo caso pueden elaborar estrategias prácticas de protección, tales como el establecimiento de normas para responder a las demandas oficiales de cooperación. Se está estudiando actualmente la adopción de estas y otras medidas similares.

Y una *salvedad*: la lectura de este memorando podría inducir a pensar que la protección testimonial del CICR es una cuestión resuelta y que no puede cuestionarse. De hecho, los beneficios logrados no están esculpidos en piedra. La decisión del TPIY puede ser revocada mediante un recurso de apelación. La regla de la CPI que se ocupa de dicha protección puede ser desestimada o revisada cuando la Corte empiece a funcionar. Los Estados pueden poner término a los acuerdos de sede. La cooperación de otros componentes del Movimiento, e incluso de otras organizaciones externas como el ACNUR y MSE, con los mecanismos judiciales podría afectar la capacidad del CICR para mantener su condición jurídica protegida. Habida cuenta de que los privilegios probatorios no se obtienen ni mantienen fácilmente, y de que sus ventajas no se reconocen fácilmente, debemos ser cautelosos en proclamar o hacer uso de sus beneficios.

Conclusión

No se puede impartir justicia sin la cooperación de quienes poseen información pertinente. Sin embargo, para apoyar otros valores, se reconocen desde hace mucho tiempo ciertas inmunidades testimoniales, a pesar del potencial conflicto con los intereses de la justicia. Uno de esos otros valores es el trabajo que realiza el CICR, que no podría llevarse a cabo sin garantías de confidencialidad. Sin inmunidad testimonial no hay tales garantías.

Los Estados han encomendado al CICR el cometido de asistir y proteger a las víctimas de los conflictos armados. Su situación jurídica en cuanto sujeto de derecho internacional humanitario goza de reconocimiento. De esta condición se deriva la capacidad del CICR para reivindicar la necesidad de gozar de inmunidad testimonial. El éxito de esta aspiración queda manifiesto en el acuerdo de los Estados y los tribunales internacionales en que la comunidad internacional no podía asignar al CICR su cometido sin proporcionarle igualmente las herramientas necesarias para desarrollar su labor.

No existe ninguna solución que permita garantizar el cumplimiento del cometido del CICR y satisfacer los intereses de la justicia. Debemos sencillamente admitir el conflicto entre ellos. Comprender las bases jurídicas y el fundamento práctico de la inmunidad testimonial del CICR nos servirá no sólo para aplicarla, sino también para explicarla a los demás.

GABOR RONA

Asesor jurídico de la División Jurídica del CICR

Anexo 1

Corte Penal Internacional: Reglas de Procedimiento y Prueba¹**Regla 73 - Comunicaciones e información privilegiadas**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 67, las comunicaciones que tengan lugar en el contexto de la relación profesional entre una persona y su abogado se considerarán privilegiadas y, en consecuencia, no estarán sujetas a divulgación, a menos que esa persona:

- a) Consienta por escrito en ello; o
- b) Haya revelado voluntariamente el contenido de la comunicación a un tercero y ese tercero lo demuestre.

2. En cuanto a la subregla 5 de la regla 63, las comunicaciones que tengan lugar en el contexto de una categoría de relación profesional u otra relación confidencial se considerarán privilegiadas y, en consecuencia, no estarán sujetas a divulgación en las mismas condiciones que en las subreglas 1 a) y 1 b) si la Sala decide respecto de esa categoría que:

- a) Las comunicaciones que tienen lugar en esa categoría de relación forman parte de una relación confidencial que suscita una expectativa razonable de privacidad y no divulgación;
- b) La confidencialidad es esencial para la índole y el tipo de la relación entre la persona y su confidente; y
- c) El reconocimiento de ese carácter privilegiado promovería los objetivos del Estatuto y de las Reglas.

3. La Corte, al adoptar una decisión en virtud de la subregla 2, tendrá especialmente en cuenta la necesidad de reconocer el carácter privilegiado de las comunicaciones en el contexto de la relación profesional entre una persona y su médico, psiquiatra, psicólogo o consejero, en particular cuando se refieran a las víctimas o las involucren, o entre una persona y un miembro del clero; en este último caso, la Corte reconocerá el carácter privilegiado de las comunicaciones hechas en el contexto del sacramento de la confesión cuando ella forme parte de la práctica de esa religión.

¹ Texto en borrador: UN Doc. PCNICC/2000/Add.1. Debe ser aprobado por la Asamblea de Estados Partes.

4. La Corte considerará privilegiados y, en consecuencia, no sujetos a divulgación, incluso por conducto del testimonio de alguien que haya sido o sea funcionario o empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la información, los documentos u otras pruebas que lleguen a manos de ese Comité en el desempeño de sus funciones con arreglo a los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o como consecuencia del desempeño de esas funciones, a menos que:

a) El Comité, tras celebrar consultas de conformidad con la subregla 6, no se oponga por escrito a la divulgación o haya renunciado de otra manera a este privilegio; o

b) La información, los documentos o las otras pruebas consten en declaraciones y documentos públicos del Comité.

5. Nada de lo dispuesto en la subregla 4 se entenderá en perjuicio de la admisibilidad de la misma prueba obtenida de una fuente distinta del Comité y sus funcionarios o empleados cuando esa fuente haya obtenido la prueba con independencia del Comité y de sus funcionarios o empleados.

6. La Corte, si determina que la información, los documentos u otras pruebas en poder del Comité revisten gran importancia para una determinada causa, celebrará consultas con el Comité a fin de resolver la cuestión mediante la cooperación, teniendo presentes las circunstancias de la causa, la pertinencia de la prueba, la posibilidad de obtenerla de una fuente distinta del Comité, los intereses de la justicia y de las víctimas y el desempeño de sus funciones y las del Comité.

Anexo 2

Selección de artículos del modelo de Acuerdo de Sede del CICR**Artículo 1 - Estatuto del CICR**

El estatuto del CICR será comparable al de las organizaciones intergubernamentales y en ningún caso su trato podrá ser menos favorable que el garantizado a ellas.

Artículo 2 - Personalidad Jurídica

El CICR tendrá personalidad jurídica. El Estado de [nombre del Estado] reconoce que el CICR tiene capacidad para contraer obligaciones, incoar procesos judiciales y adquirir derechos, y para adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos.

Artículo 3 - Inmunidad del CICR, de sus bienes y de sus haberes

El CICR, sus bienes y sus haberes, dondequiera que estén y quienquiera que los tenga, se beneficiarán de la inmunidad de jurisdicción contra todas las formas de procesos judiciales y administrativos, salvo en los casos en que el CICR renuncie expresamente a esa inmunidad.

Artículo 4 - Inviolabilidad de los locales, los bienes y los haberes del CICR

Los locales del CICR serán inviolables. Los bienes y los haberes del CICR, dondequiera que estén y quienquiera que los tenga, gozarán de inmunidad contra el registro, la requisa, el embargo, la expropiación y cualquier otra forma de injerencia, sea mediante acción ejecutiva, judicial, administrativa o legislativa.

Artículo 5 - Inviolabilidad de los archivos del CICR

Los archivos del CICR y, en general, todos los documentos de su propiedad o en su posesión, serán inviolables, dondequiera que se hallen.

Artículo 10 - Estatuto de los miembros de la delegación

1. Los miembros expatriados de la delegación del CICR y sus cónyuges y otros dependientes tendrán el mismo estatuto que el asignado a los miembros de misiones diplomáticas.
2. Gozarán de inmunidad contra el arresto o la detención y el embargo de su equipaje personal, así como contra procesos judiciales de cualquier índole, incluso después de que hayan cesado de estar al servicio de la delegación. No serán llamados a declarar como testigos.
3. Sus residencias, vehículos, documentos, manuscritos personales y demás enseres personales serán inviolables.

(...)

10. Además de los privilegios y las inmunidades más arriba señalados, el jefe de la delegación del CICR, su asistente y sus cónyuges y otros dependientes se beneficiarán del mismo estatuto que el asignado en la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas del 16 de abril de 1961 a los jefes de misiones diplomáticas acreditados en [nombre del Estado].

11. Los miembros de la delegación que sean ciudadanos de [nombre del Estado] o residan permanentemente en ese país no se beneficiarán de las inmunidades, privilegios y facilidades señalados en el artículo 10, párrafos 1 a 9 más arriba, excepto por lo que atañe a la inmunidad contra procesos judiciales, incluso contra arresto o detención personal, con respecto a los actos realizados en el desempeño de su deber, aún después de que hayan cesado de estar al servicio de la delegación. No serán llamados a declarar como testigos.

Junio
2002
Nº 162

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 2002

Editorial

Hace veinticinco años, el 8 de junio de 1977, los plenipotenciarios de cien Estados aceptaron y firmaron el texto de los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Al hacerlo, conforme al título de las conferencias preparatorias, "reafirmaron y desarrollaron" esos convenios. Al imprimir su firma en esos documentos, también aprobaron los esfuerzos monumentales de Jean Pictet, artífice de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales. Jean Pictet consideraba esos textos como una "Carta de la humanidad", que constituía **"un progreso significativo en la evolución del vasto movimiento que, desde sus comienzos, se propone garantizar respeto, protección y trato humano a las personas incapaces de combatir"**.

En 2002, año del fallecimiento de Jean Pictet, los Convenios de Ginebra están en vigor en casi todos los países. Ciento sesenta Estados son Partes en el Protocolo adicional I, y ciento cincuenta y tres, en el Protocolo II. Mediante estos dos tratados se adaptó, sobre todo, el derecho antiguo a las condiciones de los conflictos modernos. La gran mayoría de los conflictos actuales son, como en 1977, conflictos armados no internacionales, a los cuales se aplica el Protocolo adicional II.

A pesar de que son muchos los Estados Partes en el Protocolo I, este instrumento aún no es universal, particularmente, a causa de la ausencia de la mayor potencia militar: Estados Unidos de América. La inclusión de las guerras de liberación nacional en los conflictos armados internacionales no tuvo mayor efecto ni contribuyó a que dicho tratado tenga mayor aceptación, porque, ironía del destino, ciertos Estados que surgieron tras las guerras de descolonización no lo aprobaron.

De todos modos, el Protocolo adicional I aportó importantes mejoras a las normas relativas a la conducción de las hostilidades. En dos artículos del presente número se trata esta cuestión. En el de Isabelle Daoust, Robin Coupland y Rikke Ishoe, se recuerda la obligación que tienen los Estados de evaluar la licitud de las nuevas armas o de los nuevos métodos de guerra. En el otro artículo, de Michael Schmitt, se trata la cuestión de la guerra informática y se analizan, en particular, los ataques por vía informática. Se pone de manifiesto que incluso las formas de guerra que no fueron previstas cuando se elaboró el texto del Protocolo I encuentran una

respuesta adecuada en este tratado. Además, en el artículo se demuestra que las disposiciones de dicho instrumento coinciden, en su mayoría, con el derecho consuetudinario. Paralelamente, el Protocolo I influye sobre la costumbre y señala los derroteros que conviene tomar.

La conclusión de las deliberaciones de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas acerca de la responsabilidad de los Estados concierne, asimismo, al derecho internacional humanitario. El artículo de Marco Sassòli presenta los desafíos y las implicancias que plantean los proyectos de artículos elaborados por dicha Comisión respecto del derecho internacional humanitario. Efectivamente, las sanciones penales se aplican a individuos, mientras que las consecuencias interestatales de las violaciones de ese derecho estarían regidas por esas normas, que determinan la obligación de los Estados de respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra, individual o colectivamente. Otro ejemplo de esta obligación es la política de la Unión Europea, que actualmente recurre, en mayor medida, al derecho humanitario en sus esfuerzos para forjar, en forma progresiva, una política exterior (artículo de Tristan Ferraro).

Efectivamente, el respeto del derecho internacional humanitario, como el de las demás ramas del derecho, depende, ante todo, de su aplicación. Así pues, refrendar la responsabilidad personal y la de los Estados puede contribuir a que la "Carta de la humanidad" no sea sólo una declaración.

LA REVISTA

Homenaje a Jean Pictet

El Comité Internacional de la Cruz Roja está de duelo, pues en la persona de Jean Pictet ha perdido a uno de sus más destacados servidores, que fue también un maestro para generaciones de colaboradores de la Institución, y a un amigo, para aquellos que tuvieron la oportunidad de trabajar estrechamente con él.

En 1937, ingresó al servicio del CICR como secretario jurista; en la víspera de sus 25 años, día de la invasión alemana en Polonia, debió permanecer en la sede de la Institución para enviar los primeros ofrecimientos de servicio a los beligerantes. Durante la Segunda Guerra Mundial, redactó la mayoría de los documentos y los llamamientos que el Comité emitió en favor de los prisioneros de guerra y de las víctimas civiles de la guerra. Fue nombrado director del CICR en 1946; desde 1967 fue miembro del Comité y, por último, se desempeñó como vicepresidente de la Institución, a la que sirvió hasta su retiro en diciembre de 1984. En ese año, fue nombrado vicepresidente de honor del CICR.

Jean Pictet fue un hombre de talentos múltiples.

En primer lugar, fue un jurista excepcional al que, con justicia, podemos considerar como el padre de los Convenios de Ginebra de 1949. El CICR no esperó el final de la Segunda Guerra Mundial para iniciar los trabajos que llevarían a una reforma completa de los Convenios de Ginebra. En un Memorándum del 15 de febrero de 1945, anunció que daba inicio a las consultas sobre esa reforma. En las consultas de expertos, así como en la Conferencia Diplomática de 1949, Jean Pictet participó en los debates más delicados. Su experiencia, sus cualidades como jurista, su sentido de la expresión y sus talentos de redactor permitieron sortear numerosas dificultades. Cuando el CICR decidió efectuar una nueva actualización del derecho internacional humanitario, a fin de incorporar la experiencia de los conflictos surgidos en la época de la descolonización, Jean Pictet no dudó en hacerse cargo, una vez más, de la dirección de los trabajos de revisión que culminarían en la aprobación, el 8 de junio de 1977, de los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.

Jean Pictet fue, asimismo, un autor destacado. Entre las numerosas obras y artículos que publicó, podemos citar, en particular, el Comentario de los Convenios de Ginebra de 1949, que constituye un valioso instrumento de traba-

jo, constantemente utilizado por todos los que tienen la responsabilidad de interpretar, aplicar y poner en práctica las disposiciones convencionales.

La Segunda Guerra Mundial pondría cruelmente en evidencia la necesidad de reforzar la cohesión del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, precisando los principios que orientarían su acción. Efectivamente, desde su fundación en 1863, la Cruz Roja había tenido la convicción de obedecer a algunos principios fundamentales que derivaban de su misión y de la índole del trabajo que se proponía realizar; sin embargo, aunque la Cruz Roja se refería constantemente a esos principios, parecía incapaz de darles una expresión precisa. Gracias a los trabajos de Jean Pictet, se logró que esta cuestión conociera avances decisivos. En 1955, publicó *Los principios de la Cruz Roja*. La obra, que poco tiempo después fue traducida en inglés, alemán, español, árabe y japonés, no impresiona por sus dimensiones, sino por su densidad, por la claridad de la expresión y por la fe que se profesa ante el ideal de la Cruz Roja. Las expresiones propuestas por Jean Pictet se impondrían tan claramente, que en 1965, la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena, aprobó por unanimidad los Principios Fundamentales de la Cruz Roja, a los cuales se refiere constantemente desde entonces. Al igual que los Estatutos del Movimiento, en cuya elaboración también participó Jean Pictet, los Principios Fundamentales contribuyeron a reforzar la cohesión del Movimiento, pues se otorgó a sus diversos componentes una dirección común, una referencia moral y una guía.

Paralelamente a su compromiso diario con el Comité Internacional de la Cruz Roja, Jean Pictet desempeñó una constante e importante actividad académica, como responsable de curso; luego, de 1965 a 1979, como profesor asociado a la facultad de derecho de la Universidad de Ginebra. Sus trabajos fueron distinguidos con los doctorados *honoris causa* de varias universidades, con las más altas distinciones honoríficas del Movimiento y, en 1999, con la medalla de la Ciudad de Ginebra.

Finalmente, ya retirado, se dedicó a otro ámbito, que siempre lo había apasionado: la historia de los pueblos indígenas de América. Sobre este tema, publicó una compilación que constituye una obra de referencia.

Detrás del hombre de ciencia, de quien conservamos celosamente la herencia espiritual e intelectual, se ocultaba un hombre de corazón que hoy echan de menos todos los que lo conocieron de cerca. Su calurosa benevolencia, su optimismo inquebrantable y su sentido del humor hacían de él un interlocutor agradable y un hombre de grandes cualidades.

Siempre apasionado, en el ocaso de su vida se inclinó hacia la música y compuso pequeñas piezas que su gran modestia le impidió tocar en público, pero que quienes iban a visitarlo tuvieron, a veces, la oportunidad de escuchar.

A modo de homenaje, la *Revista Internacional de la Cruz Roja* decidió publicar nuevamente un artículo de Jean Pictet, de 1985, en el que, según sus palabras, se propone *"presentar, desordenadamente, algunas reflexiones y experiencias de un profesional del derecho humanitario, que ha tenido la insigne suerte de participar en esta fascinante labor desde el comienzo de su carrera"*.

FRANÇOIS BUGNION

Director de derecho internacional
y de comunicación, CICR

La formación del derecho internacional humanitario

por
JEAN PICTET

Introducción

Parecerá que el título de esta conferencia¹ es muy ambicioso o, por lo menos, que el tema es demasiado amplio. De hecho, mi intención es presentar, desordenadamente, algunas reflexiones y experiencias de un profesional del derecho humanitario, que ha tenido la insigne suerte de participar en esta fascinante labor desde el comienzo de su carrera.

Este derecho, hay que decirlo, no es totalmente como los otros. Algunos pontífices de la ciencia jurídica contemplan con condescendencia esta rama del derecho internacional público, juzgándola contaminada de elementos heterogéneos que se derivan de la moral del ideal, por no decir de la poesía. Si es cierto que no se hace buena literatura con buenos sentimientos, ¿sería lo mismo por lo que respecta al derecho convencional?

Pienso que este derecho adquiere sus verdaderas dimensiones precisamente porque está relacionado, de tan estrecha manera, con el hombre. De esa parte de la ciencia jurídica, y no de otra, pueden depender la existencia, el bienestar y la libertad de multitud de individuos. Es eso lo que le da su carácter tan profundamente original.

Los Convenios de Ginebra no son polvorientos libros mágicos ni contratos acerca de intereses más o menos sórdidos; tampoco son una fría recopilación de problemas abstractos y de «casos académicos». Son textos llenos de savia y de calor humano. Son también de una candente actualidad y conciernen a cada uno de nosotros. Efectivamente, ¿quién está seguro de no verse alguna vez implicado en un conflicto armado?

No se preocupen: no hablaré de mi persona; pero quisiera rendir homenaje, en pocas palabras, a quienes me formaron. Ya en la Universidad, dos mentes brillantes, Georges Scelle y Maurice Bourquin, hicieron que me gustase el derecho internacional. Después, cuando comencé, hace casi medio siglo, a prestar

¹ Conferencia pronunciada en la Universidad de Ginebra, el 16 de noviembre de 1984.

servicios en el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para preparar la revisión de los Convenios de Ginebra, Paul Des Gouttes me inició en los arcanos del derecho humanitario y fue mi guía durante varios años. Ahora bien, él había colaborado estrechamente, durante diecisiete años, con Gustave Moynier, uno de los fundadores de la Cruz Roja y presidente del CICR durante cuarenta y siete años. Por lo tanto, hay, desde los orígenes hasta nuestros días, una filiación continua en la línea jurídica.

Mi segundo maestro me dejó una huella más profunda. Fue Max Huber, presidente del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, presidente del CICR antes de la Segunda Guerra Mundial y durante la misma, un jurisconsulto de gran altura de ideas, a la vez que un hombre auténticamente cordial, de quien llegué a ser próximo colaborador.

Lo que no significa que siempre compartiera su filosofía. Defendía él la teoría del derecho natural y atribuía a sus normas jurídicas una fuente transcendental. Yo era más realista y las veía más bien brotar de las necesidades de la vida en sociedad. Poco importa, en definitiva, que el derecho, la humanidad y la justicia descendan de las alturas etéreas o que suban de los hechos sociales objetivamente considerados, en los límites de la experiencia y de la razón. Lo que cuenta es que el derecho existe, que es útil para el hombre y que contribuye al desarrollo de la vida. Pero yo creía, como Max Huber, en la soberanía del derecho, que supera a la de los reyes.

Después de haber rendido homenaje a mis maestros, quisiera tributarlo a mis colegas y colaboradores, sin los cuales nada habría sido posible. La elaboración del derecho humanitario es una obra colectiva y debería permanecer anónima.

Para las personas que no son especialistas en derecho internacional, recordaré brevemente que la finalidad del derecho humanitario es reglamentar las hostilidades para atenuar sus rigores inútiles. Hay dos ramas: el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya. El derecho de Ginebra tiende a salvaguardar a los militares que se rinden —se convierten en prisioneros de guerra— y a los militares fuera de combate —es decir, los heridos, enfermos y náufragos—, así como a las personas que no participan en las hostilidades, o sea, a la población civil. En cuanto al derecho de La Haya, o derecho de la guerra, determina los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones y limita la elección de los medios para dañar.

Tales reglas han tomado cuerpo, poco a poco, en la costumbre de los pueblos, tan pronto como éstos han salido de la barbarie primitiva. Su progreso ha seguido la curva ascendente de la civilización, en el curso de la formidable lucha que libran, desde los orígenes de la sociedad, los que quieren preservar y liberar al hombre contra quienes quieren destruirlo o esclavizarlo.

La guerra no se justifica más que por la necesidad; no puede ser un fin en sí misma. Para un Estado, sólo es un medio de someter otro Estado a su voluntad. Toda violencia que no sea indispensable para conseguir ese fin no tiene

objeto; es, por consiguiente, puramente cruel y estúpida. Una vez que el enemigo es inofensivo, por estar herido o capturado, es inútil y criminal exterminarlo o hacerlo sufrir.

Si el nacimiento de estas reglas de humanidad se pierde en la noche de los tiempos, su codificación en forma de convenios —o sea, de tratados internacionales que obligan a los Estados— comenzó en 1864, con la firma del primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y de los enfermos en las fuerzas armadas en campaña, por iniciativa de los fundadores de la Cruz Roja y siguiendo el llamamiento de Henry Dunant, testigo de las trágicas secuelas de la batalla de Solferino, en la que, por falta de asistencia, murieron unos 30.000 heridos.

A este Convenio, que se modificó varias veces hasta nuestros días, le siguieron otros Convenios sobre el trato a los prisioneros de guerra y, después, sobre la protección de las personas civiles.

I. La Segunda Guerra Mundial

En los años que precedieron a la conflagración, el CICR, viendo los nubarrones que se cernían en el cielo político, intensificó su tradicional esfuerzo para desarrollar el derecho humanitario. El problema central era asegurar la protección de las personas civiles que entonces sólo se beneficiaban de algunos anticuados artículos del Reglamento de La Haya de 1907. La Primera Guerra Mundial ya había revelado la trágica insuficiencia de esas normas y el CICR propuso que se determinara la suerte de las personas civiles, al mismo tiempo que la de los militares, y elaboró, en este sentido, un proyecto para la Conferencia Diplomática de 1929. Pero las Potencias suprimieron de un plumazo este punto del orden del día. Se pensó que no haría buen efecto en un momento en que la joven Sociedad de Naciones hacía lo posible por instaurar la paz eterna, porque se vivía todavía en ese sueño.

Pero el CICR jamás se desanima. Hizo aprobar su texto en la XV Conferencia Internacional de la Cruz Roja de Tokio, en 1934, y ésta le encargó preparar, de acuerdo con el Gobierno suizo, la reunión de una Conferencia Diplomática para dar fuerza al «Proyecto de Tokio», como se llamó.

El Consejo Federal prestó en seguida su apoyo a la empresa y envió el Proyecto a los Estados como base de discusión. Pero tardaron las repuestas a la invitación suiza, con la misma culpable despreocupación, como en 1929, y solamente el año 1939 se fijó fecha de la Conferencia Diplomática para principios de 1940. Era demasiado tarde; entre tanto, se había desencadenado la tempestad.

En el orden del día de esa abortada Conferencia figuraba también un proyecto de revisión del Convenio «heridos y enfermos», otro para el «Convenio marítimo» y, por último, nuevas disposiciones sobre la aviación sanitaria y las localidades sanitarias. ¡Cuántas esperanzas destruidas!

En la tormenta, el CICR se encontró pronto absorbido por una multitud de tareas importantes y urgentes que le imponía la más terrible de las conflagraciones. Dada la debilidad de las bases jurídicas que el derecho convencional vi-

gente le proporcionaba, se vio obligado a desarrollar gran parte de sus actividades fuera del derecho codificado. Pero, por lo menos, supo sacar cierta fuerza de esa misma debilidad: al no estar obligado por el derecho, no estaba amenazada su independencia y su acción conservó toda la flexibilidad deseada.

El Convenio de 1929 contenía, por suerte, un artículo en el que se preveía que sus disposiciones no obstaculizarían las actividades humanitarias que el CICR pudiera emprender con el consentimiento de las partes interesadas. El CICR atribuye mucha importancia a esta mención, muy modesta, que le reconoce un derecho de iniciativa.

Se apoyó sobre esta base, sin perder por ello de vista el desarrollo del derecho humanitario. En realidad, se convirtió incluso en una verdadera "fábrica jurídica". Sin embargo, no siguió la vía de la codificación, suspendida durante años, en su proceder, sino la de los acuerdos multilaterales *ad hoc*, realizados al margen del derecho positivo; de forma simplificada, el CICR se limitó a reunir las respuestas concordantes de los Estados.

Desde los primeros días del conflicto, el CICR propuso a las potencias beligerantes poner en vigor, como *modus vivendi*, el Proyecto de Tokio, dejado de lado, como ya vimos. Ante la poca atención prestada, sugirió después aplicar, por analogía, a las personas civiles que se encuentren en territorio enemigo al iniciarse las hostilidades y que sean internadas, las disposiciones del Convenio de Ginebra de 1929 sobre el trato a los prisioneros de guerra. Las potencias consintieron en ello y, por eso, unas 160.000 personas civiles se libraron de la arbitrariedad y recibieron un trato aceptable. Era un éxito parcial, pero no desdeñable.

No obstante, las personas civiles de los territorios ocupados seguían desprovistas de protección. Muchas de ellas fueron deportadas a campos de sufrimiento y de muerte. Habría que esperar a 1949 para que se aprobara, por fin, un Convenio eficaz sobre la protección de las personas civiles.

De momento, en pleno conflicto, el CICR tuvo que innovar totalmente. Su primera preocupación fue extender a la población civil la actividad de la Agencia Central de Búsquedas, prevista hasta entonces solamente para los militares.

En este marco, preocupado por la prohibición de que las personas civiles de los países adversarios mantuvieran correspondencia, creó para ellas un amplio sistema de transmisión de noticias por medio de un formulario-tipo que permitía la inscripción de un mensaje de 25 palabras y de la respuesta al dorso. Los países en guerra aceptaron este sistema, previa censura, y de este modo intercambiaron 24 millones de mensajes, personales o familiares.

Por lo que respecta a los prisioneros de guerra, el Convenio 1929 había codificado el sistema de control de su aplicación, que nació por generación espontánea durante la guerra de 1914. Los delegados del CICR habían ido entonces a los campos de prisioneros para organizar la distribución de socorros; se habían acostumbrado a mirar a su alrededor y a informar a Ginebra de lo que habían visto en relación con las condiciones de detención.

En 1929, se confió el control oficial a las Potencias protectoras —Estados neutrales encargados de representar los intereses de un beligerante ante su adversario²— y se estipuló la visita sistemática de sus representantes a los lugares de internamiento. Pero nada dijo, a este respecto, sobre la inspección por los delegados del CICR, cuyo cometido era, sin embargo, el origen de todo. Ahora bien, el CICR realiza, por su parte, una tarea subsidiaria, pero de grandísima importancia, en el plano del control, y suple a las Potencias protectoras cuando éstas no existen, lo que ocurre con cada vez mayor frecuencia. Por lo tanto, era de capital importancia obtener prácticamente las mismas prerrogativas para sus representantes.

Se aceptó esto y, por consiguiente, el CICR efectuó, sobre la base de un acuerdo tácito extraconvencional, unas 11.000 visitas a campamentos, que incluían entrevistas sin testigos con los cautivos y con sus «hombres de confianza». A las visitas siguieron informes escritos sobre las constataciones hechas, informes que se enviaron a los dos beligerantes concernidos. Este sistema es el mejor medio que se encontró para frenar la arbitrariedad de las Potencias detenedoras y para mejorar, sobre la base de concesiones recíprocas, el trato a los prisioneros. Es también un poderoso antídoto contra las represalias, porque informa a la Potencia de origen acerca de los cautivos, la cual, ignorándolo todo acerca del destino de éstos y temiendo lo peor, siente a veces la tentación de tomar contramedidas, que fatalmente conducirán a una degradación general de la situación.

Otro ejemplo: se apeló al CICR para que emprendiera una amplia acción de socorro en favor de los prisioneros de guerra en Europa. Para organizar, durante años, el transporte de bienes de consumo por un valor superior a los 3.000 millones de francos suizos nada más que para los prisioneros en Alemania, tuvo que crear una flota mercante de treinta navíos, que surcaban, amparados por los emblemas de la Cruz Roja, que se iluminaban de noche, los mares infestados de submarinos. Según los términos del acuerdo entre los beligerantes, los barcos protegidos debían seguir un horario y rutas marítimas determinadas y llevar a bordo comisarios neutrales. Fueron pocas las pérdidas.

Para ello fue necesario un acuerdo expreso, porque en el derecho convencional no se reconoce una navegación inmunizada más que en forma de barcos-hospitales, reservados para el transporte de los heridos, enfermos y náufragos, así como del material sanitario. Cabe imaginarse lo difícil que fue llegar a tales acuerdos, pues no sólo había obstáculos materiales que vencer, como procurarse los navíos y los bienes en plena guerra, sino que también había que abrir brecha en el bloqueo y, para ello, levantar las prohibiciones militares y políticas y ganarse la confianza de las partes.

² Recordemos que Suiza fue, en la Segunda Guerra Mundial, la Potencia protectora de 35 países.

Sin embargo, no todas las iniciativas tuvieron éxito. Así, por ejemplo, en marzo de 1940, presintiendo que la guerra aérea adquiriría proporciones devastadoras, el CICR hizo un vibrante llamamiento a quienes dirigían los destinos del planeta, proponiéndoles entenderse acerca de algunos principios para salvaguardar lo que todavía podía salvaguardarse. Se trataba, sobre todo, de confirmar la inmunidad general de la población civil y de proclamar que sólo los objetivos militares debían ser el blanco de ataques legítimos. Era simple y razonable; todos podían suscribirlo. Pero el CICR no recibió más que buenas palabras y asistió, impotente, a la expansión de la «guerra total» y de sus estragos sin precedentes.

Estos principios, dicho sea de paso, fueron reproducidos en los Protocolos adicionales de 1977; así como en muchos otros textos que se habían tenido que «congelar» durante los años dramáticos. Así pues, en el desarrollo del derecho humanitario, el trabajo nunca se pierde totalmente.

Las actividades que acabo de evocar y muchas otras, llevadas a cabo sobre una base discrecional, se convertirían en el derecho de mañana.

II. La Conferencia Diplomática de 1949

La Segunda Guerra Mundial acumuló más miserias y ruinas que ninguna otra. Después de la pesadilla, el primer renacimiento fue el del derecho. Por un lado, se organizó la paz, bajo la égida de las Naciones Unidas, y se elaboró la legislación de los derechos humanos. Por otro lado, siguiendo un rumbo próximo pero que, a pesar de muchos puntos comunes, sigue siendo distinto, se efectuó la refundición de los Convenios de Ginebra.

En el mismo instante en que enmudecieron los cañones, el CICR, artífice de este desarrollo desde su origen, reanudó la tarea. Procedió del mismo modo que para las empresas anteriores, que se llevaron a cabo, por término medio, cada 25 años, es decir, una generación.

Para lanzarse a tales empresas, es necesario, en primer lugar, creer y, después, querer, porque, como dice el proverbio inglés, «where there is a will, there is a way». A continuación, como lo hizo con brío Henry Dunant en los comienzos, es preciso convencer a los responsables, y no es ésta la tarea más fácil.

Y luego, hay que reunir una detallada documentación sobre las experiencias adquiridas en los conflictos. Desde hace más de un siglo, se asiste así a la marcha paralela de la acción y del derecho, una precediendo a la otra. Es preciso «pegarse» a los hechos; de lo contrario, sería una obra vana, alejada de las realidades. Se tienen también en cuenta las iniciativas tomadas por las organizaciones humanitarias, que han significado nuevos hitos en la lucha contra el sufrimiento.

Segunda etapa: El CICR elaboró proyectos de Convenios en colaboración con expertos internacionales, reunidos en conferencias preparatorias. Efectivamente, es necesario asociar, desde un principio, a los Gobiernos en esta obra, a fin de ganarlos para la causa y preparar la aprobación de nuevos instrumentos diplomáticos. También es necesario que el CICR sepa hasta dónde puede llevar las

reivindicaciones humanitarias, porque retocar textos tan fundamentales es siempre un gran salto en lo desconocido. Los proyectos se someten también a la Conferencia Internacional de la Cruz Roja.

Después, se codifican los principios y la costumbre en forma de convenios internacionales. Más tarde, sobre esas bases ya sólidas porque están ancladas en el suelo, la Cruz Roja desplegará sus actividades y emprenderá otras nuevas. Y el ciclo se reanuda, manteniendo en equilibrio estos dos elementos —el hecho y el derecho—, que se suceden y se prestan mutuo apoyo.

En la aprobación de tratados internacionales, todo depende, naturalmente, de los Estados que, mediante su firma y su ratificación, contraen compromisos solemnes, a los cuales deberán ajustar tanto su legislación como, así se espera, su comportamiento. Aprobar ciertos artículos clave representa, pues, para ellos una delicada decisión, cargada de consecuencias. Hay que comprender esto, pero hay que saber también que, por ello, el CICR no es responsable del texto final, por lo menos en su totalidad.

Por consiguiente, se entiende que el derecho humanitario está hecho, en gran parte, de concesiones obtenidas de los Estados, sobre todo de las grandes potencias. Para convencerlas, hace falta el apoyo de los pequeños y medianos países, de las autoridades morales y de la opinión pública. Pero hay que saber mostrarse realistas en las propuestas presentadas. A veces, las potencias son reticentes y se siente, entonces, todo el peso del poder soberano. Así ocurrió, por ejemplo, cuando no querían obligarse por disposiciones sobre los «detenidos políticos» ni sobre las armas nucleares de destrucción masiva.

Algunos han dudado incluso de que los Estados, que son entidades abstractas, "monstruos fríos", decía Nietzsche— puedan mostrarse humanos, dado que solamente los seres de carne y hueso pueden hacerlo. Sin duda, esto no es totalmente falso, pero el Estado se manifiesta por medio de sus representantes, que son hombres, y a menudo hombres cordiales.

De hecho, los delegados en la Conferencia Diplomática demostraron ser, en general, personas de buena voluntad, no desprovistas de ideales. Por desgracia, aunque reciben el título de plenipotenciarios, no tienen un poder de decisión ilimitado. Antaño, en los tiempos de los Frédéric de Martens y de los Louis Renault, los debates prolongados tenían todo su sentido, porque había una razonable esperanza de convencer a sus interlocutores. Pero, en nuestros días, actúan después de recibir instrucciones, que sin cesar solicitan por teléfono. Así pues, defienden, en primer lugar, la intereses inmediatos del poder constituido y no siempre tienen libertad para elevarse hasta el plano del interés general ni, sobre todo, para considerar las reivindicaciones procedentes de la otra «orilla». Es, por otro lado, el drama de toda la política actual y de las grandes organizaciones internacionales.

Sin embargo, en la Conferencia Diplomática de 1949, se manifestó un impulso unánime para remediar los inmensos males que el mundo acababa de padecer. Fue lo que permitió tener éxito en un solo período de sesiones, de cuatro

meses y medio. Y algunos delegados realizaron, como presidentes de comisiones, ponentes o promotores de enmiendas, una labor admirable.

No es el CICR el que convoca las Conferencias Diplomáticas. Es más ortodoxo que lo haga una autoridad pública. Desde los orígenes, se ocupó de ello el Gobierno suizo, fiel a su tradición y al apoyo que siempre ha prestado a la Cruz Roja, que encarna tan bien su ideal de neutralidad y de paz. Por lo tanto, el CICR colaboró estrechamente, desde el comienzo de los trabajos, con la autoridad federal, es decir, con el Departamento de Relaciones Exteriores, y esta operación, que siempre se ha desarrollado con el mejor espíritu, ha contribuido mucho al éxito de la empresa. Dando una prueba clarísima de su interés por esta causa tan digna de ser defendida, Suiza solicitó la colaboración, para dirigir los debates de las dos últimas Conferencias Diplomáticas, de dos presidentes de la Confederación, los señores Max Petitpierre y Pierre Graber. En 1977, se designó oficialmente a Suiza como Estado depositario de los Convenios de Ginebra.

Desde los trabajos preparatorios, se planteó una importante cuestión de método: ¿había que elaborar códigos muy detallados o formular principios generales y flexibles? Nosotros nos inclinábamos netamente por la última solución, porque, como todos los juristas saben, aunque sea paradójico, querer reglamentar todo es poner trabas, dado que se cae en un formalismo rígido. Codificar es inmovilizar. Como siempre hay casos no previstos, permanecerán fuera del derecho, mientras que, si nos atenemos a principios simples, claros y concisos, éstos permitirán reglamentar los casos nuevos por extrapolación, es decir, prolongando las líneas de las normas básicas.

Pero prevaleció la concepción formalista, porque los representantes pensaban, en primer lugar, en los males precisos que su país había sufrido y cuya repetición querían, como es lógico, evitar. De ahí que los Convenios de Ginebra totalicen más de 400 disposiciones, a menudo muy largas, mientras que el primer Convenio, que data de 1864, no tiene más que 10 cortos artículos.

Por supuesto, se ha reprochado a los legisladores de 1949 el hecho de haber «preparado la última guerra», en otros términos de haber elaborado textos demasiado orientados hacia el pasado que no anticipan suficientemente el futuro. Hay en ello una parte de verdad, porque la historia no se repite, pero no veo cómo hubiera podido hacerse de otro modo. No se puede contar más que con los hechos confirmados. Sería muy peligroso hacer planes quiméricos porque las cosas previstas no siempre se producen o, al menos, no se producen como se pensaba. Creo que los textos aprobados en Ginebra son un razonable compromiso entre las experiencias hechas y las perspectivas de futuro prudentemente evaluadas.

En cada Conferencia se hacen progresos por lo que respecta a la técnica de la codificación. Así, en 1949, por ejemplo, aprendimos a nuestra costa que es mejor imponer, por mayoría de votos, una solución sencilla y práctica que buscar un laborioso compromiso que, finalmente, no satisface a nadie. Lo hemos visto, por ejemplo acerca de la retención de los miembros del personal sanitario caído

en poder del enemigo e internados en campos de prisioneros para asistir allí a sus camaradas heridos o enfermos: una cuestión vivamente discutida. Finalmente, se dijo que esos médicos y enfermeros no serán prisioneros de guerra, pero que se beneficiarán del Convenio de los prisioneros de guerra. Son «no prisioneros con un pero», como diría el Aguilucho de Edmond Rostand. Y, en la votación final, la delegación a causa de la cual se habían hecho todas estas contorsiones con la esperanza de una ilusoria unanimidad se pronunció finalmente en contra.

Cuatro Convenios resultaron de la Conferencia de 1949, de los cuales tres revisados, es decir, el Convenio «heridos y enfermos», su adaptación a las operaciones navales, el Código de los prisioneros de guerra y, sobre todo, un nuevo Convenio para la protección de las personas civiles, tanto tiempo deseado. Sobre este punto preciso, fue la delegación francesa la que, en la conferencia preparatoria de expertos gubernamentales, aportó un primer proyecto enteramente redactado, lo que el CICR todavía no se había atrevido a hacer. Era demasiado detallado y fue necesario podarlo mucho, pero proporcionó, en gran parte, la trama del instrumento diplomático que iba a nacer y que es la principal obra de esa Conferencia. Por lo que respecta a los resultados, hay que añadir el nacimiento de una disposición revolucionaria en derecho internacional, el artículo común 3, tendente a hacer prevalecer, en los conflictos armados no internacionales, algunos rudimentos de humanidad.

Los conflictos interiores son más encarnizados y más crueles que los choques entre naciones porque —seamos cínicos— el odio se desencadena entre personas que se conocen (demasiado bien), lo que ciertamente no ocurre en las guerras internacionales. Por lo demás, las insurrecciones solían ahogarse en sangre, excepto cuando el ejército se ponía del lado de los insurrectos.

Las «luchas intestinas» son tan antiguas como la vida en sociedad y si se ha esperado tanto tiempo a que comenzara la codificación es, por una parte, porque tal tentativa choca de frente con la ciclópea fortaleza de la soberanía y, por otra, porque el derecho internacional es un medio, en definitiva bastante inadecuado, para resolver un problema esencialmente nacional. Los Convenios son tratados por los cuales los Estados regulan entre ellos sus asuntos comunes. En el conflicto interno, el vínculo real se crea entre un Estado y un grupo de sus súbditos, todavía ignorado. Pero no se ha encontrado mejor camino.

La experiencia ha demostrado que el derecho interno es incapaz de resolver estos problemas de manera satisfactoria, incluso atemperado por el reconocimiento de beligerancia, a fin de cuentas muy raro y que sólo se aplica en los conflictos de gran intensidad.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, nadie pensaba que el derecho internacional podía regular tales situaciones. Pero algunos «locos» lo creyeron, y lo hicieron. Así nació ese mirlo blanco que es el artículo 3, calificado de «miniconvenio», que, por embrionario que sea, ha prestado grandes servicios.

Mencionaré todavía un logro de la Conferencia Diplomática de 1949. Se había rehusado a una considerable parte de los prisioneros de guerra el beneficio del Convenio de 1929, porque los detenedores pretendían que no había guerra en el sentido del derecho internacional o negaban a su adversario la calidad de Estado, su beligerancia e, incluso, su existencia. De este triste hecho nació el artículo común 2, el cual estipula que los Convenios se aplicarán no sólo en caso de guerra declarada, sino también en todo conflicto armado, incluso si no se ha reconocido el estado de guerra.

Así pues, el derecho debe aplicarse cuando hay víctimas, único criterio que conoce la humanidad. Sin embargo, el CICR no intenta envenenar la situación pretendiendo que todos los choques son guerras. Así, el reciente conflicto entre Gran Bretaña y Argentina, en el que los Convenios fueron notablemente aplicados, tuvo lugar sin que fuese reconocido el estado de guerra. En tales casos, el CICR dice a las partes concernidas: si no hay guerra, entonces tenéis que tratar a las víctimas de los acontecimientos mejor que si hubiera guerra, porque el trato instituido por los Convenios no representa más que un mínimo.

Otro éxito que cabe señalar: la asimilación de los combatientes de la resistencia a los miembros de las fuerzas armadas, con tal de que reúnan las condiciones clásicas, bastante restrictivas, es decir, que lleven las armas abiertamente, que enarboleden un signo visible, que tengan un jefe responsable y que se ajusten a las leyes de la guerra.

Como se sabe, algunos Estados, con una imaginación digna de mejor causa, se esfuerzan por eludir el derecho en los conflictos armados y buscar sus fallos, mientras que los legisladores de la ley internacional intentan impedirse, levantando, aquí o allá, nuevas barreras. Así, desde entonces, ha habido Gobiernos que han intentado subordinar la aplicación de los Convenios a condiciones, políticas o militares, ajenas al ámbito humanitario, o a condiciones diplomáticas o pseudojurídicas, referentes, por ejemplo, a la calificación del conflicto. Es evidente el mal incalculable que causan esas ficciones, esos odres hinchados en los que se pretende fundar tantos elementos de la vida contemporánea y que llevan en sí un germen de muerte.

Señalamos un hecho positivo: los Convenios de 1949 han llegado a ser universales, lo que no ocurría antes.

III. La Conferencia Diplomática de 1974-1977

En 1967, el CICR emprendió, en una nueva etapa, el desarrollo del derecho humanitario, con dos imperativos mayores: proteger a la población civil contra los peligros de la guerra, especialmente los bombardeos aéreos —una materia perteneciente al derecho de La Haya, que habla permanecido abandonada desde 1907— y perfeccionar el artículo 3, relativo a los conflictos interiores, que no era todavía más que un primer paso. Por lo demás, bastaría una puesta al día.

¿Era necesario hacer una refundición completa del derecho humanitario? No. El CICR renunció de entrada a esta solución, para no correr el riesgo de destruir el edificio existente, todavía sólido, a pesar de algunas grietas. Se podía temer, efectivamente, en un mundo que se habla endurecido, que los Estados se mostraran menos liberales que en 1949 y que aprovecharan una revisión del derecho para volver atrás. Así pues, se decidió proceder por la vía de Protocolos adicionales a los Convenios existentes. Los dos Protocolos «completan», según sus términos, los Convenios de 1949. De hecho, en varios puntos modifican y revisan a fondo esos Convenios.

Ya en la Conferencia preparatoria de expertos gubernamentales, la delegación noruega presentó una proposición radical: redactar un solo Protocolo que se aplicara tanto a las guerras entre naciones como a los conflictos internos. Era generoso, pero demasiado optimista y, a pesar de una obstinada resistencia de Noruega, se desechó la idea.

Otra cuestión: ¿había que confiar la empresa a las Naciones Unidas? En su fundación, la gran organización intergubernamental renunció, de manera perentoria, a este ámbito del derecho, considerando imposible para ella reglamentar la guerra, ya que acababa de prohibirla. Reaparece siempre el mismo sofisma.

Pero en 1968, las Naciones Unidas volvieron a interesarse por el derecho de los conflictos armados y su división de derechos humanos pensó, incluso, en presentar su candidatura. Sin embargo, se creyó que la mejor oportunidad de éxito era tratar la materia en terreno neutral, tanto en el sentido propio como en el figurado y, en la medida de lo posible, fuera de la política. Por eso, se prosiguió por el camino tradicional, que hace del CICR el alma de la empresa y de Suiza el agente diplomático. El CICR compartió este punto de vista, no para defender una prerrogativa, sino por el éxito de la causa. La Asamblea de las Naciones Unidas es una reunión política, lo que es perfectamente normal. Pero demasiado a menudo se ve en ella, cuando se tratan temas muy delicados, a países hermanos enfrentados, que se lanzan anatemas desde la primera sesión, y todo se sitúa pronto en un clima polémico. Había que evitar eso. Pero las Naciones Unidas dieron a la empresa su total apoyo, lo que fue muy valioso.

Eso no quiere decir que la Conferencia de Ginebra escapara enteramente a la politización. Desde la primera sesión de la conferencia preparatoria de expertos, hubo algunas tentativas de colocarla bajo el signo de la contestación. Efectivamente, era tentador examinar las quejas de violaciones que se habían presentado desde 1949. De ahí a condenar a sus autores sólo había un paso. Esas ofensivas fueron cortadas de raíz.

No obstante, la política esbozó nuevas incursiones en la Conferencia Diplomática misma. Se quiso despertar al viejo fantasma de la guerra justa, pretendiendo que los países agresores no pueden invocar el derecho humanitario, sino solamente sus víctimas. Todo el edificio del derecho amenazaba ruina. Afortunadamente, se evitó este veneno mortal. En cambio, se tomaron decisiones sobre la

naturaleza internacional de las guerras de liberación y sobre la prohibición del mercenariado, cuestiones que habría sido mejor tratar en su marco natural, el de las Naciones Unidas, puesto que se trata más de "jus ad bellum" que de "jus in bello".

Estas intrusiones de la política no deben extrañarnos demasiado. Se trataba de una conferencia de Estados y, en los tratados interestatales, lo humanitario no siempre es «químicamente puro»³, porque si la protección de las víctimas es humanitaria, los medios para realizarla pertenecen también a la conservación del Estado. Por lo tanto, no se puede escapar a esa tensión entre exigencias humanitarias, por un lado, y necesidades militares y políticas, por otro ya que dicha tensión, como veremos más adelante, es el alma misma del derecho de los conflictos armados.

La Conferencia Diplomática se celebró de 1974 a 1977, a razón de cuatro reuniones anuales. No es extraño que fuese larga y difícil. Se trataron cuestiones más delicadas que en 1949 y materias que entonces la Conferencia había dejado de lado, porque implican luchar cuerpo a cuerpo con la guerra, como en la reglamentación de los bombardeos aéreos, o lanzarse al asalto de los abruptos muros de la soberanía estatal, como en la reglamentación de los conflictos interiores.

Había una baza importantísima. Efectivamente, la situación del mundo es, en nuestra época, tan tensa que las potencias pueden difícilmente entenderse por lo que respecta a las cuestiones políticas o incluso económicas. Mas aún: son incapaces de resolver los problemas que se plantean a nivel planetario, como el desarme, la superpoblación o la protección del medio ambiente. El único terreno en el que todavía pueden llegar a un acuerdo es, precisamente, el terreno humanitario.

La Conferencia fue el escenario de una notable universalidad ya que congregó a unos 700 delegados de 120 países. Mientras que en 1949, sólo hubo, por ejemplo, tres países africanos representados, en esta Conferencia hubo treinta. Se dijo entonces que el derecho internacional lo hacían los europeos para los europeos. Esto ya no es verdad.

Se pudo incluso medir la fuerza de la coalición realizada en torno al Tercer Mundo, que impuso, por ejemplo, el complejo tema de los «combatientes de la libertad» y, a última hora, la reducción masiva del Protocolo II, sobre los conflictos no internacionales. Es cierto que la entrada bastante espectacular en la escena mundial de fuerzas jóvenes, que a veces tienen un concepto bastante nuevo de derecho internacional, trastorna muchas nociones tradicionales. Hay que adaptarse.

Ya es reconfortante ver que enviados de todas las tendencias procedentes de los cuatro puntos cardinales, pueden encontrarse para hablar de algo que no es el dinero o el petróleo, sino la supervivencia del hombre, hacer callar por algún

³ Según la expresión del señor Jean-Luc Hiebel.

tiempo sus divergencias, superar los antagonismos políticos y dogmáticos, hablar el mismo lenguaje y, ¿por qué no?, estrecharse la mano. Alguien ha dicho: en los ojos de los hombres de todas las razas se refleja un poco de azul cuando miran al cielo.

De 1949 a 1974, las modalidades de trabajo de una Conferencia Diplomática se transformaron profundamente. Entre tanto, las reuniones se multiplicaron, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, y sus métodos prevalecieron, influidos por el formalismo anglosajón, a imagen de un mundo que se complica y se superorganiza por efecto del progreso técnico que se acelera. No es forzosamente un mal, porque esto nos ha valido, por ejemplo, el procedimiento del *consenso*, que permite hacer aprobar un texto sin votación, cuando nadie se opone formalmente, aunque dejando que se expresen las opiniones divergentes. El reglamento de la Conferencia preveía la aprobación de los artículos por una mayoría de dos tercios, lo que no dejaba de inquietarnos. Sin embargo, de los 150 artículos que tienen los dos Protocolos adicionales, solamente, 14 fueron objeto de votación. Todos los demás fueron aprobados por *consenso*.

Pero los nuevos métodos de las reuniones internacionales nos aportaron también ese estilo locuaz, complicado y oscuro, que florece en nuestros días, y que la multiplicidad de las lenguas de trabajo incrementa todavía. Algunos diplomáticos vieron en seguida el partido que podían sacar de esta falta de limpidez, como los blindados se rodean de fumígenos en los campos de batalla. Ahora bien, el formalismo y la ambigüedad son soluciones fáciles, que tienden a obnubilar los problemas de fondo. El gran peligro es que la letra triunfe sobre el espíritu. Y si los textos son incomprensibles, se tendrá la tentación de dejarlos de lado. Sea como fuere, la tendencia parece irreversible y hay que conformarse.

Tras cuatro años de intensísimos debates y gracias a la atenta colaboración de muchas delegaciones, nacieron dos Protocolos adicionales. En el primero —que es la obra maestra— figura un impresionante conjunto de normas que protegen a la población civil y reglamentan los bombardeos aéreos. Contiene, en primer lugar, una oportuna definición de la población civil y de sus bienes, por oposición a los militares y a los objetivos militares, que son los únicos blancos legítimos. Después, se confirma expresamente la inmunidad general de la que se beneficia la población civil. Se precisa que ésta nunca será dañada como tal, y que están prohibidos los bombardeos tendentes a aterrorizar a la población civil, así como los bombardeos indiscriminados o como represalia, lo que es un enorme paso adelante.

Un artículo prohíbe, como método de guerra, hacer padecer hambre a la población. Excluye, a este respecto, los atentados contra las zonas agrícolas, el ganado, el agua potable y otros bienes indispensables para la supervivencia. Una disposición se refiere a la protección del medio ambiente natural, otra gran innovación. Otro artículo prohíbe la destrucción de obras que contienen fuerzas peligrosas, tales como las presas o las centrales nucleares.

Un capítulo importante se refiere al comportamiento de los combatientes, que actualiza y desarrolla el reglamento de 1907. El escollo fue el fenómeno de la guerrilla, que era necesario afrontar. La solución final, un poco nebulosa como todo compromiso, consistió en definir, de manera mas precisa, las fuerzas armadas, después, en ampliar la categoría de los combatientes, flexibilizando las famosas condiciones de La Haya. Ya no se les pide que lleven abiertamente las armas más que durante la acción y el despliegue que preceden inmediatamente al ataque.

Un éxito que causa satisfacción: el renacimiento, gracias a una señalización moderna muy técnica, de la aviación sanitaria inmunizada.

En cuanto al Protocolo II, está enteramente dedicado a los conflictos no internacionales, desarrolla el único artículo común 3 de 1949. Se trata de una versión simplificada del Protocolo I, adaptada a las condiciones particulares de este tipo de enfrentamientos. El precio pagado por la aceptación de un instrumento detallado fue restringir el campo de aplicación: sólo cubrirá conflictos armados de gran intensidad. Y después, la aprobación del texto final deparó una verdadera sorpresa de última hora, tras la cual se amputó la mitad de las estipulaciones del Protocolo (15 artículos sustanciales, en lugar de 33), por orden terminante de algunas delegaciones y con la complicidad de la mayoría de las otras. Por consiguiente, la lucha ya no era posible y, como dijo un delegado, «la mitad del huevo era mejor que la cáscara vacía».

En resumidas cuentas, pienso que el CICR supo aceptar el desafío que se le lanzó para resolver una parte, por lo menos, de los graves problemas que plantean los conflictos de nuestra época. Aunque los Protocolos presentan, a veces, el defecto de las soluciones de compromiso, pueden salvar numerosas vidas. Pero, para que entren en vigor en todas partes, deben ser ratificados masivamente por los Estados. Ahora bien, hasta la fecha, apenas unos cincuenta de ellos han cumplido esa formalidad y el compromiso de las dos «superpotencias» todavía se hace esperar. Por eso, nada se debe descuidar para poner a los grandes de este mundo ante sus responsabilidades, a fin de que doten a los pueblos de una protección eficaz a la que tienen tan legítimo derecho. Entre tanto, la obra de codificación ya reviste toda su importancia como plasmación de la costumbre.

IV. Conclusiones

Para terminar, quisiera exponerles algunas consideraciones más generales. Sabemos que todo el derecho internacional humanitario resulta del equilibrio entre el principio de humanidad —o sea, el imperativo que empuja al hombre a actuar por el bien de sus semejantes— y el principio de necesidad, es decir, el deber de los poderes públicos de conservar el Estado, defender su integridad territorial y mantener el orden. Es el eterno enfrentamiento de Creón y de Antígona.

Lo que pide la Cruz Roja es que la conducción de las hostilidades y el mantenimiento del orden público no desdeñen el respeto que se debe a la persona

humana. En su esfuerzo de promoción del derecho, el CICR siempre ha avanzado por la arista, estrecha como la hoja de un cuchillo, que separa estos dos mundos. Debe buscar sin cesar dónde está la justa línea de separación, saber hasta dónde ir en sus reivindicaciones en beneficio del individuo. Entre pedir demasiado y pedir demasiado poco, el margen es muy pequeño, tan reducido como para los cosmonautas que vuelven con su nave espacial a la atmósfera. Un poco más arriba o un poco más abajo, no se acierta.

Daré dos ejemplos. Cuando nació la Cruz Roja, Henry Dunant, el visionario, que sólo se dejaba guiar por su entusiasmo, hubiera querido que se fijara el trato a los prisioneros de guerra al mismo tiempo que el destino de los heridos. Pero sus colegas, más prudentes, le impusieron el método de los «pequeños pasos». Y el primer Convenio de Ginebra de 1864 no se ocupó más que de los heridos y enfermos de los ejércitos. Pero fue firmado y respetado. Y le siguieron los otros Convenios.

Cuando, después de la Segunda Guerra Mundial, el CICR, fundándose en la sorprendente comprobación, hecha por los expertos, de que el bombardeo masivo de los centros habitados no había «compensado» desde el punto de vista militar, redactó un «proyecto de reglas» para proteger a la población civil contra los peligros de la guerra, las potencias se apresuraron a enterrarlo porque contenía un artículo que les habría estorbado en el empleo de la energía atómica.

El equilibrio entre humanidad y necesidad tiene otro aspecto con el que está estrechamente relacionado: la vieja oposición entre Don Quijote y Sancho Panza, es decir, entre pragmatismo e idealismo. En la elaboración del derecho humanitario, como en toda gran empresa, nada se hará sin el idealismo, que desafía a toda inteligencia. Sólo es una chispa en medio de las tinieblas, pero encenderá el foco del que se alzarán las llamas.

Para realizar la obra, el secreto del éxito es mantenerse realista. Es la gran lección que nos dieron nuestros predecesores, los Gustave Moynier, los Paul Des Gouttes, los Max Huber. Gracias a su sensatez, los Convenios de Ginebra han conservado su crédito, su autoridad y son, a pesar de muchos obstáculos, generalmente aplicados. Si los Estados aceptan obligarse por textos de derecho, es porque éstos son conformes a su interés recíproco y bien entendido. Nada es más peligroso que el «humanitarismo desenfrenado» animado por las mejores intenciones, pero apartado de las realidades, la imagen misma del «wishful thinking». De él nacerán hermosas páginas de elocuencia y tal vez castillos de estuco dorado, pero éstos se derrumbarán al primer choque.

Además, un derecho poco realista será inevitablemente violado. Ahora bien, un derecho violado, incluso solamente en ciertos puntos, será un derecho contestado, que estará amenazado de desmoronamiento y luego de ruina. En definitiva, la autoridad misma del derecho está en tela de juicio. En resumidas cuentas, para codificar es necesario poner en el «órgano para licores» de Huysmans, dos granos de sueño, uno de locura y cien de realismo, si se quiere que el combinado sea potable. Esa es la receta.

Los Convenios de Ginebra proceden de la humanidad, por supuesto, pero también, en buena parte, del sentido común. Para demostrarlo, me ha ocurrido, en los seminarios, proponer a estudiantes, que aún no conocían nada de los Convenios de Ginebra imaginar lo que se debería prever para reglamentar el cautiverio de guerra. Al final del ejercicio, se daban cuenta, no sin sorpresa, que habían elaborado totalmente, en sus grandes líneas, el Convenio de 1949 sobre el trato a los prisioneros de guerra.

Asimismo, el derecho humanitario no tiene oportunidades de ser aceptado más que si se sitúa en el plano de lo universal y si se funda en principios que pertenezcan verdaderamente al acervo común de la humanidad. Se sabe, desde Pascal y Montaigne, que la moral es relativa y que varía al cruzar una cordillera. La tentación de introducir en los Convenios profesiones de fe, filosóficas o religiosas, sólo puede conducir al fracaso.

La oposición entre humanidad y necesidad nos lleva todavía a otro problema: el «progreso» de las técnicas de guerra, la invención de nuevas armas, ¿harán que se pongan en tela de juicio las conquistas del derecho humanitario? En otros términos, ¿se modificará la línea de separación de que hablaba más arriba?

Pienso que una profunda evolución de los métodos de combate comportará forzosamente, a más o menos largo plazo, una revisión de las normas jurídicas, ya que precisamente se rompe el equilibrio entre necesidad y humanidad. Pero, en cambio, los grandes principios protectores, ya «consuetudinarios en segundo grado», es decir con un valor absoluto y válido, incluso para los Estados no signatarios, seguirán siendo intangibles. Por lo tanto, sólo se tratará de una adaptación del dispositivo, de las modalidades de aplicación.

Un ejemplo: la invención de la aviación de bombardeo puso en tela de juicio el artículo 25 del Reglamento de La Haya de 1907 que prohíbe bombardear las localidades no defendidas, pero ello únicamente por lo que respecta a las localidades de retaguardia inaccesibles en aquella época. En cambio, conserva su valor por lo que respecta a las localidades afectadas por el frente, y que las tropas que avanzan deben respetar. Hoy, la nueva reglamentación, formulada en 1977, autoriza el bombardeo de los objetivos militares, pero prescribe no atacar a la población civil.

He aquí por qué las potencias, confrontadas con los problemas vitales que plantea el descubrimiento de la energía nuclear, deberían sentarse, sin demora, en torno a una mesa para legislar a este respecto, de manera completa y definitiva. No hay otra solución, si se quiere evitar al mundo la catástrofe irremediable.

Se nos ha dicho: en lugar de reglamentar la guerra, harían ustedes mejor en impedirla. Esta perentoria afirmación es tan antigua como el derecho humanitario, pero ha tomado un nuevo vigor con la prohibición de la guerra y la definición de la agresión. Es un sofisma tal que no abusaré de su tiempo para rebatirlo. En dos palabras: aunque la comunidad internacional ha proscrito la guerra, por desgracia los pueblos la hacen tanto como antes. Mientras los Estados muestren,

armándose hasta los dientes, que no han renunciado verdaderamente a ella, incluso a título defensivo, se tiene el deber absoluto de promover la salvaguardia de sus víctimas, si por desgracia estalla. Es lógico atenuar los golpes de un azote mientras todavía no ha sido destruido. En realidad, los dos esfuerzos deben hacerse paralelamente, cada uno con los medios de que se dispone.

Sin duda, se ha hecho bien en proclamar la abolición de la guerra, pero hay que saber a qué precio se paga ese gesto espectacular. Por estar condenada la agresión, nadie quiere cometer la falta de declarar la guerra, y algunos Estados niegan incluso durante mucho tiempo estar en conflicto. Y, naturalmente, dichos Estados se resisten a aplicar el derecho humanitario, temiendo que en ello se vea la prueba de su beligerancia.

Algunos nos han dicho: ¿para qué sirve desarrollar el derecho cuando en tantos lugares es pisoteado? Es cierto que el derecho humanitario no es siempre respetado. Pero esta tara corroe también las otras ramas del derecho. ¿No ha creado la sociedad un gran aparato —la justicia y la policía— únicamente previendo que el derecho será violado? A esto debe añadirse que la prensa es más ávida de lo que va mal que de lo que va bien; por consiguiente, relata sobre todo las faltas.

Dicho esto, el derecho humanitario se alza directamente contra la guerra, que ha cogido por la cintura. Ahora bien, la guerra pone en tela de juicio la existencia misma de los Estados. Implicados en una lucha a ultranza, no piensan más que en romper las trabas. Además, la guerra perturba el ejercicio de la justicia y tiende a enmascarar las infracciones cometidas, tanto más cuanto que, contrariamente a lo que ocurre en el derecho interno, el sistema de las sanciones es, también en eso, embrionario.

Por lo tanto, es más difícil hacer aplicar este derecho que otro. Pero, por lo menos, tiene el mérito de aclarar a cada uno lo que debe hacer y lo que no debe en tiempo de conflicto. Antaño, se admitían muchas cosas que hoy se consideran inadmisibles. El derecho permite también determinar las responsabilidades de cada uno.

Es tanto más meritorio cuanto que ha salvado numerosas vidas y aliviado tantas miserias. Pero, ¿qué ocurrirá en el futuro, en un mundo cada vez más implacable? Tal es la angustiosa pregunta que nos atenaza la garganta.

Ciertamente, las naciones sólo ven a menudo sus intereses más inmediatos y les cuesta trabajo levantar su mirada a nivel mundial. Ciertamente, se combate con fanatismo y se sabe que cuanto más pasión haya en los enfrentamientos menos es respetado el derecho. Ciertamente, hay en nuestros días una escalada de la violencia, llamaradas de neobarbarie y algunos llaman acciones bélicas a actos de terrorismo contra inocentes, que no son más que crímenes.

Pero exacciones ha habido en todo tiempo. Si nos parecen más numerosas, es sobre todo porque las conocemos mejor que las conocían antes. En los países donde la información es libre, se denuncian públicamente los abusos, y esto está muy bien, porque la presión de la opinión pública frena ciertos excesos.

Es verdad que esta abundancia de información comporta el riesgo de saturación, de «vacunación». Al comienzo de un conflicto, cada muerte comunicada conmueve muchísimo. Al cabo de unos días, la lista de las víctimas es sólo una estadística, sobre todo si el conflicto se desarrolla en un país lejano. El público se cansa y se vuelve indiferente.

Otro riesgo: conociendo la fuerza de la opinión, los servicios de propaganda se lanzan a manipularla y atizan, entre los pueblos enfrentados, un odio que no les encendía la guerra. Y, desde que estalla un conflicto, se denuncian sistemáticamente matanzas, torturas, se abultan los acontecimientos y, si es necesario, se inventan. Finalmente, el sufrimiento se convierte en un arma al servicio de la lucha, hasta tal punto que se reprocha al CICR que calme los espíritus, mostrando, mediante sus visitas a campamentos, la futilidad de ciertas alarmas. Ha habido incluso detenidos políticos que han exagerado sus desdichas o se han negado a mejorar su propio destino, cuando se les proporcionaban los medios, para dar a sus camaradas de combate un arma moral más contra un régimen vilipendiado.

¿Adónde vamos? ¿Habrà, por fin, en el mundo fraternidad paz, o se destruirà a sí misma la civilización? ¿Serà el « futuro sangriento », profetizado por Henry Dunant, o la edad de oro?

Sin duda, ni lo uno ni lo otro. Pero estoy persuadido de que el triunfo del derecho sobre la fuerza es la más firme esperanza que nuestra especie tiene de sobrevivir. Por eso, pensad que este derecho humanitario está en vuestras manos. Haced que viva, haced que salve, haced que irradie. Me dirijo aquí, sobre todo, a nuestra juventud, que llevará la pesada carga de construir el mundo de mañana. Todo lo que sabemos de ella nos permite confiar en el futuro.

¿Nuevas guerras, nuevas armas? La obligación de los Estados de examinar la licitud de los medios y métodos de guerra

por

ISABELLE DAOUST, ROBIN COUPLAND Y RIKKE ISHOEY

En esta época en que la naturaleza de los conflictos armados se halla en constante cambio y en que crece la disponibilidad de unos medios y métodos de guerra cada vez más perfeccionados, es imprescindible someter las nuevas armas a un riguroso examen. Esto es aún más pertinente a la luz del rápido desarrollo de la tecnología armamentista, que –como dedujera Henry Dunant ya en 1863–, aunque puede «acortar, en el futuro, la duración de las guerras es muy probable que [haga que] sus batallas sean, en cambio, mucho más mortíferas¹.

La extraordinaria propensión de los seres humanos a desarrollar nuevas armas corre a menudo pareja con los esfuerzos por limitar o regular su uso. A este respecto, es interesante señalar que, mientras se negociaba el I Convenio de Ginebra en 1864, se desarrollaba una nueva arma potencialmente devastadora. En 1863, el Ejército Imperial Ruso introdujo un proyectil que explotaba al contacto con una superficie dura. En 1867 se modificó este proyectil a fin de que hiciera explosión al contacto con un material blando, como el cuerpo humano. El reconocimiento de que ello implicaba un grave peligro para las tropas indujo al Zar de

.....

Isabelle Daoust es jurista y trabaja en la actualidad como asesora jurídica en la Unidad de Minas-Armas del CICR. Robin Coupland, cirujano y ex coordinador de las actividades quirúrgicas del CICR, ocupa actualmente el cargo de asesor del CICR en cuestiones relacionadas con la violencia armada y los efectos de las armas. Rikke Ishoei es asesor jurídico de la Cruz Roja Danesa. Las opiniones expresadas en este artículo son las de los autores y no reflejan necesariamente las del CICR, las de la Cruz Roja Danesa ni las de los Estados que se citan en él. Los autores agradecen a los diversos funcionarios gubernamentales consultados la ayuda recibida para redactar el presente artículo.

Rusia a convocar a los Estados a una Comisión Militar Internacional, cuyas deliberaciones dieron por resultado la Declaración de San Petersburgo de 1868².

La Declaración de San Petersburgo es la precursora tanto de los tratados multilaterales para el control de las armas como del Derecho de La Haya, que regulan los medios y métodos utilizados en la conducción de las hostilidades³. En sus párrafos preliminares establece el principio de que el único objetivo legítimo de la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo y que «este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o harían su muerte inevitable. Se afirma asimismo que el empleo de tales armas sería contrario a las leyes de humanidad y se prohíbe específicamente el empleo de proyectiles explosivos de un peso inferior a 400 gramos.

La Declaración de San Petersburgo es el primer instrumento internacional que alude a la importancia de examinar la licitud de las armas nuevas. Aborda el desarrollo de las futuras armas en los siguientes términos: «Las Partes contratantes o adherentes se reservan entenderse ulteriormente todas las veces que se formule una propuesta precisa con miras a perfeccionamientos venideros, que la ciencia podría aportar al armamento de las tropas, a fin de mantener los principios que han planteado y de conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad. En derecho internacional sólo puede encontrarse otra referencia a estos exámenes en el artículo 36 del Protocolo adicional I de 1977⁴, disposición a la que la mayoría de los Estados no le prestan la debida atención o importancia.

El presente artículo tiene por objeto exponer un breve resumen de los principales elementos de esta disposición, incluidos las normas y los factores que los Estados han de tener en cuenta para garantizar la conformidad de los medios y métodos de hacer la guerra con las normas relevantes del derecho internacional. También se describen las medidas adoptadas por algunos Estados para llevar a efecto el artículo 36 del Protocolo adicional I, destacando algunos rasgos comunes a estas medidas. Pero como no hay una exposición general de cómo los Estados examinan la licitud de las armas, únicamente se describen los aspectos procedimentales de los mecanismos de evaluación establecidos por algunos Estados. El artículo concluye resaltando la importancia de la aplicación del artículo 36 y de que se siga un proceder multidisciplinar para realizar los exámenes.

¹ V. H. Dunant, *Recuerdo de Solferino*, CICR Ginebra, diciembre de 1982, p. 130. La 1ª ed. francesa data de 1863.

² Declaración por la cual se renunció al empleo, en caso de guerra, de proyectiles explosivos de un peso inferior a 400 gramos; San Petersburgo, 1868 (en adelante, «Declaración de San Petersburgo»).

³ V. por ejemplo H. Durham y T. McCormack (reds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Kluwer, La Haya, 1999, pp. 66-73.

⁴ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977 (en adelante «Protocolo adicional I»).

Principales elementos del artículo 36 del Protocolo adicional I

Obligación de adoptar medidas nacionales de aplicación

De conformidad con el principio *pacta sunt servanda*, los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de un tratado. Para los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos adicionales esto significa: la adopción de una serie de medidas a nivel nacional. Éstas incluyen, entre otras, medidas legislativas para castigar a quienes cometen crímenes de guerra; medidas legislativas y administrativas para prevenir el uso abusivo de los emblemas de la cruz roja y de la media luna roja, así como de otros signos protegidos; y la asignación y formación de personal calificado en derecho internacional humanitario, en particular de asesores jurídicos en las fuerzas armadas⁵.

Los Estados también tienen la obligación de observar las normas de derecho internacional humanitario en el desarrollo y el empleo de armas y tácticas militares. A este respecto, el Protocolo adicional I contiene diversas disposiciones referentes a los métodos y medios de hacer la guerra⁶. Por ejemplo, el artículo 35 dispone que el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado. En este mismo artículo se prohíbe también el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, así como de los que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural⁷. El artículo 51 de este mismo Protocolo prohíbe el empleo de medios y métodos de combate de tal índole que alcancen indistintamente a objetivos militares y a personas civiles.

En el artículo 36 del Protocolo adicional I se estipula, en conexión con estas disposiciones, que los Estados Partes tienen la obligación de determinar si el empleo de nuevas armas o de nuevos medios o métodos de guerra se aviene con las normas del derecho internacional.

Según el contenido exacto de esta disposición se estipula que:

«Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiriera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante».

⁵ V. por ejemplo A. Segall, *Punishing Violations of International Humanitarian Law at the National Level: A Guide for Common Law States*, CICR, Ginebra, 2001, pp. 21-22.

⁶ El Protocolo adicional I no contiene, sin embargo, prohibiciones de armas específicas.

⁷ V. art. 35(2) y (3).

El enunciado de la disposición indica claramente que la obligación de realizar esos exámenes se aplica a todos los Estados Partes en el Protocolo adicional I, tanto si desarrollan y fabrican ellos mismos esas armas como si las compran⁸. Cabe señalar que algunos Estados que aún no son Partes en el Protocolo adicional I han adoptado normas nacionales a fin de garantizar que sus armas se someten a este tipo de examen.

Aunque el artículo 36 no se especifica cómo debe determinarse la licitud, presupone la adopción de medidas nacionales coherentes para evaluar si el empleo de nuevas armas y de nuevos medios y métodos de hacer la guerra está prohibido⁹. Antes incluso de que se promulgara el Protocolo adicional I, algunos Estados ya habían aprobado, o estaban estudiando la aprobación de procedimientos nacionales de examen o el establecimiento de un comité encargado de dichos exámenes¹⁰.

Normas que han de tenerse en cuenta al realizar los exámenes

El artículo 36 del Protocolo adicional I exige que se determine la eventual naturaleza ilícita, en ciertas o en todas las circunstancias, de las nuevas armas o de los nuevos medios o métodos de guerra, tanto por lo que respecta a las disposiciones del Protocolo como a cualquier otra norma de derecho internacional aplicable. El resultado del examen debe proporcionar al Estado examinador los elementos necesarios para autorizar, regular o prohibir el empleo de un arma o de un método de guerra particular, en función de las circunstancias¹¹. No obstante, si un Estado determina que ha de prohibirse el empleo de un arma particular, esa prohibición no es vinculante a nivel internacional¹².

El artículo 36 indica que los Estados deben determinar si las nuevas armas y los nuevos medios o métodos de hacer la guerra que quieren estudiar, desarrollar, adquirir o adoptar son conformes con el derecho internacional aplicable a ellos. Esto presupone, como un primer paso del proceso de examen, el estudio de las prohibiciones específicas contenidas en los tratados de derecho internacional de los que es Parte el Estado examinador, a fin de determinar cuáles prohíben o restringen el empleo de un arma o de un método de hacer la guerra.

Estos tratados incluyen, entre otros, la Declaración de San Petersburgo; las Declaraciones de La Haya de 1899; los Convenios de La Haya de 1907, incluido el Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre;

⁸ V. Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (revis. y coord.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949* (Protocolo I), CICR y Plaza y Janés Editores Colombia, S. A. Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 589.

⁹ *Ibid.*, p. 428. Las medidas tomadas por los Estados pueden variar y pueden ser de carácter

formal o informal. Más adelante se examinan con mayor detalle los procedimientos adoptados por algunos Estados.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 426-427.

¹¹ *Ibid.*, pp. 423-424.

¹² H. Leive, *Protection of War Victims: Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, Oceana Publications, Nueva York, 1980, p. 287.

el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares; la Convención de 1972 sobre las Armas Biológicas; la Convención de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles; la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus Protocolos sobre fragmentos no localizables (Protocolo I), minas, armas trampas y otros artefactos (Protocolo II, original y enmendado), armas incendiarias (Protocolo III) y armas láser cegadoras (Protocolo IV); la Convención de 1993 sobre Armas Químicas; y la Convención de 1997 sobre la Prohibición de Minas Antipersonal.

Además del derecho internacional convencional aplicable, el Estado examinador ha de tener también en cuenta las normas del derecho internacional consuetudinario relativas a los medios y métodos de hacer la guerra sometidos a examen. Sin pretender analizar a fondo qué normas son de naturaleza consuetudinaria, cabe destacar que la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre armas nucleares, catalogó algunos «principios cardinales» del derecho humanitario de consuetudinarios. Figuran entre ellos el principio de distinción y la prohibición de emplear armas que no permitan distinguir entre objetivos civiles y militares, así como la prohibición de causar sufrimientos innecesarios a los combatientes y de emplear armas que les causen daños superfluos o agraven inútilmente sus sufrimientos¹³. Estos principios están asimismo refrendados en el Protocolo adicional I.

Si las armas, los medios o los métodos de hacer la guerra que son objeto de examen no están expresamente prohibidos por normas basadas en tratados o por el derecho consuetudinario, los Estados tienen entonces que determinar su conformidad con las normas del Protocolo adicional I. Particular importancia revisten los «principios cardinales» antes mencionados, concretamente los contenidos en los artículos 35(2), 48 y 51 del Protocolo adicional I. Por lo que atañe más específicamente a la prohibición estipulada en el artículo 35(2), la Corte Internacional de Justicia señaló que serían sufrimientos innecesarios los que causarían «mayores daños que los que son inevitables para alcanzar objetivos militares legítimos»¹⁴. Dicho de otro modo, es necesario encontrar un equilibrio entre la necesidad militar y el sufrimiento causado por el arma o método de hacer la guerra, a fin de que este último no resulte excesivo con respecto a dicha necesidad.

Al realizar los exámenes, también han de tenerse en cuenta las disposiciones del Protocolo adicional I relativas a la protección del medio ambiente, tales como las estipuladas en los artículos 35(3) y 55. Estas disposiciones contienen la obligación de proteger el medio ambiente natural de daños extensos, duraderos

¹³ *La licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, Informes de la Corte Internacional de Justicia, párr. 78.

¹⁴ *Ibíd.*

y graves, y prohíben los medios y métodos de hacer la guerra concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, tales daños.

Por último, otra disposición importante que debe considerarse es el artículo 1(2) del Protocolo adicional I, conocido también como la Cláusula de Martens. Esta disposición, incluida originalmente en el II Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, establece que, cuando no se aplique ningún tratado ni ninguna norma de derecho consuetudinario, las personas civiles y los combatientes quedan «bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública». Así pues, según esto, también pueden prohibirse las armas consideradas abominables por la conciencia pública¹⁵. A este respecto, es significativo que la Corte Internacional de Justicia haya resaltado la importancia de la Cláusula de Martens, «cuya existencia y aplicabilidad continuadas no pueden ponerse en duda», asegurando que «ha demostrado ser un medio eficaz de hacer frente a la rápida evolución de la tecnología militar»¹⁶. La Corte afirmó asimismo que el derecho internacional humanitario era aplicable a todos los tipos de armas y que su «novedad» no impedía la aplicación de este cuerpo del derecho¹⁷.

Armas, medios y métodos de guerra sujetos a examen

Todas las nuevas armas o los nuevos medios o métodos de guerra –ya sean de tipo antipersonal como antimaterial– en proceso de estudio, desarrollo, adopción o adquisición, deben ser sometidos a una evaluación. Cabe interpretar el enunciado del artículo 36 del Protocolo adicional I en el sentido de que dicha determinación de la licitud debe realizarse en cada una de esas fases sucesivas¹⁸. De cualquier manera, parece lógico realizarla durante una fase temprana, es decir, durante la fase de estudio y de desarrollo, pero en todo caso antes de adoptar, adquirir o emplear los medios o métodos de hacer la guerra sometidos a examen.

El artículo 36 del Protocolo adicional I hace referencia tanto a las «armas» como a los «medios y métodos de guerra», lo que le da un amplio alcance a la disposición¹⁹. La expresión «métodos de guerra» suele significar la manera en que se emplean las armas. Como ejemplos de métodos de hacer la guerra prohibidos por el Protocolo adicional I cabe citar los ataques indiscriminados y los ataques contra las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, si esos ataques pueden causar pérdidas importantes entre la población civil y hacer padecer hambre a las personas civiles.

¹⁵ M. Dando (red.), «Non-Lethal Weapons: Technological and Operational Prospects», *Jane's Special Report*, Londres, 2000, pp. 60-65.

¹⁶ *Op. cit.* (nota 13), párrs. 78 y 87.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 86.

¹⁸ Este fue el argumento sueco: *op. cit.* (nota 12), p. 285.

¹⁹ No está muy clara la diferencia entre los términos «armas» y «medios de guerra».

Pese a que el artículo 36 habla de «nuevas» armas y «nuevos» medios y métodos de guerra, el alcance de esta disposición no se limita a los nuevos tipos de armas o a las armas del futuro²⁰. La disposición puede cubrir también las armas existentes, como las que han sido modificadas posteriormente a la evaluación inicial. En consecuencia, el término «nueva(o)» no debe entenderse en el sentido estrictamente técnico, ya que cualquier arma puede ser «nueva» para un Estado que tiene la intención de adquirirla²¹.

Aunque el artículo 36 no lo exija específicamente, convendría que los Estados determinaran también la licitud de las armas que van a exportar²². Esto estaría en consonancia con la obligación que tienen los Estados, en virtud del artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo adicional I, de «respetar y hacer respetar» esos tratados.

La necesidad de un enfoque multidisciplinar

Además de las normas que acabamos de mencionar, hay que alentar a los Estados a que, al efectuar los exámenes, aborden una amplia gama de cuestiones, incluidas varias de índole militar y técnica, así como relacionadas con la salud. Convendría, por ejemplo, evaluar qué uso pretende dársele a una nueva arma en contextos diferentes; los factores que favorecen su desarrollo, adopción o adquisición, y si es posible lograr los mismos propósitos militares valiéndose de otros medios o métodos de guerra. También deberían tenerse en cuenta las repercusiones que pueda tener la proliferación de esa arma.

Otras cuestiones importantes que deben considerarse son los efectos de los medios y métodos de guerra sobre la salud y el bienestar de los individuos y la población, así como sobre el medio ambiente. Por lo que atañe a los primeros, se han de tener en cuenta los mecanismos para lesionar: si es mediante proyectiles, la fuerza explosiva o por cualquier otro medio. Si se concibe una nueva arma o un nuevo método de guerra para atacar a las personas, hay que efectuar una evaluación de la mortalidad y de los tipos de heridas y discapacidades que pueden resultar de su empleo en combate. Otro aspecto que se debe examinar es si la ventaja militar que brindan las armas o los métodos en cuestión prevalecen sobre la magnitud de las heridas y los sufrimientos que causen a los combatientes o civiles.

Mediante su proyecto SIrUS²³, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) trató de objetivar algunas de estas cuestiones relacionadas con la salud. Los resultados de este proyecto demostraron que los efectos mensurables que producen sobre la salud ciertas armas, como fusiles, morteros, bombas y obuses,

²⁰ Las armas futuras agrupadas bajo la expresión general de «armas no letales» han de examinarse, de conformidad con el art. 36 del Protocolo adicional I.

²¹ *Op. cit.* (nota 18), p. 525.

²² *Ibid.*, p. 426.

²³ El nombre del proyecto viene de «**S**uperfluous **I**njury or **U**nnecessary **S**uffering». V. también R. Coupland (red.), *Proyecto SIrUS para determinar qué armas causan «males superfluos o sufrimientos innecesarios»*, CICR, Ginebra, 1998.

comúnmente utilizadas durante los últimos cincuenta años, son uniformes en muchos sentidos. El proyecto proponía reconocer el hecho de que los efectos de otras armas, tales como las armas incendiarias y las armas láser antipersonal, cuyo efecto se logra por otros medios distintos que la transferencia de energía cinética, son fundamentalmente diferentes. Por consiguiente, en el proyecto SIrUS se hacía la distinción entre los efectos de las armas que causan lesiones por proyectiles explosivos y las que las lesionan por otros medios. Se puso asimismo de relieve que, al determinar la licitud de las armas²⁴, deben tenerse en cuenta los efectos de las armas atribuibles a su finalidad (los «efectos en función de la finalidad»).

Evidentemente, los órganos de evaluación tendrán que disponer de las competencias necesarias para analizar detenidamente estas cuestiones. Hay que destacar que una de las principales conclusiones a las que se llegó durante una reunión de expertos organizada por el CICR en enero de 2001²⁵, fue la necesidad de realizar exámenes particularmente rigurosos y multidisciplinarios, en especial cuando las armas causan lesiones por medios diferentes de la explosión, los proyectiles o las quemaduras, y tienen efectos desconocidos²⁶.

La experiencia de algunos Estados²⁷

En relación con el artículo 36 del Protocolo adicional I, pocos Estados tienen experiencia en su aplicación. Los procedimientos que se analizan a continuación se seleccionaron basándose en las informaciones facilitadas por Australia, Noruega, Suecia y los Estados Unidos. Según la información disponible, Bélgica, Canadá, Dinamarca y los Países Bajos están asimismo entre los países que poseen mecanismos o procedimientos nacionales para evaluar la licitud de las armas.

²⁴ Es interesante señalar que algunas armas que no producen lesiones por transferencia de energía cinética han sido estigmatizadas o prohibidas o se ha intentado prohibirlas.

²⁵ Para un breve resumen de esta reunión, v. I. Daoust, «ICRC Expert Meeting on Legal Reviews of Weapons and the SIrUS Project», *IRRC*, n° 83, 2001, pp. 539-542.

²⁶ V. el resumen analítico del CICR de la reunión de expertos sobre los exámenes de la licitud de las armas y el proyecto SIrUS, celebrada del 29 al 31 de enero de 2001 en Jongny sur Vevey, Suiza. Si bien las propuestas específicas contenidas en el Proyecto SIrUS no tuvieron amplia aceptación durante esta reunión, todos los expertos reconocieron la importancia que tiene el cumplimiento del art. 36 del Protocolo adicional I. V. además las propuestas conteni-

das en el documento publicado por el CICR en enero de 2000, tras la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, bajo el título «The SIrUS Project and reviewing the legality of new weapons».

²⁷ La información contenida en esta sección fue publicada con anterioridad por la Cruz Roja Danesa y el Comité de la Cruz Roja Danesa para el Derecho Internacional Humanitario, en un informe titulado «*Reviewing the Legality of New Weapons*», Copenhague, enero de 2001. Se está preparando una versión revisada de este informe, que incluirá información sobre los mecanismos nacionales de examen adoptados por otros Estados, así como un estudio sobre eventuales iniciativas internacionales para promover el cumplimiento del art. 36 del Protocolo adicional I.

Suecia

Suecia fue el primer país que instituyó un cuerpo decisorio independiente, encargado de examinar la licitud de las armas. En 1974, tres años antes de la aprobación del Protocolo adicional I²⁸, se creó la Delegación para la Supervisión de los Proyectos de Armas a la luz del DIH (la «Delegación»). La decisión de constituir esta Delegación se tomó después de que Suecia hiciera una evaluación crítica del empleo de ciertas armas por las partes implicadas en la guerra de Vietnam, y para garantizar que los medios y métodos de guerra utilizados por las Fuerzas Armadas suecas cumplieren sus obligaciones internacionales.

El Gobierno sueco escoge a los miembros de la Delegación, compuesta de expertos jurídicos, militares y médicos, así como de expertos en armas²⁹. La Delegación se reúne por lo menos tres o cuatro veces al año y toma sus decisiones por consenso.

La Delegación evalúa toda nueva arma que vaya a ser empleada en Suecia por las Fuerzas Armadas suecas, la Policía y el Servicio de Guardacostas. Puede también evaluar armas compradas por las fuerzas armadas sin contar con la participación de la Dirección de Intendencia de las Fuerzas Armadas, es decir, armas adquiridas fuera de Suecia. Por otra parte, la Delegación no evalúa armas exclusivamente destinadas a la exportación y que no se emplean en Suecia, que deben ser aprobadas por otro cuerpo, a saber, la Inspección Nacional de Productos Estratégicos.

Las Fuerzas Armadas, la Administración de Material de Defensa y el Instituto de Investigación de las Fuerzas Armadas deben notificar a la Delegación cualquier nueva arma, «especialmente antipersonal», que esté en proceso de desarrollo o de producción³⁰. Para realizar sus exámenes, la Delegación puede solicitar mayor información a esas instituciones o recurrir a otras fuentes, e incluso a expertos independientes. La Delegación goza asimismo de un derecho de iniciativa y puede evaluar cualquier arma de la que tenga conocimiento.

Los exámenes de las armas se llevan a cabo en una fase temprana. Aunque la Delegación no tiene la facultad de detener la producción de un arma, puede notificar al Gobierno cualquier problema detectado a raíz de un examen. Las decisiones de la Delegación pueden ser apeladas ante el Gobierno.

²⁸ V. Ley sobre la Evaluación Jurídica de los Proyectos de Armas. El presidente y el secretario de la Delegación suministraron información adicional.

²⁹ La Delegación está integrada por el director de los Servicios de Salud Pública, el ingeniero jefe y representantes de las fuerzas armadas y de los Ministerios de Defensa y de Rela-

ciones Exteriores. Representantes del Ministerio de Defensa presiden la Delegación y ejercen las funciones de Secretaría.

³⁰ Según el presidente de la Delegación, el término «especialmente» debe interpretarse en sentido lato y tiene que examinarse cualquier arma que plantee problemas de licitud.

Habida cuenta de que la Delegación es una autoridad gubernamental, está sujeta al principio de acceso público a los documentos oficiales³¹. Todos los documentos de la Delegación son registrados y ese registro está abierto al público. Las solicitudes de divulgación de información se evalúan según los criterios establecidos en la Ley sueca sobre materias secretas.

Estados Unidos

Sin ser aún Parte en el Protocolo adicional I, los Estados Unidos han adoptado procedimientos para garantizar que se sometan las armas a examen a fin de determinar su licitud. El Programa de Examen de Armas se estableció en 1974 como consecuencia de la guerra de Vietnam, que indujo al Departamento (Ministerio) de Defensa a evaluar el cumplimiento por los Estados Unidos de sus obligaciones respecto del derecho de la guerra³². En aquella época, el Departamento de Defensa promulgó una directriz sobre el examen de la licitud de las armas, que se aplicó simultáneamente mediante instrucciones que publicaron, por separado, cada uno de los tres Departamentos (Ministerios) militares (es decir, el Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea). En 1966, se incorporaron al Reglamento de Adquisiciones del Departamento de Defensa los requisitos para estos exámenes³³.

En los Estados Unidos, los exámenes de licitud de las armas corren a cargo del poder ejecutivo. Si más de un Departamento militar está interesado en la adquisición de un arma, el Departamento que tiene la responsabilidad directa realiza el examen en coordinación con los otros Departamentos concernidos.

El auditor general de guerra del Departamento que tiene la responsabilidad primaria de la adquisición de un arma es el encargado de determinar su licitud. Si durante la realización de los exámenes surgen problemas jurídicos importantes, se efectúan consultas de coordinación entre las Auditorías Generales de Guerra, el Consejo General del Departamento de Defensa y, si procede, la Asesoría Jurídica del Departamento de Estado³⁴.

³¹ La Ley sobre la Libertad de Prensa y sus disposiciones acerca de la naturaleza pública de los documentos permite presentar solicitudes anónimas y generales de acceso a la información.

³² En esta sección, se prefiere la expresión «derecho de la guerra» a la de «derecho internacional humanitario» por ser la que suelen usar, en los Estados Unidos, el Departamento (Ministerio) del Ejército y la Auditoría General de Guerra.

³³ V. la Instrucción 5500.15 (16 de octubre de 1974) del Departamento de Defensa, la Directiva 5000.1 (15 de marzo de 1996) del Departamento de Defensa, la Ordenanza nº 2753 (1

febrero de 1979) del Departamento del Ejército y la Instrucción 5000.2 (23 de octubre de 2000) del Departamento de Defensa. La Auditoría General de Guerra del Departamento del Ejército proporcionó información adicional.

³⁴ El jefe de la Auditoría General de Guerra debe velar por que las actividades que planteen fundados problemas de cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos de control de armas de los que son Parte los Estados Unidos, cuenten con la autorización del subsecretario de Defensa para Adquisiciones y Tecnología, en coordinación con el Consejo General de la Secretaría de Defensa y el subsecretario de Defensa (Directrices).

Informaciones sobre cuestiones de índole jurídica o técnica se obtienen de expertos en medicina, medio ambiente o ingeniería. Si se requiere información adicional sobre el propósito del arma y sus características, puede solicitarse al fabricante. En ciertos casos, el Departamento militar competente puede realizar pruebas adicionales para aclarar cuestiones específicas.

El Departamento de Defensa y las Auditorías Generales de Guerra han hecho hincapié en que los exámenes de licitud de las armas deben ser proactivos y realizarse de «arriba-abajo», para que sean eficaces. A todos los niveles es necesario conocer el derecho de la guerra y los procedimientos de evaluación. En los procedimientos de adquisiciones se han incluido referencias al derecho de la guerra, y los productores y concesionarios de armas deben recibir información sobre los procedimientos de evaluación.

Todas las armas, municiones y sistemas de armas destinadas a ser empleadas en conflictos armados han de someterse a examen. El sistema de adquisiciones del Departamento de Defensa contiene al respecto varios jalones a lo largo de todo el proceso de adquisición, desde la fase de investigación y desarrollo, hasta la de pruebas y evaluación, antes de que se firme un contrato de adquisición. Por consiguiente, el examen se realiza en la fase más temprana posible y, si se introducen cambios sustanciales en las armas existentes, se pueden realizar nuevos exámenes. Se recomienda asimismo la evaluación de tecnologías nuevas, avanzadas o emergentes que puedan dar lugar al desarrollo de armas o sistemas de armas.

No pueden adquirirse nuevas armas sin un examen satisfactorio de su licitud. Estos exámenes pueden evitar la adquisición de un arma o determinar si hay que retirarla del arsenal. Además, se puede postergar la adquisición de un arma si se considera inadecuada la información sobre ella.

Aunque no exista un proceso formal de apelación, el encargado de un proyecto puede solicitar un nuevo examen de licitud basándose en datos nuevos o adicionales.

Todos los expedientes relativos a los exámenes se guardan en archivos. La mayoría de los informes sobre estos exámenes no son secretos y, de conformidad con la Ley de los Estados Unidos sobre la Libertad de Información, son accesibles al público.

Noruega

En Noruega, mediante una directriz promulgada por el Departamento de Defensa³⁵, se creó en 1994 un comité para la evaluar la licitud de las nuevas armas y los nuevos medios y métodos de guerra (el «Comité»). Al inicio, el Comité dependía directamente del Departamento de Defensa, pero una nueva directriz

³⁵ Directriz del 6 de octubre de 1994 relativa al Comité del Departamento de Defensa para la evaluación de los aspectos jurídicos de las

nuevas armas, los medios y los métodos de guerra. El presidente del Comité suministró información adicional.

promulgada en octubre de 1998 permitió realizar el proceso de evaluación en el seno de las Fuerzas Armadas noruegas. Esta decisión iba acompañada de la exigencia de que las Fuerzas Armadas presenten un informe anual al jefe de la Defensa, quien a su vez debe dar cuenta al Departamento de Defensa. El Comité es operativo desde el 1 de enero de 1999³⁶.

El Comité está presidido por la Oficina de Servicios Jurídicos del Mando de la Defensa. Entre sus miembros hay representantes del Centro de Investigaciones de la Defensa, de la Dirección de Intendencia del Ejército, de la División de Gestión de Recursos Logísticos y de la Escuela de Estado Mayor de la Defensa³⁷. Estos diversos organismos deciden quién los representará en el Comité. El Departamento de Defensa no tiene representación en él.

Los exámenes se realizan en la fase más temprana posible, según se trate de evaluar un arma, un método de empleo o de una doctrina militar. Todas las armas utilizadas por las Fuerzas Armadas noruegas, sean éstas antipersonal o anti-material, deben ser evaluadas. En caso de necesidad, también se examinan armas, medios y métodos ya empleados, lo que sería preciso si Noruega contrae, por ejemplo, nuevas obligaciones internacionales. Hay que aclarar y evaluar cualquier problema de interoperatividad que pueda surgir en cooperación con las fuerzas armadas de otros Estados, especialmente si los compromisos de estos últimos en materia de derecho internacional difieren de los contraídos por Noruega.

El Departamento de Defensa aprueba las adquisiciones de armas a la vista de la descripción del proyecto que deben remitirle los encargados de su elaboración en las fuerzas de defensa, la cual ha de incluir información detallada sobre los exámenes de licitud³⁸. El Comité ha compilado una serie de directrices generales y específicas sobre los aspectos jurídicos de los exámenes de licitud, destinadas a los responsables de la adquisición de nuevo armamento y del desarrollo de doctrinas militares. Por otra parte, el Departamento de Defensa puede solicitar, en cualquier momento, al jefe de la Defensa la realización de un examen de licitud.

El Comité no tiene potestad de detener la producción de un arma si no cumple sus requisitos o si no se ha sometido a examen. Las recomendaciones del Comité no son decisiones y, por ende, no pueden ser apeladas.

³⁶ El Comité cambió su nombre por el de «Comité del Jefe de la Defensa para la evaluación de los aspectos jurídicos de las nuevas armas, medios y métodos de guerra». V. la Directriz del Departamento de Defensa del 2 de noviembre de 1998 sobre la evaluación de los medios y métodos de guerra a la luz del derecho internacional y la Directriz del jefe de la Defensa del 28 de junio de 1999 relativa a la evaluación de los medios y métodos de guerra a la luz del derecho internacional. Esta información

fue suministrada por el Mando Noruego de la Defensa.

³⁷ Se espera que, en el futuro, se incluya un miembro de los Servicios Médicos del Ejército. Para realizar los exámenes, puede también recurrirse, si es necesario, a expertos independientes.

³⁸ V. Directriz del 2 de noviembre de 1998 sobre la evaluación de los medios y métodos de guerra a la luz del derecho internacional, *op. cit.* (nota 36).

Dado que el Comité da cuenta al jefe de la Defensa, los informes de los exámenes no están sometidos *per se* a la Ley noruega sobre la Información y por lo general, no están disponibles para el público. Sin embargo, esta ley cubre el informe del jefe de la Defensa al Departamento de Defensa, que está sujeto a las normas referentes a la exclusión de la información confidencial.

Australia³⁹

En Australia, toda arma en proceso de desarrollo o de adquisición debe ser evaluada antes de introducirla en el inventario de las Fuerzas de Defensa⁴⁰. Los exámenes de licitud de las armas son competencia exclusiva del Departamento de Defensa. Representantes designados de las Fuerzas de Defensa y de la Oficina Jurídica deben reunirse periódicamente, al menos una vez al año, para estudiar toda propuesta de modificación o incremento de la capacidad de combate disponible.

Para facilitar los exámenes, se recaba información detallada acerca del arma en evaluación. Estos datos se obtienen, en general, del fabricante y de otras fuerzas armadas, o valiéndose de la bibliografía especializada, la opinión de expertos u otras fuentes fidedignas.

La Oficina Jurídica del Departamento de Defensa elabora, además, un listado de preguntas a fin de evaluar la licitud de las nuevas armas. He aquí algunas de ellas:

- ¿Cuál es el propósito de la nueva arma?
- ¿Qué factores respaldan la introducción de la nueva arma?
- ¿De qué tipo de mecanismo dispone la nueva arma para causar daño (explosión, fragmentación, etc.)?
- ¿Se ha concebido específicamente la nueva arma para lesionar a las personas?
- ¿Qué tipo de lesiones puede la nueva arma ocasionar a las personas?
- ¿Qué otras armas, si existen, permitirían alcanzar el mismo objetivo que la nueva arma?
- ¿Han adoptado la nueva arma las fuerzas armadas de otros Estados u otros organismos en Australia o en el extranjero? En caso afirmativo, ¿cuáles?
- ¿Hay datos disponibles sobre la evaluación de la nueva arma por las fuerzas armadas de otros Estados o por otros organismos australianos o extranjeros?

³⁹ La información relativa a los exámenes de licitud de las armas en Australia se basa principalmente en un documento de información básica del profesor Tim McCormack, titular de la cátedra de derecho internacional humanitario de la Cruz Roja Australiana en la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne, titulado «Integrating the SIRUS Project into national review processes: The Australian approach» y presentado durante un taller celebrado en el

marco de la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. El profesor McCormack y el teniente coronel Michael Kelly tuvieron la amabilidad de proporcionar información adicional.

⁴⁰ Los exámenes se llevan a cabo antes de la adquisición. La determinación de la licitud de un arma puede requerir un largo período de pruebas de campo y de otros ensayos.

Además de estas preguntas, las personas que participan en la realización del examen reciben directrices con indicaciones sobre cómo evaluar la información recopilada, así como con un resumen de criterios jurídicos pertinentes. También se incluyen algunos ejemplos de evaluaciones ya realizadas.

Aunque la decisión final no es jurídicamente vinculante, un resultado negativo impediría la adquisición del arma, siempre que la opinión jurídica no comporte contradicción alguna. Pese a que no existe un proceso formal de apelación, antes de proceder a la adquisición se puede solicitar un asesoramiento adicional.

Por último, en la Oficina Jurídica de la Defensa se encuentra un registro completo de todos los exámenes de armas practicados. Dada la potencial utilidad de esta información, se considera grave el hecho de retenerla.

Rasgos comunes a estos procedimientos

Como evidencian los procedimientos de evaluación que acabamos de describir, las medidas adoptadas por cada Estado varían de un país a otro, pero tienen algunas características comunes.

En primer lugar, cabe señalar que los exámenes de las armas los realiza, en general, el Ministerio de Defensa y/o las fuerzas armadas y que, para este proceso, se recurre también a la competencia de otros Ministerios interesados, en particular a expertos médicos, técnicos y medioambientales. Como se ha indicado, una de las conclusiones más importantes de la reunión de expertos convocada por el CICR⁴¹ en enero de 2001, fue la importancia de un enfoque multidisciplinar de los exámenes.

En segundo lugar, es de vital importancia realizar estos exámenes a su debido tiempo. Es fundamental llevarlos a cabo en la fase más temprana posible, bien sea durante el estudio y desarrollo de las armas, o bien en el momento de adquirirlas o adoptarlas, pero en todo caso, antes de desplegarlas. Este proceder es también lógico desde el punto de vista costo-beneficio, pues se puede disuadir así a los fabricantes de desarrollar y producir armas que las fuerzas armadas no pueden o no quieren usar.

En tercer lugar, también es conveniente que los exámenes de armas sean transparentes. Varios países han comprobado que es posible garantizar cierto grado de transparencia sin comprometer intereses legítimos en materia de seguridad. Tal es el caso de Suecia, por ejemplo, donde se evalúa una solicitud de divulgación de información en contra de los criterios establecidos en la Ley sueca sobre secretos. Análogamente, en los Estados Unidos, gran parte de los exámenes de armas no son materia reservada y pueden ser divulgados al amparo de la Ley sobre la libertad de información.

⁴¹ V. Informe del CICR sobre la Reunión de Expertos, *op. cit.*, (nota 26).

Conclusiones

Veinticinco años después de la aprobación del Protocolo adicional I, sólo algunos Estados han tomado medidas para examinar la licitud de las armas, lo que puede tener diferentes explicaciones. Por ejemplo, los Estados que no desarrollan ni fabrican armas, sino que las compran a otros, pueden confiar en los exámenes que realizan éstos. Así pues, pueden considerar innecesario tomar medidas de aplicación del artículo 36 del Protocolo adicional I. Por otra parte, es posible que los Estados evalúen *de facto* la licitud de las armas sin que hayan aprobado procedimientos formales para ello a nivel nacional, por lo cual no es quizá fácil obtener información al respecto.

Esta falta de información, sumada al hecho de que el conocimiento del artículo 36 del Protocolo adicional I no está muy divulgado entre los Estados, puede ser la causa del actual nivel de cumplimiento de esta disposición. Sin embargo, en respuesta a las propuestas presentadas por Suecia y el CICR, los Estados reiteraron recientemente la importancia que tiene la realización de exámenes de licitud de las armas con ocasión de la Segunda Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales, celebrada en Ginebra del 11 al 21 de diciembre de 2001. En su Declaración Final, la Conferencia instó a los Estados que aún no lo hacen a examinar, como dispone el 36 del Protocolo adicional I, la licitud de las nuevas armas y los nuevos medios o métodos de guerra, a fin de verificar su conformidad con las normas del DIH o con otras normas aplicables del derecho internacional⁴².

Habida cuenta de los rápidos avances tecnológicos en el ámbito de los armamentos, el cumplimiento del artículo 36 del Protocolo adicional I cobra hoy particular importancia. Se esperan mayores esfuerzos para recabar y compartir información sobre los procedimientos nacionales de evaluación vigentes. Esto permitiría entender mejor cómo se realizan y cómo se podrían mejorar los exámenes, y facilitaría la cooperación entre los Estados. Estos esfuerzos deben incluir también la difusión del artículo 36 del Protocolo adicional I, a fin de alentar a los Estados que aún no lo hayan hecho a adoptar mecanismos nacionales de evaluación. Por otra parte, el enfoque multidisciplinar, con participación, en particular, de juriconsultos, militares, profesionales de la salud, expertos en el medio ambiente e ingenieros, debe considerarse como un elemento esencial de todos los exámenes que se realicen.

La guerra de la información: los ataques por vía informática y el *jus in bello*

por

MICHAEL N. SCHMITT

Más allá de los debates en curso sobre la existencia o inexistencia de una "revolución en asuntos militares", es innegable que las guerras del siglo XXI serán muy diferentes de las que caracterizaron al siglo XX. Los trágicos ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 y sus secuelas son el tema dominante en las noticias en estos comienzos del nuevo siglo. En el futuro, quizá sea tan digno de destacar el desarrollo de "guerras de la información" como medio de combate¹. Esto planteará problemas a la doctrina vigente sobre la conducción de la guerra, exigirá que se revise el concepto de espacio de batalla y ampliará la gama de métodos y medios de guerra existentes. Particularmente importante será el impacto de la guerra de la información en los principios en que se basa el derecho internacional humanitario, y viceversa.

La guerra de la información es, en pocas palabras, un subconjunto de operaciones de información que pueden definirse como "las acciones que se realizan para alterar la información y los sistemas de información del adversario, mientras se protege la información y los sistemas de información propios"². Tales operaciones abarcan prácticamente toda medida no consensual cuyo objetivo sea descubrir, alterar, destruir, interrumpir o transferir datos almacenados en un ordenador, o procesados o transmitidos por él. Pueden efectuarse en tiempo de paz, durante una crisis o en las etapas estratégica, operativa o táctica de un conflicto armado³. Las operaciones de información se distinguen por lo que alteran o protegen: la información.

.....

MICHAEL N. SCHMITT es profesor de derecho internacional y director del Programa para Directivos en Asuntos Internacionales y de Seguridad en el Centro Europeo de Estudios de Seguridad George C. Marshall, Garmisch-Partenkirchen, Alemania.

El concepto de guerra de la información es más acotado. Consiste en "operaciones de información que se efectúan en tiempo de crisis o conflicto para alcanzar o promover objetivos específicos contra uno o varios adversarios concretos"⁴. Se establece, pues, la diferencia entre la guerra de la información y otras operaciones por el contexto en el que se realiza, una crisis o un conflicto. El espionaje habitual que se efectúa en tiempo de paz, por ejemplo, es una operación de información que no forma parte de la guerra de la información, a no ser que se lleve a cabo durante una crisis o un conflicto armado.

Los ataques a través de redes informáticas (ARI), que pueden considerarse como guerra de la información o como simples operaciones de información, son acciones destinadas a "perturbar, rechazar, deteriorar o destruir la información

¹ En la Estrategia Militar Nacional de Estados Unidos, se cita la superioridad de la información como un elemento clave de su estrategia para este siglo. "La superioridad de información es la capacidad de recopilar, procesar y difundir un flujo ininterrumpido de información precisa y fiable, mientras se explota y se priva al adversario la capacidad de hacer lo mismo". Junta de Jefes de Estado Mayor, Estrategia Militar Nacional (1997), <http://www.dtic.mil/jcs/nms/strategy.htm>, en un punto y aparte. Para una excelente compilación de ensayos sobre la naturaleza de la guerra en el siglo XXI, v. Robert H. Scales (red.), *Future War Anthology*, Carlisle Barracks, Pa., US Army College, 2000. Para la cuestión específica de la información y los conflictos, v. Stephan Metz, *Armed Conflict in the 21st Century: The Information Revolution and PostModern Warfare*, Carlisle Barracks, Pa., US Army College, 2000; William A. Owens y Edward Offley, *Lifting the Fog of War*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2000; Thomas E. Copeland (red.), *The Information Revolution and National Security*, Carlisle Barracks, Pa., US Army College, 2000; David S. Alberts, John J. Gartska y Frederick P. Stein, *Network Centric Warfare: Developing and Leveraging Information Superiority*, 44ISR Cooperative Research Program, Washington D.C., 1999; Dan Kuehl, *Strategic Information Warfare: A Concept*, Documento de Trabajo 322, Strategic & Defence Studies Centre, Universidad Nacional Australiana, Canberra, 1999; Zalmay Khalizad y John White (reds.), *Strategic Appraisal: The Changing Role of Information Warfare*, RAND, Santa Mónica, 1999; Dorothy E. Denning, *Information Warfare and Security*, ACM Press, Nueva York,

1999; James Adams, *The Next World War: Computer are the Weapons and the Front Line is Everywhere*, Simon & Schuster, Nueva York, 1998.

² Junta de Jefes de Estado Mayor, *Department of Defence Dictionary of Military and Associated Terms*, Joint Publication 102, 12 de abril de 2001, p. 203 (en adelante, JP 1-02). Las operaciones que pueden constituir operaciones de información abarcan: operaciones de seguridad, operaciones psicológicas, engaño militar, guerra electrónica, ataque físico y ataque por red informática. V. Junta de Jefes de Estado Mayor, *Joint Doctrine for Information Operations*, Joint Publication 313, octubre de 1998, en I-9 (en adelante, JP 3-13).

³ A nivel estratégico, las operaciones de información pueden emplearse para "alcanzar objetivos nacionales, influyendo en todos los elementos (políticos, militares, económicos o relacionados con la información) del poder nacional de un adversario o de un potencial adversario, al tiempo que se protegen elementos similares propios". A nivel operacional, las operaciones de información se proponen "alterar las líneas de comunicación, de logística, de mando y de control del adversario, así como las capacidades y actividades relacionadas, al tiempo que se protegen las capacidades y actividades similares propias". Por último, a nivel táctico, el objetivo es alterar "la información y los sistemas de información relacionados con la cadena de mando y control, los servicios de información y los procesos vinculados con la información directamente relacionados con la conducción de operaciones militares...", JP 3-13, *op.cit.* (nota 2), en I-2 y I-3.

⁴ JP 1-02, *op.cit.* (nota 2), p. 203.

contenida en ordenadores o en redes informáticas, o los propios ordenadores y redes informáticas"⁵. La esencia de los ARI es que, independientemente del contexto en que se efectúen, hay que disponer de un flujo de datos para ejecutar el ataque⁶. Así pues, el *medio* empleado distingue a los ARI de otros tipos de operaciones de información. Los medios son muy variados y abarcan, entre otros recursos, la obtención de acceso a un sistema informático a fin de controlarlo, transmitir virus y destruir o alterar datos, empleando bombas lógicas, que permanecen inactivas en un sistema hasta que se activan cuando ocurre un hecho particular o en el momento prefijado, insertando gusanos, que se reproducen tras entrar en un sistema y sobrecargan la red, y empleando programas husmeadores para interceptar y/o captar datos.

En este artículo se examina la cuestión del empleo de los ARI durante los conflictos armados *internacionales* sólo desde el punto de vista del *jus in bello*, es decir, del ordenamiento jurídico que trata de lo que está permitido, o no, durante las hostilidades, independientemente de la licitud del recurso inicial a la fuerza por parte de los beligerantes⁷. Así pues, el debate gira en torno al empleo de los ARI en el contexto de un conflicto armado entre Estados. Además, en este artículo nos proponemos analizar la *lex lata*, más que la *lex ferenda*. Aunque la promulgación de una *lex ferenda* es un proyecto especialmente útil, dado que la índole

5 En *ibíd.*, p. 88, *The USAF Intelligence Targeting Guide*, AF Pamphlet 14-210, 1 de febrero de 1998, párr. 11.4.3, se hace referencia a los siguientes conceptos de empleo de la guerra de la información:

Corrupción – Alteración del contenido de la información; manipulación de los datos para volverlos imprecisos o absurdos. Destrucción de conocimientos existentes.

Engaño – Tipo específico de corrupción; alteración o añadido de información para describir una situación distinta de la real. Creación de conocimientos falsos para realizar suplantaciones.

Demoras – Provocar la demora reversible del flujo de información a través del sistema; demorar la adquisición y la difusión de conocimientos nuevos.

Privación – Detención reversible del flujo de la información durante un período de tiempo; aunque la información se pueda transmitir y emplear en un territorio amigo, se priva al adversario del acceso a dicha información. Se impide la adquisición y la difusión de nuevos conocimientos.

Alteración – Reducción de la capacidad de proveer y/o de procesar información (reversible). Es una combinación de demora y corrupción. Demora de la adquisición y difusión de

nuevos conocimientos y destrucción de los conocimientos existentes.

Degradación – Reducción permanente de la capacidad de proveer y/o de procesar información.

Destrucción – Destrucción de información antes de que pueda ser transmitida; eliminación permanente de la capacidad de facilitar y/o de procesar información.

6 Por ende, un ataque electrónico (AE) no correspondería a esta categoría. Por ejemplo, el empleo de fuerza electromagnética para destruir los componentes electrónicos de un ordenador sería un AE, mientras que la transmisión de un código o de instrucciones a la unidad central de procesamiento de un sistema para causar la interrupción del abastecimiento de energía sería un ARI. *Ibíd.*

7 Sobre los ARI y el *jus ad bellum*, o sea, las normas jurídicas internacionales que regulan la licitud del recurso a la fuerza por parte de los Estados, v. Michael N. Schmitt, "Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework", *Colombia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999, p. 885; Richard Aldrich, "How Do You Know You are at War in the Information Age?", *Houston Journal of International Law*, vol. 22, 2000, p. 223.

de las guerras evoluciona⁸, nuestro objetivo aquí es analizar simplemente la aplicabilidad del derecho humanitario vigente a los ataques por vía informática y determinar cualquier laguna prescriptiva que pueda existir al respecto.

Aplicabilidad del derecho humanitario a los ataques a través de redes informáticas

La cuestión inicial es determinar si un ataque por vía informática está sujeto al derecho humanitario. Para comenzar, no existe disposición alguna en ningún instrumento de derecho humanitario que reglamente directamente la cuestión de los ARI o, lo que es lo mismo, la guerra o las operaciones de información, lo que puede indicar que los ARI aún no están reglamentados durante los conflictos armados. Además, se podría argüir que el desarrollo y el empleo de los ARI son posteriores al derecho convencional vigente, por lo cual las Partes no los tuvieron en cuenta para incluirlos en esos instrumentos. Una tercera posible explicación de la inaplicabilidad es que el derecho humanitario está concebido para reglamentar los métodos y medios de guerra que son cinéticos por naturaleza. Dado que los ARI tienen muy poco de "físicos", los ataques por ordenadores quedan fuera del ámbito del derecho humanitario⁹. En otras palabras, el derecho humanitario se aplica a los conflictos armados, y un ataque a través de una red informática no es "armado".

Las dos primeras posibilidades son fácilmente refutables. El hecho de que los convenios existentes no mencionen los ARI es poco significativo. En primer lugar, la cláusula de Martens, principio ampliamente aceptado de derecho humanitario, estipula que, cuando una situación no esté prevista en un acuerdo internacional, "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"¹⁰.

⁸ Para un debate sobre los ARI en el contexto del derecho y de la ética, que concluye en que se necesita un nuevo convenio, v. William J. Bayles, "The Ethics of Computer Network Attack", *Parameters*, primavera de 2001, p. 44.

⁹ Sobre esta cuestión, v. Emily Haslam, "Information Warfare: Technological Changes and International Law", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 5, 2000, p. 157. V. en particular el debate que plantea sobre las observaciones que hacen Richard Aldrich en "The International Legal Implications of Information Warfare", *Airpower Journal*, otoño de 1996, p. 99; y Mark Shulman, "Discrimination in the Laws of Information Warfare", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999, p. 939.

¹⁰ Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos ar-

mados internacionales, art. 1 (2), 12 de diciembre de 1977 (en adelante, Protocolo adicional I). La redacción original de la cláusula de Martens, que figura en el IV Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, reza así: "las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública", reimpresso en Adam Roberts y Richard Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 67. (La versión en español se ha tomado del Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, CICR, 13ª ed., Ginebra, 1994, p. 303).

Según esta norma, todo lo que ocurra durante un conflicto armado está sujeto a la aplicación de los principios del derecho humanitario; no existe vacío jurídico alguno. La aceptación de la "costumbre internacional" como fuente de derecho, que se establece en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también demuestra la falsedad de cualquier defensa de la inaplicabilidad basándose en la ausencia de una *lex scripta* específica¹¹.

Los argumentos que se fundan en el hecho de que los ARI son posteriores a los instrumentos prescriptivos actuales son igualmente erróneos. Precisamente esta línea de razonamiento fue presentada ante la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*. En su opinión consultiva, la Corte rechazó de plano la afirmación de que, dado que los "principios y normas humanitarios se han desarrollado antes que la invención de las armas nucleares", el derecho humanitario es inaplicable a éstas. Como señaló la Corte, "según la opinión de la amplia mayoría de los Estados, así como de los tratadistas, no puede haber ninguna duda sobre la aplicabilidad del derecho humanitario a las armas nucleares"¹². Como no hay razón para distinguir las armas nucleares de los ordenadores empleados como armas, al menos por lo que atañe al momento en que se desarrollaron respecto de la entrada en vigor de las normas pertinentes del derecho humanitario, la misma conclusión es válida para los ARI. Además, el examen de adecuación de las armas y los sistemas de armas nuevos al derecho humanitario es un requisito jurídico

¹¹ En el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se define la costumbre como "una práctica generalmente aceptada como derecho", Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1977, art. 38 (1) (b), 59 Stat. 1031, T.S. n° 933, 3 Bevans 1153, 1976 Y.B.U.N. 1052. En la Reformulación de Estados Unidos, se señala que la costumbre "resulta de una práctica general y sistemática de los Estados, que la siguen con un sentido de obligación jurídica", Reformulación (tercera), Foreign Relations Law of the United States, sec. 102 (2) (1987). V. también *North Sea Continental Shelf Cases*, 3 ICJ Reports 1969, p. 44 ("Los actos en cuestión no sólo deben corresponder a una práctica establecida, sino que también deben ser, o realizarse, de modo tal que demuestren la creencia de que esa práctica se ha hecho obligatoria por la existencia de una norma que así lo requiere"). *The Paquete Habana*, 175 US 677, 20 S. Ct. 290, 44 L. Ed 320 (1900); *The*

S.S. Lotus (France v. Turkey), OCJ (serie A), N° 10, 1927; *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, 5 ICJ Reports, 1950, p. 266; *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, ICJ Reports, 1960, p. 6. Para un comentario erudito del derecho consuetudinario internacional, v. Jack L. Goldsmith y Eric A. Posner, "Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, p. 639; Patrick Kelly, "The Twilight of Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, p. 449; Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1971.

¹² *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares (Opinión Consultiva)*, ICJ Reports, 1996, p. 226 (8 de julio), *International Legal Materials*, p. 809, párr. 85.

y, a menudo, político¹³. Obviamente, esto no sería así si el derecho preexistente fuera inaplicable, *ab initio*, a métodos y medios de guerra nuevos.

Sólo nos resta analizar el tercer argumento que sostiene la inaplicabilidad del derecho humanitario a los ataques a través de redes informáticas, es decir, el de que no se trata de un conflicto *armado*, al menos en ausencia de hostilidades convencionales. De hecho, el conflicto armado es la condición que activa el *jus in bello*. En el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se estipula que, "[a]parte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz", estos Convenios se aplican "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"¹⁴. En el Protocolo adicional I de 1977, que, al igual que los Convenios, se refiere a los conflictos armados internacionales, se adopta el mismo criterio de "conflicto armado", que ha sido aceptado como un umbral de derecho consuetudinario para el derecho internacional¹⁵. El hecho de que en el Protocolo adicional II de 1977, que se aplica en el contexto de conflictos armados no internacionales, también se use la expresión "conflicto armado"¹⁶, demuestra que se trata de una condición determinada más por su naturaleza que por sus participantes¹⁷, por el lugar donde se desarrolla¹⁸

¹³ Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 10), art. 36: "Cuando una Alta Parte Contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte Contratante". En Estados Unidos, el examen de licitud de las armas lo exige la Instrucción del Departamento de Defensa 5000.2, Operación del Sistema de Adquisición de Defensa, 23 de octubre de 2000, párr. 4.7.3.1.4. Se dispone en ella, en particular, que "la adquisición y el abastecimiento de armas por parte del Departamento de Defensa, así como los sistemas de armas, deben ser conformes con el derecho nacional aplicable, con todos los tratados aplicables, con el derecho consuetudinario internacional y con el derecho de los conflictos armados (conocidos también como leyes y costumbres de la guerra)...Además, se exhorta a examinar la licitud de las tecnologías nuevas, avanzadas o emergentes que puedan dar lugar al desarrollo de armas o de sistemas de armas".

¹⁴ 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, art. 2 (en adelante, CG I); 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, art. 2 (en adelante, CG II); Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, art. 2 (en adelante, CG III); Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, art. 2 (en adelante, CG IV) (el subrayado es nuestro). *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, CICR, 13ª ed., Ginebra, 1994.

¹⁵ Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 10), art. 1.

¹⁶ Protocolo adicional II 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, reproducido (en español) en *Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR, Ginebra, edición revisada en 1996.

¹⁷ El Protocolo adicional I se refiere a los conflictos entre Estados, mientras que el Protocolo adicional II trata de los conflictos entre un Estado y un grupo rebelde (o varios).

¹⁸ Los conflictos armados sin carácter internacional sólo se libran en el interior de un único Estado.

o, como antes ocurría con "guerra", por la correspondiente declaración de los beligerantes¹⁹.

Parece quedar relativamente claro que el inicio de un conflicto armado activa el derecho humanitario. Pero ¿qué es un conflicto armado? En los Comentarios de los Convenios de Ginebra de 1949 y de los Protocolos adicionales de 1977, publicados por el Comité Internacional de la Cruz Roja, se adopta un punto de vista muy amplio acerca del significado de ese término. En los primeros se define un conflicto armado como "toda diferencia que surja entre dos Estados y que dé lugar a la *intervención de fuerzas armadas*..., incluso si una de las partes niega la existencia de un estado de guerra y sin importar la duración o el carácter más o menos mortífero del conflicto"²⁰. Del mismo modo, en el Comentario del Protocolo adicional I, se especifica que "el derecho humanitario cubre también todo litigio entre dos Estados que dé lugar a la intervención de sus *fuerzas armadas*. Ni la duración del conflicto ni su carácter más o menos mortífero desempeñan papel alguno..."²¹. En el Protocolo adicional II, se describe un conflicto armado como "la existencia de *hostilidades abiertas entre fuerzas armadas* dotadas de cierta organización"²². La condición *sine qua non* en los tres casos es la intervención de fuerzas armadas.

Pero una disputa o un litigio que da lugar a la intervención de las fuerzas armadas no puede ser el único criterio. Las fuerzas militares se emplean con regularidad contra adversarios, sin que se produzca necesariamente un estado de conflicto armado (valga el ejemplo de las operaciones de reconocimiento o de control aéreo). Además, en la actualidad se acepta generalmente que incidentes aislados, como enfrentamientos en la frontera o ataques en pequeña escala, no alcanzan el nivel de un conflicto armado en el sentido en que esta expresión se emplea en derecho humanitario²³. En consecuencia, la práctica de los Estados, complementada con los escritos

¹⁹ Convenio (III) de La Haya, del 18 de octubre de 1907, relativo a la ruptura de las hostilidades, art. 1, reproducido (en español) en *Derecho Internacional Humanitario, Tratados internacionales y otros textos*, Mc Graw Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998. Según el Comentario de los Convenios de Ginebra de 1949, "ya no es necesario que se haga una declaración formal de guerra, o un reconocimiento del estado de guerra, como etapa preliminar a la aplicación del Convenio. El Convenio es aplicable desde el inicio real de las hostilidades", Jean Pictet (red.), *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, CICR, Ginebra, 1952, p. 32 (en adelante, Comentario del CG I) (traducción propia).

²⁰ Comentario del CG I, *op. cit.* (nota 19), pp. 3233.

²¹ Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (rev. 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 (Protocolo I), CICR, Plaza y Janés Editores, Bogotá, 2001 (tomo I), párr. 62 (el subrayado es nuestro) (en adelante, Comentario del Protocolo I). En el Comentario del Protocolo II se hace referencia al comentario del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y al del Protocolo adicional I, *ibid.*, párr. 4448.

²² Comentario del Protocolo adicional II, *op. cit.* (nota 21), párr. 4341.

²³ V. por ejemplo el debate planteado en Ingrid Detter De Lupis, *The Law of War*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 20-21; Christopher Greenwood, "Historical Development and Legal Basis", en Dieter Fleck (red.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 42.

de los especialistas, demuestra que la desestimación de la intensidad y la duración que se sostiene en el Protocolo adicional I ha resultado un poco exagerada.

En cambio, la referencia a las fuerzas armadas se entiende más lógicamente como una forma de establecer una prescripción acerca de una actividad de carácter e intensidad particulares. Cuando se redactaron los instrumentos pertinentes, las fuerzas *armadas* eran instituciones que llevaban a cabo la actividad prevista con el grado de intensidad exigido; los objetivos que se pretendían se alcanzaban centrándose en las fuerzas armadas. Cuando se reformularon las disposiciones pertinentes de los Convenios y sus comentarios, se hizo hincapié en los actores, pues mencionar a los actores que participan en la conducta indeseada –las fuerzas armadas– era, en esa época, un método conveniente y fiable de reglamentarlas.

¿Y cuál era esa conducta? La respuesta lógica se halla en los propósitos subyacentes del derecho humanitario. Un examen de sus instrumentos y principios deja claro que su objetivo principal es proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades, así como sus bienes²⁴. Las entidades protegidas abarcan en especial a las personas civiles y los bienes de carácter civil, así como a quienes están fuera de combate (por ejemplo, las personas heridas o capturadas) o que prestan servicios humanitarios (por ejemplo, el personal sanitario). Por lo que respecta a la protección a la que tienen derecho, se suele expresar en términos de muertos o heridos o, en el caso de los bienes, de daños o destrucción. Los propósitos del derecho de Ginebra están complementados por las normas del derecho de La Haya, cuyo objetivo es limitar el sufrimiento, restringiendo, en general, el empleo de ciertas armas y métodos de guerra²⁵.

Este resumen extremadamente sucinto de los propósitos fundamentales del derecho humanitario dilucida la expresión "conflicto armado". Un conflicto armado ocurre cuando un grupo toma medidas que causan muertos, heridos, daños o destrucción. La expresión también abarca las acciones destinadas a causar tales resultados o que los tendrán como consecuencia previsible. Dado que la cuestión pertenece más al *jus in bello* que al *jus ad bellum*, la motivación de esas acciones no hace al caso, al igual que su licitud o ilicitud. Así por ejemplo, la parte que inicia el conflicto armado cometiendo esos actos puede estar actuando, de forma anticipada o interceptiva, en legítima defensa; de todos modos, si esas acciones tienen la intención de herir, matar, dañar o destruir, están regidas por el derecho humanitario.

²⁴ Por ejemplo, en el Preámbulo al Protocolo adicional I, se indica que "es necesario... reafirmar y desarrollar las disposiciones que protegen a las víctimas de los conflictos armados, así como completar las medidas para reforzar la aplicación de tales disposiciones", Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 10).

²⁵ La expresión "derecho de Ginebra" se refiere a la parte del derecho de los conflictos armados que trata de las categorías de personas protegidas: civiles, prisioneros de guerra, en-

fermos o náufragos y personal sanitario. Se distingue del "derecho de La Haya", que reglamenta los métodos y medios de combate, los casos de ocupación y la cuestión de la neutralidad. Para un debate sobre los instrumentos internacionales que pertenecen a cada una de estas ramas del derecho, y sobre los que presentan elementos de ambas, v. Frédéric De Mulin, *Handbook of the Law of War for Armed Forces*, CICR, Ginebra, 1987, pp. 3-4.

Cabe señalar que, según la opinión predominante actual, acciones esporádicas o aisladas no serían suficientes para constituir un conflicto armado. Además, dado que la cuestión planteada es el derecho aplicable a los conflictos armados internacionales, las acciones de que se trata deben ser atribuibles a un Estado²⁶.

Volviendo a nuestro tema, y bastante lejos de las cuestiones *ad bellum*, los principios del derecho humanitario se aplican siempre que los ataques a través de redes informáticas puedan ser atribuidos a un Estado, que sean más que meros incidentes aislados y esporádicos, que tengan por objeto causar heridos, muertos, daños o destrucción (y efectos análogos), o que se pueda prever que tendrán esas consecuencias. Esto es válido aunque no se empleen fuerzas *armadas* clásicas en el ataque. En este sentido, un ataque contra la red informática del sistema de control del tráfico de un gran aeropuerto, perpetrado por agentes de otro Estado, implicaría la aplicación del derecho humanitario. Lo mismo ocurriría en el caso de un ataque cuyo objetivo fuera destruir oleoductos, aumentando el flujo del petróleo, tras hacerse con el control de los ordenadores que regulan los flujos²⁷, causar la fusión de un reactor nuclear mediante la manipulación de su centro computarizado, o valerse de la red informática para activar la liberación de productos químicos tóxicos de las instalaciones de almacenamiento o producción. En cambio, el derecho humanitario no se aplicaría al hecho de alterar la red interna de una universidad, descargar informes financieros, interrumpir temporalmente el acceso a Internet o realizar espionaje cibernético, porque, aunque formen parte de una campaña sistemática de actos similares, las consecuencias previsibles no incluirían muertos, heridos, daños o destrucción.

Parece evidente que, dados los avances en los métodos y medios de guerra, especialmente de la guerra de la información, no basta con valerse de un umbral basado en los actores para poder aplicar el derecho humanitario; sería más apropiado recurrir a un umbral basado en las consecuencias. Esto es casi una epifanía jurisprudencial. Nadie negaría, por ejemplo, que la guerra biológica o química (que no implica el empleo de armas cinéticas) está sujeta al derecho humanitario. Un umbral basado en las consecuencias está también respaldado por el hecho de que, una vez iniciado el conflicto armado (y exceptuadas las prohibiciones relativas a armas especiales), los medios mediante los cuales se causan muertos, heridos, daños o destrucción no influyen en la licitud del acto causal. Disparar intencionalmente contra un civil o contra cualquier persona o bien protegido es ilícito, sea cual fuere el medio o el método empleado. Hacer padecer hambre o asfixia, golpear, tirotear, bombardear o lanzar incluso ataques cibernéticos son todos ellos actos sujetos al derecho humanitario porque tienen consecuencias particulares. Esto contradice cualquier

²⁶ Sobre el tema de la atribución de un hecho a un Estado, v. el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en su 53^o período de sesiones (2001), Documentos ofi-

ciales de la Asamblea General, 56^o período de sesiones, Suplemento 10 (A/56/10), cap. IV.E.1.

²⁷ Se describió esta posibilidad en *President's Commission on Critical Infrastructure Protection, Critical Foundations: Protecting America's Infrastructures*, octubre de 1997, en A-46.

afirmación de que los ataques cibernéticos, por ser únicos, no están sujetos al derecho humanitario, porque no los lleva a cabo una fuerza "armada". Por el contrario, pueden estarlo o no, en función de su naturaleza y de sus consecuencias previsibles.

Los objetivos de los ataques a través de redes informáticas

Como hemos analizado, los ataques a través de redes informáticas están sujetos al derecho humanitario si forman parte de un conflicto clásico o de una "ciberguerra" con la intención de causar muertos, heridos, daños o destrucción, o en la que sea previsible que los haya. Siendo esto así, es necesario analizar los objetivos contra los cuales se pueden dirigir los ataques por vía informática.

Para comenzar, conviene delimitar la conducta que está sujeta a las normas prescriptivas que rigen la elección de los blancos. El Protocolo adicional I sirve de punto de partida²⁸ porque sus disposiciones más pertinentes establecen normas aplicables tanto a los Estados Partes como a los que no lo son (a modo de reafirmación del derecho consuetudinario vinculante). En el artículo 48, la norma fundamental que otorga protección a la población civil, se estipula que "las Partes en conflicto [...] dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares"²⁹.

28 Aunque no es Parte en el Protocolo I, Estados Unidos considera que muchas de las disposiciones de ese instrumento pertenecen al derecho internacional consuetudinario. Para una delimitación no oficial de esas disposiciones, pero que generalmente se considera autorizada, v. Michael J. Matheson, "Session One: The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions", *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, p. 419. V. también División de Derecho Internacional y Operacional, Auditoría General de Guerra, Departamento de la Fuerza Aérea, *Operations Law Deployment Deskbook*, tab. 12, sin fecha, y comentarios por el entonces Asesor Jurídico del Departamento del Estado Abraham D. Sofaer, en "Agora: The US Decision Not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims", *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, p. 784.

29 Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 10), art. 48. La centralidad del principio en el derecho humanitario se destaca en el Comentario del CICR al respecto:

"Aquí es donde se confirma la norma fundamental de la protección y de la distinción, en la que se basa la codificación de las leyes y costumbres de la guerra: en caso de conflicto armado, la población civil y los bienes civiles

deben ser respetados y protegidos, para lo cual hay que distinguirlos de los combatientes y de los objetivos militares. En esa norma de derecho consuetudinario, reposa todo el edificio erigido en La Haya en 1899 y en 1907, así como en Ginebra de 1864 a 1977. Esta norma ya había sido reconocida implícitamente por la Declaración de San Petersburgo de 1868, concerniente a la prohibición de ciertos proyectiles, en la que se recordaba que "el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo". Es cierto que de lo que se trataba entonces era de evitar males excesivos a los combatientes mediante la prohibición del empleo de todo proyectil explosivo o inflamable de peso inferior a 400 gramos, y de no proteger específicamente a la población civil; pero, de este modo, se confirmaba de manera indirecta la inmunidad de la población.

Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, lo mismo que los Convenios de Ginebra de 1929 y 1949, daban por sentada la norma de la protección, pero no se consideró entonces necesario formularla explícitamente en los textos mismos. En el presente Protocolo, la norma se invoca para justificar la distinción requerida y la limitación de los ataques a los objetivos militares".

Comentario del Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 21), tomo II, párrs. 1863 y 1864.

Tomado al pie de la letra, el artículo 48 parecería excluir *toda* operación militar –incluidos los ARI– dirigida contra cualquier objetivo que no sea estrictamente militar. En realidad, no es así. En artículos siguientes, las proscripciones están expresadas, en general, en términos de "ataques". Así, "[n]o serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles"³⁰, "[l]os bienes de carácter civil no serán objeto de ataque"³¹, "[s]e prohíben los ataques indiscriminados"³², "[l]os ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares"³³, entre otras disposiciones. El término está explícitamente definido en el artículo 49: "Se entiende por "ataques" los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos". En general, la prohibición no se refiere tanto al hecho de elegir objetivos no militares, como al de atacarlos específicamente mediante el empleo de la violencia. Respalda esta interpretación el texto del artículo 51, que establece el principio general de que "[l]a población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares" y prohíbe "los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil"³⁴, así como el Comentario del artículo 48, que señala que "la palabra 'operaciones' debe comprenderse en el contexto del conjunto de la Sección; se trata efectivamente de operaciones militares durante las cuales se recurre a la *violencia*"³⁵.

A la luz de esta interpretación, ¿quedan los ataques por vía informática fuera del ámbito de los "ataques" porque no emplean la violencia? La respuesta es negativa, y precisamente por la misma razón por la que los ataques armados pueden incluir los ciberataques. El término "ataques" tiene un matiz prescriptivo y se relaciona con consecuencias específicas. Está claro que la finalidad de las disposiciones pertinentes es amparar a las personas protegidas de resultar muertas o heridas, y a los bienes protegidos, de sufrir daños o ser destruidos. En la medida en que el término "violencia" es explicativo, hay que considerarlo más en el sentido de *consecuencias* violentas que de actos violentos. El sufrimiento humano físico o mental³⁶ está lógicamente incluido en el concepto de heridas; la pérdida permanente de bienes, como dinero o valores, etc. directamente convertibles en bienes tangibles constituye igualmente daño o destrucción. Lo importante es que los perjuicios, el hostigamiento o la simple disminución de la calidad de vida no son suficientes; el criterio exigido es el sufrimiento humano. Por ejemplo, una interrupción importante de la bolsa o del sistema bancario puede efectivamente colapsar la economía y generar desempleo, hambruna, angustia generalizada, etc., como se demostró trágicamente durante la depresión de los años treinta. Si causara un grado semejante de sufrimiento, un ARI podría constituir un ataque en el sentido que este término tiene en derecho humanitario.

³⁰ Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 10), art. 51 (2).

³¹ *Ibid.*, art. 52 (1).

³² *Ibid.*, art. 51 (4).

³³ *Ibid.*, art. 52 (2).

³⁴ *Ibid.*, arts. 51 (1) y 51 (2) (el subrayado es nuestro).

³⁵ Comentario del Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 21), tomo II, párr. 1875.

³⁶ Es razonable incluir el sufrimiento humano en la connotación del término, dado que el Protocolo prohíbe aterrorizar, que es también una condición psicológica. Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 10), art. 51 (2).

Otros artículos que figuran en la misma sección también apoyan esta interpretación. Por ejemplo, en las normas sobre proporcionalidad se habla de "muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas"³⁷; en los relacionados con la protección del medio ambiente natural se hace referencia a "daños extensos, duraderos y graves"³⁸, y la protección de presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica se enuncia en términos de "pérdidas importantes en la población civil"³⁹ que "serían excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista". Además, durante las negociaciones sobre el Protocolo adicional I, surgió la cuestión de si la colocación de minas constituía un ataque o no. La mayoría sostuvo que sí, dado que "existe ataque desde el momento en que una mina que se coloca pone directamente en peligro a una persona"⁴⁰. Por analogía, un ataque a través de una red informática del que cabe prever que ponga en peligro a personas o bienes protegidos equivaldría a un ataque.

Volvamos ahora al artículo 48. En el contexto de un ataque por red informática, y como regla general (se examinan más adelante otras disposiciones específicas), el artículo prohibiría los ARI dirigidos contra objetivos no militares cuya finalidad sea causar muertos, heridos, daños o destrucción, o de los que se pueda prever que lo harán. A no ser que estén prohibidos por otras disposiciones específicas del derecho humanitario, los ARI que no tengan probablemente las consecuencias que acabamos de mencionar están permitidos contra objetivos no militares, tales como la población⁴¹. Como resultado de esta distinción, resulta más imperiosa la necesidad de evaluar cuidadosamente si una operación de guerra de la información es un "ataque" o no. En el pasado, el análisis de este asunto daba lugar a un enfoque *res ipsa loquitur*. Pero un ARI es mucho más ambiguo que una operación militar tradicional, por lo que exige un examen más minucioso y en el que se tengan en cuenta las consecuencias.

Si bien los ARI amplían espectacularmente las posibilidades de "apuntar" (pero no de atacar) a objetivos no militares, no es correcto interpretar este hecho como un debilitamiento de la escenografía prescriptiva. Se trata, en cambio, de una ampliación de los medios y métodos permitidos que resultan de los avances tecnológicos; las normas vigentes permanecen intactas. Recordemos, por ejemplo, que las operaciones psicológicas dirigidas contra la población civil que no causan daños físicos están totalmente permitidas, siempre que su finalidad no sea aterrorizar a la población⁴².

³⁷ *Ibid.*, arts. 51 (5) (b); 57 (2) (a) (iii) y 57 (2) (b).

³⁸ *Ibid.*, arts. 35 (3) y 55 (1).

³⁹ *Ibid.*, art. 56 (1).

⁴⁰ Comentario del Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 21), tomo I, párr. 1881.

⁴¹ V. sin embargo Haslam, *op. cit.* (nota 9), p. 173.

⁴² Efectivamente, Estados Unidos ha desarrollado incluso una doctrina para la conducción de las operaciones psicológicas. Junta de Jefes de Estado Mayor, Doctrina Conjunta para Operaciones Psicológicas, Publicación Conjunta 3-53, 10 de julio de 1996. Las acciones cuya finalidad es aterrorizar a la población civil están prohibidas por el Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 10), art. 51 (2).

Esto rige tanto si la motivación de las operaciones es de índole militar o no. Sin embargo, aunque el régimen objetivo es una constante, la posibilidad de los ARI pone de manifiesto un vacío normativo que, si no se subsana, se traducirá inevitablemente en un aumento del impacto de la guerra en la población civil.

Si aceptamos que un ARI es un "ataque", ¿cuál puede ser su objetivo? Analíticamente, los objetivos potenciales se pueden clasificar en tres grandes categorías: 1) combatientes y objetivos militares; 2) personas civiles y bienes de carácter civil; y 3) bienes de doble uso. Por otra parte, existen tipos particulares de objetivos potenciales que gozan de protección específica. Conviene examinar aquí cada categoría por separado.

Combatientes y objetivos militares

Por naturaleza, los combatientes y los objetivos militares son objetivos válidos y pueden ser directamente atacados, siempre que los medios y métodos empleados, tal como examinaremos en la próxima sección, respeten las restricciones que impone el derecho humanitario. Quienes planifican o deciden efectuar un ataque tienen el deber de "hacer todo lo que sea factible" para verificar que los objetivos elegidos son legítimos, es decir, que no gozan de inmunidad a los ataques según el derecho humanitario⁴³.

Un combatiente es un miembro de las fuerzas armadas que no forma parte del personal médico ni religioso. Las fuerzas armadas "se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante [una] Parte... [d]eberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados"⁴⁴. Efectuar ataques a través de redes informáticas contra combatientes, haciendo, por

⁴³ Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 10), art. 57 (2) (a) (i). El comentario de esta disposición explica esta obligación.

"La identificación del objetivo, sobre todo cuando está situado a gran distancia, debe pues hacerse con el mayor cuidado. Es cierto que la decisión de quienes preparan o deciden tal ataque se basará en informaciones que reciben y no puede exigirse de ellos que tengan un conocimiento personal del objetivo que han de atacar y de su naturaleza exacta, pero esto no los exime de su responsabilidad y, en caso de duda, aunque sea leve, deberán pedir información complementaria y ordenar eventualmente nuevas investigaciones a sus subordinados tácticos y a los responsables de las armas de apoyo, especialmente de la artillería y la aviación, que estén encargados y puedan rendirles cuenta de esa tarea. En los casos de ataques a lar-

ga distancia, las informaciones se obtendrán en particular del reconocimiento aéreo y del servicio de inteligencia, que se valen naturalmente de diversos medios para conseguir información sobre los objetivos militares enemigos. La evaluación de la información recogida deberá incluir un control serio de su veracidad, sobre todo teniendo en cuenta que nada prohíbe al enemigo instalar objetivos militares falsos o camuflar los verdaderos. Ahora bien, está claro que ningún jefe militar responsable desea dirigir su esfuerzo contra objetivos que no presenten interés militar. En este aspecto, el interés humanitario y el interés militar coinciden."

Comentario del Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 21), tomo II, párr. 2195.

⁴⁴ Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 10), art. 43 (1) – (2).

ejemplo, que un sistema de control del tráfico aéreo militar transmita información de navegación falsa para que se estrellen transportes de tropas, está claramente permitido.

En el artículo 52 del Protocolo adicional I, se define los objetivos militares como "aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o* cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida"⁴⁵. Los equipos y las instalaciones militares que no sean artículos sanitarios o religiosos son claramente objetivos militares y, por ello, pueden ser objeto de ataques directos a través de redes informáticas. No obstante, más allá de estos ejemplos obvios, es difícil por lo general determinar qué objetos son objetivos militares⁴⁶. El problema reside en establecer el nexo requerido entre el objeto que se proyecta atacar y las operaciones militares.

El *quid* del dilema es la interpretación que se dé a los términos "eficazmente" y "definida". Algunos, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), los definen de manera muy restringida. Según el Comentario del Protocolo adicional I del CICR, una contribución eficaz abarca los objetos "directamente utilizados por las fuerzas armadas" (por ejemplo, armas y equipos), una ubicación de "importancia particular para las operaciones militares" (por ejemplo, puentes), y los objetos concebidos para emplearse o que se emplean para fines militares⁴⁷. En cuanto a la expresión "ventaja militar definida", en el Comentario se excluyen los ataques que sólo ofrecen ventajas "indeterminadas o eventuales"⁴⁸. En cambio, Estados Unidos, que no cuestiona la redacción de la definición, incluiría objetivos económicos que "indirecta, pero efectivamente, apoyan y sostienen la capacidad de guerra del enemigo", lo que constituye una interpretación particularmente amplia⁴⁹.

* En el Comentario del Protocolo I en español, tomo II, p. 879, se añade aquí la siguiente nota: «Aunque el texto español del presente Protocolo es también auténtico (art. 102), difiere en este punto de las versiones inglesa y francesa, en las que se usa la conjunción copulativa y, en lugar de la disyuntiva o, lo que modifica considerablemente el sentido del párrafo». (N. del T.)

⁴⁵ *Ibid.*, art. 52 (2).

⁴⁶ En efecto, el Comentario consigna que: "El texto de este párrafo servirá indudablemente de valiosa guía, pero su interpretación no será siempre fácil, sobre todo para quienes tienen que decidir si se lanza un ataque y los medios y métodos que deben emplearse". Comentario del Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 21), tomo II, párr. 2016.

⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 2020-23.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 2024.

⁴⁹ Marina de Estados Unidos / Infantería de Marina / Servicio de Guardacostas, *The Commander's*

Handbook on the Law of Naval Operations (NWP 1-14M, MCWP 5-2.1, COMDTPUB P5800.7), párr. 8.1.1 (1995), reimpresso en versión comentada en *US Naval War College's International Law Studies series*, vol. 73 (en adelante, Handbook). Esta afirmación se considera una "declaración de derecho internacional consuetudinario". El "Handbook" cita la Carta del 22 de septiembre de 1972, Consejo General, Departamento de Defensa, reimpresso en el *American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, p. 123, como base para esta caracterización.

Esta diferencia tiene interesantes consecuencias por lo que respecta a los ataques por vía informática. ¿Se puede atacar un banco porque el dinero permite la sustentabilidad militar? ¿Y qué ocurre en el caso del Ministerio encargado de los impuestos? ¿Y en el de la bolsa de valores? ¿Son aceptables los ataques contra compañías de corretaje porque socavarían la voluntad de invertir en la economía? Si un país depende de manera desproporcionada de una industria en particular para obtener ingresos de las exportaciones (por ejemplo, del petróleo), ¿se puede recurrir a los ataques a través de redes informáticas para alterar los sistemas de producción y distribución de esa industria? La cuestión de atacar objetivos económicos es particularmente delicada, pues la mayoría de las operaciones están apoyadas por ordenadores y, por ello, resultan muy atractivas como objetivos de la guerra de la información.

La cuestión clave, para volver al debate anterior, es determinar si el ataque causaría o no muertos, heridos, daños o destrucción. Una vez efectuada tal determinación, entrarían en juego las diferentes interpretaciones de lo que constituye un objetivo militar, que, con toda probabilidad, darán lugar a opiniones dispares en cuanto a la legitimidad de atacar el objetivo. Por otra parte, si la finalidad de la operación fuera, por ejemplo, causar meros inconvenientes, ésta no alcanzaría el nivel de un ataque y estaría entonces permitida, independientemente del nexo, o de la falta de nexo, entre el objetivo y las operaciones militares. Por ejemplo, si la estación de la televisión estatal serbia hubiera sido atacada mediante un ARI, y no con armas cinéticas, durante los ataques de la OTAN a Belgrado en abril de 1999, no habría habido muertos, heridos, daños ni destrucción. En tales circunstancias no se habría prestado probablemente atención a las críticas de que se había atacado un objeto civil y se habría evitado, por lo tanto, la consiguiente publicidad negativa, así como el litigio ante la Corte Europea de Derechos Humanos⁵⁰.

Personas civiles y bienes de carácter civil

Son personas civiles las que no están consideradas combatientes⁵¹, mientras que un bien de carácter civil es un bien que no es un objetivo militar⁵². La prohibición de atacar a personas civiles o bienes de carácter civil es prácticamente absoluta. En el Protocolo adicional I, se estipula explícitamente que:

"No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil" (artículo 51 (2)).

⁵⁰ *Bankovic y Otros c. Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y el Reino Unido, CEDH*, Petición N° 52207/99 (2001). En su decisión del 12 de di-

ciembre de 2001, la Corte juzgó inadmisible la petición.

⁵¹ Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 10), art. 50 (1).

⁵² *Ibid.*, art. 52 (1).

"Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias" (artículo 52(1))⁵³.

Las dudas en cuanto al carácter de un bien o de un individuo deben resolverse en favor del estatuto de civil⁵⁴. Una vez más, en el caso de un ataque por vía informática, la cuestión clave es determinar si la finalidad o la consecuencia previsible del ataque es causar muertos, heridos, daños o destrucción; si es así, se aplican las prohibiciones antes expuestas, que reafirman innegablemente las normas consuetudinarias existentes.

Por desgracia, aunque a primera vista parezcan claras, las normas están sujetas a dificultades de interpretación. Ya hemos señalado los diferentes criterios para distinguir los bienes de carácter civil de los objetivos militares. Existen disparidades similares sobre cuándo una persona civil puede ser atacada. En el Protocolo adicional I, se permite esta posibilidad sólo cuando una persona civil "participa directamente en las hostilidades"; en el Comentario, esa participación se describe como "actos de guerra que, por su naturaleza o por su propósito, estén destinados a causar daños concretos al personal o al material de las fuerzas armadas adversas"⁵⁵. Es el problema del combatiente ilegal. Hay quienes limitarían aún más la inmunidad de los civiles contra los ataques, considerando a las personas civiles que trabajan, por ejemplo, en una base militar durante las hostilidades como objetivos legítimos, aunque no participen directamente en actos de guerra⁵⁶.

En el contexto de las operaciones de información, la cuestión de las personas y los bienes de carácter civil es muy importante. Algunos países han optado por subcontratar funciones de guerra de la información, sean esas funciones el mantenimiento de bienes o la conducción de operaciones. Además, los ARI es una tarea que puede encomendarse a organismos del Gobierno que no sean militares. Los subcontratados civiles o el personal militar que desempeñan un papel fundamental de apoyo en la conducción de las operaciones, en el mantenimiento, por ejemplo, de los equipos de los ARI, podrían ser objetivos directos, según la última interpretación. Es más, por ser objetivos válidos, no se tendrían en cuenta las lesiones que se les causara al evaluar si un ataque es proporcional o no (véase el análisis realizado más arriba). Por otra parte, si se aplicara estrictamente el criterio de "participación directa en las hostilidades", se mantendría

⁵³ En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, también se prohíben los ataques directos contra personas civiles o bienes de carácter civil. Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, art. 8 (2) (b) (i) y (ii), Doc. ONU, A/Conf.183/9, 17 de julio de 1998, en Anexo II (en adelante, Estatuto de Roma).

⁵⁴ *Ibid.*, arts. 50 (1) (para las personas civiles) y 52 (3) (para los bienes de carácter civil).

⁵⁵ *Ibid.*, art. 51 (3); Comentario del Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 21), tomo II, párr. 1944.

⁵⁶ Carta de DAJIA al Consejero para la Investigación y la Ingeniería en Defensa (Economía), Embajada de la República Federal de Alemania (22 de enero de 1988), citada en W.H. Parks, "Air War and the Law of War", *Air Force Law Review*, vol. 32, 1992, p. 1.

la protección de que gozan como personas civiles, aunque, si fueran capturados, tendrían derecho al estatuto de prisioneros de guerra como personas que "siguen a las fuerzas armadas"⁵⁷.

Si las personas civiles participan ellas mismas en un ataque por redes informáticas, el problema es más complejo. Si como resultado o como consecuencia previsible del ARI se producen muertos, heridos, daños o destrucción, sus autores materiales serían combatientes ilegales. Tendrían este estatuto por haber participado directamente en hostilidades sin reunir los requisitos para tipificarlos como combatientes. Como combatientes ilegales, pueden ser atacados directamente y todo daño que se les cause no se tendrá en cuenta al evaluar la proporcionalidad y, si son capturados, tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra.

En cambio, si los civiles implicados realizan operaciones informáticas que no alcanzan el nivel de "ataques", no serían combatientes ilegales, puesto que no habrían cometido "actos de guerra que, por su naturaleza o por su propósito, estén destinados a causar daños concretos al personal o al material de las fuerzas armadas adversas". Su estatuto de civiles, así como las protecciones que por ello les corresponden, seguirían teniendo plena validez. Sin embargo, al igual que el personal de apoyo, si estuvieran adscritos a una unidad militar y acompañaran a ésta en sus actividades, estos civiles serían considerados prisioneros de guerra⁵⁸. Naturalmente, las instalaciones y los equipos que se emplearan para efectuar dichas operaciones serían objetivos militares válidos y, por ello, podrían ser atacados, pero no se podría atacar directamente a los informáticos mismos.

Como puede verse, el uso de personas civiles en estas tareas, sean subcontratados o empleados del Gobierno, está plagado de escollos jurídicos. Queda claro que lo más prudente sería emplear personal militar para realizar actividades relacionadas con la guerra de la información.

Bienes de doble uso

Un bien de doble uso es aquel que sirve para fines tanto civiles como militares. Son bienes (u objetivos) de este tipo, por ejemplo, los aeropuertos, las vías de ferrocarril, los sistemas eléctricos, los sistemas de comunicación, las fábricas que producen artículos para la población tanto civil como militar y los satélites como INTELSAT, EUROSAT y ARABSAT, etc. Si un bien se emplea con fines militares, es un objetivo militar susceptible de sufrir ataques, incluidos los ataques a través de redes informáticas. Esto es cierto incluso si los fines militares son secundarios respecto de los civiles.

Pero conviene hacer varias advertencias. En primer lugar, si un bien es un objetivo militar o no dependerá de la definición –restringida o amplia– del término que se use, como hemos analizado antes. En segundo lugar, la tipificación de

⁵⁷ CG III, *op.cit.* (nota 14), art. 4 (4).

⁵⁸ *Ibíd.*

un bien como de doble uso y, por tanto, que pueda ser un objetivo militar, dependerá de la índole de cada conflicto en particular. Un campo de aviación puede utilizarse con fines logísticos en un conflicto, pero puede no cumplir ninguna función militar en otro. En tercer lugar, un bien que pueda potencialmente usarse con fines militares, pero que en el presente sólo se emplea para usos civiles, constituye un objetivo militar si hay una probabilidad razonable y no remota de que se use con fines militares en el contexto del conflicto que se está librando. Por último, los bienes de doble uso deben analizarse cuidadosamente por lo que respecta a los requisitos de discriminación y proporcionalidad, analizados antes, pues, si son atacados, existe, por definición, riesgo de causar daños colaterales y perjuicios incidentales a personas civiles y a bienes de carácter civil.

Bienes que gozan de protección específica

Además de las normas generales relativas a la protección de la población civil, hay disposiciones que otorgan una protección específica a ciertos bienes. Una categoría controvertida de bienes especialmente protegidos es la de las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica. Dada su dependencia de los ordenadores y de las redes informáticas, esas instalaciones son especialmente vulnerables a los ARI. El artículo 56 del Protocolo adicional I, disposición a la que se opone Estados Unidos, prohíbe atacar esas instalaciones si el ataque puede "producir la liberación de fuerzas peligrosas [como agua o radioactividad] y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil"⁵⁹. Esta prohibición se aplica incluso si se trata de objetivos militares. Es interesante señalar que los ARI brindan medios bastante seguros de neutralizar esas instalaciones sin el riesgo de que se liberen fuerzas peligrosas, lo que es difícil de lograr cuando se emplean armas cinéticas.

Está prohibido efectuar ataques para hacer padecer hambre a la población civil o privarla de los "bienes indispensables" para su supervivencia⁶⁰, aunque

⁵⁹ Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 10), art. 56 (1). Esta prohibición abarca los ataques contra otros objetivos militares ubicados en las proximidades, si el ataque pudiera causar esa liberación de fuerzas. Hay excepciones a la prohibición general que establece el artículo:

"2. La protección especial contra todo ataque prevista en el párrafo 1 cesará:

a) para las presas o diques, solamente si se utilizan para funciones distintas de aquellas a que normalmente están destinados y en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

b) para las centrales nucleares de energía

eléctrica, solamente si tales centrales suministran corriente eléctrica en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

c) para los otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades, solamente si se utilizan en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo."

Ibid., art. 56 (2).

⁶⁰ *Ibid.*, art. 54 (2). V. también el Estatuto de Roma, *op.cit.* (nota 53), art. 8 (2) (b) (xxv).

estén dirigidos contra las fuerzas armadas adversas⁶¹. Son bienes indispensables, entre otros, los productos alimenticios, las cosechas, el ganado y el agua potable. Según esta prohibición no estarían permitidos los ataques por vía informática contra un depósito, por ejemplo, de alimentos, un sistema de distribución o una planta de tratamiento de agua por los que se abastece a la población civil, ni siquiera si las fuerzas militares también dependen de ellos.

El Protocolo adicional I prohíbe, además, operaciones militares que previsiblemente causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural⁶², aunque Estados Unidos no reconoce esta disposición como una reafirmación de normas consuetudinarias. Cabe imaginar que pueden causarse tales devastaciones mediante ataques a través de redes informáticas. Un ARI contra un reactor nuclear podría ocasionar la fusión de su centro activo, con la consiguiente liberación de radioactividad. Un ARI podría asimismo utilizarse para liberar productos químicos de un depósito o de un centro de producción, o para hacer reventar un gran oleoducto. Existen muchas otras posibilidades de causar daños al medio ambiente mediante un ARI. Es importante resaltar que la prohibición se aplica independientemente de si el ataque está dirigido o no contra un objetivo militar válido y de si respeta incluso el principio de proporcionalidad. La operación está prohibida si es previsible que los daños alcancen la gravedad requerida.

Hay que señalar, por último, que existen otros varios bienes, personas y actividades que gozan de protección especial y que son susceptibles de ser atacados a través de redes informáticas, pero que no representan oportunidades o amenazas únicas de ARI. Deberían analizarse, durante el ciclo de elección de los objetivos, del mismo modo que se examinarían en la planificación de los ataques

⁶¹ Comentario del Protocolo adicional I, *op. cit.* (nota 21), tomo II, párr. 2110. Sin embargo, la prohibición no se aplica a bienes que solamente se utilizan para la subsistencia de los miembros de las fuerzas enemigas o "en apoyo directo de una acción militar", Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 10), art. 54 (3). Un ejemplo de esto último sería el de una zona agrícola usada para ocuparla por fuerzas militares.

⁶² *Ibid.*, arts. 35 (3) y 55. V. también el Estatuto de Roma, *op.cit.* (nota 53), art. 8 (2) (b) (iv). Sobre la cuestión de los daños provocados al medio ambiente durante los conflictos

armados, v. Jay E. Austin y Carl E. Bruch (reds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; Michael N. Schmitt, "Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict", *Yale Journal of International Law*, vol. 22, 1997, pp. 1-109; Richard J. Grunawalt, John E. King y Ronald S. McClains (eds.), *Protection of the Environment during Armed Conflict and other Military Operations*, US Naval War College International Law Studies, vol. 69, 1996.

cinéticos⁶³. Además, existen restricciones para atacar a ciertos bienes o personas como represalia, incluidas las represalias mediante un ataque por redes informáticas⁶⁴.

Restricciones a los ataques contra objetivos legítimos

Las principales prescripciones relativas a los ataques contra objetivos legítimos se basan en el principio de discriminación⁶⁵. Este principio es el que evidencia con mayor claridad el equilibrio que establece el derecho humanitario entre el

63 Por ejemplo, las unidades y los suministros médicos civiles y militares no deben ser atacados, a no ser que se empleen con fines militares. Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 10), art. 12. Existen criterios específicos para extender la protección a instalaciones civiles. *Ibid.*, art. 12 (2). V. también el Estatuto de Roma, *op.cit.* (nota 53), art. 8 (2) (b) (ix) y (xxv). Los transportes sanitarios gozan de una protección similar. Protocolo adicional I, *op.cit.* arts. 21-31. El alcance de la protección varía según la categoría del transporte y de su ubicación. Otros bienes que tienen protección especial son los bienes culturales y los lugares de culto, así como los refugios, las instalaciones y el material de la protección civil. *Ibid.*, arts. 53 y 62 (3). Además, no se debe obstaculizar las acciones de socorro humanitario. *Ibid.*, art. 70. Se estipulan disposiciones especiales sobre cuándo estas operaciones tienen derecho a recibir protección. Estatuto de Roma, *op.cit.* (nota 53), art. 8 (2) (b) (iii). Según estas prohibiciones, un ataque a través de una red informática para alterar, por ejemplo, la información sobre grupos sanguíneos en la base de datos de un hospital, dejar sin energía eléctrica a un refugio antiaéreo o desviar suministros destinados a socorros humanitarios serían ilícitos. Obviamente, si los bienes o los emplazamientos se emplean con fines militares, se transforman en objetivos militares válidos y pueden ser objeto de ataques.

64 Las represalias son acciones ilícitas que se realizan durante un conflicto armado en respuesta a una conducta ilícita por parte del adversario. Su única finalidad debe ser que el adversario actúe lícitamente, deben estar precedidas de una advertencia (si es factible), han de ser proporcionales a la violación cometida por el adversario y cesar tan pronto como la otra parte respete las restricciones jurídicas de su conducta. El derecho a ejercer represalias se ha restringido mucho en el derecho convencio-

nal, que en gran medida expresa normas consuetudinarias. Se trata de prohibiciones específicas de las represalias ejercidas contra personas civiles, prisioneros de guerra, heridos, enfermos, náufragos, personal médico y religioso, así como sus materiales, edificios protegidos, barcos y equipos, bienes de carácter civil, bienes culturales, bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, instalaciones que contengan fuerzas peligrosas y el medio ambiente; CG I, *op.cit.* (nota 14), art. 46; CG II, *op.cit.* (nota 14), art. 47; CG III, *op.cit.* (nota 14), art. 13; CG IV, *op.cit.* (nota 14), art. 33; Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 10), arts. 20, 51-56. Para ser justos, hay que reconocer que algunos países arguyen que las restricciones que figuran en el Protocolo adicional I sobre las represalias no reflejan el derecho consuetudinario. Estados Unidos acepta que la mayoría de las represalias contra las personas civiles son inapropiadas (e ilícitas), pero afirma que su prohibición absoluta "elimina un importante medio disuasivo, que actualmente sirve para proteger a civiles y a otras víctimas de la guerra en todas las partes en conflicto", Soafer, *op.cit.* (nota 28), p. 470. En cuanto a la posición oficial de Estados Unidos sobre las represalias contra civiles, v. Handbook, *op.cit.* (nota 49), párrs. 6.2.3 y 6.2.3.1-3. El Reino Unido formuló una reserva exactamente sobre el mismo punto, al hacerse Parte en el Protocolo. Publicada en la base de textos y tratados sobre DIH del Comité Internacional de la Cruz Roja, en el sitio web <http://www.icrc.org/ihl>. Para estos y otros países que han adoptado esta posición, los ataques a través de redes informáticas como represalias son asuntos de política, no de derecho.

65 Para un examen integral del principio, v. Esbjörn Rosenblad, *International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1979.

interés que pueda tener el Estado de recurrir a la fuerza y el interés, de base más amplia, por el ser humano, de proteger a quienes no participan en las hostilidades de los efectos de lo que, en el mejor de los casos, es una necesidad desafortunada.

El requisito de discriminación tiene dos aspectos. Aplicado a las armas, prohíbe el empleo de aquellas armas que son incapaces de distinguir entre combatientes y objetivos militares, por un lado, y entre personas civiles, bienes de carácter civil y otras entidades protegidas, por otro. Aplicado a las tácticas y al modo de emplear las armas, exige que se realice un esfuerzo para distinguir entre esas dos categorías, civil y militar, cuando se efectúan operaciones militares. En el artículo 51 (4) del Protocolo adicional I, se expresa esa diferencia:

"Son 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 bienes de carácter civil".

En el apartado a) se hace referencia al empleo indiscriminado de las armas, mientras que en el b) se describen las tácticas y las armas indiscriminadas. El aspecto del principio o requisito de discriminación que se refiere al empleo indiscriminado de las armas abarca tres componentes: distinción, proporcionalidad y reducción en todo lo posible de los daños colaterales y las heridas incidentales⁶⁶.

Armas indiscriminadas

Los ataques por vía informática se realizan mediante un sistema de armas constituido por un ordenador, un código de ordenador y un medio por el que se transmite este código. Está claro que el ordenador en sí no es indiscriminado, ya que puede enviar ese código discretamente a ciertas redes y ordenadores en particular. Un ejemplo de esto sería el envío de mensajes electrónicos (*emails*). En cambio, la escritura de un código puede ser, quizás intencionalmente, indiscriminada. Un ejemplo clásico de esto es el de un virus que pasa, sin control alguno por parte de quien lo creó, de un ordenador a otro. Como el código, aunque sea un virus incontrolable, puede dirigirse contra un objetivo militar en particular, no es válido

⁶⁶ Se ha tomado esta tipología de Christopher Greenwood, "The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium", en Michael N. Schmitt y Leslie C. Green (reds.), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millenium*, Naval War College, Newport, RI, 1998, p. 185; también publicado en *US Naval War College International Law Studies*, vol. 71, 1998. En cambio, la Fuerza Aérea estadounidense emplea las categorías

de necesidad militar, humanidad y caballeridad, con el principio de proporcionalidad ligado al de necesidad, mientras que la Marina estadounidense usa las de necesidad, humanidad y caballeridad. Cf. el folleto del Departamento de la Fuerza Aérea titulado *International Law: The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, AF Pamphlet 110-31, 1976, 1-5, 1-6, con el Handbook, *op.cit.* (nota 49), párr. 5-1.

el argumento de que es un arma indiscriminada porque no se puede dirigir contra un objetivo en particular. Pero ese código puede ser indiscriminado, porque sus efectos no se pueden limitar. En muchos casos, una vez que se ha emitido el código con el virus contra un ordenador o una red, el atacante no tendrá medios para impedir su posterior retransmisión. Esto puede suceder incluso en una red cerrada, ya que el virus podría serle transmitido a través de un disquete, por ejemplo. Dicho simplemente, un código malicioso que se difunda previsiblemente sin control a través de sistemas civiles está prohibido por ser un arma indiscriminada.

Hay que tener cuidado en no exagerar esta restricción. Téngase en cuenta que, en el artículo 51 (4), se hace referencia a los "métodos y medios de combate". En el Comentario del Protocolo adicional I, se define un medio de combate como un "arma", mientras que un método de combate se refiere a la manera como se emplean las armas⁶⁷. Según el significado corriente del término, un "arma" es algo que puede emplearse para *atacar* a un adversario. Del análisis que antes efectuamos sobre el significado del término "ataques" en derecho humanitario, se desprende que un código informático es parte de un sistema de armas sólo cuando puede provocar los efectos englobados en este término, es decir, causar muertos, heridos, daños o destrucción (incluidos los efectos derivados, como graves sufrimientos mentales, terror, etc.). Si no puede provocarlos, no forma parte de un sistema de armas y, en tal caso, no estaría prohibido, al menos no sobre la base de que es un arma indiscriminada.

Distinción

El principio de distinción, que es sin duda alguna parte del derecho humanitario consuetudinario, está establecido en el artículo 48 del Protocolo adicional I: [l]as 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". Mientras la prohibición de los ataques directos contra personas civiles deja fuera de su alcance a una categoría específica de objetivos potenciales, el requisito de distinción extiende la protección a casos en los que un ataque puede no dirigirse específicamente contra personas civiles o bienes de carácter civil, pero cuya probabilidad de alcanzarlos es, sin embargo, muy elevada. Un ejemplo sería disparar un arma a ciegas, aunque sea posible dirigirla contra un blanco.

Esta prohibición es particularmente pertinente en el contexto de un ataque a través de redes informáticas. Por ejemplo, abarcaría situaciones en las que es posible elegir discretamente un objetivo militar mediante un ARI particular, pero se decide lanzar un amplio ataque, que previsiblemente afectará a sistemas civiles. Un ataque de esas características sería análogo a los ataques de Irak con misiles

⁶⁷ Comentario del Protocolo adicional I, *op.cit.*, (nota 21), tomo II, párr. 1957.

SCUD contra poblaciones saudíes e israelíes durante la Guerra del Golfo de 1990-1991⁶⁸. El misil SCUD no es en sí un arma indiscriminada. En realidad, es capaz de elegir fácilmente un objetivo con suficiente precisión, como, por ejemplo, una unidad militar en el desierto. Sin embargo, el empleo de misiles SCUD contra centros de población fue indiscriminado, aun cuando la intención de los iraquíes fuera atacar objetivos militares situados en esos centros; la probabilidad de alcanzar a personas y bienes protegidos era tan superior a la de impactar en objetivos legítimos, que tal empleo resultaba inadmisibles. Dada la interconexión de los sistemas informáticos actuales, sería fácil lanzar ataques análogos a través de redes informáticas.

Proporcionalidad

Scienter distingue el principio de proporcionalidad del de distinción. Este último restringe los ataques directos contra personas o bienes protegidos y los ataques lanzados con una despreocupación culpable por las consecuencias civiles. El principio de proporcionalidad, en cambio, rige las situaciones en las que dañar a personas o bienes protegidos es la consecuencia previsible de un ataque, pero no el fin buscado. Por lo general, este principio es violado (a veces, en forma no intencional, pero culposamente negligente) como resultado de: 1) falta de conocimiento o entendimiento suficiente de lo que se está atacando; 2) incapacidad de medir quirúrgicamente la cantidad de "fuerza" que se está aplicando contra un objetivo; ó 3) la incapacidad de conseguir que el arma dé con total precisión en el objetivo elegido⁶⁹. Estas tres situaciones pueden darse en el caso de un ataque por vía informática.

Como se establece en el Protocolo adicional I, los ataques son indiscriminados y violan el principio de proporcionalidad 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"⁷⁰. Con la expresión "ventaja concreta y directa", se hace referencia a un "interés sustancial y relativamente próximo, descartando las ventajas que no sean perceptibles o que sólo se manifiesten a largo plazo"⁷¹.

⁶⁸ Acerca de los ataques, v. Departamento de Defensa de Estados Unidos, "Conduct of the Persian Gulf War", Título V, Informe al Congreso, 1992, p. 63, reimpresso en 31 *International Legal Materials*, 1992, p. 612.

⁶⁹ Para un debate detallado sobre esta cuestión, v. en Michael N. Schmitt, "Bellum Americanum: The US View of TwentyFirst Century War and its Possible Implications for the Law of Armed Conflict", *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, 1998, p. 1051, pp. 1080-81.

⁷⁰ Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 10), arts. 51 (5) (a) y 57 (2) (a) (iii) y (b). Acerca de la proporcionalidad, v. William J. Fenrick, "The Rule of Proportionality and Protocol Additional I in Conventional Warfare", *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, p. 91; Judith G. Gardam, "Proportionality and Force in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, p. 391.

⁷¹ Comentario del Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 21), tomo II párr. 2209.

Además, la ventaja calculada es la que resulta de la operación general, y no de un ataque en particular⁷².

Básicamente, el principio de proporcionalidad requiere que se establezca un equilibrio, tarea especialmente difícil de realizar, porque se están valorando diferentes entidades (sufrimientos y daños frente a la ventaja militar), sin un sistema común de valoración⁷³. El asunto lo complica aún más el hecho de que las respuestas a estas y a otras cuestiones similares, suponiendo que haya respuestas "correctas", son contextuales, pues la ventaja militar que resulte de un ataque siempre dependerá del estado de las hostilidades en ese momento⁷⁴. Reconociendo la dificultad de poner este principio en práctica, en el Comentario del Protocolo adicional I, se señala que "[l]a puesta en práctica de estas definiciones ... exigirá de parte de los beligerantes, una completa buena fe, lo mismo que el deseo de ajustarse al principio general de respeto a la población civil"⁷⁵.

Un asunto más complicado aún es el de las repercusiones ulteriores o efectos en cadena, es decir, los efectos que no son directa e inmediatamente causados por el ataque, pero que son su producto; en otras palabras, es el problema de los efectos causados por los efectos de un ataque. El ejemplo más citado es el del ataque contra la red eléctrica iraquí durante la Guerra del Golfo, los años 1990 y 1991. Si bien se logró interrumpir el mando y el control iraquí de la red, también se privó de electricidad a la población civil (un "primer" efecto), afectando así a hospitales, sistemas de refrigeración, respuestas de emergencia, etc. Del mismo modo, cuando la OTAN atacó la red de abastecimiento eléctrico de Yugoslavia, durante la Operación "Fuerza Aliada", una consecuencia fue la parada de las estaciones de bombeo de agua potable⁷⁶. Esos ataques tuvieron repercusiones; el "se-

⁷² Algunas Partes en el Protocolo hicieron diversas interpretaciones, declaraciones y reservas sobre este punto. Por ejemplo, el Reino Unido hizo la siguiente reserva, al ratificar el Protocolo adicional I, en 1998: "En la opinión del Reino Unido, la ventaja militar prevista de un ataque se refiere a la ventaja prevista del ataque considerado como un todo, y no sólo de partes aisladas o particulares del ataque". Sitio web del CICR, *op.cit.* (nota 64).

⁷³ Por ejemplo, ¿cómo se valorarían las vidas de los pasajeros civiles respecto de las de la tripulación militar en un ataque a través de redes informáticas contra un sistema de control del tráfico aéreo? ¿Qué grado de sufrimiento humano es aceptable cuando se interrumpe una red eléctrica que sirve para fines tanto civiles como militares? ¿Se pueden efectuar ataques por vía informática contra sistemas de telecomunicación si se provoca así un deterioro de

los servicios de urgencia a la población civil?

⁷⁴ Un problema adicional lo plantea el hecho de que el proceso de evaluación es complejo en sí. Por ejemplo, el valor de un bien puede estar determinado por la cultura o puede variar con el tiempo. La cuestión de los paradigmas de valoración se analiza de manera más completa, en el marco de los daños ocasionados al medio ambiente durante un conflicto armado, en Michael N. Schmitt, "War and the Environment: Fault Lines in the Prescriptive Landscape", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 37, 1999, p. 25.

⁷⁵ Comentario del Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 21), tomo II, párr. 1978.

⁷⁶ "La OTAN niega haber atacado sistemas de abastecimiento de agua", BBC World Online, 24 de mayo de 1999, http://www.news.bbc.co.uk/hi/english/world/europe/newsid_351000/351780.stm

gundo" efecto fue el sufrimiento de la población. Se podrían haber causado, naturalmente, los mismos efectos si los ataques se hubieran efectuado mediante un ARI. El problema de los efectos en cadena es, efectivamente, más importante en un ataque por vía informática que en los ataques cinéticos, habida cuenta de la conectividad entre los ordenadores, en particular entre los sistemas militar y civil.

Los efectos ulteriores son relevantes en el análisis de la proporcionalidad, pues deben considerarse al evaluar los daños colaterales y los perjuicios incidentales, respecto de la ventaja militar. Por desgracia, cuando son causados por un ataque a través de una red informática, esos daños y perjuicios, sean directos o indirectos, son difíciles de evaluar si no se sabe cómo funcionan los sistemas informáticos implicados y con qué otros sistemas están vinculados. A pesar de este obstáculo, los planificadores y quienes toman las decisiones tienen el deber activo de intentar evitar los daños colaterales y los perjuicios incidentales siempre que sea factible; este deber implica necesariamente un esfuerzo por evaluar los daños o perjuicios que pudiera causar incidentalmente el ataque⁷⁷. Dada la complejidad de los ataques a través de redes informáticas, la alta probabilidad de que afecten a sistemas civiles y el conocimiento relativamente limitado que los encargados de ordenar esos ataques tienen de su naturaleza y sus efectos, habrá que disponer de expertos en informática para evaluar sus potenciales efectos colaterales e incidentales a lo largo del proceso de planificación de la misión⁷⁸. Sería, además, de inestimable valor desarrollar modelos y simulaciones, como los que se realizan para las armas nucleares, a fin de identificar los posibles efectos en cadena; sería aconsejable que estos ejercicios se llevaran a cabo antes del estallido de las hostilidades, es decir, sin la confusión, las fricciones y el ritmo que impone la guerra.

Reducir todo lo posible los daños colaterales y los perjuicios incidentales

Determinar la proporcionalidad de un ataque implica establecer si un objetivo militar puede ser atacado o no. Sin embargo, aunque el objetivo elegido sea legítimo y el ataque planeado proporcional, el atacante tiene la obligación de elegir el método o medio de guerra que cause previsiblemente menos daños colaterales y perjuicios incidentales, si son iguales el resto de los factores (como el riesgo que corren las fuerzas atacantes, las probabilidades de éxito, las existencias de armas, etc.)⁷⁹. Además, siempre que sea posible elegir entre varios objetivos militares que pueden ser atacados para lograr el resultado deseado, se deberá optar por el ataque que acarree el menor riesgo de daños colaterales y perjuicios incidentales⁸⁰.

⁷⁷ V., en general, el Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 10), art. 57.

⁷⁸ El Centro Conjunto Estadounidense de Análisis de la Guerra, con sede en el Centro de Guerra Naval de Superficie, Va., se dedica ac-

tualmente a establecer modelos de infraestructuras y eventuales resultados.

⁷⁹ *Ibid.*, art. 57 (2) (a).

⁸⁰ *Ibid.*, art. 57 (3).

La posibilidad de realizar ataques a través de redes informáticas aumenta de hecho las opciones para reducir a un mínimo los daños colaterales y los perjuicios incidentales. Mientras que, en el pasado, la destrucción física pudo ser necesaria para neutralizar la contribución de un objetivo a los esfuerzos bélicos del enemigo, ahora es quizás posible "apagarlo" sencillamente. Por ejemplo, antes que bombardear un aeródromo, se puede interrumpir el control del tráfico aéreo. Lo mismo cabe decir de los sistemas de producción y distribución de energía, de las comunicaciones, de las plantas industriales, etc. Quienes planifican y ejecutan tales operaciones deben también preocuparse por los daños colaterales, los perjuicios incidentales y los efectos en cadena (téngase en cuenta el ejemplo de la red eléctrica iraquí, antes mencionado), pero los riesgos que implica la guerra cinética típica resultan considerablemente mitigados en caso de un ARI. Además, según sea el resultado deseado, es tal vez posible interrumpir, simplemente, el funcionamiento de la instalación atacada. Esta táctica podría ser particularmente atractiva en el caso de objetivos de doble uso. Consideremos una red eléctrica: militarmente podría ser sólo necesario paralizar el sistema por poco tiempo, por ejemplo, inmediatamente antes de un ataque y durante éste. El sistema se pondría de nuevo en funcionamiento en cuanto hubiera concluido la necesidad urgente de suspenderlo, con lo cual se limitarían los efectos negativos de la operación para la población civil. Del mismo modo, como los objetivos no resultarían físicamente dañados y, por ende, no necesitarían ser reparados o reconstruidos, se facilitaría la vuelta a la normalidad de la población civil cuando terminara el conflicto.

Perfidia

Si bien las principales restricciones normativas sobre los ataques por vía informática derivan del principio de discriminación, muchos otros aspectos relacionados con el derecho humanitario entran en juego con este nuevo medio de guerra. Uno de ellos es la prohibición de la perfidia. La perfidia consiste en simular que se goza de un estatuto de protección para aprovecharse de un adversario. He aquí algunos ejemplos: fingir estar herido o enfermo, o tener estatuto de no combatiente, rendirse y exhibir emblemas que simbolizan un estatuto de protección, como la cruz roja o la media luna roja. La perfidia es diferente de las estratagemas, que son actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no implican apelar a un falso estatuto de protección. Las estratagemas son lícitas.

La guerra de la información, incluidos los ataques a través de redes informáticas, ofrece muchas oportunidades para las estratagemas y la perfidia, puesto que la finalidad de ambas técnicas es transmitir información... falsa. Por ejemplo, las estratagemas lícitas podrían incluir la transmisión de datos falsos sobre el despliegue o los movimientos de las tropas, con la intención de que el adversario los intercepte. Otra estratagema podría consistir en alterar datos en las bases de datos del Servicio de Información del adversario, enviando mensajes al cuartel general

del enemigo, pretendiendo que éstos provienen de unidades subordinadas, o enviando instrucciones a dichas unidades como si hubiesen sido cursadas por su cuartel general⁸¹. Todas esas actividades serían perfectamente lícitas.

En cambio, sería ilícita cualquier acción que se proponga inducir a error al enemigo, haciéndole creer que las propias fuerzas gozan de un estatuto de protección, lo que permitiría a éstas matar, herir o capturar al enemigo⁸². Por ejemplo, las unidades y transportes sanitarios emplean códigos y señales para identificarse, establecidos por la Unión Internacional de Comunicaciones, la Organización Internacional de Aviación Civil y la Organización Internacional Marítima Consultativa⁸³. La transmisión de códigos o señales falsos o –una estrategia más probable en un contexto de ataque por vía informática–, hacer que los sistemas del adversario reciban esas señales serían ejemplos claros de perfidia. El Departamento de Defensa de Estados Unidos también ha opinado que emplear "técnicas informáticas de metamorfismo para crear una imagen del jefe de Estado del enemigo, informando a sus tropas que se ha firmado un armisticio o un alto el fuego" constituiría un crimen de guerra, si ello es falso.

Conclusión

En general, las normas prescriptivas existentes de derecho humanitario son suficientes para conservar la protección de que gozan las personas civiles, de los bienes de carácter civil y de otras personas jurídicas. Sin embargo, ciertos aspectos de los ARI, plantean nuevos y, a veces, preocupantes dilemas. Las inquietudes respecto del empleo de medios informáticos de guerra durante la campaña de la OTAN contra Yugoslavia, en 1991, son una evidencia innegable de que la cuestión de cómo el derecho humanitario responde a los ARI sigue sin resolverse⁸⁴.

En primer lugar, para aplicar las normas existentes a los ARI, es necesario aceptar varias premisas interpretativas. De la mayor importancia son las interpretaciones de "conflicto armado" y de "ataque" basadas en las consecuencias.

81 En el art. 39, se prohíbe el uso de los emblemas, insignias y uniformes militares del enemigo. Esta prohibición, con la que Estados Unidos no está de acuerdo, excepto cuando ese uso se efectúa durante los enfrentamientos (v. Handbook, *op.cit.*, nota 49), párr. 12.1.1, nota 2), no abarca el uso de códigos, contraseñas y otros elementos similares. Michael Bothe, Karl J. Partsch y Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, M. Nijhoff, La Haya, 1982. No obstante, el art. 38 prohíbe el uso indebido de los signos protectores.

82 Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 10), art. 37. V. también el Estatuto de Roma, *op.cit.* (nota 53), art. 8 (2) (b) (vii) y (xi). En el Con-

venio (IV) de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, del 18 de octubre de 1907 y su Reglamento anexo, art. 23 (b), que figura en el *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª ed., Ginebra, 1994, se prohíbe matar a traición.

83 Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 10), anexo, art. 11.

84 Para una descripción de la indecisión acerca de recurrir a los ARI durante la Operación "Fuerza Aliada", v. Bradley Graham, "Military Grappling with Rules for Cyber Warfare: Questions Prevented Use on Yugoslavia", *Washington Post*, 8 de noviembre de 1999, p. A1.

La falta de tales interpretaciones cuestionaría la aplicabilidad y, por ende, la adecuación de los actuales principios del derecho humanitario. Es interesante señalar que el examen de los ataques a través de redes informáticas en el contexto del *jus ad bellum* también da lugar a una interpretación basada en las consecuencias⁸⁵.

En segundo lugar, cabe resaltar que, aunque se acepten los parámetros que resultan de las interpretaciones evocadas, siguen existiendo lagunas normativas. Es de destacar que los ataques contra personas civiles o bienes de carácter civil que no causen muertos, heridos, daños o destrucción (o que no ocasionen de algún otro modo el grado de sufrimiento requerido) están, en general, permitidos. Como los ataques cinéticos suelen tener tales efectos, las personas civiles y los bienes de carácter civil gozan de amplia protección durante las operaciones militares clásicas. Ahora bien, los ARI, como pueden no equivaler a un ataque, abren muchas posibilidades para tomar como blanco a las personas civiles y los bienes de carácter civil por lo demás protegidos. El aliciente para llevar a cabo tales operaciones crece en la misma medida en que los "objetivos bélicos" de la parte que lanza los ARI son de índole coercitiva. El deseo, por ejemplo, de "dejar a oscuras" a la población civil para incitarla a presionar a sus dirigentes a fin de que éstos se comporten —o dejen de comportarse— de cierto modo (una medida propuesta por el mando aéreo de la OTAN durante la Operación "Fuerza Aliada") crecerá en la medida en que aumentan los medios para hacerlo realidad⁸⁶. La ausencia de efectos cinéticos invita prácticamente a servirse de ese medio.

En términos humanitarios, se trata, en gran medida, de una realidad negativa. Algunos ataques a través de redes informáticas pueden no equivaler a un "ataque", pero otros sin duda lo son. El mero hecho de que un objetivo pueda ser "atacado" por un medio no cinético no significa que las normas de derecho humanitario sean inaplicables. Las personas civiles y los bienes de carácter civil siguen gozando de un estatuto de protección contra los aspectos de los ARI que causen sufrimiento humano y daños físicos. Además, aun cuando se efectúen ataques a través de redes informáticas contra objetivos militares, el principio de proporcionalidad sigue protegiendo a las personas civiles y a los bienes de carácter civil de los perjuicios y los daños excesivos en relación con la ventaja militar. Por ejemplo, interrumpir el suministro de electricidad a una ciudad para alterar la cadena de mando, el control y las comunicaciones del enemigo, puede ser aceptable si no se causan sufrimientos

⁸⁵ V. Schmitt, "Computer Network Attack", *op.cit.* (nota 7).

⁸⁶ Considérese el comentario del General de división Michael Short, de las Fuerzas Aéreas Estadounidenses, que dirigió la guerra aérea durante la Operación "Fuerza Aliada":

"Sentí que en la primera noche deberíamos haber interrumpido el suministro eléctrico, hundido en el Danubio los principales puen-

tes en torno a Belgrado y cortado el abastecimiento de agua. Así, a la mañana siguiente, los dirigentes de Belgrado se habrían levantado y se habrían preguntado: ¿Por qué estamos haciendo esto? y habrían hecho la misma pregunta a Milosevic".

Craig R. Whitney, "The Commander: Air Wars Won't Stay RiskFree, General Says", *The New York Times*, 18 de junio de 1999, p. A1.

excesivos a los civiles. Pero, si la operación está dirigida contra un objetivo que no es militar, la única cuestión que se debe debatir es si el daño causado alcanza el nivel de un "ataque", en cuyo caso, el ARI está prohibido.

En tercer lugar, cabe señalar el hecho, más alentador, de que los ARI pueden permitir alcanzar los objetivos militares deseados con menos daños colaterales y perjuicios incidentales que un ataque cinético tradicional. Efectivamente, los mandos militares se verán obligados en ciertos casos a emplear medios cibernéticos en lugar de armas cinéticas, cuando se puedan limitar así los daños colaterales y los perjuicios incidentales⁸⁷. Dicho esto, será sumamente importante analizar en detalle los efectos de tales operaciones, en particular los efectos en cadena, al evaluar la adecuación del ataque al principio de proporcionalidad. Para ello, será necesario que expertos en planificación, en derecho y en informática trabajen conjuntamente durante el ciclo de elección de los objetivos⁸⁸.

Por último, así como los ARI desafían las nociones existentes de "ataque", también pondrán a prueba la interpretación tradicional del estatuto de combatiente, dado el empleo de tecnología y de un saber hacer típicamente civiles para llevar a cabo operaciones militares a través de ordenadores. Si no se respetan estrictamente las limitaciones sobre la participación de civiles en las hostilidades, la población civil correrá inevitablemente mayores peligros y se debilitarán las normas humanitarias.

Así pues, aún no se ha zanjado la cuestión. Aunque el derecho humanitario, en su forma actual, es suficiente para salvaguardar, en general, a aquellos que se propone proteger de los efectos de los ataques a través de redes informáticas, y a pesar de ello, promete reforzar periódicamente esa protección, siguen existiendo significativas imperfecciones prescriptivas. En consecuencia, mientras crecen las posibilidades, tanto en perfeccionamiento como en disponibilidad, de efectuar ataques a través de redes informáticas, es absolutamente fundamental revisar continuamente las normas. Tenemos que evitar que no se tengan en cuenta los principios humanitarios, para impedir que, en la guerra, lo posible suplante a lo permitido.

87 En el Comentario del Protocolo adicional I, *op.cit.* (nota 21), tomo II, párr. 1871, se observa que "las partes en conflicto tienen el deber de proveerse de los medios accesibles que les permitan respetar las normas del Protocolo. En cualquier caso, se podría reprochar a una parte que disponga de tales medios el hecho de no emplearlos y de privarse así, conscientemente, de la posibilidad de establecer la distinción requerida".

88 En JP 3-13, *op.cit.* (nota 2), en la figura IV-4 y el texto correspondiente, se ilustra una célula típica de una operación de información. Incluye un oficial OI de J-3; representantes de J-2, 4, 5, 6 y 7, que apoyan a los comandos de combatientes, y los componentes funcionales y de servicio, un auditor de guerra y expertos en: asuntos públicos, contraespionaje, asuntos civiles, elección de objetivos, operaciones especiales, operaciones técnicas especiales, guerra electrónica, operaciones psicológicas, engaño militar y operaciones de seguridad.

La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario

por
MARCO SASSÒLI

Se puede decir que el derecho internacional público está compuesto de dos estratos: el primero, el estrato tradicional, está integrado por las leyes que regulan la coexistencia y la cooperación entre los miembros de la sociedad internacional, principalmente los Estados; el segundo es un estrato nuevo y consiste en las leyes que reglamentan la comunidad de seis mil millones de seres humanos. Aunque el derecho internacional humanitario entró a formar parte del estrato tradicional, esto es, como un derecho que regula las relaciones entre Estados beligerantes, hoy apenas tendría importancia si no se lo comprende dentro del segundo estrato, es decir, como un derecho que protege a las víctimas de la guerra de los Estados y de cualquier otra entidad que libre una guerra.

La aplicación del derecho internacional humanitario puede entenderse, así pues, desde el punto de vista de ambas capas. En el caso de una rama del derecho que se aplica fundamentalmente en situaciones anárquicas, ilegales y en las que no suele regir ley alguna, como son los conflictos armados, los mecanismos de aplicación se centran, y tienen que centrarse siempre, en la prevención. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), mecanismo tradicional de aplicación del derecho internacional humanitario, actúa como intermediario neutral entre los Estados y como representante institucionalizado de las víctimas de la guerra. En ambos niveles, previene y pone coto a las violaciones del derecho, actuando, entre otras cosas, como sustituto de los beligerantes que no cumplen sus obligaciones

.....

MARCO SASSÒLI es profesor de derecho internacional en la Universidad de Quebec, en Montreal, Canadá. Anteriormente, fue delegado del CICR, jefe de delegación y jefe de la División Jurídica del CICR. Quisiera agradecer a sus asistentes de investigación, Marie-Louise Tougas e Isabelito Domingo, su valiosa colaboración para redactar el presente artículo.

humanitarias¹. Su proceder es más en función de las víctimas que de las violaciones del derecho². No obstante, en todo sistema jurídico, la comisión de infracciones ha de tener también consecuencias judiciales. Estas infracciones las cometen individuos, y el derecho internacional humanitario es una de las pocas ramas del derecho internacional que atribuye infracciones a personas individuales y que estipula sanciones contra ellas. Esta característica, que es típica del segundo estrato del derecho internacional público, se ha desarrollado muchísimo en los últimos años.

Aunque el derecho internacional humanitario se aplique cada vez más contra y en beneficio de personas individuales, también forma parte del primer estrato, ya que se aplica entre Estados. En esta estructura tradicional, pueden atribuirse infracciones a Estados, por lo cual las medidas para poner término, reprimir y corregir esas violaciones del derecho deben dirigirse contra el Estado responsable de ellas. Las consecuencias interestatales de las infracciones se exponen en normas sobre la responsabilidad de los Estados. En este artículo, se intentará mostrar cómo se aplican esas normas a las violaciones del derecho internacional humanitario.

El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en 2001

Es el momento oportuno de analizar la cuestión de la responsabilidad del Estado por violaciones del derecho internacional humanitario, puesto que el año pasado la Comisión de Derecho Internacional (CDI) culminó sus 45 años de trabajo con la aprobación del "Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" (de aquí en adelante: el Proyecto)³. Esta codificación de las llamadas normas secundarias de derecho internacional se aplica a violaciones de todas las normas primarias, excepto "en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional"⁴. Por consiguiente, al examinar la responsabilidad del Estado, será importante determinar para qué normas establecidas en el Proyecto el derecho internacional humanitario prevé una *lex specialis*.

¹ En relación con esos modos de acción, v. P. Bonard, *Modes of Action Used by Humanitarian Players*, CICR, Ginebra, 1999.

² M. Sassòli, "The victim-oriented approach of international humanitarian law and of the International Committee of the Red Cross (ICRC)", *Victims*, Nouvelles Études Pénales, vol. 7, 1988, pp. 147-180.

³ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional- 53º período de sesiones*

(23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General, Documentos Oficiales, 56º período de sesiones, Suplemento n° 10 (A/56/10), disponible en: <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>>, en adelante: *el Informe*, pp. 29-365. La Asamblea General tomó nota del Proyecto de Artículos en la Resolución A/RES/56/83 del 12 de diciembre de 2001.

⁴ Art. 55 del Proyecto.

El Proyecto y su Comentario, también aprobado por la CDI, se refieren frecuentemente al derecho internacional humanitario como un ejemplo o como una excepción de las normas que figuran en el Proyecto. Conviene analizar y debatir estas referencias, a fin de comprender mejor la definición y las consecuencias de las violaciones del derecho internacional humanitario en el plano interestatal, ya que, a pesar de los recientes avances del derecho penal internacional, esta rama del derecho sigue siendo esencial para garantizar el respeto a las víctimas de guerra, mientras la comunidad internacional siga estando formada por Estados soberanos y no se haya transformado en un Estado mundial institucionalizado, en el que ya no cuente el principio corporativo –y la responsabilidad concomitante– del Estado. Por el momento, armonizar el derecho internacional humanitario con los conceptos secundarios comunes al derecho internacional en su conjunto es una manera de perfeccionarlo⁵.

¿Es el derecho internacional humanitario un "sistema autónomo"?

Antes de analizar el Proyecto en relación con la aplicación del derecho internacional humanitario, es necesario determinar si la CDI tiene razón al dar por supuesto que esos artículos se aplican, por principio, a dicha rama del derecho. ¿No es acaso el derecho internacional humanitario un "sistema autónomo" que debe aplicarse sólo de conformidad con sus propias normas? La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha empleado el concepto de "sistema autónomo", en el que incluye un limitado número de posibles reacciones a las violaciones del derecho en el contexto del derecho de las relaciones diplomáticas. Consigna que "el propio derecho diplomático estipula los medios de defensa necesarios contra las actividades ilícitas cometidas por miembros de las misiones diplomáticas o consulares, y su sanción"⁶. La CDI ha abandonado este concepto, incluso para las relaciones diplomáticas, limitándolo a la norma de que "[e]l Estado que tome contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumban [...] de respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares"⁷. En este sentido, el derecho humanitario y el derecho diplomático son similares. Deben garantizar un mínimo de contactos entre los Estados, independientemente del resto de sus relaciones. Veremos que también están totalmente prohibidas las contramedidas consistentes en conductas que afecten a las víctimas de la guerra. No obstante, esa prohibición no implica que el derecho internacional humanitario pueda aplicarse solamente mediante los mecanismos que

⁵ Para un intento previo, aunque confuso, v. T. Kamenov, "The origin of State and entity responsibility for violations of international humanitarian law in armed conflicts", F. Kalshoven y Y. Sandoz (reds.), *Implementation of International humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff

Publishers, 1989, en particular p.170.

⁶ *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, Informes de la CIJ, 1980, p. 38, párr. 83, y p. 40, párr. 86.

⁷ Art. 50 (2) (b) del Proyecto.

establece explícitamente para ello. En primer lugar, veremos que muchos de esos mecanismos detallan o modifican normas generales sobre la responsabilidad del Estado y que sólo pueden comprenderse en ese marco. En segundo lugar, se pondrá de manifiesto que los tribunales internacionales han aplicado normas generales sobre la responsabilidad del Estado para atribuir o no ciertas violaciones del derecho internacional humanitario a un Estado en particular⁸. Si se sostuviera que el derecho internacional humanitario sólo puede aplicarse por sus propios mecanismos, esta rama del derecho sería de índole menos obligatoria y tendría grandes deficiencias.

Atribución

Para que caigan bajo las normas interestatales que pertenecen al estrato tradicional del derecho internacional, las violaciones deben consistir en comportamientos atribuibles a un Estado. En caso contrario, esas violaciones pueden dar lugar a que se exija una responsabilidad penal individual, y es esta segunda posible atribución lo que distingue el derecho internacional humanitario de las demás ramas del derecho internacional.

El comportamiento de los miembros de las fuerzas armadas

La primera cuestión que se plantea en este contexto es si un Estado es responsable del comportamiento de los miembros de sus fuerzas armadas. En el artículo 7 del Proyecto, se estipula que: "El comportamiento de un órgano del Estado [...] se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona [...] actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones". Según el artículo 3 del Convenio de La Haya n° IV⁹ y el artículo 91 del Protocolo I¹⁰, una parte en conflicto "[s]erá responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas"¹¹. Queda claro que las tres disposiciones abarcan hechos contrarios a las órdenes o instrucciones recibidas. Sin embargo, según el artículo del Proyecto antes citado, un Estado es responsable del comportamiento de los miembros de sus fuerzas

⁸ V. nota 19 y ss.

⁹ Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre n° IV (en adelante: Convenio de La Haya n° IV) y Reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (en adelante: Reglamento de La Haya), reproducidos en el *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, CICR, 13a ed., 1994, Ginebra.

¹⁰ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos arma-

dos internacionales (Protocolo I), (en adelante: Protocolo I), versión publicada en *Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR, Ginebra, edición revisada en 1996.

¹¹ En relación con el significado amplio de fuerzas armadas, v. el art. 43 del Protocolo I y con sus consecuencias en términos de atribución, v. F. Kalshoven, "State responsibility for warlike acts of the armed forces", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 847-848; y Kamenov, *op. cit.* (nota 5), pp. 174-176.

armadas sólo cuando éstos actúan en esa condición. Esta limitación puede excluir todos los hechos que ellos cometan como personas privadas; por ejemplo, un soldado que comete robo o abusos sexuales al abandonar un territorio ocupado. En su Comentario, la CDI considera simplemente que la norma del derecho internacional humanitario ejemplifica el artículo incluido en el Proyecto¹². Previamente, al comentar el correspondiente artículo del Proyecto aprobado en primera lectura, la CDI también consideró la disposición de derecho internacional humanitario como una excepción a la norma general, como *lex specialis*, por la cual los Estados asumían la responsabilidad del comportamiento de los miembros de sus fuerzas armadas, incluso cuando éstos actuaban a título particular¹³. A juicio del autor, este último punto de vista, apoyado de forma unánime tanto por estudios pertinentes de jurisprudencia¹⁴ como por un fallo judicial¹⁵, es correcto. Los trabajos preparatorios del artículo 3 del Convenio de La Haya n° IV dan prueba del deseo de modificar la norma previa según la cual un Estado no era responsable por hechos ilícitos cometidos por soldados que no estaban bajo el mando de oficiales. La única reserva que se formuló evidenció el temor de que el Estado se convirtiera en el garante de todos los daños provocados por sus tropas¹⁶. En realidad, además del elemento subjetivo de ser atribuibles a un Estado, esos hechos deben presentar el elemento objetivo de ser ilícitos¹⁷, en el sentido de que constituyan una violación de alguna disposición específica del derecho internacional humanitario. La responsabilidad absoluta por tales actos también se justifica por el hecho de que los soldados forman parte de una categoría particular de órganos del Estado, sobre la cual éste ejerce un control más estricto que sobre otros funcionarios. Quienes no quieren tener en cuenta que el artículo 3 del Convenio de La Haya n° IV es una *lex specialis* en relación con el artículo 7 del Proyecto pueden considerar que, al menos en tiempo de guerra y en relación con hechos regidos por el derecho internacional humanitario,

¹² Informe, *op. cit.*, p.103 (párr. 4 sobre el art. 10).

¹³ *Anuario de la CDI*, 1975, vol. II, p. 75 (párr. 26 sobre el art. 10 del Proyecto).

¹⁴ A. W. Freeman, "Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 88, 1955-II, pp. 333-339; R. Bierzanek, "The responsibility of States in armed conflicts", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 11, 1981-1982, pp. 96-98; L. Condorelli, "L'imputation à l'État d'un fait international illicite: Solutions classiques et nouvelles tendances", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 189, 1984-VI, pp. 146-148; los tres trabajos ofrecen más referencias; y Kalshoven, *op. cit.* (nota 11), pp. 837-838, 853; Y. Sandoz, "Los daños ilícitos en

los conflictos armados y su reparación en el ámbito del derecho internacional humanitario", *RICR*, n° 51 (mayo-junio de 1982), pp. 142-143; Kamenov, *op. cit.* (nota 5), pp.174-176; y S. Boelaert-Suominen, "Iraqi war reparations and the laws of war: A discussion on the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reference to environmental damage during warfare", *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 50, 1996, pp. 296-297.

¹⁵ M. Huber en el fallo sobre *British Claims in the Spanish Zone of Morocco*, UNRIIAA, vol. II, p. 645.

¹⁶ Freeman, *op. cit.* (nota 14), pp. 336-343; y Sandoz, *op. cit.* (nota 14), p. 142.

¹⁷ Art. 2 del Proyecto.

los miembros de las fuerzas armadas siempre están en servicio y nunca actúan en calidad de personas meramente privadas. Como personas privadas, nunca habrían entrado en contacto con ciudadanos enemigos ni habrían actuado en territorio enemigo.

Agentes de facto

Este segundo aspecto de atribución, que es de particular importancia para el derecho internacional humanitario, plantea la cuestión de las condiciones en las cuales un grupo armado que combate contra las fuerzas armadas gubernamentales puede ser considerado como un agente de facto de un Estado extranjero. Esta situación tendría la consecuencia de que el comportamiento de ese agente podría atribuirse a ese Estado y de que, por lo tanto, se aplicaría el derecho de los conflictos armados internacionales. Según el artículo 8 del Proyecto, "[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento". La CDI sostiene que "hay que apreciar en cada caso si el comportamiento [de un particular] ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a éste"¹⁸. Esto es cierto para la apreciación de los hechos, pero la norma jurídica aplicable prevista para ello por la norma secundaria de atribución debe ser la misma en todos los casos.

Tal atribución fue una cuestión que trató la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto Nicaragua. La Corte exigió un grado mayor de control efectivo para determinar tal atribución, al expresar, respecto de la responsabilidad de Estados Unidos por los contras que combatieron contra el Gobierno nicaragüense, que "la participación de Estados Unidos, aunque haya sido preponderante o decisiva, en el equipamiento, el aprovisionamiento, la financiación, organización y formación de los contras, en la selección de los blancos y en la planificación del conjunto de las operaciones, no basta para atribuir a Estados Unidos los hechos cometidos por los contras. Para que ese comportamiento dé lugar a una responsabilidad jurídica de Estados Unidos, se debería probar, en principio, que ese Estado tenía un control efectivo de las operaciones militares y paramilitares en el transcurso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones del derecho"¹⁹.

¹⁸ Informe, *op. cit.* (nota 3), pp. 94-95 (párr. 5 sobre el art. 8).

¹⁹ *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ésta (Nicaragua c. Estados Unidos)*, Merits, Informes de la CIJ 1986, p. 14, párr. 115. El criterio mucho menos restrictivo que aplicó la CIJ en su Orden del 8 de abril de 1993 en el asunto *Aplicación de la Convención sobre la prevención y la sanción*

del crimen de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Informes de la CIJ 1993, p. 3, párr.52, (traducción propia), se debe, en nuestra opinión, a la obligación primaria específica de impedir el crimen de genocidio (*ibíd.*, párrs. 44-45), y no es un desarrollo de la norma secundaria, tal y como sostuvo Boelaert-Suominen, *op. cit.* (nota 14), p. 297.

Bien sabido es que, en el asunto Tadic, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) consideró que esa apreciación, sostenida por la CIJ, no era convincente, porque contradecía la lógica misma de la responsabilidad del Estado y estaba en desacuerdo con la práctica estatal y judicial. Contrariamente a lo que opinaban algunos autores, el TPIY consideró que el criterio para verificar la responsabilidad del Estado y el necesario para hacer aplicable el derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados internacionales son los mismos. Para el Tribunal, cuando está en tela de juicio la responsabilidad de una organización militar, el control general ejercido por un Estado extranjero sobre esa organización en particular es suficiente para considerar que dicho Estado extranjero es responsable de todos los hechos cometidos por esa organización y, por ende, es aplicable el derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados internacionales²⁰.

La CDI opina que las cuestiones jurídicas y los hechos que se pusieron de manifiesto en el asunto Tadic difieren de los que la CIJ había tratado en el asunto Nicaragua, en el sentido de que el cometido del TPIY era abordar cuestiones de responsabilidad penal individual, y no de responsabilidad del Estado²¹. Con el debido respeto, el que suscribe no está de acuerdo. La CDI indica que la cuestión en el asunto Tadic concernía no a la responsabilidad, sino a las normas aplicables del derecho internacional humanitario, lo que es cierto. Sin embargo, la cuestión preliminar que subyacía al asunto Tadic era la misma que se había decidido en el asunto Nicaragua. En realidad, antes de que se pueda establecer la responsabilidad individual en un asunto dado, se deben esclarecer las normas según las cuales debería haber actuado un individuo. El derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados internacionales podría aplicarse a los hechos que el señor Tadic, serbobosnio, cometió contra bosnios musulmanes en el transcurso de un conflicto con el Gobierno bosnio, sólo si esos hechos pudieran considerarse jurídicamente como actos de otro Estado, a saber, de la República Federal de Yugoslavia.

Algunos podrían argüir que últimamente ese criterio se ha debilitado aún más, después de que el Consejo de Seguridad de la ONU consintió en que Estados Unidos reaccionara en legítima defensa contra Afganistán, tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, perpetrados por el grupo no estatal Al Qaida, encubierto por los talibán, que gobernaban entonces de facto en Afganistán²².

²⁰ Asunto IT-94-1, *Prosecutor v. Tadic*, 1999, párrs. 116-144; y M. Sassòli y L. Olson, "Case Report Judgment, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, ICTY Appeals Chamber, 15 July 1999", *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, p.575. V. también nuestra crítica, M. Sassòli y L. Olson, "El fallo de la Sala de Apelaciones del TPIY sobre la base jurídica del caso *Tadic*", *RICR* n° 155, septiembre de 2000 (versión completa en inglés en *RICR* n° 839, 2000, disponible en www.icrc.org).

²¹ Informe, *op. cit.* (nota 3), pp. 94-95 (párr. 5 sobre el art. 8).

²² V. en particular las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de la ONU. En relación con algunas ideas preliminares sobre esos acontecimientos desde el punto de vista de las normas de atribución, v. L. Condorelli, "Les attentats du 11 septembre et leurs suites: Où va le droit international?", *Revue générale de droit international public*, vol. 105, 2001, pp.838-839.

Puede ocurrir que sean aplicables normas especiales de atribución del uso de la fuerza. En caso contrario, este uso de la fuerza por Estados Unidos contra Afganistán (y no simplemente contra objetivos del Al Qaida en Afganistán) sólo podría justificarse mediante el derecho de legítima defensa contra un ataque armado si el ataque armado realizado por Al Qaida pudiera atribuirse a Afganistán. Manifiestamente, Estados Unidos realizó tal atribución sencillamente porque Afganistán daba cobijo y apoyaba a ese grupo, sin tener en cuenta si ese Estado ejercía un control general sobre el grupo. Queda por ver si esto indica un desarrollo de la norma secundaria aplicable a todas las normas primarias, y si la nueva norma esgrimida será aplicable a todos los Estados y a futuros casos similares, requisito indispensable para que sea legal.

Sublevación en masa

Otra disposición que la CDI aprobó respecto de la atribución figura en el artículo 9 del Proyecto, sobre "Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales". Esta disposición, según el Comentario, se inspira en cierta medida en una antigua institución del derecho internacional humanitario conocida como "sublevación en masa", es decir, la norma según la cual los civiles que toman las armas espontáneamente al acercarse el enemigo y en ausencia de fuerzas regulares tienen el estatuto de combatientes y el derecho a participar directamente en las hostilidades²³. La disposición deja claro que un Estado es responsable del comportamiento –por ejemplo, de las violaciones del derecho internacional humanitario– de esos civiles.

Comportamiento en el ejercicio de atribuciones del poder público

En un contexto que se caracteriza por las privatizaciones y las deregulaciones, incluso en el ámbito de la defensa, de la seguridad y de las cárceles, puede resultar útil mencionar el artículo 5 del Proyecto, según el cual un Estado es responsable de una persona o entidad privada que esté "facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público". Como ejemplos, la CDI menciona las empresas de seguridad privadas contratadas para que se encarguen de la vigilancia en las cárceles y que, como tales, ejercen poderes de detención y de disciplina, o las empresas en las que las compañías aéreas han delegado algunos poderes en relación con el control de la inmigración²⁴.

Movimientos insurreccionales

Otra disposición mediante la cual se atribuye al Estado el comportamiento de entidades no estatales o de individuos es el artículo 10 del Proyecto, sobre "Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole". Según

²³ Art. 4 (A) (6) del III Convenio (nota 33) y art. 2 del Reglamento de La Haya.

²⁴ *Informe, op. cit.* (nota 3), pp. 78-79 (párr. 2 sobre el art. 5).

esta disposición, dicho comportamiento es atribuible al Estado si el movimiento se convierte en el nuevo Gobierno del Estado, o al nuevo Estado si el grupo logra establecer un nuevo Estado. Para las normas que rigen la responsabilidad del Estado, como para el derecho internacional humanitario, la legitimidad o la ilegitimidad de la insurrección no es importante, "[a]ntes bien, es preciso centrarse en el comportamiento concreto de que se trate y en su licitud o ilicitud en virtud de las normas aplicables del derecho internacional"²⁵. Además, la CDI considera que, para definir los tipos de grupos abarcados en el término "movimiento insurreccional", puede tomarse como guía el umbral para la aplicación de las normas de los conflictos armados que figuran en el Protocolo II²⁶. Sin embargo, en opinión del que suscribe, ello no debería significar que un Estado no es responsable de las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que también es aplicable en los conflictos armados no internacionales, pero que tiene un umbral de aplicación más bajo, si esas infracciones las comete un grupo armado que luego asume el nuevo Gobierno de ese Estado, pero que no estaba cubierto por el Protocolo II en el momento de la violación.

Aunque la CDI no se ocupaba de la responsabilidad de los sujetos del derecho internacional que no sean los Estados, recuerda que "[o]tra posibilidad es que el movimiento insurreccional en sí pueda ser tenido por responsable de su propio comportamiento con arreglo al derecho internacional, por ejemplo por una violación del derecho humanitario internacional cometida por sus fuerzas"²⁷. Por cierto, el derecho internacional humanitario confiere implícitamente a las partes en conflictos armados no internacionales, tanto si tienen finalmente éxito como si no, la personalidad jurídica internacional funcional necesaria para ejercer los derechos y las obligaciones que se estipulan en sus normas²⁸. Cabe recordar que las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por esas partes acarrearán su responsabilidad jurídica internacional, lo cual reviste particular importancia por lo que respecta a los derechos y deberes correspondientes de terceros Estados en caso de que se perpetren tales violaciones.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 105-106 (párr. 11 sobre el art. 10).

²⁶ *Ibíd.*, p. 104 (párr. 9 sobre el art. 10) y art. 1 (1) 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, del 8 de junio de 1977 (en adelante, Protocolo II), versión publicada en *Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR, Ginebra, edición revisada en 1996.

²⁷ *Informe, op. cit.* (nota 3), p. 108 (párr. 16 sobre el art. 10).

²⁸ V. P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. II, 1a ed., Ginebra, Georg, 1954, p. 314; C. Zorgbibe, *La guerre civile*, París, PUF, 1975, pp.187-189; y la Corte Constitucional de Colombia en el caso n° C-225/95, reproducido parcialmente en M. Sassòli y A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, CICR, Ginebra, p. 1361, párr. 14.

Omisión de la debida diligencia

Este capítulo estaría incompleto si no mencionáramos una causa de responsabilidad que consideró la CDI, probablemente con razón, y que deriva de las normas primarias²⁹. Entidades o personas privadas pueden violar el derecho internacional humanitario, aunque su comportamiento pueda no atribuirse a un Estado³⁰. En relación con ese comportamiento, un Estado puede tener una obligación de ejercer diligencia a fin de evitar comportamientos contrarios al derecho internacional humanitario, y de enjuiciarlo y sancionarlo si ocurre³¹. No es este el lugar para examinar qué normas del derecho internacional humanitario exigen más diligencia por parte de los Estados en relación con violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por agentes privados. Es suficiente decir que algunas normas, explícita o implícitamente, exigen esa diligencia³². Cabe pensar que el incumplimiento de las obligaciones de tomar medidas preventivas en tiempo de paz, como difundir el derecho internacional humanitario³³, y de juzgar las infracciones graves³⁴ también podría implicar responsabilidad por el comportamiento de agentes privados, al que han contribuido esas omisiones. Por último, también se podría interpretar que la obligación de "hacer respetar" el derecho, estipulada en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, establece una norma de la diligencia debida por lo que respecta a los agentes privados si éstos están bajo la jurisdicción de un Estado, o incluso por lo que atañe a las infracciones del derecho internacional humanitario cometidas por Estados o por agentes no estatales extranjeros que podrían estar influidos por un Estado³⁵.

²⁹ Informe, *op. cit.* (nota 3), pp. 51-52 (párr. 4 sobre el art. 2); Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 51º período de sesiones, documento de la ONU A/54/10 párrafo 420 (disponible en: <http://www.un.org/law/ilc/reports/1999/english/ggrefpra.htm>).

³⁰ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones, juicio del 1 de junio de 2001, párrs. 432-445, disponible en: <http://www.ict.org>.

³¹ Para más referencias, v. el *Anuario de la CDI* 1975, vol. 2, p. 87; L. Condorelli, *op. cit.* (nota 14), pp. 105-116; R. Pisillo-Mazzeschi, "The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States", *German Yearbook of International Law*, vol. 35, 1992, pp. 9-51 y, del mismo autor, "Due diligence" e *Responsabilità internazionale degli stati*, Giuffrè, Milán, 1989.

³² Por ejemplo, el art. 13 (2) del III Convenio (nota 33) y el art. 43 del Reglamento de La Haya.

³³ Art. 47/48/127/144 respectivamente de los cuatro Convenios de Ginebra (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; en adelante: I Convenio; 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; en adelante: II Convenio; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; en adelante: III Convenio; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; en adelante: IV Convenio; reproducidos en el *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, CICR, 13a ed., Ginebra, 1994; y los arts. 83 y 87 (2) del Protocolo I y el art. 19 del Protocolo II.

³⁴ Arts. 50/51/130/147, respectivamente, de los Convenios y arts. 11 (4), 85 y 86 del Protocolo I.

³⁵ Kamenov, *op. cit.* (nota 5), pp. 179-182, califica esa responsabilidad como "semidirecta"; y N. Levrat, "Les conséquences de l'engagement pris par la H.P.C. de 'faire respecter' les conventions humanitaires", en Kalshoven y Sandoz, *op. cit.* (nota 5), pp. 274-291, considera que esa obligación de comportamiento debe cumplirse mediante los mecanismos previstos por el DIH. En cuanto al aspecto interestatal de la responsabilidad de "hacer respetar", v. el texto que sigue a la nota 78.

Ayuda o asistencia en la comisión de violaciones del derecho internacional humanitario

En el artículo 16 del Proyecto, se estipula la responsabilidad de un Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión de una violación del derecho internacional si el Estado que presta ayuda está obligado por la norma correspondiente y actúa conociendo las circunstancias de la violación. La CDI aclara que un Estado que asiste a otro Estado no debe asumir normalmente el riesgo de que esa ayuda se emplee para cometer hechos internacionalmente ilícitos y que, para que sea ilícita, esa ayuda ha de prestarse con vistas a facilitar la comisión de la violación y ha de facilitarla efectivamente³⁶. A menudo, las violaciones del derecho internacional humanitario se cometen con armas proporcionadas por terceros Estados. Siempre que no esté prohibido el uso de esas armas en particular, el Estado que las suministra no es responsable de las infracciones del derecho internacional humanitario que cometa el Estado que recibe dichas armas. No obstante, si el Estado proveedor se entera de que el Estado receptor comete violaciones sistemáticas del derecho internacional humanitario con ciertas armas, el Estado que presta ayuda debe negarse a realizar más transferencias de esas armas, aunque éstas puedan también emplearse de manera lícita. En realidad, si se continúa prestando asistencia cuando se conocen las violaciones, es evidente que se facilita la comisión de futuras violaciones. Tal vez el Comentario de la CDI no sea tan estricto en este sentido, pero este argumento se basa en la obligación especial que tienen los terceros Estados, según el derecho internacional humanitario, no sólo de no prestar asistencia para la comisión de infracciones, sino también de "hacer respetar" las normas del derecho internacional humanitario por todos los demás Estados³⁷. Un Estado que presta asistencia sabiendo que ésta se emplea para cometer violaciones del derecho no está ciertamente cumpliendo esta obligación específica.

Circunstancias que excluyen la ilicitud de violaciones del derecho internacional humanitario

La CDI codifica seis circunstancias que excluyen la ilicitud de lo que, de otro modo, sería un acto ilícito: consentimiento, legítima defensa, contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo y necesidad³⁸. No obstante, también especifica

³⁶ Informe, *op. cit.* (nota 3), p. 154 (párr. 3 sobre el art. 16).

³⁷ V. las notas 78-80.

³⁸ Arts. 20-25 del Proyecto. Abordaremos aquí cuestiones relativas al consentimiento, la legítima defensa, el peligro extremo y la necesidad. Por lo que atañe a las contramedidas, v. el texto que sigue a la nota 88. Con respecto a la *fuerza mayor*, si una fuerza irresistible o un suceso imprevisto, fuera del control del Estado, le hace materialmente imposible respetar el DIH (v. la definición en el art. 23 del Proyecto),

en nuestra opinión, no ocurre ningún hecho ilícito (por ejemplo, si una aeronave militar en peligro extremo cae sobre civiles). V. en este mismo sentido, L. Condorelli y L. Boisson De Chazournes, "Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en toutes circonstances", *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1984, p. 22.

que ninguna de esas circunstancias puede excluir la ilicitud de una violación de normas imperativas de derecho internacional. La CIJ, el TPIY y la CDI consideran que las normas básicas de derecho internacional humanitario son imperativas³⁹. Estaría fuera de la finalidad de este artículo analizar qué normas del derecho internacional humanitario son lo suficientemente fundamentales como para pertenecer al *jus cogens*. Algunos eminentes tratadistas opinan que todas las normas de derecho internacional humanitario son imperativas⁴⁰. Desde el punto de vista del concepto de *jus cogens*, según el derecho convencional⁴¹ al menos, el propio derecho internacional humanitario sostiene esta opinión al prohibir concertar acuerdos especiales que puedan perjudicar la situación de personas protegidas⁴². Sería difícil hallar normas del derecho internacional humanitario que no protejan directa o indirectamente los derechos de las personas protegidas en los conflictos armados internacionales. Además, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales, esas normas protegen los "derechos fundamentales de la persona humana", que son ejemplos clásicos de *jus cogens*⁴³.

Consentimiento

Por lo que respecta al consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud, los propios tratados de derecho internacional humanitario estipulan que ningún Estado puede exonerarse o exonerar a otro Estado de las responsabilidades en que haya incurrido a causa de infracciones graves⁴⁴. Esto confirma que un Estado no puede consentir en una violación de las normas de derecho internacional humanitario que protegen los derechos de las víctimas⁴⁵.

Legítima defensa

El Comentario de la CDI deja claro que "[e]n cuanto a las obligaciones impuestas por el derecho humanitario internacional y en relación con disposiciones no derogables sobre derechos humanos, la legítima defensa no excluye la ilicitud del comportamiento"⁴⁶. Esto es una consecuencia necesaria de la separación absoluta entre el *jus ad bellum*, sobre la licitud del empleo de la fuerza, y el *jus in bello*, al que pertenece el derecho internacional humanitario, que rige

³⁹ V. las notas 71-74.

⁴⁰ Condorelli y Boisson de Chazournes, *op. cit.* (nota 38), pp. 33-34.

⁴¹ Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁴² Arts. 6/6/6 y 7, respectivamente, de los cuatro Convenios.

⁴³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, Informes de la CIJ 1970, p. 3, p. 32, párr. 34.

⁴⁴ Arts. 51/52/131 y 148, respectivamente, de los cuatro Convenios.

⁴⁵ Condorelli y Boisson de Chazournes, *op. cit.* (nota 38), pp. 22-23, basan su conclusión en la obligación de respetar el DIH "en todas las circunstancias", prevista en el art. 1 común a los cuatro Convenios.

⁴⁶ *Informe, op. cit.* (nota 3), p. 181 (párr. 3 sobre el art. 21).

cómo debe emplearse esa fuerza⁴⁷. Desde esta perspectiva, es lamentable y sorprendente que la CIJ haya concluido, en su Opinión Consultiva sobre Armas Nucleares, que no podía "llegar a una conclusión definitiva respecto de la licitud o la ilicitud del empleo de armas nucleares por un Estado en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que estuviera en juego su propia supervivencia"⁴⁸. A decir verdad, si el empleo de armas nucleares viola normalmente el derecho internacional humanitario, como se da por supuesto en la citada Opinión de la CIJ, también lo hace en una circunstancia extrema de legítima defensa⁴⁹.

Necesidad

En el artículo 25 del Proyecto, se restringe la necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud a casos en los que un comportamiento sea "el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente" y no afecte a otros intereses esenciales del Estado. No obstante, descarta la invocación a la necesidad si la obligación internacional en cuestión excluye esa posibilidad. En el Comentario de la CDI, se menciona como ejemplo que "algunas convenciones humanitarias aplicables a los conflictos armados excluyen expresamente la invocación a la necesidad militar. Otras, aunque no excluyan explícitamente el estado de necesidad, deben aplicarse en situaciones anormales de peligro para el Estado responsable y que afectan evidentemente a sus intereses esenciales. En tal caso, la imposibilidad de alegar el estado de necesidad se deduce claramente del objeto y el fin de la norma"⁵⁰. En efecto, el derecho internacional humanitario se concibió para los conflictos armados, que son por definición situaciones de emergencia. Queda, pues, implícitamente excluido que se pueda alegar como defensa el estado de necesidad, excepto cuando alguna de sus normas disponga explícitamente otra cosa⁵¹. Así lo afirmó de manera categórica la CDI

⁴⁷ V. el Protocolo I, párr. 5 del Preámbulo; el Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg sobre el asunto *Wilhelm List et al.*, la Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, pp. 34-76. Para este caso y otras referencias, v. Sassòli y Bouvier, *op. cit.* (nota 28), pp. 83-87, 665, 681 y 682; C. Greenwood, "The relationship between *jus ad bellum* and *jus in bello*", *Review of International Studies*, vol. 9, 1983, pp. 221-234; R. Kolb, "Origen de la pareja terminológica *jus ad bellum/jus in bello*", *RICR* n° 143 (septiembre-octubre de 1997), pp. 589-599; H. Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, París, 1970.

⁴⁸ Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares,

8 de julio de 1996, Informes de la CIJ 1996, p. 226, párr. 97 (traducción propia).

⁴⁹ En el art. 50 (1) (c), se prohíben expresamente, además, las contramedidas que afecten a "las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias" (v.la nota 93).

⁵⁰ Informe, *op. cit.* (nota 3), pp. 212-213 (párrs. 19 y 21 sobre el art. 25). También Boelaert-Suominen, *op. cit.* (nota 14), p. 301, con más referencias. Para una opinión que defiende una excepción general (estrictamente restringida) en casos de necesidad militar, v. H. McCoubrey, "The nature of the modern doctrine of military necessity", *The Military Law of War Review*, vol. 30, 1991, pp. 216-242.

⁵¹ V. por ejemplo el art. 33 (2) del I Convenio, los arts. 49 (2) y (5), 53, 55 (3) y 108 (2) del IV Convenio y el art. 54 (5) del Protocolo I.

en su comentario del artículo 33, aprobado en primera lectura, y algunos de cuyos fragmentos merecen citarse:

"La adopción de reglas de derechos humanos relativas a las operaciones de guerra se ha realizado con plena conciencia de que la "necesidad militar" es el criterio mismo de esta conducta. Los representantes de los Estados que formularon estas reglas se proponían imponer mediante ellas ciertos límites a los Estados (...) Quienes formularon estas reglas no tenían la intención de permitir que la necesidad de la guerra destruyera retrospectivamente lo que con tanta dificultad habían conseguido. Por otra parte, sabían perfectamente que el respeto de las restricciones previstas podría dificultar el éxito de una operación militar, pero si hubieran querido admitir estas restricciones solamente en el caso en que no dificultaran el éxito de una operación militar, lo habrían expresado abiertamente, o bien, lo que es más probable, habrían renunciado a su tarea, cuya utilidad sería en ese caso muy relativa. Los convenios en materia de derechos humanitarios se proponen subordinar, en ciertas esferas, el interés de la parte beligerante a un interés superior; (...)"⁵²

La CDI señala, con razón, que las consideraciones de necesidad militar "se tienen en cuenta en el contexto de la formulación e interpretación de las obligaciones primarias" del derecho internacional humanitario, sea como criterio subyacente de muchas de sus disposiciones fundamentales o explícitamente mencionado en algunas otras normas de derecho internacional humanitario⁵³. Se puede añadir que la necesidad militar también es un principio prohibitivo del derecho internacional humanitario, que excluye todo comportamiento que ocasione daños o sufrimientos innecesarios para obtener una ventaja militar⁵⁴.

Peligro extremo

En opinión del que suscribe, a las circunstancias de peligro extremo han de aplicarse consideraciones similares a las enunciadas en relación con el estado de necesidad. En este caso, a diferencia del estado de necesidad, el peligro afecta al individuo, y no al Estado. En el artículo 24 del Proyecto, se excluye la ilicitud del acto si su autor no tiene razonablemente otro modo de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado. Sin embargo, puede ocurrir que la situación de peligro extremo no se deba al comportamiento del Estado que lo invoca y que sea improbable que el acto en cuestión cree un peligro comparable o mayor.

⁵² "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, vol. II, parte 2, p. 44, párr. 28.

⁵³ *Informe, op. cit.* (nota 3), pp. 212-213 (párr. 21 sobre el art. 25).

⁵⁴ G. Venturini, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 127-165; W. V. O'Brien, "The meaning of military necessity in international law", *World Polity*, vol. 1, 1957, pp. 138-163; arts. 23 (1) (e) y (g) del Reglamento de La Haya y art. 35 (2) del Protocolo I.

Cabe señalar que, por definición, los individuos están en peligro extremo en situación de conflicto armado, del mismo modo que los Estados atraviesan un estado de necesidad. Se da por sentado que las normas del derecho internacional humanitario tienen este hecho en consideración⁵⁵. Considerar, por ejemplo, que un Estado no es responsable si sus soldados hieren a civiles para salvar sus propias vidas dejaría poco espacio a estas normas. Por lo que respecta a una violación para la cual se ha invocado el estado de necesidad o de peligro extremo como circunstancias que excluyen la ilicitud⁵⁶, a saber, la tortura, hay que recordar que ésta infringe el *jus cogens* y que el derecho convencional relativo a esta infracción excluye expresamente esa justificación⁵⁷.

Consecuencias legales de las violaciones del derecho internacional humanitario

En la segunda parte del Proyecto, se trata la cuestión del contenido de la responsabilidad del Estado, es decir, las obligaciones que contrae el Estado responsable a causa de su responsabilidad. El Estado responsable debe poner fin al comportamiento ilícito y repararlo íntegramente, mediante restitución, indemnización o satisfacción. En el artículo 3 de la Convención de La Haya n° IV⁵⁸ y en el artículo 91 del Protocolo I, sólo se menciona específicamente una indemnización económica, pero como, según esas disposiciones, tal indemnización debe pagarse sólo "si hubiere lugar a ello", puede interpretarse, al igual que en el derecho internacional general, como subsidiaria de la *restitutio in integrum*⁵⁹. Además, el Proyecto nos recuerda que la obligación de reparar una violación también se aplica en los casos de violaciones del derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados no internacionales que no están cubiertos por las normas convencionales mencionadas.

La CDI subraya que tales obligaciones también pueden existir para personas o entidades distintas de los Estados, como es el caso de "las violaciones de los derechos humanos y otras violaciones del derecho internacional en que el beneficiario primario de la obligación violada no es un Estado". El Proyecto no se ocupa de los derechos que "pueden concernir directamente a personas [privadas]", pero reconoce esa posibilidad⁶⁰. Determinar cómo y en qué medida las personas privadas es-

⁵⁵ Sin dar una explicación, Condorelli y Boisson de Chazournes, *op. cit.* (nota 38), p. 22, consideran que el peligro extremo excluye la ilicitud de las violaciones del DIH.

⁵⁶ V. el procedimiento anterior de la Corte Suprema de Justicia de Israel y la Comisión de Investigación Landau sobre "presión física moderada" contra palestinos durante su interrogatorio, que contradice los arts. 31, 32 y 147 del IV Convenio y que, afortunadamente, fue abandonado en el caso *Wa'al Al Kaaqua et al. c. The State of Israel*. V. Sassòli y Bouvier, *op.*

cit. (nota 28), pp. 824-829. V. no obstante un texto más reciente de H. Morris, "Israel court ruling confirms denial of prisoners' rights", *Financial Times*, 8 de abril de 2002.

⁵⁷ Art. 2 (2) de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del 10 de diciembre de 1984.

⁵⁸ V. la nota 9.

⁵⁹ Art. 36 (1) del Proyecto.

⁶⁰ *Informe, op. cit.* (nota 3), pp. 223-224 (párr. 3 sobre el art. 38).

tán facultadas para invocar responsabilidad por cuenta propia depende de cada norma primaria aplicable⁶¹. Las víctimas de la guerra son ciertamente beneficiarias de las obligaciones que impone el derecho internacional humanitario. Sin embargo, por lo que respecta a los conflictos armados internacionales, muchas de éstas aún están formuladas como obligaciones entre Estados. La obligación de pagar indemnizaciones por las violaciones, establecida en el derecho internacional humanitario, se interpretó tradicionalmente como una obligación de indemnizar al Estado lesionado⁶², es decir, al Estado al que pertenecen las personas individuales lesionadas y al que éstas han de dirigir sus reclamaciones. Esta interpretación está muy influenciada por la perspectiva tradicional de la protección diplomática, según la cual se considera que el Estado nacional de un extranjero lesionado ha de presentar su propia reivindicación, y no la de su ciudadano⁶³. En derecho internacional humanitario, al menos, esa interpretación no siempre es correcta, en el sentido de que hay tantas normas formuladas desde la perspectiva de los derechos humanos como derechos de las víctimas de guerra. En tales casos, el único problema es de índole procesal, o sea, que los individuos lesionados no tienen derecho a actuar en los procedimientos habituales para la resolución de litigios, mientras que sí lo tienen según el derecho internacional. Su Estado nacional, e incluso cualquier tercer Estado⁶⁴, puede llevar el asunto a los tribunales nacionales, siempre que el derecho internacional sea directamente aplicable en un sistema jurídico dado y que las normas concernidas tengan fuerza de ley, o cuando la legislación nacional les otorga un derecho privado de acción⁶⁵. Históricamente, algunos beligerantes establecieron a veces tribunales de arbitraje o especiales para decidir sobre las reclamaciones presentadas contra ellos por ciudadanos individuales del Estado que había sido su enemigo⁶⁶. Sin embargo, con

⁶¹ Art. 33 (2) del Proyecto e *Informe*, *op. cit.* (nota 3), pp. 247-248 (párr. 4 sobre el art. 33).

⁶² Cf. J. S. Pictet (dir.), *Commentary III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, CICR, Ginebra, 1960, p. 630; Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmerman (reds.), *Comentario del Protocolo adicional I*, 2001, p.1467 y ss., CICR, Plaza y Janés Editores, Bogotá; *Report on the Protection of War Victims*, elaborado por el CICR, Ginebra, junio de 1993, 4.3., reproducido en Sassòli y Bouvier, *op. cit.* (nota 28), p. 457; *Contra, basado en el análisis de los trabajos preparatorios* del art. 3 del Convenio de La Haya n° IV, Kalshoven, *op. cit.* (nota 11), pp. 830-832; y Boelaert-Suominen (nota 14), pp. 294-295.

⁶³ *Case concerning the Factory of Chorzów, Claim for Indemnity, Merits*, PCIJ, Serie A, n° 17, pp. 27-28.

⁶⁴ V. el texto en nota 97, sobre el art. 48 (2) (b).

⁶⁵ V. los fallos de los tribunales estadounidenses en los casos *Handel v. Artukovic*, Tribunal estadounidense para el Distrito Central de California, 601 F.Supp. 1421, reproducidos parcialmente en Sassòli y Bouvier, *op. cit.* (nota 28), pp.714-719, y *Kadic et al. v. Karadzic*, International Legal Materials 34 (6), 1995, pp.1595-1614, reproducido parcialmente en Sassòli y Bouvier, *op. cit.* (nota 28), pp.1274-1251, así como el fallo de la Corte Suprema de la India en el caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*, S.C. 1203-1208, reproducido parcialmente en Sassòli y Bouvier, *op. cit.* (nota 28), pp. 1399-1401.

⁶⁶ V. los Tribunales de Arbitraje Mixtos establecidos en virtud del art. 304 del Tratado de Versalles y las comisiones de reclamaciones establecidas por Estados Unidos, el Reino Unido y Francia en sus respectivas zonas de ocupación en Alemania tras la II Guerra Mundial (Freeman, *op. cit.* [nota 14], pp. 375-389).

demasiada frecuencia, no hicieron efectivas las reparaciones por las violaciones cometidas, acordadas en los acuerdos de paz y de otra índole⁶⁷; esa práctica violaría actualmente una prohibición explícita del derecho internacional humanitario⁶⁸.

Violaciones del derecho internacional humanitario como infracciones graves de normas imperativas

No es este el lugar adecuado para debatir el concepto de crímenes internacionales de Estado, que fue primero adoptado y finalmente abandonado por la CDI, tras larguísimos debates⁶⁹. Lo que sobrevive de esa distinción cualitativa en el Proyecto, entre diferentes violaciones del derecho internacional, es la categoría de infracciones graves de normas imperativas⁷⁰. La CDI considera que, a la luz de la Opinión consultiva sobre el empleo de armas nucleares, en la que la CIJ describe las normas fundamentales de derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados como "inviolables"⁷¹, "parecería estar justificado que [dichas normas] se considerasen también imperativas"⁷². Aunque estamos de acuerdo con esta calificación, señalamos, como advertencia de precaución, que se tenga en cuenta que la propia CIJ dejó expresamente pendiente la cuestión de si las normas del derecho internacional humanitario que aplicó forman parte del *jus cogens*⁷³. Por otra parte, se puede añadir que la CDI, en el Proyecto aprobado en primera lectura, consideró las violaciones graves del derecho internacional humanitario como ejemplos indiscutibles de "crímenes internacionales de Estado"⁷⁴.

Las infracciones graves de normas imperativas tienen consecuencias particulares; la CDI logró acordar respecto de sólo algunas de ellas⁷⁵. Las que se mencionan en el Proyecto conciernen a los derechos y las obligaciones de terceros Estados en caso de que se cometan tales infracciones y se analizarán más adelante, en el contexto de la aplicación de la responsabilidad estatal en relación con esas violaciones⁷⁶.

⁶⁷ Kalshoven, *op. cit.* (nota 11), pp. 835-837; Boelaert-Suominen, *op. cit.* (nota 14), p. 295; y Kamenov, *op. cit.* (nota 5), pp. 172-173 y 218.

⁶⁸ V. la nota 42.

⁶⁹ Para una bibliografía más reciente, v. N. Jørgensen, *The responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 299-314.

⁷⁰ Arts. 40 y 41 del Proyecto.

⁷¹ Opinión consultiva sobre armas nucleares, *op. cit.* (nota 48), p. 257, párr. 79.

⁷² Informe, *op. cit.* (nota 3), pp. 306-307 (párr. 5 sobre el art. 40). V. también el "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980*, vol. II, parte 2, p. 44, párr. 28;

y *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others*, Sala de Procesamiento del TPIY, Juicio, La Haya, 14 de enero de 200, Caso nº IT-95-16-T, párr. 520; Levrat, *op. cit.* (nota 35), pp. 270-273, y notas 40-43.

⁷³ Opinión consultiva sobre armas nucleares, *op. cit.* (nota 48), párr. 83.

⁷⁴ Condorelli y Boisson de Chazournes, *op. cit.* (nota 38), pp. 33-34; y art. 19 (3) (c), según lo aprobó la CDI en primera lectura, *Anuario de la CDI 1976*, vol. II, parte 2, p. 95.

⁷⁵ Así, la cláusula de salvaguardia que figura en el art. 41 (3) del Proyecto, relativa a las consecuencias que pueden tener esas violaciones graves en derecho internacional.

⁷⁶ V. el texto que precede a las notas 110 y 120.

Aplicación de la responsabilidad estatal por violaciones del derecho internacional humanitario

Una de las cuestiones más difíciles, delicadas y, a la vez, menos analizadas de derecho internacional humanitario es lo que otros Estados pueden o deben hacer cuando un Estado viola el derecho internacional humanitario. Algunos sostienen que, por lo que respecta a la aplicación de la responsabilidad estatal, al menos, el derecho internacional humanitario es un sistema autónomo⁷⁷. Sin embargo, veremos que los mecanismos para la aplicación del derecho internacional humanitario también se inspiran en los del derecho internacional general sobre la responsabilidad estatal, en cuyo marco se pueden interpretar mejor. Además, se demostrará que un mecanismo estipulado en el artículo 89 del Protocolo I es tan vago que todos los mecanismos generales pueden interpretarse como su aplicación.

La obligación de "hacer respetar" el derecho internacional humanitario

Según el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo I, todos los Estados se comprometen a "hacer respetar" sus disposiciones "en todas las circunstancias". En la actualidad, se interpreta en forma unánime que ese artículo se refiere a violaciones cometidas por otros Estados⁷⁸. En el asunto Nicaragua, la CIJ sostuvo que dicho artículo da expresión específica a un "principio general del derecho humanitario" y que se aplica también al derecho de los conflictos armados no internacionales⁷⁹. Además, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la ONU, así como una abrumadora mayoría de los Estados Partes en el IV Convenio de Ginebra, aplicaron este principio al instar a terceros Estados a que reaccionaran a las violaciones de este instrumento por parte de Israel en el territorio que ocupa⁸⁰.

⁷⁷ En este sentido, v. Levrat, *op. cit.* (nota 35), pp. 281-291; y Kamenov, *op. cit.* (nota 5), p. 170.

⁷⁸ Cf. Pictet, *op. cit.* (nota 62), p. 18; M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Nijhoff, La Haya/Boston/Londres, 1982, p. 43; Condorelli y Boisson de Chazournes, *op. cit.* (nota 38), pp. 26-35; L. Condorelli y L. Boisson de Chazournes, "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de los intereses colectivos", *RICR*, Selección de artículos 2000, pp. 43-61; Levrat, *op. cit.* (nota 35), pp. 263-296; U. Palwankar, "Medidas que pueden tomar los Estados para cumplir su obligación de hacer respetar el derecho internacional humanitario", *RICR* n° 121 (enero-febrero de 1994), pp. 10-29.

⁷⁹ *Actividades militares y paramilitares*, *op. cit.* (nota 19), párr. 220. V. específicamente, sobre este último aspecto, B. Kessler, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in*

nicht internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Art. 1, Duncker und Humblot, Berlín, 2001.

⁸⁰ Cf. Resolución 681 (1990) del Consejo de Seguridad, párr. 5; Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas ES-10/2 del 5 de mayo de 1997, ES-10/3 del 30 de julio de 1997, ES-10/4 del 19 de noviembre de 1997, ES-10/6 del 24 de febrero de 1999 y el Informe del presidente de una reunión de expertos sobre los cuatro Convenios de Ginebra, celebrada del 27-29 de octubre de 1998 en Ginebra (documentos reproducidos en Sassòli y Bouvier, *op. cit.* [nota 28], pp. 852-868) y, más recientemente, la Declaración aprobada por una Conferencia de las Altas Partes Contratantes en los cuatro Convenios de Ginebra sobre la base del art. 1 común, celebrada en Ginebra el mes de diciembre de 2001, disponible en: <http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc.html>, en la que participaron 114 Estados Partes.

De todos modos, no está claro qué Estados pueden tomar medidas al respecto, ni tampoco qué medidas y según qué procedimiento. Por ello, puede resultar útil analizar estas cuestiones desde el punto de vista de las normas sobre responsabilidad estatal, junto con las reacciones que un Estado puede tener cuando ha resultado individual y directamente afectado por las violaciones del derecho internacional humanitario. En nuestra opinión, el artículo 1 común aplica, en algunos aspectos, las normas generales sobre la responsabilidad de los Estados y, en otros, establece una norma secundaria especial; además, es una norma primaria a la que se aplican las normas sobre la responsabilidad estatal.

En esta primera etapa, se debe determinar cuándo puede considerarse que un Estado ha sido lesionado por una infracción del derecho internacional humanitario. Sólo entonces es posible explicar cómo puede reaccionar un Estado lesionado y qué medidas, si las hay, pueden aplicar otros Estados.

¿Qué Estados se consideran lesionados por violaciones del derecho internacional humanitario?

Según el artículo 42 del Proyecto, "Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a ese Estado individualmente". Si la obligación infringida es con respecto a un grupo de Estados o a la comunidad internacional⁸¹ en su conjunto, sólo los Estados especialmente afectados pueden invocarla, a menos que la violación sea "de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta". Los tratados de derecho internacional humanitario no se encuadran en esta categoría reservada a obligaciones interdependientes, como la de los tratados sobre desarme o sobre regímenes particulares. El mero hecho de que muchas de las obligaciones del derecho internacional humanitario son integrales, en el sentido de que sólo pueden ser respetadas o violadas en relación con todos los Estados, no las incluye en esa excepción. Por ello, parece que sólo la parte adversa en un conflicto armado internacional, el Estado en cuyo territorio se ha cometido una infracción del derecho internacional humanitario o el Estado nacional de las víctimas pueden considerarse como Estados "lesionados".

Algunos pueden objetar que el artículo 1 común implica que cada Estado es lesionado separadamente por cada violación del derecho internacional humanitario, en particular si se la interpreta a la luz del artículo 89 del Protocolo I, que

⁸¹ El relator, J. Crawford, subrayó que "la comunidad internacional abarca entidades distintas de los Estados; por ejemplo, la Unión Europea, el Comité Internacional de la Cruz Roja, las Naciones Unidas" (Comisión de Derecho

Internacional, 53º período de sesiones, *Cuarto Informe sobre Responsabilidad del Estado*, Documento de la ONU A/CN.4/517, párr. 36, disponible en: <http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>).

autoriza a terceros Estados a actuar también separadamente⁸². Asimismo, pueden añadir que, a menos que se siga esa interpretación, la mayoría de las violaciones que se cometen con frecuencia en el mundo actual, es decir, las infracciones del derecho de los conflictos armados no internacionales, no lesionan jurídicamente a nadie. Quienes proponen esta interpretación pueden invocar incluso la CDI, que dispuso que "para que un Estado invoque la responsabilidad por cuenta propia, debe tener un derecho específico a hacerlo, es decir, un derecho que le haya conferido específicamente un tratado, o bien debe ser considerado como Estado lesionado"⁸³. Se puede interpretar que el artículo 1 común confiere ese derecho de acción, al dar un paso más y establecer la obligación de "hacer respetar". Si bien "el derecho de acción conferido por un tratado" parece ser una alternativa al derecho de "Estado lesionado", una nota añadida por la CDI al citado comentario lo describe como una *lex specialis* en relación con el artículo 42 (en el que se define el "Estado lesionado") y podría llevar a la conclusión de que un Estado que tiene derecho de acción es un Estado lesionado⁸⁴. Así pues, el artículo 1 común sería una *lex specialis* sobre la definición de Estado lesionado, al igual que el artículo 386 del Tratado de Versalles y el artículo 33 de la Convención Europea de Derechos Humanos mencionados por la CDI.

El que suscribe no cree que del artículo 1 se desprende que todos los Estados sean Estados lesionados. Las normas convencionales mencionadas por la CDI sólo conciernen a la capacidad legal de un Estado ante un tribunal⁸⁵ y no significan necesariamente que cualquier Estado que tenga tal capacidad también se considere lesionado en todos los demás aspectos. Además, en la segunda lectura, la CDI abandonó expresamente la perspectiva que había sostenido durante la primera, que incluía entre los Estados lesionados a cualquier otro Estado vinculado por una norma que proteja los derechos humanos o a todos los Estados en el caso de un crimen internacional⁸⁶. Como contrapartida, se incorporó una norma especial sobre la "invocación de responsabilidad por un Estado distinto de un Estado lesionado", a fin de cubrir esos casos⁸⁷. En nuestra opinión, el artículo 1 común debería verse como un precursor que codifica la posibilidad de que todos los Estados invoquen la responsabilidad estatal por razones de interés de la comunidad,

⁸² En este sentido, v. Levrat, op. cit. (nota 35), pp. 274-275, que escribió, sin embargo, en una época en la que la CDI aún estaba sosteniendo un concepto mucho más amplio de "Estado lesionado" y que considera que el Estado lesionado sólo puede recurrir a medidas previstas en el DIH. En cuanto al art. 89 del Protocolo I, v. el texto posterior a la nota 104.

⁸³ *Informe, op. cit.* (nota 3), p. 320 (párr. 2 sobre el art. 42).

⁸⁴ *Ibid.*, nota 703.

⁸⁵ *The S.S. Wimbledon*, PCIJ, Serie A, n° 1,

p. 7, para el Tratado de Versalles.

⁸⁶ *Anuario de la CDI* 1985, vol. II, parte 2, p. 25 (en primera lectura, art. 40 (2) (e) (iii) y (3) del Proyecto). Incluso bajo esas normas, se sugirió que existían diferencias entre el derecho a tomar medidas de los Estados directamente lesionados y el de los Estados lesionados sólo jurídicamente (v. K. Sachariew, "El derecho de los Estados a tomar medidas para aplicar el derecho internacional humanitario", *RICR* n°93 (mayo-junio de 1989), pp. 189-210.

⁸⁷ V. el texto que sigue a la nota 97.

más bien que como una *lex specialis* que bilateraliza universalmente las violaciones de derecho internacional humanitario. Las normas que se describen a continuación relativas a las demandas que esos "otros Estados" pueden efectuar parecen más apropiadas en situaciones, por ejemplo, de infracciones del derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados no internacionales, puesto que se ocupan de los derechos de los beneficiarios de la norma más que de los del Estado demandante.

Contramedidas

El Estado lesionado, tal y como se ha definido antes, puede invocar la responsabilidad del Estado que ha violado el derecho internacional humanitario y solicitar que el Estado responsable cumpla con las obligaciones que se derivan de esa responsabilidad⁸⁸. También puede tomar contramedidas para inducir al Estado infractor a cumplir sus obligaciones primarias y secundarias. "Contramedidas" es el término usado actualmente para indicar las represalias, al menos fuera del contexto de los conflictos armados internacionales⁸⁹. Esas contramedidas pueden consistir en el incumplimiento temporal de las obligaciones internacionales que el Estado lesionado tiene para con el Estado responsable⁹⁰. Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión⁹¹. Tan pronto como el Estado responsable cumpla con sus obligaciones, se deberá poner fin a las contramedidas⁹².

En el artículo 50 (1) (c) del Proyecto, se declara expresamente que las contramedidas no afectarán a "las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias". La CDI comenta que esa disposición "refleja la prohibición básica de tomar represalias contra personas que existe en el derecho internacional humanitario. En particular, conforme al Protocolo de La Haya de 1929 [sic!] y a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977, se prohíben las represalias contra determinadas clases de personas protegidas y estas prohibiciones gozan de una aceptación muy amplia"⁹³. En cuanto a las obligaciones del derecho internacional humanitario que no están cubiertas por esas prohibiciones, no podrán ser afectadas por contramedidas contrarias a obligaciones establecidas para la protección de derechos fundamentales⁹⁴. A juicio del autor, tampoco podrán ser afectadas por contramedidas contra violaciones de las normas del derecho internacional distintas de las de derecho internacional humanitario. Cuando la infracción original pertenece al *jus ad bellum*, esta limitación es una consecuencia necesaria de

⁸⁸ V. el texto que sigue a la nota 57.

⁸⁹ Informe, *op. cit.* (nota 3), p. 357 (párr. 3, antes del art. 49).

⁹⁰ Art. 49 del Proyecto.

⁹¹ Art. 51 del Proyecto.

⁹² Art. 53 del Proyecto.

⁹³ Informe, *op. cit.* (nota 3), p. 371 (párr. 8 sobre el art. 50) y arts. 46/47/13 (3)/33 (3), respectivamente, de los cuatro Convenios y arts. 20, 51 (6), 52 (1), 53 (c), 54 (4), 55 (2) y 56 (4) del Protocolo I.

⁹⁴ Art. 50 (1) (b) del Proyecto.

la distinción y separación fundamentales entre *jus ad bellum* y *jus in bello*⁹⁵. Si pudiera violarse alguna norma del derecho internacional humanitario como contramedida contra un acto de agresión, entonces esa norma no tendría sentido. Ahora bien, admitiendo que incluso la violación más flagrante del derecho internacional, o sea, la agresión, puede justificar infracciones del derecho internacional humanitario como contramedida, cabe afirmar que no se puede hacer frente a ninguna otra violación del derecho a la paz mediante contramedidas que violen el derecho internacional humanitario. Si esto es cierto, incluso las infracciones del derecho internacional humanitario no prohibidas como represalias sólo pueden justificarse como contramedidas en reacción a violaciones del derecho internacional humanitario.

Por lo que respecta a las contramedidas que se toman contra infracciones del derecho internacional humanitario, es importante señalar que, según el artículo 50 (1) (a) y (b) del Proyecto, las contramedidas no pueden consistir ni en la amenaza o el uso de la fuerza ni en violaciones de los derechos humanos fundamentales. En este contexto, la CDI se refiere a la Observación general n° 8 (1997) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el efecto de las sanciones económicas para la población civil, especialmente para los niños. La CDI cita el texto de dicho Comité, declarando que cualquiera sean las circunstancias, esas sanciones siempre deberían tener plenamente en cuenta los derechos económicos, sociales y culturales, y que "resulta esencial distinguir entre el objetivo básico que se persigue al ejercer una presión política y económica sobre la minoría gobernante del país para persuadirla de que respete el derecho internacional y la imposición colateral de sufrimientos a los grupos más vulnerables del país en cuestión"⁹⁶. La CDI establece asimismo una analogía con el artículo 54 (1) del Protocolo I, que "dispone incondicionalmente que 'queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles'"⁹⁷.

Acciones que pueden emprender otros Estados

- Invocación de responsabilidad por "todo Estado"

Según el artículo 48 (1), todo Estado que no sea un Estado lesionado está facultado para invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada es para con la comunidad internacional en su conjunto. Como evidencia el artículo 1 común, las normas del derecho internacional humanitario pertenecen a esas obligaciones *erga omnes*⁹⁸. Por lo tanto, si se viola el derecho internacional humanitario, "todo Estado" puede (y, según el artículo 1 común, debe) exigir el cese de esa infracción por parte del Estado responsable, así como "reparación (...) en interés del

⁹⁵ V. la nota 47.

⁹⁶ Informe, *op. cit.* (nota 3), p. 370 (párr. 7 sobre el art. 50) y el documento de la ONU E/C.12/1997/8, 5 de diciembre de 1997, párr. 4.

⁹⁷ Informe, *op. cit.* (nota 3), p. 370 (párr. 7 sobre el art. 50).

⁹⁸ Condorelli y Boisson de Chazournes (nota 38), p. 29; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon, Oxford, 1997, pp. 152-153; Kamenov, *op. cit.* (nota 5), p. 206.

Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada"⁹⁹. Esos beneficiarios serán, por lo general, las víctimas individuales de la guerra. Se usó el sintagma "todo Estado" para "evitar cualquier implicación de que esos Estados deban actuar conjuntamente o al unísono"¹⁰⁰. Queda así claro, en relación con el artículo 1 común, que los terceros Estados no tienen que actuar conjunta o coordinadamente cuando invocan la responsabilidad de un Estado por violación del derecho internacional humanitario¹⁰¹. Si no hay consenso acerca de si un determinado hecho constituye o no una infracción, los que sostienen que sí lo es tienen la obligación de actuar individualmente.

- ¿Admisibilidad de contramedidas en interés de la comunidad?

La cuestión más difícil de resolver, tanto en el derecho de la responsabilidad estatal como en el derecho internacional humanitario, es si los "Estados distintos del Estado lesionado" pueden (o, según el artículo 1 común, deben) recurrir a contramedidas. Si bien el relator quiso admitir las contramedidas colectivas en caso de violaciones graves y comprobadas de las obligaciones que existen en relación con la comunidad¹⁰², y aunque el Comité de Redacción aprobó, en 2000, un artículo que permite a todo Estado tomar contramedidas en interés de los beneficiarios, en caso de infracciones graves de normas imperativas¹⁰³, la CDI sólo aprobó una cláusula de salvaguardia. Según el artículo 54 del Proyecto, el capítulo sobre contramedidas "no prejuzga el derecho de cualquier Estado [distinto del Estado lesionado] a tomar medidas lícitas contra [el] Estado [responsable] para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada". En su Comentario, la CDI examina varios precedentes para llegar a la conclusión de que "el estado actual del derecho internacional sobre las contramedidas adoptadas en interés general o colectivo es incierto. La práctica de los Estados es escasa y concierne a un número limitado de Estados. En la actualidad no parece reconocerse claramente el derecho de los Estados mencionados en el artículo 48 a adoptar contramedidas en interés colectivo". En consecuencia, "deja la solución de esta cuestión al ulterior desarrollo del derecho internacional"¹⁰⁴.

⁹⁹ Art. 48 (2) del Proyecto.

¹⁰⁰ *Informe, op. cit.* (nota 3), p. 350 (párr. 4 sobre el art. 48).

¹⁰¹ *Contra*, Sachariew, *op. cit.* (nota 86), pp. 180, 194-195.

¹⁰² Comisión de Derecho Internacional, 52º período de sesiones, J. Crawford, *Tercer Informe sobre Responsabilidad del Estado*, documento de la ONU A/CN.4/507/Add.4 párr. 406, disponible en: <http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>.

¹⁰³ V. CDI, 52º período de sesiones, *Responsabilidad de los Estados, Proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/l.600, art. 54 (2), disponible en: <http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>.

¹⁰⁴ *Informe, op. cit.* (nota 3), p. 392 (párr. 6 sobre el art. 54).

- Cooperación en caso de violaciones graves

La cuestión que se plantea aquí es si el artículo 89 del Protocolo I proporciona, como *lex specialis*, una guía más precisa para terceros Estados. Este artículo reza así: "En situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo, las Altas Partes Contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas". Los trabajos preparatorios no ayudan a interpretar esta norma, ya que los debates giraron sobre todo en torno a la prohibición de las represalias, problema que ya no se relaciona, evidentemente, con dicha disposición. Algunas delegaciones, incluidas las que la propusieron, la calificaron de confusa¹⁰⁵. Al parecer, la referencia a la Carta de las Naciones Unidas tenía por objeto excluir el uso de la fuerza. Algunos comentaristas consideran que el artículo "abrió la puerta a la aplicación del derecho internacional humanitario en el marco de las Naciones Unidas"¹⁰⁶, mientras que otros sostienen que no agrega nada al artículo 56 de dicha Carta¹⁰⁷. Este artículo contiene, *mutatis mutandi*, la misma obligación, pero para la promoción de niveles de vida más elevados, pleno empleo y condiciones de progreso y desarrollo económico y social, así como de soluciones a los problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y para otros problemas conexos, de cooperación internacional en el ámbito cultural y educativo y, en particular, del respeto universal de los derechos humanos. Cabe señalar que el artículo 89 del Protocolo I da un paso más allá porque no habla de promoción, sino de reacción ante situaciones de violación del derecho. En tal contexto, la obligación de actuar, incluso individualmente, es importante, en particular si se interpreta en conexión con la obligación de "hacer respetar" y, sobre todo, si esa acción ha de tomarse, con razón, en cooperación con la ONU y, obviamente, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas¹⁰⁸. Aunque los impulsores del artículo en la Conferencia Diplomática estimaron que la acción "no podría ser tomada sin el consentimiento de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas"¹⁰⁹, el enunciado de esta disposición no avala esa opinión. Tampoco la respalda la opinión de la CDI sobre el artículo 41 (1) del Proyecto.

¹⁰⁵ *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Ginebra (1974-1977)*, Berna, 1978, vol. III, p. 304 (propuesta de Siria), vol. VI, p. 80 (España), 345-349 (debate), 371 (Francia), 374-375 (Indonesia), 376-377 (Italia), 382 (Perú).

¹⁰⁶ Condorelli y Boisson de Chazournes, "Common Article 1", *op. cit.* (nota 78), p.78.

¹⁰⁷ Sandoz, Swinarski y Zimmerman, *op. cit.* (nota 62), p. 1053.

¹⁰⁸ G. Gaja, "Jus cogens beyond the Vienna Convention", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 172, 1981-III, p.

299, supone que el art. 89 constituye una base jurídica para las contramedidas. Condorelli y Boisson de Chazournes, *op. cit.* (nota 38), pp. 31-32, parecen sugerir, sin dar más explicaciones, que el art. 89 se refiere a medidas coordinadas a través de mecanismos institucionalizados de las Naciones Unidas. No excluyen, sin embargo, la posibilidad de contramedidas individuales, como lo hacen Sachariew, *op. cit.* (nota 86), pp. 180 y 192-194, y Kamenov, *op. cit.* (nota 5), pp. 210-211.

¹⁰⁹ *Official Records* (nota 105), vol. VI, p. 347 (Siria).

El artículo 89 corresponde al artículo 41 (1) del Proyecto sobre responsabilidad del Estado, que expresa una idea similar, al estipular que "[l]os Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave" de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general. El Comentario de la CDI no agrega mucho, al explicar que "[d]ada la diversidad de circunstancias que cabe imaginar, la disposición no prescribe de manera detallada qué forma deberá adoptar esa cooperación" ni "qué medidas deben adoptar los Estados para poner fin a las violaciones graves"¹¹⁰. Sin embargo, la CDI abandona la propuesta del Comité de Redacción de permitir contramedidas coordinadas¹¹¹. Sostiene que la cooperación "podrá organizarse en el marco de una organización internacional competente, en particular las Naciones Unidas. Sin embargo, el párrafo1 también prevé la posibilidad de una colaboración no institucionalizada"¹¹². Como ejemplo de colaboración no institucionalizada en caso de violaciones graves del derecho internacional humanitario, se puede mencionar la Conferencia de las Altas Partes Contratantes en el cuarto Convenio de Ginebra, que se celebró en Ginebra el 5 de diciembre de 2001 sobre la base del artículo 1 común, en la que participaron 114 Estados¹¹³. En cuanto a los medios de cooperación, la CDI subraya que deben ser lícitos y que la elección "dependerá de las circunstancias de la situación de que se trate. Sin embargo, está claro que la obligación de cooperar se aplica a los Estados independientemente de que resulten o no afectados por la violación grave. Lo que se pide es que, ante las violaciones graves, todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones". La CDI concluye que "[e]l párrafo1 trata de reforzar los mecanismos de cooperación existentes al exigir que todos los Estados respondan adecuadamente a las violaciones graves a que se hace referencia en el artículo40"¹¹⁴.

- Reacción no consistente en contramedidas

Ni los artículos 41 y 54 del Proyecto, ni el artículo 1 común y el artículo 89 del Protocolo I aclaran si terceros Estados pueden tomar contramedidas contra infracciones graves del derecho internacional humanitario. Sin embargo, esta conclusión no debería malinterpretarse. Las contramedidas son comportamientos contrarios a las obligaciones internacionales. Pero los Estados pueden ejercer presión sobre otros Estados de innumerables maneras, sin que ello implique incumplir las obligaciones internacionales. A excepción de las obligaciones convencionales específicas, ningún Estado está obligado a apoyar económicamente a otro Estado, a comprarle armas¹¹⁵,

¹¹⁰ Informe, *op. cit.* (nota 3), pp. 310-311 (párrs. 2 y 3 sobre el art. 41).

¹¹¹ V. la nota 103.

¹¹² Informe, *op. cit.* (nota 3), pp. 310-311 (párr. 2 sobre el art. 41).

¹¹³ En relación con la base jurídica de la Conferencia y su Declaración final, v. la nota 80.

¹¹⁴ Informe, *op. cit.* (nota 3), pp. 310-311 (párrs. 2 y 3 sobre el art. 41).

¹¹⁵ V. por ejemplo la reacción de Suiza ante recientes violaciones del DIH por Israel, "Rüstungskoooperation mit Israel unter Druck", *Neue Zürcher Zeitung*, 10 de abril de 2002, p. 13.

a votar en su favor en instituciones internacionales, a recibir a funcionarios de ese Estado o a concertar acuerdos con él. Por lo tanto, nada impide a un Estado que reaccione de ese modo ante las infracciones del derecho internacional humanitario, y el artículo 1 común prescribe ese comportamiento. La única dificultad reside en hacer que esas medidas afecten sólo a los que deciden incumplir las obligaciones contraídas según el derecho internacional humanitario, y no al resto de la población¹¹⁶.

- Reacción institucionalizada

Por otra parte, en el artículo 41 (1) del Proyecto, así como en el artículo 89 del Protocolo I, se insta a que la reacción ante violaciones graves del derecho internacional humanitario se haga de forma institucionalizada, a través de las Naciones Unidas. En los últimos años, esta organización ha reaccionado ante esas violaciones con medidas basadas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹¹⁷, medidas que pueden considerarse como una aplicación de la responsabilidad del Estado, pero que no se estipulan en el Proyecto¹¹⁸.

Normalmente, un Estado no es responsable del comportamiento de una organización internacional a la que pertenece, o de su comportamiento como miembro de un órgano de una organización internacional¹¹⁹. Sin embargo, la cuestión que se plantea es si los Estados, que, en virtud del artículo 1 común y del artículo 89 del Protocolo I, tienen una obligación de actuar, en ciertas circunstancias, a través de una organización internacional, no violan esa obligación si, en su calidad de miembros de algún órgano de tal organización, por ejemplo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, impiden que ésta actúe.

- Actitud ante situaciones creadas por violaciones graves del derecho

El segundo párrafo del artículo 41 del Proyecto es importante en el caso de violaciones graves del derecho internacional humanitario que supongan incumplimientos graves de una obligación que emana de una norma imperativa del derecho internacional general. Se estipula en él que "[n]ingún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave (...) ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación". Esta obligación es importante no sólo en relación con el establecimiento de asentamientos en territorios ocupados, que contradice lo estipulado en el artículo 49 (6) del cuarto Convenio de Ginebra y con el comercio de bienes producidos en esos asentamientos¹²⁰, sino también en relación con la

¹¹⁶ Sobre esta cuestión, v. las notas 96 y 97.

¹¹⁷ Condorelli y Boisson de Chazournes, "Common Article 1", *op. cit.* (nota 78), pp.77-82.

¹¹⁸ Informe, *op. cit.* (nota 3), p. 387 (párr. 2 sobre el art. 54) y arts. 57 y 59 del Proyecto.

¹¹⁹ V. la Resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional el 1 de septiembre de 1995 en el *Annuaire de l'Institut de droit international 1996*, vol. 66-II, p.448, art. 6; Informes de R. Higgins en el *Annuaire de l'Institut de droit international 1995*, vol. 66-I, pp. 281-283 y 410-413; y para un análisis profundo de las

posibles bases jurídicas para esa responsabilidad, P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 430-520. Más matizada es la opinión de I. Shihata, *Annuaire de l'Institut de droit international 1995*, *loc. cit.*, pp. 291 y 312, así como K. Zemanek, *ibid.*, p. 327.

¹²⁰ V. los llamamientos en las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU, ES-10/2 del 5 de mayo de 1997, párr. dispositivo 7, y ES-10/6 del 24 de febrero de 1999, párrs. dispositivos 3 y 4.

importación de diamantes que permite a las partes perpetuar conflictos armados no internacionales en los que se viola sistemáticamente el derecho internacional humanitario y en los que, contrariamente a lo que dispone ese derecho, participa un gran número de niños¹²¹.

- Derechos precisos y obligaciones de terceros Estados

Probablemente, el lector se sienta frustrado al no encontrar, en este artículo como en otros sobre el tema, indicaciones claras acerca de las medidas que terceros Estados pueden y deben tomar cuando se cometen violaciones del derecho internacional humanitario. Cabe señalar que una investigación jurídica intensiva no puede aportar indicaciones más claras. La respuesta no puede ser más precisa porque los propios tratados no puntualizan más y porque la práctica que crea la costumbre varía enormemente. Algunos sostendrían incluso que ésta es tan selectiva que no puede crear normas jurídicas, que obviamente deben ser las mismas para todas las situaciones similares. Además, la práctica se desconoce a menudo. Las consideraciones políticas y jurídicas, así como las que pertenecen al *jus ad bellum* y al *jus in bello*, se entremezclan inevitablemente y, ni siquiera en declaraciones abstractas, los Estados están dispuestos a restringir su libertad para hacer frente a futuros casos en los que el equilibrio de poder, los intereses económicos y políticos y, a veces, las conveniencias humanitarias puede aconsejar reacciones diferentes. Sin embargo, el artículo 1 común y el artículo 89 del Protocolo I establecen juntos un marco de lo que los Estados deben y no pueden hacer para garantizar el respeto del derecho internacional humanitario. Mucho se ganaría si cada Estado invocara la responsabilidad del Estado responsable de manera sistemática e independientemente de cualquier otra consideración, tan pronto como considerara que se ha infringido el derecho internacional humanitario, y exigiera el cese y la reparación de esa violación en interés de las víctimas, lo que puede hacer en virtud del artículo 48 (2) del Proyecto y lo que está obligado a hacer según el artículo 1 común.

121 V. "Kimberley process reaches an agreement on control system in the fight against conflict diamonds, US Congress at the same time accepts clean diamonds act", disponible en: <http://www.conflictdiamonds.com/pages/interface/newsframe.html>, y las medidas tomadas por Suiza respecto del comercio de diamantes en bruto, disponible en: http://www.eda.admin.ch/sub_ecfin/f/home/docus/diaman.html.

Conclusión

Los Estados no son, y cada vez en menor medida, los únicos actores en la escena internacional y, mucho menos aún, en los conflictos armados. Las normas sobre la responsabilidad del Estado, en particular las que codificó la CDI, están dirigidas exclusivamente a los Estados a título individual y como miembros de la sociedad internacional. Por ello, su posible impacto en un mayor respeto del derecho internacional humanitario no debería sobreestimarse, en especial si se las compara con los mecanismos de prevención y represión dirigidos a individuos. El Proyecto y su Comentario clarifican, no obstante, muchas cuestiones importantes relativas a la aplicación del derecho internacional humanitario y, por lo tanto, pueden contribuir a mejorar la protección de las víctimas de la guerra por parte de los Estados, dado que, en la dura realidad de muchos conflictos actuales, los Estados siguen desempeñando un importante papel, directo o indirecto, sobre todo si no se les permite ocultarse detrás de la cortina de humo de etiquetas tales como la "mundialización", "Estados en quiebra" o "elementos incontrolados". En virtud de las normas generales sobre atribución de hechos ilícitos, son responsables mucho más a menudo de lo que quisieran. Además, las infracciones tienen consecuencias no sólo humanitarias para las víctimas, sino también jurídicas para el Estado responsable. Por último, mediante los mecanismos combinados del derecho internacional humanitario y de las normas generales sobre la responsabilidad de los Estados, todos los demás Estados están facultados y obligados a actuar cuando se cometen esas violaciones. Idealmente, deberían hacerlo a través de instituciones mundiales y zonales, un aspecto que la CDI tal vez descuidó. Sin embargo, acontecimientos recientes muestran cierto retorno al unilateralismo cuando la situación realmente importa. El Proyecto sobre la responsabilidad del Estado, aplicado a violaciones del derecho internacional humanitario, nos recuerda que todos los Estados pueden reaccionar lícitamente y aclara, en cierta medida, lo que los Estados deberían hacer. Quizá sea éste el mensaje más importante del análisis que acabamos de efectuar. Aunque la voluntad política es, sin duda, necesaria, la necesidad de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario no es un asunto de política, sino más bien de derecho.

Prevención: comprensión del concepto y definición del papel del CICR en la prevención de conflictos armados

Líneas directrices

1. Comprensión del concepto

Según las diferentes acepciones, la prevención comprende los siguientes elementos, siempre presentes en la acción, aunque en grado variable, según las situaciones:

- alertar de la inminencia o de la probabilidad de un suceso, de una crisis (avisar, informar, advertir con antelación),
- preparar(se), anticipar el suceso, formarse, estar listo para actuar,
- impedir las violaciones del derecho internacional humanitario durante los conflictos (evitar las acciones negativas, los excesos, la repetición de las violaciones).

Prevenir un conflicto, un desastre, una enfermedad, etc., implica siempre una acción en el tiempo, cuya ejecución sigue dos ejes principales:

- intervenir sobre los sistemas, en especial sobre los puntos flacos, para reducir los riesgos, la probabilidad o el potencial destructor de una agresión o de una perturbación;
- influir en los autores, efectivos o potenciales, de una crisis, a fin de informarles y de formarles para modificar su comportamiento.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) incluye la dimensión de la **prevención en el conjunto de sus actividades**, como lo demuestran su estructura y su organización internas, a saber:

- el activo papel encomendado a las delegaciones zonales en el análisis de las situaciones, la anticipación de las crisis, la amplia labor de formación y de comunicación en materia de derecho internacional humanitario, así como la cooperación con las Sociedades Nacionales para prepararlas a la acción en caso de emergencia;
- la gran labor de desarrollo y de aplicación del derecho internacional humanitario, así como la participación activa del CICR en los trabajos jurídicos internacionales destinados a garantizar una mejor protección del ser humano y a prevenir el exceso de violencia y el uso de armas excesivamente crueles o cuyos efectos provocan sufrimientos inútiles (minas, etc.);
- la formación en derecho internacional humanitario, su enseñanza en muchos círculos, como fuerzas armadas, fuerzas policiales y de seguridad, escuelas y universidades, etc.;

- el importante papel de la División de Protección en la tarea de apoyar una parte esencial de las actividades del CICR para prevenir la tortura y promover condiciones decorosas de detención, etc. Mediante la organización de talleres sobre protección con representantes de ONG y de diversos órganos de las Naciones Unidas, el CICR procura asimismo compartir sus ideas con otros interesados, contribuyendo así a una mejor percepción global de la protección, de la cual forma parte la prevención;
- el papel pionero de la División de Asistencia en un planteamiento coherente de la acción médica y sanitaria en las situaciones de conflicto, haciendo hincapié en la prevención de enfermedades, la atención primera de salud, la protección del medio ambiente y la rehabilitación.

El CICR contribuye de esta manera a prevenir los abusos y a preservar la dignidad humana mediante una serie de tareas permanentes.

2. Prevenir los conflictos armados mediante el refuerzo de la paz

No obstante, la prevención no abarca actividades fijas de una vez para siempre. La prevención tiene un afán pedagógico y correctivo, dado que tiende a modificar una situación (reducir la vulnerabilidad) o a influir o disuadir a ciertas personas (autores potenciales de la violencia) a no actuar en sentido negativo. Por lo que respecta a las víctimas, potenciales o efectivas, de un conflicto armado, la difusión de las normas del derecho y de los principios humanitarios, la formación (o, al menos, la información) de los autores y el control y la acción correctiva —eventualmente también represiva— son todos ellos elementos que contribuyen a una mejor protección. En el seno del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el CICR es consciente del importante papel que las Sociedades Nacionales desempeñan en este ámbito. Esta preocupación de prevención, orientada a largo plazo, exige, en situaciones frágiles, reforzar **las capacidades operativas locales (sobre todo de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja** en los citados ámbitos), respaldar las iniciativas positivas en el seno de las comunidades y realizar una labor de integración, en particular de las minorías o grupos marginales. La consolidación de los elementos que garantizan una mayor seguridad para las personas y las colectividades contribuye a limitar los riesgos de violencia armada. Esta labor de prevención debe incluir en su estrategia la participación en la búsqueda de soluciones de las propias personas y comunidades vulnerables.

3. Papel del CICR en la prevención de los conflictos armados

En materia de **prevención de los conflictos armados**, el CICR considera que su papel principal es instar a que los Estados tomen las medidas necesarias sobre el particular y, para ello, proporcionarles los elementos de información o de análisis que les permitan asumir esta responsabilidad con más pertinencia.

No obstante, la reserva que impone el principio de neutralidad impide que el CICR desempeñe un papel en las negociaciones políticas con miras a la prevención inmediata de un conflicto armado. Ahora bien, puede desempeñar un papel puntual e importante en el marco de una **diplomacia humanitaria preventiva**, mediante sus buenos oficios o cumpliendo con creatividad su papel de intermediario neutral. Y ello a tenor de lo dispuesto en la Resolución X de la Vigésima Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Viena, 1965), que alentaba al CICR a "que lleve a cabo, en enlace constante con la Organización de las Naciones Unidas y en el marco de su misión humanitaria, todos los esfuerzos susceptibles de contribuir a la prevención o la solución de los eventuales conflictos armados, así como a asociarse, de acuerdo con los Estados interesados, a todas las disposiciones apropiadas que sean tomadas con este fin". El CICR no tomará, sin embargo, iniciativas que puedan dar lugar a que alguna de las partes en conflicto limite su acceso a las víctimas, o que pongan en peligro la seguridad de sus delegados y empleados.

4. Prevenir los excesos en los conflictos

En caso de que "fracasen las iniciativas de paz", si estalla un conflicto armado, la preocupación de la prevención no desaparece por completo, sino que se transforma y se vincula al cumplimiento del derecho internacional humanitario, que es, pues, un elemento clave de la protección de las víctimas de los conflictos armados. La elaboración y el desarrollo del derecho internacional humanitario, su difusión y aplicación son elementos constitutivos de la protección de la persona humana. Difundir el **derecho internacional humanitario y controlar su aplicación** permite prevenir, o limitar al menos, las infracciones e impedir que se repitan. Las normas protegen, y cualquier acción del CICR en este ámbito tiende precisamente a velar por el cumplimiento de las normas establecidas por el derecho internacional humanitario o dicho de otra manera: a prevenir las violaciones de este derecho. El respeto del derecho es un factor de seguridad, y evitar su incumplimiento es proteger a las personas, su integridad y su dignidad. El respeto del derecho internacional humanitario contribuye asimismo a facilitar la reanudación del diálogo entre las partes, la celebración de negociaciones necesarias y el retorno a la paz.

El CICR puede también desempeñar un papel de mediador y ofrecer sus buenos oficios para ayudar a que las partes en conflicto reanuden el contacto entre ellas, bien para resolver problemas humanitarios ocasionados por el conflicto, bien para buscar una solución política a éste, quedando bien claro que el mismo CICR no intervendrá en los debates políticos con miras a solventar el conflicto. Sobre este particular, nos remitimos al documento DOCT46 / A 557 bis: "Papel del CICR en el ámbito de los buenos oficios y de la mediación" del 26 de noviembre de 1987. En las situaciones de conflicto armado no internacional o en otras situaciones de violencia interna, se puede también consultar el documento: DOCT4 / A 788 bis: "La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja ante situaciones de violencia interna" del 1 de mayo de 1993 (ambos documentos se pueden consultar en el banco de datos Doctrina).

5. Prevenir el resurgimiento de conflictos armados

El fin de las hostilidades activas no comporta nunca el pleno restablecimiento de la paz y queda por realizar una ingente tarea. El CICR tiene una capacidad limitada para evitar el estallido de conflictos armados, aunque pueda contribuir activa y positivamente a crear un clima de respeto de la persona humana, sobre todo mediante su labor de formación y de promoción de la dignidad humana, a través de las actividades de sus miembros. En cambio, sí puede desempeñar un indudable papel en el ámbito de **prevención del resurgimiento de un conflicto**. Su aporte para reforzar las condiciones propicias para la reconciliación y la reconstrucción del tejido social es un factor de consolidación de la paz. En este sentido, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en su conjunto, gracias a la complementariedad de sus cometidos y a la pericia de sus componentes, puede llevar a cabo un trabajo trascendental, que se extenderá en el tiempo.

La actitud del CICR en caso de toma de rehenes

Líneas directrices

Ámbito de aplicación y definición interna

1. Estas líneas directrices definen la actitud del CICR si se ve confrontado con una toma de rehenes en contextos en los que realiza actividades operacionales, se trate o no de situaciones cubiertas por el derecho internacional humanitario. Estas líneas directrices también son aplicables cuando la toma de rehenes tiene lugar en un tercer país, pero está relacionada con la situación de violencia reinante en un contexto en el que el CICR efectúa actividades operacionales.

2. Hay toma de rehenes, en el sentido de estas líneas directrices, cuando se reúnen simultáneamente los elementos siguientes:

- se captura y se detiene a una persona ilícitamente;
- se obliga, de forma explícita o implícita, a una tercera parte a hacer o a abstenerse de hacer algo, como condición para liberar al rehén, para no atentar contra la vida o la integridad física de éste.

3. Este documento no se refiere al secuestro de personal del CICR.

Posición del CICR respecto de la toma de rehenes

1. La toma de rehenes está prohibida por el derecho internacional humanitario (artículo 34 del IV Convenio; artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; artículo 75.2c del Protocolo adicional I y artículo 4.2c del Protocolo adicional II).

2. El CICR condena los actos cometidos en violación del derecho internacional humanitario o de los principios de derecho y de humanidad, en particular los actos que afectan o amenazan la vida humana o la integridad de las personas, como la toma de rehenes. En este ámbito, como en cualquier otro, la Institución sólo se guía por el interés de las víctimas y el deseo de mitigar su sufrimiento. Una eventual intervención del CICR en caso de toma de rehenes no avala en modo alguno esta práctica ni atenúa la gravedad de la violación del derecho que implica.

3. Si se ve obligado a intervenir en una situación de esa índole, el CICR recordará a las partes que la toma de rehenes está prohibida tanto por el derecho internacional humanitario como por los principios de derecho y de humanidad, y pedirá la liberación de los rehenes o, en todo caso, que se libere en primer lugar a las personas vulnerables, como son los heridos, los enfermos o los niños.

Condiciones en las que el CICR puede intervenir

1. El CICR intervendrá ya sea a petición de una parte y con el consentimiento explícito de la otra parte, ya sea si todas las partes aceptan el ofrecimiento de servicio que él haya hecho.

2. En situaciones en que el derecho internacional humanitario no sea aplicable, el CICR sólo tomará la iniciativa de ofrecer sus servicios a las partes si es el único que puede intervenir o si estima que está en condiciones particularmente convenientes de hacerlo.

3. En todo caso, el CICR sólo intervendrá si conoce suficientemente a las partes, si el grado de aceptación por parte de éstas permite pensar que respetarán los compromisos que deban contraer respecto del CICR, en particular por lo que atañe a la seguridad de los delegados, y si los rehenes tienen necesidades que la Institución puede satisfacer.

Papel que el CICR puede desempeñar en caso de toma de rehenes

1. En caso de toma de rehenes, el CICR puede realizar las actividades siguientes:

- prestar a los rehenes asistencia médica, psicológica y material, en su papel de intermediario neutral;
- ofrecer sus buenos oficios a las partes.

1. En todos los casos, el CICR

- hará saber a las partes que, en consulta con ellas, reevaluará con regularidad la prosecución de su intervención. El CICR se reservará la posibilidad de poner término a su intervención, decisión que notificará a las dos partes, pero sin tener que justificarla;
- informará asimismo a quien corresponda que no puede garantizar que los socorros materiales que suministra no son vectores de medios técnicos de observación o de comunicación introducidos sin su conocimiento;
- debe tener en cuenta que las autoridades tienen siempre el derecho de hacer reinar o de restablecer el orden, por los medios que estimen adecuados, siempre que se respeten las disposiciones pertinentes del derecho humanitario y de los derechos humanos. A fin de garantizar la seguridad de sus delegados y maximizar las posibilidades de intervenir con éxito, el CICR procurará obtener de las partes, y en particular de las autoridades, los compromisos necesarios para facilitar su trabajo:

- Las partes deberán comprometerse a no tomar ninguna medida que perjudique a los delegados, a no intentar aprovechar la acción del CICR para engañar a la/s otra/s parte/s y a no recurrir a la fuerza mientras el CICR realiza sus actividades en favor de los rehenes, en especial mientras sus representantes se dirigen al teatro de operaciones y regresan de él.

- Las partes deberán comprometerse a facilitar el trabajo de los delegados en sus tareas de asistencia a las víctimas, garantizándoles en particular que podrán comunicarse entre ellos y con la delegación o la sede del CICR.

- Si una de las partes retira su consentimiento dado a la intervención del CICR, debe otorgarle la posibilidad de notificar esa decisión a la otra parte implicada.

- En su función de buenos oficios, el CICR

- no participará en las negociaciones entre las partes; en cambio, podrá ponerlas en contacto o servir de agente de enlace.

- Las partes serán las únicas responsables de las propuestas transmitidas, así como de las decisiones que se tomen al respecto. Los delegados del CICR no serán garantes de la ejecución de las decisiones o de las condiciones que establezcan las partes, las cuales serán informadas de estas condiciones.

- Con el consentimiento previo de la sede y tras un examen a fondo de la situación, los delegados podrán participar en la ejecución de ciertos puntos de los acuerdos entre las partes, como la repatriación de los rehenes.

Tomas de rehenes que comprometen la responsabilidad de las autoridades políticas

1. En situaciones cubiertas por el derecho internacional humanitario y cuando los rehenes están en poder de las autoridades (están detenidos, por ejemplo, en establecimientos que forman parte del sistema carcelario oficial), el CICR solicitará poder visitar a los rehenes según sus modalidades de trabajo habituales en materia de protección de las personas privadas de libertad. Además de las recomendaciones usuales sobre las condiciones de detención de las personas que visita en las cárceles, el CICR solicitará, en principio, su liberación.

2. En situaciones cubiertas por el derecho internacional humanitario y cuando los autores de la toma de rehenes no actúan, aparentemente, por orden de las autoridades y las víctimas pertenecen a la otra parte en conflicto o simpatizan con ella, el CICR:

- se esforzará en visitar a los rehenes según sus modalidades habituales de trabajo. Pedirá la liberación y la entrega de los rehenes a las autoridades, si éstas no intervienen;
- no solicitará, sin embargo, que los rehenes sean entregados a las autoridades si ello implicara un riesgo para la salud o la vida de los rehenes o si, una vez en poder de las autoridades, hubiera grandes probabilidades de que los rehenes queden detenidos por un período prolongado en condiciones menos favorables que en las que estaban antes.

Incluso en esas circunstancias, el CICR recordará que las autoridades son responsables de la suerte que corran los rehenes.

**Tomas de rehenes que no están relacionadas
con una situación de conflicto armado internacional
o de violencia interna**

En principio, el CICR no ofrecerá sus servicios cuando las tomas de rehenes no estén relacionadas con una situación de conflicto armado internacional o de violencia interna.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

Septiembre
2002
Nº 163

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 2002

E

ditorial

En opinión de un ex director general del CICR, el derecho internacional humanitario siempre viene a la zaga de una guerra. En este sentido, ¿los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra Estados Unidos, y la "guerra contra el terrorismo" que se desencadenó después, señalarían un nuevo corte histórico para el derecho internacional humanitario?

El número considerable de muertos que hubo en el espacio de unos minutos, la envergadura de los daños resultantes y la índole de los medios empleados, así como la transmisión en directo de las imágenes de los acontecimientos en el mundo entero, dieron un carácter particular a los ataques del 11 de septiembre contra el World Trade Center en Nueva York y contra el Pentágono en Washington, y provocan una reacción también particular.

* * *

Se han planteado varias cuestiones fundamentales en relación con la aplicación del derecho internacional humanitario, algunas de las cuales abordamos en esta ocasión. La Revista continuará el análisis en los próximos números, a fin de participar en un debate profundo que permita hallar respuestas concretas a esas cuestiones.

Estos devastadores ataques han confirmado la tendencia general, observada el siglo último, hacia una disminución notable de las guerras en las que se enfrentan Estados, al tiempo que proliferan las guerras civiles, los combates de guerrilla, la violencia interna y los ataques terroristas, en los que el objetivo son cada vez más los civiles que se convierten, por consiguiente, en las principales víctimas.

Al parecer, los ataques del 11 de septiembre fueron planificados, organizados, financiados y ejecutados por una entidad no estatal. Han puesto de manifiesto que ciertos protagonistas, distintos de los Estados --organizaciones, pero también individuos--, ahora pueden afirmar su poderío de una manera que, hasta el presente, era privativa de los Estados.

Este hecho cuestiona, en primer lugar, el modelo llamado "westfaliano", centrado en el Estado, que domina el orden internacional desde hace más de tres siglos. En el caso antes mencionado, se evidencia que se ha superado el modelo según el cual los Estados soberanos son los únicos creadores y sujetos del derecho internacional.

La distinción entre derecho internacional y derecho interno se ha vuelto poco clara en numerosos ámbitos, entre los que se cuenta el derecho humanitario; los individuos se han convertido en protagonistas importantes del derecho y hacen sentir su influencia en el orden jurídico internacional. Paralelamente, han aparecido actores no estatales en la escena internacional, bajo formas inéditas, animados por motivos éticos, pero también, a veces, por objetivos reprensibles: incluyen desde sociedades transnacionales hasta organizaciones humanitarias, desde organismos científicos hasta organizaciones terroristas, caso en el que las fronteras también pueden ser, a veces, particularmente difusas...

Ahora bien, el derecho internacional sigue rigiendo las relaciones entre Estados y no tiene en cuenta, a priori, el hecho de que un Estado puede ser víctima de un acto de violencia cometido por un agresor no estatal. Las normas internacionales relativas a la agresión, la legítima defensa y las represalias se basan en la hipótesis de una violencia que enfrenta a Estados. Si bien los ataques terroristas fueron entendidos como una declaración de guerra, no constituían, en derecho, un "acto de guerra", ya que no podían atribuirse de manera irrefutable a un Estado. Las normas vigentes del jus ad bellum no prevén la posibilidad del empleo de la fuerza por un Estado contra un agresor no estatal e independiente de cualquier Estado. De allí la dificultad de identificar, en el régimen jurídico actual que rige el empleo de la fuerza, disposiciones relativas a la prohibición de ataques terroristas por un actor no estatal y al derecho a responder a esos ataques. Hasta el momento, el Consejo de Seguridad ha podido remediar esa deficiencia basándose en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, la resolución 1373, muy circunstanciada, extrañamente se asemeja a un tratado sobre la lucha contra el terrorismo que hubiera sido imposible aprobar siguiendo un procedimiento tradicional de redacción de un instrumento internacional.

El derecho internacional humanitario versa sobre aspectos concretos de los conflictos, sin tener en cuenta los motivos ni la licitud del recurso a la fuerza. Su única finalidad es limitar el sufrimiento causado por la guerra, proporcionando protección y asistencia a las víctimas en la medida de lo posible. Sólo rige los aspectos del conflicto que son pertinentes en el plano humanitario. En el artículo de François Bugnion, se recuerda la distinción fundamental entre las normas de jus ad bellum y jus in bello, que también se aplica en caso de guerra de agresión o cuando se recurre a un conflicto armado para combatir el "terrorismo".

La "guerra contra el terrorismo" implica varias medidas, además del recurso a la fuerza. No obstante, si se hace bajo la forma de una operación militar, está regida por el derecho internacional humanitario. En el artículo de Hans-Peter Gasser, se subraya el hecho de que los actos terroristas están estrictamente prohibidos por el derecho internacional humanitario, al tiempo que se destaca que la reacción militar a esos actos, cuando toma la forma de un conflicto armado, también está regida por ese derecho.

La campaña en Afganistán, por haber sido la primera reacción militar a los ataques terroristas, ha planteado numerosas cuestiones relativas a la pertinencia del derecho internacional humanitario en la lucha antiterrorista. Este derecho trata específicamente de actores que no son Estados, a saber, las "partes en un conflicto armado".

Se puede poner en duda la concepción según la cual los ataques efectuados el 11 de septiembre de 2001 contra Estados Unidos constituyen un conflicto armado entre ese país y Al Qaeda, pues, aunque causaron la muerte de miles de personas, fueron un acto aislado. Un año después de ese terrible ataque, la situación se ha vuelto más compleja. Los atentados ya no se consideran un hecho puntual, sino parte de un proceso iniciado varios años antes. Pero, como la red terrorista no puede identificarse con un territorio en particular, sino que está activa en todo el mundo a través de estructuras indefinidas, la lucha contra tal organización y la tarea que consiste en determinar el marco jurídico aplicable en este contexto se vuelven complicadas.

Con más razón aún, se puede poner en duda la voluntad de Al Qaeda de respetar los principios fundamentales del derecho de los conflictos armados en la guerra declarada por esta organización contra Estados Unidos. Los ataques del año pasado parecían haber sido concebidos intencionadamente para aniquilar el mayor número posible de seres humanos. El derecho internacional humanitario se basa en la distinción entre combatientes y no combatientes, y la estrategia aparente de ciertos grupos cuasi militares y grupos de guerrilla –pero a veces también de actores estatales–, que consiste en pisotear ese principio fundamental, menoscaba la credibilidad de ese derecho. En tales circunstancias, el objetivo mismo del derecho humanitario, que es garantizar un grado mínimo de humanidad en los conflictos armados, queda fuera de alcance, y resulta difícil considerar que los autores de los ataques se guíen por un conjunto mínimo, al menos, de normas de humanidad o que se les pueda hacer responsables del cumplimiento de dichas normas. El hecho de que nadie haya reivindicado oficialmente la responsabilidad de los ataques parece indicar que sus perpetradores eran perfectamente conscientes de la índole criminal de sus actos.

Nadie duda de que los ataques, tanto el de Nueva York como el de Washington, fueron ante todo actos criminales que habrían constituido crímenes de guerra si hubiesen sido cometidos en un conflicto armado. Al igual que otros actos criminales de envergadura, están regulados por la legislación criminal nacional y prohibidos por ciertos convenios internacionales, como los que rigen la represión de los actos terroristas y la protección de la aviación civil. Pueden constituir, asimismo, crímenes contra la humanidad, en virtud del derecho internacional consuetudinario y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Los ataques del 11 de septiembre son el símbolo mismo de la "guerra asimétrica": pilotos no profesionales, armados con cuchillos de bolsillo, atacaron a la mayor potencia militar del mundo, que posee un enorme arsenal de armas sofisticadas y de defensas contra misiles, y le infligieron graves daños. El conflicto armado que luego se desencadenó en Afganistán fue otro ejemplo de guerra asimétrica: Estados Unidos, apoyado por otros Estados con poder militar, combatía un régimen de facto no reconocido y sus fuerzas armadas, las cuales no se parecían en nada a los ejércitos tradicionales: una red moviente de islamistas extremistas y fanáticos y una persona rodeada de un centenar de colaboradores cercanos y guardaespaldas, con una base (Al Qaeda) en Afganistán, país que, por lo demás, estaba sumido en un conflicto armado interno.

La guerra asimétrica no es un fenómeno nuevo, y todas las guerras son asimétricas en diversos grados. Pero no sorprende que en un conflicto donde la desigualdad es tan evidente se cuestionen los fundamentos mismos del derecho de la guerra. El principio de igualdad de los beligerantes, que dimana del derecho humanitario, fue reconocido, no sin dificultad, respecto de los combatientes talibán, bastante poco convencionales. Además, el régimen talibán fue acusado de acoger terroristas, y Afganistán fue consecuentemente declarado "Estado rufián" en razón del apoyo que otorgaba al terrorismo internacional. Se negó totalmente la igualdad de los beligerantes a los miembros de Al Qaeda, oficialmente calificada como organización terrorista.

Nadie esperaba realmente que enemigos tan desiguales dieran prueba de reciprocidad, un comportamiento que, a pesar de ser ilegal, sigue siendo un elemento fundamental del derecho de la guerra y un motivo importante para respetarlo. En esencia, el dilema era, y sigue siendo, saber si las personas capturadas en Afganistán y transferidas a Guantánamo son prisioneros de guerra, "combatientes ilegales" o civiles.

En el artículo de Yasmin Naqvi, se examina precisamente la cuestión de la institución de un "tribunal competente" cuando existen dudas acerca del estatuto de prisionero de guerra. Ese tribunal debería constituirse cuando no es seguro que los detenidos respondan a los criterios que definen a un prisionero de guerra, establecidos en el art. 4 A 2) del III Convenio de Ginebra. El estatuto de una persona capturada tiene consecuencias absolutamente concretas, ya que determina las condiciones de internamiento, la duración de la detención y la cuestión de la repatriación. En cambio, no es decisivo por lo que respecta a la cuestión de saber si las personas detenidas deben ser enjuiciadas por las infracciones cometidas antes de su captura, en particular en el caso de crímenes internacionales.

Tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, también surgió la cuestión del delicado equilibrio entre los intereses del Estado en materia de seguridad y las cuestiones humanitarias. En particular, se argumentó que el respeto de las garantías jurídicas, especialmente la divulgación ante un tribunal de datos recogidos por los servicios de informaciones, comprometería la eficacia de la lucha contra terroristas que actúan en todo el mundo. Si bien las instancias de que se revise el derecho internacional humanitario han sido pocas y no se ha formulado directamente ninguna propuesta en este sentido, existe el riesgo de que una nueva percepción del equilibrio entre ventajas e inconvenientes en la guerra contra el terrorismo modifique el modo en que los Estados interpretan el derecho. Para luchar contra enemigos que no son sus iguales, los Estados podrían verse tentados a recurrir a medios de guerra asimétricos y a reintroducir métodos de guerra privada e ilimitada.

Es un principio básico que nadie debe quedar fuera del derecho. Incluso los individuos acusados de los crímenes más odiosos tienen derecho a una protección jurídica. Si el derecho internacional de los conflictos armados es aplicable, el marco jurídico existente proporciona respuestas perfectamente adecuadas a los problemas que se plantean, a pesar de la ausencia de disposiciones relativas al trato especial que se debería dar a los "terroristas" y al "terrorismo", diferente del que se define para los combatientes o para los civiles.

El terrorismo y los actos de terror con frecuencia han provocado guerras y siempre las han acompañado. Frente a organizaciones terroristas que actúan en el mundo entero, se hacen esfuerzos para aprehender el fenómeno del terrorismo mundial y darle una respuesta.

El ataque del 11 de septiembre y la "guerra contra el terrorismo" que luego se desencadenó también hicieron resurgir diferencias culturales y abrir nuevas fracturas. Actualmente, se suele describir al mundo como el teatro de un "choque de civilizaciones", especialmente entre Occidente y el mundo islámico. Esta visión podría tener repercusiones en la universalidad del derecho internacional humanitario. James Cockayne propone una concepción más dinámica y constructiva en su artículo titulado "El Islam y el derecho internacional humanitario: del choque al diálogo entre civilizaciones".

Las organizaciones humanitarias, y el CICR en particular, que trabajan la mayor parte del tiempo en contextos de violencia y se confrontan con todas las manifestaciones imaginables del terror, tienen el deber de plantearse cuestiones fundamentales tanto en relación con las orientaciones generales como en el ámbito operacional, respecto de la actitud que ha de adoptarse ante el terrorismo mundial y, lo que no es menos importante, respecto de las medidas que han de tomarse para reaccionar ante ese fenómeno. La acción de las organizaciones humanitarias puede sufrir las consecuencias del nuevo contexto creado por la "guerra contra el terrorismo", a causa de los mismos factores que afectan el derecho internacional humanitario. En particular, la acción humanitaria podría verse limitada por el mayor espacio que se ha comenzado a otorgar a los imperativos de seguridad nacional.

Las organizaciones humanitarias, con razón, consideran la vida, la salud y la dignidad del ser humano como eje central de su acción. El contexto del terrorismo y del contraterrorismo podría modificar los parámetros de la acción humanitaria; en todo caso, no la facilita. Los principios rectores tradicionales que rigen las actividades de estas organizaciones, como la independencia de cualquier influencia política, la imparcialidad y la ausencia de discriminación en la distribución de asistencia y, más aún, el principio de neutralidad, pueden no ser comprendidos y, por consiguiente, cuestionados, sobre todo cuando las actividades se desarrollan en Estados que están al margen de la comunidad internacional e implican entrar en contacto con terroristas, reales o simulados, aunque estas personas estén detenidas.

Trabajando en cooperación con las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de todas las civilizaciones, de todos los medios religiosos y culturales, el CICR puede contribuir a reparar las fracturas, prevenir los enfrentamientos y tender puentes en los lugares donde nace el terrorismo. En esos contextos sumamente difíciles, la relación entre los delegados y las víctimas sigue siendo crucial para el éxito de todas las empresas humanitarias.

Guerra justa, guerra de agresión y derecho internacional humanitario

por
FRANÇOIS BUGNION

*"Felices los que han muerto por la tierra carnal,
Pero, siempre que murieran en una guerra justa.
Felices los que han muerto por cuatro pedazos de tierra
Felices los que han muerto con una muerte solemne."
Charles Péguy¹*

*"¿Quién creará en la justicia de vuestra guerra,
si la libran sin medida?"
François de La Noue²*

El mundo presenció, estupefacto, los atentados asesinos del 11 de septiembre de 2001 contra Nueva York y Washington, y la emoción que esos acontecimientos trágicos provocaron está lejos de haber sido superada. En las pantallas de televisión, cientos de millones de mujeres y hombres vieron en directo cómo las Torres Gemelas del World Trade Center se incendiaban y, luego, se derrumbaban. No cabe duda de que las consecuencias de esos acontecimientos seguirán haciéndose sentir durante meses o años y que determinarán una nueva relación de fuerzas en el plano internacional.

Esos atentados y el conflicto que sumió a Afganistán despertaron interés por el derecho internacional humanitario y plantearon, con renovada agudeza, la cuestión de las relaciones entre las causas de un conflicto, por una parte, y el respeto de las normas que rigen la conducción de las hostilidades y protegen a las víctimas de la guerra, por otra.

.....

FRANÇOIS BUGNION es director de Derecho Internacional y Cooperación en el Movimiento, en el Comité Internacional de la Cruz Roja. El presente artículo actualiza y profundiza un estudio publicado en ruso en el *Moscow Journal of International Law*, nº 4/98/32, octubre-diciembre 1998, bajo el título "Mezhdunarodnoe humanitaroe pravo, spravedlivaia voïna i agressivnaia voïna". Original en francés, publicado por la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, volumen 84, nº 847, septiembre de 2002, pp. 523-546.

Guerra justa y respeto del derecho internacional humanitario

Desde siempre, los Estados y los pueblos que han empuñado las armas han afirmado hacerlo por una causa justa. Con demasiada frecuencia se han valido de ese argumento para negar toda conmiseración a sus adversarios y para justificar las peores concusiones. Se acusaba al enemigo de sostener una causa injusta y se lo hacía responsable de las privaciones, los sufrimientos y el luto que toda guerra deja a su paso. Como la derrota bastaba para probar la culpabilidad de los vencidos, se los podía masacrar o someter a esclavitud, sea cual fuere su número.

"Guerras santas", "guerras sagradas", "guerras justas", la Historia muestra que, por lo general, los beligerantes que, con prontitud, reivindican una causa trascendente resultan culpables de los peores excesos.

Así, los cronistas relataron sin pestañear las masacres con las que los cruzados mancharon su victoria en la toma de Jerusalén³. En Europa, las guerras de religión y, más tarde, la Guerra de los Treinta Años dieron lugar a crímenes espantosos, cuya terrible imagen reproducen los grabados de Jacques Callot, pero que demasiados teólogos, de uno y de otro lado, se apresuraron a justificar en nombre del Evangelio⁴. No obstante, los horrores de los siglos pasados palidecen con respecto a las masacres y los crímenes a los que llevaron las cruzadas ideológicas del siglo XX: guerra civil rusa, guerra de España y Segunda Guerra Mundial.

Límites a la violencia

Sin embargo, la Historia también nos enseña que todas las civilizaciones se han esforzado por imponer límites a la violencia, incluso a esa forma

¹ "Heureux ceux qui sont morts pour la terre charnelle, Mais pourvu que ce fût dans une juste guerre. Heureux ceux qui sont morts pour quatre coins de terre Heureux ceux qui sont morts d'une mort solennelle."

Charles Péguy, "Ève", *Oeuvres poétiques complètes*, París, Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1941, pp.705-946, ad p.800.

² "Qui croira à la justice de votre guerre si elle est faite sans mesure ?" François de La Noue (1531-1591), citado por André Gardot, "Le droit de la guerre dans l'œuvre des capitaines français du XVIème siècle", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, tomo 72, 1948, vol. I, pp. 393-539, ad p. 450.

³ Según Mathieu d'Édesse, Godofredo de Bouillon hizo inmolarse 65.000 «infeles» en el Templo de Jerusalén. Paul Rousset, *Histoire des Croisades*, París, Ediciones Payot, 1978, pp.

104-105; Zoé Oldenburg, *Les Croisades*, París, Gallimard, 1965, pp. 154-156; Steven Runciman, *A History of the Crusades*, vol.I, *The First Crusade*, Harmondsworth, Penguin Books, 1971, p. 287.

⁴ Jean Delumeau, *Naissance et affirmation de la Réforme*, 4ta edición, París, Presses universitaires de France (Nouvelle Clio, vol. 32) 1983, pp.174-184 y 209-216; Henri Hauser, *La prépondérance espagnole (1559-1660)*, París, Librería Félix Alcan (Collection Peuples et civilisations, tomo IX), 1933, pp. 90-101, 120-132, 253-331 y 373-390; Emile G. Léonard, "La Réforme et la naissance de l'Europe moderne", en *Histoire universelle*, vol. III, *De la Réforme à nos jours*, París, Gallimard (Encyclopédie de la Pléiade), 1958, pp. 3-114, en particular pp. 84-86 y 97-99.

institucionalizada de violencia que se llama guerra, pues la limitación de la violencia es la esencia misma de la civilización.

Durante mucho tiempo, se trató de normas consuetudinarias, generalmente de inspiración religiosa, que eran respetadas por los pueblos que pertenecían al mismo grupo cultural y que honraban a los mismos dioses. Pero, demasiado a menudo, se olvidaban esas normas cuando había que librar batalla contra enemigos que no hablaban la misma lengua o que veneraban a otros dioses.

Los padres del derecho internacional contribuyeron de manera decisiva a la aprobación de normas destinadas a contener la violencia de la guerra. Al inscribir esas normas en el derecho positivo, es decir, en la práctica y la voluntad de los soberanos y los Estados, abrieron el camino para el reconocimiento de normas de alcance universal, capaces de trascender las líneas de fractura de las culturas y las religiones. Si bien mantiene su adhesión a la doctrina escolástica de la guerra justa, Grocio (1583-1645) sienta las bases de un derecho internacional basado en el derecho positivo y fija así los primeros jalones que llevarán a la aprobación de leyes y costumbres de la guerra que están actualmente en vigor⁵; no obstante, es de Vattel (1714-1767) el mérito de haber cuestionado, por primera vez, cuando no la doctrina de la guerra justa, al menos, las consecuencias que solía acarrear:

"La guerra no puede ser justa por ambas partes. Una se atribuye un derecho, la otra lo cuestiona; una denuncia una injuria, la otra la niega. Son dos personas que se disputan por la verdad de una proposición. Es imposible que dos sentimientos contrarios sean verdaderos al mismo tiempo.

Sin embargo, puede suceder que ambos contendientes obren de buena fe. Y en una causa dudosa, no se puede determinar con seguridad de qué lado se encuentra el derecho. Luego, como las naciones son iguales e independientes, y unas no pueden erigirse en jueces de otras, en toda causa sujeta a duda, las armas de ambas partes beligerantes deben considerarse legítimas, al menos en lo que concierne a los efectos externos y hasta que se decida sobre la causa" ⁶.

⁵ Peter Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, París, Presses universitaires de France, 1983, en particular pp. 597-612.

⁶ *"La guerre ne peut être juste des deux côtés. L'un s'attribue un droit, l'autre le lui conteste; l'un se plaint d'une injure, l'autre nie de l'avoir faite. Ce sont deux personnes qui disputent sur la vérité d'une proposition. Il est impossible que les deux sentiments contraires soient vrais en même temps.*

Cependant, il peut arriver que les contendants soient l'un et l'autre dans la bonne foi. Et dans une cause douteuse, il est encore incertain de quel côté se trouve le droit. Puis donc

que les nations sont égales & indépendantes, & ne peuvent s'ériger en juges les uns des autres, il s'ensuit que dans toute cause susceptible de doute, les armes des deux parties qui se font la guerre doivent passer également pour légitimes, au moins quant aux effets extérieurs et jusqu'à ce que la cause en soit décidée." Emer de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, libro II, capítulo III, párrafos 39 y 41, Ginebra, Ediciones Slatkine Reprints e Instituto Henry Dunant, 1983, tomo II, p. 30 (primera edición: Londres, 1758).

Vattel no recusa abiertamente, pues, la doctrina de la guerra justa, puesto que admite que la guerra no puede ser justa por ambas partes, pero la relativiza y la priva de sus consecuencias. Efectivamente, como los Estados son soberanos y no pueden ser juzgados sin su consentimiento, Vattel comprueba que es casi imposible determinar cuál de los dos beligerantes defiende una causa justa. Ambos pueden estar de buena fe persuadidos de que defienden una causa justa. Por ello, ambas partes pueden tener el mismo derecho a recurrir a las armas. Además, y en este punto su enseñanza contrasta claramente con las costumbres de esa época, Vattel reconoce a los dos adversarios ese margen de incertidumbre y el beneficio de la buena fe que de él se desprende, incluso en caso de guerra civil⁷.

A partir de ese margen de indeterminación y de tolerancia se desarrollarán, en gran medida, las leyes y costumbres de la guerra⁸.

El surgimiento de los Estados nación en la Europa de los siglos XVII y XVIII iba a modificar radicalmente la concepción que los hombres tenían de la guerra y la suerte reservada a sus víctimas. Merced a un nuevo orden europeo, resultado de los Tratados de Westfalia (1648), que pusieron fin a la Guerra de los Treinta Años, la guerra dejó de percibirse como el medio para hacer triunfar un dogma, una verdad o una religión, y se consideró sólo un medio, muy imperfecto, por lo demás, de solucionar un diferendo entre dos soberanos que no se reconocen juez común alguno. El surgimiento de los Estados nación permitió, asimismo, la aprobación de normas tendentes a contener el flagelo de la guerra. La guerra era un acto de gobierno; los Estados se combatían por intermedio de sus fuerzas armadas, fácilmente reconocibles por los recargados uniformes; debía respetarse la vida de la población civil, que de ningún modo participaba en los combates, así como de los combatientes heridos o los que se rendían a discreción. Del mismo modo, los Estados aceptaron renunciar a procedimientos desleales y se prohibió el empleo de ciertas armas, como las balas explosivas y las armas tóxicas, que podían causar sufrimientos indecibles, desproporcionados respecto del único objetivo

⁷ Vattel, *op.cit.*, libro III, capítulo XVIII, pp. 238-248.

⁸ "La guerra refleja inexorablemente, las ideas imperantes; toma la forma de las pasiones de las que se alimenta. En el campo de batalla, el hombre tiene, ante todo, una cita con sus propios demonios. Y la función que desempeña, en definitiva, el derecho de la guerra es la de regular el ceremonial de esa sangrienta confrontación.

Pero, el derecho de la guerra implica un cierto respeto del adversario. La ecuación romana: extranjero = bárbaro legitima la exterminación y obstaculiza la aparición del derecho. Lo mismo sucede cuando se considera al enemigo como

un hombre inferior o como el agente de una ideología criminal. También en esos casos desaparecen las condiciones de un acuerdo moderador, y las "buenas razones" que se invocan para dar rienda suelta a la violencia subrayan el fracaso del derecho. La guerra penal no tiene freno, ya que no se pacta con un malhechor. Sólo es susceptible de una codificación tácita o convencional en la medida en que aparece como un medio desafortunado y trágicamente inadecuado para resolver los litigios internacionales", Pierre Boissier, *Historia del Comité Internacional de la Cruz Roja, De Solferino a Tsushima*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1985, 1997.

legítimo que pueden proponerse en la guerra: debilitar las fuerzas militares del adversario⁹.

Esas normas fueron codificándose progresivamente, en particular en los Convenios de Ginebra de 1864, 1906, 1929 y 1949, así como en la Declaración de San Petersburgo y en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907.

De manera general, se reconocen dos medios principales de limitar la violencia en la guerra:

- las normas relativas a la conducción de las hostilidades, que rigen los medios y métodos de combate y prohíben los ataques indiscriminados, los ataques dirigidos contra no combatientes, las armas que puedan provocar sufrimientos desproporcionados respecto del objetivo de la guerra, así como los medios péfidos;
- las normas que protegen a los no combatientes y a las personas que han sido puestas fuera de combate: militares heridos y enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, miembros del personal sanitario de las fuerzas armadas y poblaciones civiles.

Señalemos, no obstante, que estos dos cuerpos de normas son interdependientes y complementarios. Algunas normas son comunes a ambos. Así, las normas que limitan los bombardeos aéreos indiscriminados pertenecen al derecho de la conducción de las hostilidades, si se las considera desde el punto de vista del aviador, y a las normas que protegen a las poblaciones civiles, si se consideran los efectos en tierra de los bombardeos aéreos. Estos dos grupos de normas se reúnen en los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, del 8 de junio de 1977, que actualizaron tanto las disposiciones relativas a la conducción de las hostilidades, como las que protegen a las víctimas de la guerra.

La prohibición del recurso a la guerra y el derecho internacional humanitario

La mayor parte de las normas de derecho humanitario fueron aprobadas en una época en que el recurso a la guerra era lícito. La guerra era un atributo de la soberanía; era lícita cuando era un acto de gobierno; el Estado que la emprendía era el único que decidía sobre los motivos que lo impulsaban a tomar las armas. Tal era la convicción jurídica de los Estados y la posición dominante de la doctrina durante el Antiguo Régimen y en el siglo XIX.

Hoy día, el contexto es otro: el recurso a la guerra fue limitado por el Pacto de la Sociedad de las Naciones, luego prohibido por el Pacto de París (o Pacto Briand-Kellogg)¹⁰ y la Carta de las Naciones Unidas. En el Pacto de París, los Estados contratantes declararon que condenaban *"el recurso a la guerra para solucionar*

⁹ *"...el único fin legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo"*, proclama la Declaración relativa a la prohibición de las balas explosivas en tiempo de guerra, realizada en San Petersburgo el 29

de noviembre/11 de diciembre de 1868, De Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, primera serie, tomo XVIII, pp. 474-475.

¹⁰ Firmado en París, el 27 de agosto de 1928, en *Société des Nations, Recueil des Traités*, vol. 94, pp. 58-64.tés, vol. 94, pp. 58-64.

diferendos" y que renunciaban a él "como instrumento de política nacional". La Carta de las Naciones Unidas prohíbe todo recurso a la fuerza en las relaciones internacionales, con excepción de la acción coercitiva colectiva prevista en el Capítulo VII y del derecho de legítima defensa individual o colectiva reservado por el artículo 51.

Entonces, la cuestión que se plantea es si un beligerante puede invocar que es víctima de una agresión para liberarse de las obligaciones que le impone el derecho internacional humanitario y negarse a respetar sus normas.

Esta cuestión plantea un problema más general, el de la autonomía de las normas que rigen las relaciones recíprocas de los beligerantes (*jus in bello*) respecto de las normas relativas a la reglamentación y la prohibición del recurso a la fuerza (*jus ad bellum*): ¿el hecho de que uno de los adversarios haya desencadenado una guerra de agresión puede modificar las condiciones de aplicación del *jus in bello* y, en particular, las condiciones de aplicación de las normas humanitarias?¹¹

¹¹ La obra fundamental sobre la cuestión de las relaciones entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello* es la de Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, París, Ediciones A. Pedone, 1970. Asimismo, se puede consultar las obras siguientes: *Les Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire*, publicado bajo la dirección de Jean S. Pictet, vol. I, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Ginebra, CICR, 1952 (en adelante, *Commentaire*), pp. 25-28; Denise Bindschedler-Robert, "A reconsideration of the Law of Armed Conflicts", en *The Laws of Armed Conflicts*, Nueva York, Carnegie Endowment for International Peace, 1971, pp. 5-61, en particular pp. 9-10; Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1968, pp. 406-408; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 2a edición, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, en particular pp. 155-162; Paul Guggenheim, *Traité de Droit international public*, tomo II, Ginebra, Librería Georg & Cie, 1954, pp. 93-100, 253-261 y 295-305; Sir Hersch Lauterpacht, "The limits of the Operation of the Law of War", *The British Year Book of International Law*, vol. XXX, 1953, pp. 206-243; L. Oppenheim, *International Law*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, 7ma edición por Sir Hersch Lauterpacht, Londres, Longman, 1952, pp. 177-197; Dietrich Schindler, "Abgrenzungsfragen zwischen ius ad bellum and ius in bello", en *Völkerrecht im Dienste des Menschen, Festschrift für Hans Haug*, Herausgegeben von

Yvo Hangartner und Stefan Trechsel, Bern und Stuttgart, Verlag Paul Haupt, 1986, pp. 251-258; Georg Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, *The Law of Armed Conflict*, Londres, Stevens & Sons, 1968, pp. 96-106; Krzysztof Skubiszewski, "Use of Force by States – Collective Security – Laws of War and Neutrality", en *Manual of Public International Law*, editado por Max Sorensen, Londres, Mac Millan, 1968, pp. 739-854, en particular pp. 808-812; Robert W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea* (International Law Studies, vol. 50), Newport (Rhode Island), United States Naval War College, 1955, pp. 3-25; Robert W. Tucker, *The Just War: A Study in Contemporary American Doctrine*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1960; Gregory Ivanovic Tunkin, *Droit international public: Problèmes théoriques* (traducido del ruso por el Centro de Investigaciones sobre la URSS y los países del Este de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Económicas de Estrasburgo), París, Ediciones A. Pedone, 1965, pp. 35-55 y 210-219; Michael Walzer, *Just and Unjust Wars. A Moral Argument with Historical Illustrations*, 2da edición, Basic Books, 1992; Quincy Wright, "The Outlawry of War and the Law of War", *American Journal of International Law*, vol. 47, nº 3, julio de 1953, pp. 365-376. Sobre la concepción soviética del derecho de los conflictos armados, se puede consultar la obra de Jiri Toman, *L'Union soviétique et le droit des conflits armés*, Ginebra, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, 1997.

En todos los conflictos recientes, uno u otro de los beligerantes, y en la mayor parte de los casos los dos, han declarado que no hacían más que ejercer su derecho de legítima defensa para rechazar una agresión de la que ellos o sus aliados eran víctimas. Se alzaron voces para afirmar que, por esa razón, los beligerantes estaban eximidos de las obligaciones dimanantes de las leyes y costumbres de la guerra y que la víctima de una agresión no estaba obligada a respetar las normas respecto de su agresor. Algunos autores, especialmente en Estados Unidos y en la Unión Soviética, intentaron amoldar ese argumento en una teoría jurídica por la que se proponía subordinar la aplicación del *jus in bello* al *jus ad bellum*¹². En este sentido, se pueden adoptar dos soluciones:

- se considera la guerra de agresión como un acto ilícito, el crimen internacional por excelencia, que escapa a toda reglamentación; desde esta perspectiva, se debe admitir que en caso de agresión, las leyes y costumbres de la guerra no se aplican a ninguno de los beligerantes, o
- se considera que la ilicitud del recurso a la fuerza tiene como único efecto privar al Estado agresor de los derechos conferidos por el *jus in bello*; en cambio, este Estado sigue estando regido por todas las obligaciones dimanantes de ese derecho. Así se llega a una aplicación diferenciada de las leyes y costumbres de la guerra, pues siguen aplicándose al Estado agresor todas las obligaciones inherentes a su calidad de beligerante, mientras el Estado víctima de la agresión está liberado de toda obligación respecto de su adversario¹³.

La hipótesis según la cual se descarta el derecho internacional humanitario en caso de guerra de agresión

Sólo en el caso de la primera solución se producen todas las consecuencias que derivan lógicamente de una eventual subordinación del *jus in bello* al *jus ad bellum*. Pero se la debe rechazar sin vacilaciones. Efectivamente, ya sea en el orden interno o en el internacional, una función particular del derecho es regir situaciones de hecho que resultan de un acto ilícito¹⁴. Además, como en el sistema de la Carta no puede haber guerra si no es como consecuencia de una agresión, habría que sostener que los Estados han elaborado normas desprovistas de un ámbito de aplicación, lo cual es absurdo. Por último, esta solución propicia la licencia

¹² En Meyrowitz, *op.cit.*, pp. 77-140, se presentan las principales posiciones de la doctrina.

¹³ Una exposición detallada de la doctrina de la aplicación diferenciada del derecho humanitario figura en el documento CDDH/41 presentado el 12 de marzo de 1974 por la República Democrática de Vietnam en la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, *Actas de la*

Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados (Ginebra, 1974-1977), 17 volúmenes, Berna, Departamento Político Federal, 1978 (en adelante, *Actas CDDH*), vol. IV, pp. 177-190.

¹⁴ Ese es el objeto del derecho penal en el orden interno y de las normas relativas a la responsabilidad internacional en derecho de gentes.

más absoluta y un salvajismo frente al que los horrores de las guerras de antaño parecerán insignificantes. Consecuencia de una abdicación del derecho, la primera solución lleva a resultados absurdos y monstruosos.

La aplicación diferenciada del derecho internacional humanitario en caso de guerra de agresión

La segunda solución exige un examen más detallado. En esencia, los partidarios de una aplicación diferenciada de las leyes y costumbres de la guerra esgrimen tres argumentos:

- a) la justicia exige una distinción absoluta entre el agresor y la víctima de la agresión; no es legítimo que el derecho humanitario ubique en el mismo plano al Estado agresor y al que resiste a la agresión; por el contrario, el derecho humanitario debería auxiliar a la víctima de la agresión, obstaculizando la acción del agresor; por último, debería condenar claramente al agresor;
- b) dado que la guerra de agresión constituye el crimen de guerra por excelencia, pues éste da lugar y abarca a todos los demás, nadie está obligado a observar las normas del derecho de la guerra respecto del beligerante que ha transgredido la primera de ellas, abriendo las puertas de la guerra; en otras palabras, el Estado agresor se pone a sí mismo en la posición de un fuera de la ley;
- c) en virtud de la máxima "*ex iniuria jus non oritur*", el Estado agresor no puede gozar de derechos que se fundarían en un acto ilícito¹⁵.

¿Cuál es la pertinencia de estos argumentos?

Es evidente que la prohibición de la amenaza y el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales sólo tendría un valor platónico si no estuviera acompañada de sanciones, bajo la forma particular de una distinción entre el agresor y la víctima de la agresión. No se puede poner en duda, y nadie lo hace, que el derecho internacional contemporáneo establece tal distinción en lo que concierne especialmente al derecho de legítima defensa individual o colectiva, la aplicación de medidas coercitivas colectivas previstas en el Capítulo VII de la Carta, las relaciones con los terceros Estados, la adquisición de territorios, los tratados impuestos por el agresor a su víctima, así como las reparaciones al término de las hostilidades. Por otra parte, se compromete la responsabilidad penal de los individuos que personalmente asumieron la responsabilidad de haber preparado, desencadenado o dirigido una guerra de agresión.

Se plantea entonces la cuestión de determinar si la ilicitud del recurso a la fuerza puede justificar también una aplicación discriminatoria de las normas que rigen las relaciones recíprocas de los beligerantes y, en particular, de las normas del derecho humanitario.

¹⁵ Según la máxima "*ex iniuria jus non oritur*", un acto ilícito no puede ser fuente de derechos.

Esta cuestión debe examinarse desde la doctrina y a la luz del derecho positivo.

En la doctrina se comprueba, en primer lugar, que la máxima "*ex iniuria jus non oritur*" tiene importantes excepciones, tanto en el orden interno como en el internacional, de manera que no es seguro que se pueda reconocer en ella uno de los principios generales del derecho mencionados en el artículo 38, apartado 1, letra c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁶. Pero sobre todo, suponiendo que se la reconozca como uno de los principios generales del derecho, su aplicación al caso en cuestión resulta de una confusión doble: en el plano de la lógica formal, una confusión entre la causa y el accidente; en el plano jurídico, una confusión entre la fuente de un derecho o una obligación y el hecho que da lugar a la aplicación de ese derecho o de esa obligación. Si una casa se incendia, el damnificado recibirá el crédito del asegurador no en virtud del incendio, sino del contrato de seguro; si no fuera así, ningún propietario se molestaría en pagar las primas. Del mismo modo, no es la guerra la fuente de los derechos y obligaciones relativos a las leyes y costumbres de la guerra, sino los convenios humanitarios en lo que concierne a las obligaciones y los derechos allí estipulados, y el derecho consuetudinario en lo que concierne a los derechos y obligaciones que de él derivan; el conflicto armado, cualquiera sea su calificación, no es ni más ni menos que el hecho que provoca la aplicación de esas normas convencionales o consuetudinarias; si fuese de otro modo, los beligerantes tendrían derechos y obligaciones idénticos, sean o no partes en los convenios humanitarios; pero, claramente, ése no es el caso.

¹⁶ Respecto del derecho interno, podemos mencionar la máxima "*male captus, bene judicatus*", en virtud de la cual una corte penal se declara competente para juzgar a un acusado, aunque éste haya sido llevado ante dicha corte por medios ilegales, por ejemplo tras un secuestro en otro Estado. En el plano internacional, se puede mencionar el hecho de que una ocupación de territorio, que es un estado de *facto*, produce efectos jurídicos, aunque esa ocupación no se base en una causa válida y resulte de un mero acto de fuerza. Asimismo, se puede recordar la relativa indiferencia del derecho de gentes en cuanto a la situación del Gobierno de un Estado respecto del derecho cons-

titucional de este Estado. Si un Gobierno ejerce de manera efectiva un control de hecho sobre la mayor parte del territorio y de la población, se le reconocerá, por lo general, la totalidad de sus competencias en el plano internacional, aunque haya llegado al poder por medios ilegales. Así, un acto ilícito in *foro domestico* produce efectos jurídicos en el plano internacional, que en general ni siquiera se cuestionarán. Es sabido que la doctrina Tobar, que sostenía, en principio, que un Estado debía abstenerse de reconocer un Gobierno extranjero, si éste se constituía por la fuerza, nunca fue aceptada fuera del contexto americano y nunca fue objeto de una aplicación duradera.

La máxima "*ex iniuria jus non oritur*" no tiene, pues, ninguna otra pertinencia en lo que concierne a la cuestión planteada¹⁷.

Asimismo, se debe descartar el argumento que equipara al Estado responsable de una agresión con un "fuera de la ley". Siempre se debe desconfiar de las transposiciones del derecho interno al derecho internacional, en particular cuando se trata de conceptos tomados del derecho penal. En el caso que nos ocupa, la transposición es engañosa y falaz a la vez. Engañosa, porque equipara la responsabilidad internacional del Estado con la responsabilidad penal del delincuente. Falaz, porque supone que el criminal está automáticamente despojado de toda protección legal, lo cual ningún orden jurídico toleraría. En cualquier Estado regido por el derecho, el delincuente sigue sometido al derecho penal y goza de la protección que ese derecho confiere cualquiera que sea la gravedad del delito que se le imputa. Por ser un acto ilícito, la guerra de agresión implica una sanción, o incluso varias sanciones, especialmente bajo la forma del derecho de legítima defensa individual o colectiva, medidas coercitivas colectivas, no reconocimiento de las adquisiciones territoriales realizadas por la fuerza, la nulidad de los tratados impuestos por la amenaza o por el empleo de la fuerza, una actitud discriminatoria por parte de terceros Estados, reparaciones impuestas al agresor al término de las hostilidades, etc. En cambio, la guerra de agresión no puede tener como efecto colocar al Estado agresor fuera de las fronteras del derecho¹⁸.

Por último, queda el argumento que se basa en la exigencia de justicia o de equidad. Sin duda, es el más atractivo desde el punto de vista moral. Sin embargo, este argumento desconoce totalmente el objeto del derecho humanitario:

¹⁷ En un sentido, toda la teoría de la aplicación discriminatoria del derecho de la guerra se basa en la concepción, errónea en nuestra opinión, según la cual el *jus in bello* confiere a los beligerantes competencias y derechos subjetivos. Pero no es ése el caso. La función del derecho de la guerra no es atribuir competencias o derechos, sino imponer límites a la libertad de acción de los beligerantes, como prueba la sentencia del 12 de agosto de 1921 sobre el Asunto de los buques y remolcadores del Danubio: "*El derecho internacional aplicado a la conducción de la guerra es un conjunto de restricciones y no de atribución de poder*", *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. I, Nueva York, Naciones Unidas, 1948, p. 104. En el mismo sentido: "*El derecho internacional es un derecho prohibitivo*", El proceso de los rehenes, Estados Unidos c/ List et al. Tribunal Militar de Estados Unidos, Nuremberg, del 8 de

julio de 1947 al 19 de febrero de 1948, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Seleccionados y preparados por la Comisión de las Naciones Unidas sobre crímenes de guerra, Vol. VIII, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949, pp. 34-92, *ad p.* 66. Las competencias que por lo general se designan con el nombre de "derechos de los beligerantes", estrictamente hablando no son más que el ejercicio de la soberanía estatal en tiempo de guerra en los límites impuestos por las leyes y costumbres de la guerra; en el mismo sentido, Schwarzenberger, *op.cit.*, pp. 63-65. Si fuese de otro modo, la ausencia de normas en un ámbito particular provocaría la ausencia de derechos y de competencias y no, como efectivamente ocurre, la ausencia de límites a la libertad de acción de los beligerantes.

¹⁸ Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 127-130.

éste no ubica en el mismo plano al agresor y a la víctima de la agresión, pues no tiene competencia para hacerlo; la única función del derecho humanitario es proteger a la persona humana como tal, excluyendo toda consideración de índole política, militar, ideológica, religiosa, racial, económica u otra; el derecho humanitario sólo establece una igualdad: la que se basa en el derecho de todas las víctimas a ser tratadas conforme al principio de humanidad. Además, ninguna exigencia de justicia o de equidad podría justificar que todos los naturales de un Estado o, siquiera todos los miembros de sus fuerzas armadas, sean considerados como criminales por el solo hecho de pertenecer a un Estado calificado como agresor. Efectivamente, no se puede llegar a la conclusión, a partir de la responsabilidad internacional del Estado, de que es culpable el conjunto de los miembros de sus fuerzas armadas o cada uno de sus ciudadanos.

Es evidente que se deben descartar los principales argumentos aducidos para sostener una aplicación discriminatoria del *jus in bello*. Además, algunas consideraciones imperiosas exigen que se mantenga el principio de igualdad de los beligerantes ante el derecho de la guerra.

La designación del agresor

Efectivamente, no se pueden desconocer las dificultades inherentes a la designación del agresor. A pesar de las múltiples deliberaciones que se han efectuado durante más de medio siglo en instancias internacionales, no se ha logrado un acuerdo general y obligatorio sobre la definición de agresión; ni el Pacto Briand-Kellogg ni la Carta incluyen tal definición. La resolución 3314 (XXIX), aprobada el 14 de diciembre de 1974 por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁹, por su parte, está lejos de constituir una verdadera definición, nada dice prácticamente acerca de las formas de agresión indirecta que caracterizan a nuestra época, como la subversión, los atentados terroristas, la injerencia extranjera en caso de guerra civil, la ocupación con consentimiento de un Gobierno fantoche, etc. Además, haciendo reserva del caso de guerras de liberación nacional²⁰, en la resolución 3314 se toma en cuenta un elemento esencialmente subjetivo, el motivo del recurso a las armas, que es incompatible con una verdadera definición, puesto que una definición capaz de provocar efectos jurídicos debe fundarse en elementos objetivos y verificables. Por último, esa resolución no vincula al Consejo de Seguridad²¹.

¹⁹ Resolución 3314 (XXIX) 1974, "Definición de agresión", *Resoluciones adoptadas por la Asamblea General en su vigésimo noveno período de sesiones*, volumen I, Asamblea General, Documentos oficiales, vigésimo noveno perío-

do de sesiones, suplemento n° 31 (A/9631), pp. 148-150.

²⁰ Artículo 7 del anexo a la resolución 3314.

²¹ Artículo 4 de la resolución 3314.

La aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998, no resolvió esta dificultad. Efectivamente, los Estados no lograron entenderse acerca de una definición del crimen de agresión, ni de las modalidades de ejercicio de la competencia de la Corte al respecto. En el artículo 5, apartado 2, del Estatuto de la Corte, se dispone que "[l]a Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas". El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002 y, hasta la fecha, 77 Estados se hicieron partes en ese instrumento²², pero hasta que no se logre un acuerdo sobre esta cuestión, la Corte no tendrá competencia sino en lo concerniente al crimen de genocidio, a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra. El grupo de trabajo que trató la cuestión del crimen de agresión en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional sólo ha mantenido, hasta ahora, debates preliminares sobre la cuestión²³.

¿Es posible superar esta dificultad confiando a un órgano competente la responsabilidad de resolverla designando en cada caso el agresor? Incumbe al Consejo de Seguridad determinar la existencia de una amenaza contra la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión²⁴. En virtud del artículo 25 de la Carta, esta determinación es válida *erga omnes*, puesto que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas están obligados a aceptarla. Pero de ese modo las dificultades tampoco quedan resueltas: en ausencia de criterios jurídicos que vinculen al Consejo de Seguridad, la decisión de este órgano no puede ser sino un acto político, respecto del cual no se sabe cómo podría surtir efectos jurídicos, aparte de los previstos en la Carta o en otras disposiciones convencionales. Pero ninguna disposición de la Carta autoriza una aplicación discriminatoria del *jus in bello* en las relaciones recíprocas de los beligerantes²⁵. Además, la verificación de una agresión requiere el voto afirmativo de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad²⁶; por lo tanto, el Consejo se paralizará cada vez que la agresión provenga de un miembro permanente, de uno de sus aliados o de uno de sus clientes; dada la estructura actual del sistema internacional, el Consejo podrá tomar tal decisión sólo en circunstancias absolutamente excepcionales, como las de junio y julio de 1950, correspondientes al estallido de la guerra de Corea, o las del verano y otoño de 1990, tras la ocupación de Kuwait por Irak.

²² Situación al 5 de agosto de 2002.

²³ Informaciones obtenidas en:
<http://www.un.org/law/icc/prepcomm/prepfra.htm>.

²⁴ Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁵ Meyrowitz, *op.cit.*, p. 8.

²⁶ Artículo 27, apartado 3.

En tales condiciones, grande es la tentación de prescindir de la decisión del Consejo de Seguridad. Por consiguiente, quienes abogan por una aplicación discriminatoria del derecho de la guerra han propuesto remitirse a una resolución de la Asamblea General²⁷ o al juicio de la opinión pública²⁸.

Ahora bien, en ninguna disposición de la Carta se atribuye tal competencia a la Asamblea General. En cuanto al juicio de la opinión pública, es suficiente con preguntarse quién asumirá el papel de intérprete para comprender hacia dónde conduce esa pendiente resbaladiza: a la verificación unilateral de la agresión por parte de cada Gobierno.

En ausencia de un procedimiento jurídico centralizado y obligatorio que permita verificar la agresión en todos los casos a partir de criterios jurídicos precisos y de una manera que se impondría del mismo modo a todos los beligerantes, la teoría de la aplicación discriminatoria del *jus in bello* conduce a la inaplicación de ese derecho por ambas partes: cada uno de los beligerantes considera a su adversario como el agresor e invoca esa verificación para eximirse de observar las normas del derecho de la guerra. En ese caso también se estaría abriendo las puertas al desencadenamiento de una violencia desenfrenada.

Por otra parte, suponiendo que se pueda superar esta dificultad y que una constelación política excepcional permitiera al Consejo de Seguridad tomar una decisión en condiciones que no dejarían lugar a ningún cuestionamiento, se presentarían otras dificultades, no menos graves.

Derechos que no implicarían ninguna obligación y obligaciones que no implicarían ningún derecho

La teoría de la aplicación discriminatoria del derecho de la guerra postula la posibilidad de separar los derechos de las obligaciones dimanantes de ese derecho; en ese caso, todas las obligaciones incumben al Estado agresor, que no tendría ningún derecho, mientras que la víctima de la agresión gozaría de derechos ilimitados, sin estar sometida a ninguna obligación.

Esta concepción denota una profunda falta de comprensión del derecho de la guerra en general, y del derecho humanitario en particular. Efectivamente, las leyes y costumbres de la guerra no tienen por objeto conferir a los beligerantes derechos subjetivos que no implicarían ninguna obligación, ni obligaciones que no implicarían ningún derecho, sino proteger a la persona humana mediante la instauración de estatutos objetivos que imponen derechos y obligaciones a ambos beligerantes.

²⁷ Wright, *loc.cit.*, p. 370.

²⁸ A.Alvarez, *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, París, Ediciones A. Pedone, 1959, p. 510.

Es el caso del emblema de la cruz roja y de la media luna roja: el emblema protege las instalaciones sanitarias sobre las que está colocado, pero también protege a la Parte adversa, pues las instalaciones señaladas con el emblema no podrán ser utilizadas para acciones hostiles. Del mismo modo, la distinción entre combatientes y no combatientes tiene por finalidad principal proteger a la población civil, pero también protege al adversario en la medida en que las personas civiles saben que no podrán realizar acciones hostiles sin comprometer la inmunidad que las protege. Similarmente, el estatuto de prisionero de guerra protege al cautivo y a la Potencia adversa, pues limita las categorías de personas que pueden realizar actos hostiles, al tiempo que pueden pretender, en caso de captura, la protección de ese estatuto. Se pueden hacer las mismas observaciones en lo que respecta a la prohibición de la perfidia, la protección de los parlamentarios, el respeto de las treguas y los armisticios, el mantenimiento del orden y la seguridad en territorio ocupado, etc. Como vemos, no es posible separar los derechos de las obligaciones sin destruir a ambos y sin deshacer las normas²⁹. El derecho de la guerra está construido en base a un conjunto de equilibrios entre derechos y obligaciones; cuando se quiebran esos equilibrios, ya no se está en presencia de una aplicación unilateral del derecho, sino frente a la licencia y la anarquía.

Represalias y reciprocidad

La aplicación discriminatoria del derecho humanitario constituye, además, una forma de represalia: como es imposible capturar a quienes son responsables personalmente de haber preparado, desencadenado o conducido una guerra de agresión, se opta por volverse contra los que están al alcance de la mano: heridos y enfermos, prisioneros de guerra, internados civiles y poblaciones de territorios ocupados. Desde este punto de vista, todas las disposiciones de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales que prohíben las represalias contra militares heridos o enfermos, miembros del personal sanitario de las fuerzas armadas, náufragos, prisioneros de guerra, personas civiles o bienes de carácter civil³⁰ también constituyen un obstáculo para una aplicación diferenciada del derecho internacional humanitario.

Por último, la aplicación discriminatoria de las leyes y costumbres de la guerra tropieza con una imposibilidad práctica. Los diplomáticos y los juristas a veces tienden a razonar como si ellos mismos fueran los destinatarios primeros de las normas del derecho de la guerra. Pero, con todo el respeto que merecen esas dos eminentes corporaciones, eso no es así. Los destinatarios primeros de las normas, aquellos de quienes, en definitiva, depende el respeto o la violación de las leyes y

²⁹ Meyrowitz, *op.cit.*, pp. 106-116, en particular p. 112.

³⁰ Convenio I, art. 36; Convenio II, art. 47; Convenio III, art.13, apartado a); Convenio IV,

art. 33, apartado 3; Protocolo I, artículos 21, 51, párrafo 6, 52, párrafo 1, 53, apartado c, 54, párrafo 4, 55, párrafo 2 y 56, párrafo 4.

costumbres de la guerra, son los combatientes. ¿Cuál es su situación? Cada nación espera que sus soldados resistan sufrimientos y privaciones, que acepten la muerte de sus camaradas y que estén dispuestos a sacrificar la propia vida. Al mismo tiempo, se espera que respeten a los enemigos heridos y a los que se rinden a discreción. Nada fácil es la tarea. De todos modos, la disciplina militar, el espíritu caballeresco, la preocupación por la suerte de los camaradas de combate caídos en poder de la Parte adversa y, quizá, la subsistencia de un sentimiento de humanidad que el horror de la guerra moderna no ha borrado totalmente, podrán incitar al respeto de esas normas; además, cada combatiente sabe por intuición que puede, según la evolución aleatoria del combate, encontrarse en situación de tener que ampararse en la protección del derecho humanitario; entonces, dudará en transgredir normas de las que puede depender su subsistencia, la de sus seres queridos o la de sus camaradas de combate. En cambio, es ilusorio esperar que un soldado respete las leyes y costumbres de la guerra, cuando se lo ha declarado fuera de la ley por el solo hecho de pertenecer a un Estado calificado de agresor. Ninguna argumentación jurídica permitirá imponer a un combatiente el respeto de un régimen protector cuya protección previamente se le niega.

No es menos quimérico esperar que un Estado respete las leyes y costumbres de la guerra, cuando se lo declara despojado, al Estado y a sus naturales, de todos los derechos que esas leyes les confieren.

Esta imposibilidad psicológica es consecuencia de una contradicción fundamental en el plano de la lógica formal: la contradicción que consiste en considerar como ilícitos todos los actos de guerra cometidos por el lado al que se reputa de agresor, aun exigiendo que ese lado respete la distinción entre los actos de guerra lícitos a tenor de las leyes y costumbres de la guerra y los actos de guerra intrínsecamente ilícitos porque se cometen en violación de las leyes y costumbres de la guerra. No se puede exigir a un adversario que respete las leyes y costumbres de la guerra, al tiempo que se declara que cada uno de sus actos será tratado como un crimen de guerra por el solo hecho de haber sido cometido en el contexto de una guerra de agresión.

Como vemos, cualesquiera sean las intenciones morales o jurídicas que la hayan inspirado, la teoría de la aplicación discriminatoria de las leyes y costumbres de la guerra lleva, en la práctica, al mismo resultado que la concepción según la cual la guerra de agresión escapa a toda reglamentación, es decir la guerra sin limitaciones.

El principio de igualdad de los beligerantes ante el derecho de la guerra

Por consiguiente, el principio de igualdad de los beligerantes ante el derecho de la guerra debe mantenerse. Su aplicación responde a una exigencia de humanidad, ya que el principio de humanidad conlleva el respeto de las víctimas de la guerra en toda circunstancia y sin importar a qué lado pertenezcan. Responde a una

exigencia de orden público, en la medida en que la sola aplicación de este principio permite evitar el desencadenamiento ilimitado de violencia³¹. Por último, responde a una exigencia de civilización, pues, tal como señalaba Bluntschli, "*el derecho de la guerra civiliza la guerra justa y la guerra injusta por igual*"³².

Estas conclusiones concuerdan cabalmente con el derecho positivo.

Efectivamente, ni el Pacto de la Sociedad de las Naciones ni el Pacto de París atentaron contra el principio de igualdad de los beligerantes ante el derecho de la guerra. El "Comité de los Once", instituido en 1930 por el Consejo de la Sociedad de las Naciones (SDN) para estudiar las modificaciones que habían de hacerse al Pacto de la SDN, para que concordara con el Pacto Briand-Kellogg, reconoció expresamente que el *jus in bello* seguía siendo aplicable y conservaba toda su pertinencia en caso de resistencia a la agresión o cuando se tomaran medidas de política internacional, sea cual fuere la calificación de esas operaciones³³.

Del mismo modo, la Carta de las Naciones Unidas no contiene ninguna disposición que modifique las condiciones de aplicación del derecho de la guerra en las relaciones recíprocas de los beligerantes. En cambio, la Carta reafirma, sin restricciones, el principio de igualdad soberana de los Estados³⁴, del cual forma parte el principio de igualdad de los beligerantes ante el derecho de la guerra.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Tribunal Internacional de Nuremberg), en anexo al Acuerdo sobre el enjuiciamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, que es por cierto el instrumento de derecho internacional que más lejos llegó en la condena de la guerra de agresión, la cual no sólo es calificada de acto ilícito que implica la responsabilidad internacional del Estado, sino también de delito internacional que implica la responsabilidad penal de los individuos a los que se imputa la responsabilidad de la preparación y el desencadenamiento de una guerra de agresión, también mantuvo de manera perfectamente clara y límpida la distinción entre los crímenes contra la paz, es decir "*la conducción, la preparación, el desencadenamiento o la prosecución de una guerra de agresión o de una guerra que viola los tratados, garantías o acuerdos internacionales*", por un lado,

³¹ Meyrowitz, *op.cit.*, pp. 252-259.

³² "*Das Kriegsrecht zivilisiert den gerechten und den ungerechten Krieg ganz gleichmässig*", Johann Caspar Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, Beck, 1868, p. 292, párrafo 519.

³³ "Enmienda del Pacto de la Sociedad de las Naciones con miras a armonizarlo con el Pacto de París", Informe del Comité nombrado por el Consejo, 8 de marzo de 1930, *Journal officiel de la Société des Nations*, 1930, pp. 353-383, en particular pp. 354-355.

³⁴ Artículo 2, párrafo 1. El hecho de que ninguna disposición de la Carta justifique una aplicación discriminatoria de las leyes y costumbres de la guerra debe relacionarse con las numerosas disposiciones que autorizan o imponen una discriminación contra el agresor en las relaciones entre los terceros Estados y los beligerantes. Así, el principio de interpretación "*expressio unius est exclusio alterius*" confirma el hecho de que los autores de la Carta no tenían la intención de atentar contra el principio de igualdad de los beligerantes ante el derecho de la guerra y que no lo hicieron.

y los crímenes de guerra, es decir "*las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra*", por otro. De ese modo se dio a entender que los actos conformes a las leyes y costumbres de la guerra no serían sancionados, aunque hubiesen sido perpetrados en el contexto de una guerra de agresión³⁵.

El Tribunal respetó escrupulosamente la distinción entre crímenes contra la paz y crímenes de guerra. Consideró que sólo eran crímenes de guerra los actos cometidos en violación de las leyes y costumbres de la guerra, cuyo carácter ilícito demostró haciendo referencia a los Convenios de Ginebra o a los de La Haya. En cambio, el Tribunal admitió que los acusados podían invocar el ejercicio de los derechos previstos por el *jus in bello*, aunque hubieran participado en una guerra de agresión³⁶. Por este medio, el Tribunal confirmó el principio de igualdad de los beligerantes ante el derecho de la guerra y la autonomía del *jus in bello* respecto del *jus ad bellum*.

En su gran mayoría, las jurisdicciones nacionales encargadas de enjuiciar los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial aplicaron los mismos principios, confirmando así la autonomía del *jus in bello* respecto del *jus ad bellum*³⁷.

Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 confirmaron en dos aspectos el principio de igualdad de los beligerantes por lo que atañe a la aplicación del derecho humanitario; por medio de la prohibición de las represalias contra las personas y bienes protegidos por esos Convenios³⁸, y sobre todo, por la disposición que figura en el artículo 1 común a los cuatro Convenios:

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

Esta disposición subraya la fuerza obligatoria de los Convenios de Ginebra, cuya aplicación no puede subordinarse a cualquier apreciación relativa a la licitud o la ilicitud del recurso a la fuerza, provenga esa apreciación de las Partes en

³⁵ Artículo 6 de la Carta del Tribunal Militar Internacional. El texto del Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y sus anexos está reproducido en *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 82, pp. 280-301.

³⁶ El juicio del Tribunal Internacional de Nuremberg está reproducido en *American Journal of International Law*, vol. 41 n° 1, enero de 1947, pp. 172-333. Se debe observar, en particular, que el Tribunal se negó a condenar a los almirantes Dönitz y Raeder por haber conducido la guerra submarina a ultranza, que incluyó en particular el torpedeo de navíos comerciales de los aliados y neutrales, y el abandono de los sobrevivientes, por el hecho de que la ilicitud de esos comportamientos respecto de

las leyes y costumbres de la guerra no estaba suficientemente demostrada (pp. 304-305 y 308). Así, el Tribunal reconoció que las normas del *jus in bello* no se aplicaban sólo para la imputación de cargos, sino también para el descargo de los acusados, que no podían ser inculcados por actos hostiles cuya ilicitud respecto de las leyes y costumbres de la guerra no se había podido demostrar, aunque los actos en cuestión se habían cometido en ocasión de una guerra de agresión.

³⁷ Remítanse a los numerosos casos citados por Meyrowitz, *op.cit.*, pp. 62-76.

³⁸ Convenio I, art. 46; Convenio II, art. 47; Convenio III, art. 13, apartado 3; Convenio IV, art. 33, apartado 3.

el conflicto o de un organismo internacional³⁹. En el artículo 2 común, se precisa además que los Convenios se aplican *"en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes"*.

Esta interpretación está confirmada por el Comentario de los Convenios de Ginebra, publicado bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja:

"La aplicación del Convenio no depende de la índole del conflicto. La protección y la atención que se ha de proporcionar a los heridos y a los enfermos no varía en modo alguno en función de si la guerra es "justa" o "injusta", si es una guerra de agresión o de resistencia a la agresión" ⁴⁰.

La Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario, que se celebró en Ginebra de 1974 a 1977 para actualizar el derecho internacional humanitario y adaptarlo a las nuevas formas de conflictos ocurridas desde 1949, puso punto final a las controversias, introduciendo en el Preámbulo del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra (Protocolo I) la disposición siguiente:

"Las Altas Partes Contratantes, [...]"

Reafirmando, además, que las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y del presente Protocolo deben aplicarse plenamente en toda circunstancia a todas las personas protegidas por esos instrumentos, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas invocadas por las Partes en conflicto o atribuidas a ellas" ⁴¹.

Esta disposición, que fue aprobada por consenso, sin discusión ni oposición, en la Conferencia Diplomática⁴², debe ser considerada como la interpretación auténtica de los Convenios de Ginebra. Se impone, pues, a todos los Estados Partes en esos Convenios, estén vinculados o no por el Protocolo I.

Esta disposición confirma la autonomía del derecho humanitario respecto del *jus ad bellum*. Por consiguiente, un Estado no puede invocar el hecho de que es víctima de una agresión ni ninguna otra consideración relacionada con el origen o la índole del conflicto para eximirse de las obligaciones que le incumben por el derecho internacional humanitario y negarse a aplicar sus normas. Tal actitud contradiría el espíritu y la letra de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional confirma la autonomía del *jus in bello* respecto del *jus ad bellum*. Efectivamente, si bien la Corte tiene jurisdicción para sancionar el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad,

³⁹ La misma interpretación figura en Meyrowitz, *op.cit.*, pp. 37-40.

⁴⁰ *Commentaire*, vol. I, p. 28.

⁴¹ Protocolo I, apartado 5, del Preámbulo. Según el artículo 31, apartado 2, del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, del

23 de mayo de 1969, el preámbulo es parte integrante del tratado.

⁴² *Actas CDDH*, vol. VII, pp. 167-172, en particular p. 172, Documento CDDH/SR.54, Informe analítico de la quincuagésima cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1977.

los crímenes de guerra y el crimen de agresión, cada crimen debe ser sancionado por separado, aunque varios de ellos se hayan perpetrado simultáneamente⁴³. Pero, sobre todo, el hecho de que la Corte pueda fallar sobre el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra antes de que se haya llegado a un acuerdo acerca de la definición del crimen de agresión y del ejercicio de la jurisdicción de la Corte para la represión de dicho crimen⁴⁴ indudablemente confirma que los crímenes de guerra son independientes de los crímenes contra la paz.

La práctica de los Estados

La mayoría de los Estados que han participado en conflictos armados desde 1945 han sostenido que hicieron uso del derecho de legítima defensa individual o colectiva para resistir a una guerra de agresión de la que ellos o uno de sus aliados aseguraban ser víctimas. Sin embargo, uno solo, según nuestro conocimiento, extrajo de ello conclusiones concretas en el plano de la aplicación del derecho humanitario y de las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Efectivamente, hasta los acuerdos de París, en enero de 1973, mediante los que - se suponía - se daría término a la guerra de Vietnam y hasta la repatriación de los prisioneros de guerra estadounidenses, la República democrática de Vietnam rechazó todos los ofrecimientos de servicios del CICR, alegando en particular que Vietnam era víctima de una guerra de agresión por parte de Estados Unidos y que, por consiguiente, no estaba obligada a aplicar el III Convenio de Ginebra a los prisioneros de guerra estadounidenses, ni a autorizar al CICR a ejercer las actividades previstas en dicho instrumento en favor de los prisioneros. Ninguna de las gestiones que el CICR realizó para poder ayudar a esos prisioneros dieron resultado⁴⁵.

⁴³ Art. 13 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴⁴ Art. 5, apartado 2, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴⁵ La posición del Gobierno de Hanoi se expuso en varias ocasiones, especialmente en la nota del 31 de agosto de 1965 del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Democrática de Vietnam, en respuesta al llamamiento del 11 de junio de 1965 del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre la conducción de las hostilidades en Vietnam; la traducción francesa de esa nota se publicó en la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 562, octubre de 1965, pp. 485-486. Es conveniente también remitirse al documento CDDH/41 presentado el 12 de marzo de 1974 en la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario (*Actas CDDH*, vol. IV, pp. 177-190). Se ofrece un resumen de las negociaciones entre el CICR y el

Gobierno de la República Democrática de Vietnam en el estudio de Michel Barde, *La Croix-Rouge et la Révolution indochinoise: Histoire du Comité international de la Croix-Rouge dans la guerre du Vietnam*, Ginebra, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, 1975, y en la obra del profesor Jacques Freymond, *Guerres, Révolutions, Croix-Rouge*, Ginebra, Instituto de Altos Estudios Internacionales, 1976, pp. 85-94. El Gobierno de la República Democrática de Vietnam también invocó la reserva que había formulado contra el artículo 85 del III Convenio, relativo al trato debido a los criminales de guerra. Para un análisis de la posición de las autoridades de Hanoi a la luz del derecho internacional humanitario, se puede consultar el artículo de Paul de La Pradelle, "Le Nord-Vietnam et les Conventions humanitaires de Genève", *Revue générale de Droit international public*, vol. 75, n° 2, abril-junio de 1971, pp. 313-332.

El Gobierno de la República socialista de Vietnam se basó en el mismo argumento en el caso del conflicto entre China y Vietnam en febrero de 1979. Sin embargo, tras largos debates, dicho Gobierno terminó por autorizar a los delegados del CICR a visitar a los prisioneros de guerra chinos capturados durante el conflicto, si bien afirmaba que era víctima de una agresión por parte de la República Popular de China⁴⁶.

Finalmente, al ratificar el Protocolo I, el Gobierno de Hanoi no hizo ninguna reserva en cuanto al apartado 5 del Preámbulo⁴⁷, lo cual avala la creencia de que ese Gobierno ha modificado su posición en cuanto a las condiciones de aplicación de los Convenios de Ginebra y que se ha sumado a la opinión unánime de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario según la cual ninguna consideración relativa al carácter o el origen del conflicto o a las causas sostenidas por las Partes puede obstaculizar la aplicación del derecho humanitario.

Desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, solamente tres operaciones militares importantes se emprendieron recurriendo al fundamento del Capítulo VII de la Carta y a un mandato otorgado expresamente por el Consejo de Seguridad⁴⁸:

- la acción de Estados Unidos y sus aliados en Corea, que se basaba en la resolución 83 (1950), aprobada por el Consejo de Seguridad el 27 de junio de 1950;
- la acción de la coalición contra Irak con miras a la liberación de Kuwait, que se basaba en la resolución 678 (1990), aprobada el 29 de noviembre de 1990;
- la intervención de las fuerzas de la OTAN en Bosnia Herzegovina, que se basaba en las resoluciones 816 (1993) y 836 (1993), aprobadas el 31 de marzo y el 4 de junio de 1993 respectivamente, y en numerosas resoluciones posteriores.

⁴⁶ Informe sobre la misión de protección y asistencia efectuada en la República Socialista de Vietnam, del 5 al 14 de abril de 1979, en particular anexo 7.1, p. 11; Informe sobre la misión de protección y asistencia efectuada en la República Socialista de Vietnam del 24 al 31 de mayo de 1979, en particular pp. 6-10 y anexo 8, Archivos del CICR, expediente 251 (69).

⁴⁷ Instrumento de ratificación del Protocolo I por la República Socialista de Vietnam, 28 de agosto de 1981, y comunicación del Departamento Federal de Asuntos Extranjeros de la Confederación Suiza al autor del presente artículo, 24 de junio de 1982.

⁴⁸ No mencionamos aquí los numerosos casos en los que el Consejo de Seguridad decidió la institución de fuerzas de mantenimiento de la paz o de fuerzas de interposición cuyo objetivo principal era prevenir la reanudación de los enfrentamientos y no combatir contra un Estado considerado agresor. Mediante su resolución n° 1368 del 12 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó los atentados del 11 de septiembre contra Nueva York y Washington, proclamó su resolución a combatir por todos los medios las amenazas contra la paz y la seguridad internacionales causadas por los actos terroristas y reconoció el derecho de legítima defensa de Estados Unidos.

En ninguno de esos casos, los Estados que actuaban a instancia o con la autorización del Consejo de Seguridad pretendieron usar ese argumento para liberarse de las obligaciones que les incumben según el derecho internacional humanitario.

Por consiguiente, la práctica de los Estados concuerda con las conclusiones del análisis doctrinal: un beligerante no puede invocar el hecho de que es víctima de una agresión o de que defiende una causa justa para liberarse de las obligaciones dimanantes de las leyes y costumbres de la guerra y, en particular, de las exigencias del derecho humanitario. No hay por qué sorprenderse, pues esas conclusiones reflejan la voluntad de la comunidad internacional de fijar límites al ejercicio de la violencia y de garantizar la protección de la persona humana en todas las circunstancias, sean cuales sean los motivos que han impulsado a los beligerantes a tomar las armas.

Por lo demás, una causa justa no puede autorizar a los beligerantes a conculcar las exigencias elementales de humanidad, ni servir como pretexto para desencadenar una violencia sin freno. Incluso la guerra justa tiene límites.

Conclusiones

En los momentos de crisis o de tensiones extremas, se pone de relieve la pertinencia del derecho, pues aparece más soterrada que en otros momentos la tentación de justificar el recurso a medios que en otras circunstancias se repudian. El derecho de los conflictos armados fue aprobado para, precisamente, limitar la violencia en la guerra, y cualquiera que sean la gravedad de la agresión sufrida, las causas defendidas por las partes en el conflicto y los motivos por los que recurren a las armas no se pueden utilizar como argumentos para repudiarlo.

Desde esta perspectiva, ningún Estado ni partido puede proclamarse por encima del derecho, sea cual sea la causa a la que pretenda servir. Por otro lado, nadie puede ser dejado fuera del imperio y la protección del derecho.

Se trate de *"guerra contra el terrorismo"* o de cualquier otra forma de conflicto, es necesario velar por que no se destruyan con las armas los valores que se pretende proteger con ellas. *"Quién creará en la justicia de vuestra guerra, si la libran sin medida"*, escribía François de La Noue, uno de los mejores capitanes de Enrique de Navarra, el futuro Enrique IV⁴⁹.

⁴⁹ François de La Noue (1531-1591), citado por André Gardot, "Le droit de la guerre dans l'oeuvre des capitaines français du XVI^{ème} siècle", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 72, 1948, vol. I, pp. 393-539, ad p. 450.

Idea que también reflejan las Crónicas argelinas de Albert Camus:

"Es cierto que, al menos en historia, los valores, de la nación o de la humanidad, no sobreviven sin que se haya combatido por ellos, pero el combate (y la fuerza) no son suficientes para justificarlos. También se necesita que el combate mismo esté justificado, y guiado, por esos valores. Las palabras adquieren su sentido vivo cuando se combate por su verdad y se vela por no matarla con las armas mismas con las que se la defiende" ⁵⁰.

Cualesquiera que sean los medios de que disponga y la violencia de los ataques que perpetre, ningún movimiento terrorista puede destruir con su sola fuerza una sociedad moderna ni un Estado democrático basado en el respeto del derecho, el compromiso de los ciudadanos y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Numerosos indicios nos permiten pensar que los jefes de las organizaciones terroristas lo saben y cuentan con la emoción provocada por los atentados que llegan a cometer, a fin de que el propio Estado víctima socave las bases que lo sostienen. Son esos los valores que se debe proteger.

Puesto que las redes terroristas burlan las fronteras y cuentan con ramificaciones internacionales, sólo una acción concertada a escala internacional permitirá erradicarlas. Tal acción no puede construirse en el tiempo, si no se respeta el orden jurídico internacional, cuyo último refugio es, en cierta medida, el derecho internacional humanitario.

⁵⁰ *"S'il est vrai qu'en histoire, du moins, les valeurs, qu'elles soient celles de la nation ou de l'humanité, ne survivent pas sans qu'on ait combattu pour elles, le combat (ni la force) ne suffit pas à les justifier. Il faut encore que lui-même soit justifié, et éclairé, par ces valeurs. Se battre pour sa vérité et veiller à ne pas la tuer des*

armes mêmes dont on la défend, à ce double prix les mots reprennent leur sens vivant" Albert Camus, *Actuelles III, Chroniques algériennes* (1939-1958), en *Oeuvres complètes, Essais*, París, Ediciones Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1965, p. 898.

Actos de terror, "terrorismo" y derecho internacional humanitario

por
HANS-PETER GASSER

Desde tiempo inmemorial, las personas civiles han sido víctimas de actos terroristas. El blanco de esta violencia indiscriminada suele ser gente común que se dirige al trabajo en autobús o que está tomando un café en la terraza de un bar, no personalidades conocidas en la escena nacional o internacional, sino víctimas inocentes. Pero un acto de terrorismo también puede alcanzar a personas que están en el candelero: funcionarios del Gobierno, líderes de la oposición, militares o agentes de policía. Este recurso a la violencia indiscriminada y sin control se ha considerado siempre contrario a las normas del derecho, tanto a las que contienen los tratados internacionales que protegen al ser humano como a las codificadas en los instrumentos jurídicos de nivel nacional, especialmente de derecho penal. Ninguna civilización, ningún credo —y ninguna persona honrada— perdona los actos de terrorismo. Además, los terroristas siempre han sido enjuiciados por sus crímenes.

Los ataques terroristas contra la vida humana y los bienes no sólo han provocado angustia y sufrimiento a las víctimas individuales, sino que a menudo han tenido efectos de gran alcance en la vida de una nación, e incluso en el curso de la historia. En 1914, por ejemplo, el asesinato del príncipe de la Corona austriaca en Sarajevo desencadenó la I Guerra Mundial. Ese acontecimiento y la revolución que en 1917 terminó con el Imperio Ruso marcaron el final de un largo período de estabilidad en la Europa decimonónica. El siglo veinte fue testigo de un aluvión de actos terroristas en todo el mundo. Son pocos los conflictos recientes que no se han caracterizado por horribles actos de crueldad contra personas civiles, perpetrados con el único objetivo de aterrorizar a la población civil de un país en guerra. Por sólo citar unos pocos ejemplos, recordemos la guerra que culminó

HANS-PETER GASSER fue, durante muchos años, asesor jurídico superior del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, y más tarde director de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*.

en la independencia de Argelia, la represión de los movimientos independentistas por la Unión Soviética, los diversos conflictos armados en Indochina, particularmente cuando intervinieron las fuerzas estadounidenses y aliadas en Vietnam, la matanza masiva del pueblo camboyano, la guerra civil en Sri Lanka y en varios países africanos, el conflicto armado en Colombia, los acontecimientos que han asolado Irlanda del Norte durante años y, por supuesto, las guerras en Oriente Próximo, particularmente la trágica situación que aún perdura en Palestina.

Una rápida evocación de los contextos en que se produjeron estos acontecimientos muestra que los actos de terrorismo suelen perpetrarse en el marco de un conflicto armado o estar indirectamente vinculados con él; o sea, en otras palabras, en situaciones en las que la pacífica resolución de los diferendos entre grupos litigantes no han logrado poner fin al conflicto. Sin embargo, no hay que olvidar que también se han cometido actos terroristas en tiempos (aparentemente) "normales".

Los años setenta fueron testigos de numerosos actos terroristas contra civiles, los más espectaculares de los cuales estaban relacionados con el conflicto entre Israel, el pueblo palestino y algunos Estados árabes. En esa misma época, las Naciones Unidas y las organizaciones gubernamentales internacionales incluyeron el "terrorismo" en general y la respuesta internacional a tales actos en sus programas de trabajo. Tanto los intelectuales como los medios informativos abordaron asimismo el tema. Además, bajo el epígrafe de "guerras de liberación nacional" o de "guerrilla", el terrorismo se convirtió en la cuestión preponderante en la Conferencia Diplomática que aprobó, el 8 de junio de 1977, los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. El Comité Internacional de la Cruz Roja, que había iniciado el proceso de actualización del derecho internacional humanitario, se vio súbitamente confrontado con el problema.

La destrucción, el 11 de septiembre de 2001, de las torres gemelas del *World Trade Center* de Nueva York y de parte del Pentágono en Washington, mediante el secuestro de aviones de pasajeros, así como la posterior intervención armada de Estados Unidos en Afganistán "para acabar con el terrorismo", volvieron a poner esta cuestión en el primer plano de las preocupaciones internacionales. La reacción, a escala mundial, a esos acontecimientos ha sido particularmente fuerte, debido, entre otras cosas, a la relación obvia de esos hechos con el conflicto de Oriente Próximo, que dura ya más de treinta años y en el que se juega el destino del pueblo palestino. El mundo está siendo testigo de importantes actos de violencia por parte de los contendientes para alcanzar sus objetivos u oponerse a los del adversario. Los atentados suicidas palestinos contra personas civiles en territorio israelí y las incursiones que las fuerzas armadas israelíes realizan, como represalia, en Cisjordania y Gaza, causando víctimas entre la población civil y destruyendo la infraestructura civil, sobre todo las viviendas, han generado un grado de odio increíble entre ambos pueblos, que la historia y la geografía han condenado a ser convecinos.

En un artículo publicado en 1986, examiné la respuesta del derecho internacional, en particular del derecho internacional humanitario, a los actos terroristas y a quienes los cometen¹. La principal conclusión fue que el derecho humanitario existente prohíbe toda forma imaginable de terrorismo perpetrada en un conflicto armado y que, en aquel momento, no había razón aparente para proponer enmiendas de los Convenios de Ginebra de 1949. El análisis efectuado en 1986 parece seguir siendo válido, pero el mundo ha cambiado en muchos aspectos en los dos últimos decenios y tal vez sea útil reexaminar con nuevos ojos la respuesta que el derecho internacional humanitario da al terrorismo.

Sin duda alguna, los importantes acontecimientos que enumeramos a continuación han tenido una amplia repercusión en contextos regidos por el derecho internacional humanitario:

- La bipolaridad, en cuyo marco una superpotencia controla y contrarresta todos los movimientos de otra superpotencia, ha dejado de ser la principal característica del orden mundial. La Guerra Fría ha terminado. Hoy en día, un solo Estado tiene el poder de controlar los acontecimientos mundiales o de influir, al menos, en ellos: los Estados Unidos. Paralelamente, las llamadas "guerras de procuración", o por países interpuestos, han perdido importancia.
- La lucha contra el colonialismo residual ya no es una cuestión de actualidad. Esto significa que el —a veces penoso— debate en torno a: "su terrorista es mi combatiente de la libertad" (y viceversa) ha desaparecido prácticamente.
- El desarrollo de las técnicas de información ha posibilitado las comunicaciones instantáneas en todo el mundo.
- Al mismo tiempo, la comunidad internacional se muestra preocupada por el respeto de los derechos humanos fundamentales de las personas y ha reforzado los mecanismos internacionales de control para garantizarlo, instituyendo para ello, entre otras cosas, órganos judiciales para llevar a los infractores del derecho ante la justicia y aprobando, en particular, el Estatuto de Roma, por el que se estableció la Corte Penal Internacional (CPI).

Estos acontecimientos se relacionan con nuestro tema, no tanto por lo que concierne a las normas que prohíben el terrorismo, sino por lo que atañe a las medidas que se han tomado para contrarrestar la violencia terrorista. Efectivamente, ningún Gobierno había enviado hasta ahora a sus fuerzas armadas a un territorio extranjero para combatir, e incluso acabar, con lo que perciben como "terroristas". Dicho de otro modo, la "guerra contra el terrorismo" se ha convertido en una justificación para utilizar la fuerza armada contra otro país. Mientras la noción de la "guerra contra el terrorismo" es un eslogan político, comparable al de "lucha

¹ V. Hans-Peter Gasser, "Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto de 1986, n° 76, 1986, p.208.

contra la pobreza" o "lucha contra el SIDA", el ataque a un tercer país transforma tal campaña en un conflicto armado en el sentido del derecho de la guerra. Por otra parte, la competencia de la CPI para procesar a personas acusadas de actos graves de terrorismo convierte al enjuiciamiento de los terroristas en una preocupación internacional, al tiempo que presiona a los Estados para que procesen a esos individuos según la jurisdicción penal nacional.

No es este el lugar para examinar si el empleo de la fuerza contra otro Estado para "combatir el terrorismo" es compatible con el derecho internacional vigente relativo al derecho a usar la fuerza, en particular con la Carta de las Naciones Unidas². Estados Unidos fundamentó su intervención armada en Afganistán en el derecho de legítima defensa que le asiste, según ratifica el artículo 51 de la Carta: argumentación jurídica que parece generalmente aceptada. Es indiscutible que las acciones contra el terrorismo trascienden las jurisdicciones nacionales y que, por lo tanto, sobrepasan los mecanismos nacionales de aplicación de la ley. Se puede aducir incluso que esas campañas trascienden la aplicación del derecho como tal. ¿Es acaso lo que un Estado percibe como su "interés nacional" lo que dicta prioritariamente la repuesta a las acciones terroristas, si los supuestos autores del crimen están fuera del ámbito jurisdiccional de ese Estado?

En este artículo se examinan, en primer lugar, las disposiciones del derecho internacional humanitario que prohíben los actos de terrorismo. En la segunda parte se analizarán algunas cuestiones jurídicas que plantean las respuestas a los actos terroristas, es decir, las operaciones contraterrestas o, como los políticos y los medios han dado en llamarlas, la "guerra contra el terrorismo". Por último, se abordará la cuestión de si las actuales normas internacionales son suficientes para erradicar el terrorismo a nivel internacional.

Prohibición del terrorismo por el derecho internacional

Derecho convencional internacional

Hasta ahora, no existe tratado universal alguno que prohíba el terrorismo categóricamente y que se aplique en toda circunstancia. El único intento de concertar un tratado de esas características, la *Convención para la prevención y represión del terrorismo*, cuyo proyecto elaboró la Sociedad de Naciones en 1937, nunca entró en vigor.

A lo largo de los dos últimos decenios, la ONU ha aprobado algunos tratados que tratan de aspectos específicos de terrorismo. Los más importantes de ellos son los siguientes³:

- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, 1963
- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, 1970

² Un animado debate entre juristas internacionales ya ha producido una abundante bibliografía sobre el tema.

³ Para una lista detallada de tratados sobre terrorismo, v. "<http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>"

- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, 1971
- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 1973
- Convención internacional contra la toma de rehenes, 1979
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 1988
- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, 1997
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999

En los últimos años, un Comité Especial, establecido por la Asamblea General de la ONU, ha elaborado el texto de la *Convención general sobre terrorismo internacional*⁴, que está siendo objeto de negociaciones cuando se ha redactado el presente artículo.

A nivel zonal, también se han tomado iniciativas para combatir el terrorismo mediante la aprobación de instrumentos internacionales, como la *Convención europea sobre la represión del terrorismo*, de 1977, sobre algunos aspectos de la lucha contra el terrorismo en Europa; en junio de 2002, los Estados Partes en la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobaron una *Convención interamericana contra el terrorismo*.

Los principales tratados de derecho internacional humanitario que se relacionan con el tema son los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra⁵ y sus dos Protocolos adicionales⁶. Otros muchos tratados se refieren a diferentes aspectos de los conflictos armados y abordan, por lo tanto, indirectamente cuestiones relacionadas con el terrorismo, como ocurre con la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1954).

⁴ Resolución de la Asamblea General 51/210 de 17 de diciembre de 1996. Para información sobre el trabajo del Comité Especial establecido por la resolución 51/210, v. sus primeros informes. Hasta la fecha de redacción de este artículo, la fuente de información más reciente es: *Medidas para eliminar el terrorismo internacional*, Informe del Grupo de Trabajo, A/C.6/56/L.9, de 29 de octubre de 2001.

⁵ I 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; II 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; III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato

debido a los prisioneros de guerra; IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Al 30 de junio de 2002, 190 Estados eran Partes en estos Convenios.

⁶ 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), del 8 de junio de 1977, 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 (Protocolo II), del 8 de junio de 1977. Al 30 de junio de 2002, 160 y 153 Estados eran Partes en estos instrumentos, respectivamente.

No hay, naturalmente, que olvidar que la legislación nacional de todos los Estados, en particular las leyes penales, (es de suponer que) prohíbe la comisión de actos terroristas.

Definición

En ninguno de los instrumentos antes mencionados figura una definición de "terrorismo" o de "actos terroristas". El terrorismo es un fenómeno social que presenta numerosos y variables aspectos. Ni los expertos en derecho internacional ni los representantes de los Gobiernos han logrado convenir en una definición general y ampliamente aceptada. No obstante, en la Convención de 1937 para la prevención y represión del terrorismo, se establece que son actos de terrorismo los "actos criminales contra un Estado o cuya finalidad sea infundir terror a personas individuales, grupos de personas o al público en general".

Esta definición no es muy explícita, pues el texto se refiere sólo a "actos criminales" y no especifica qué actos son ilícitos en el contexto del terrorismo.

En el proyecto de *Convención general sobre el terrorismo internacional*, elaborado por el Comité Especial y el correspondiente grupo de trabajo de la ONU, se esboza la siguiente definición de actos terroristas (artículo 2):

"Comete delito en el sentido de la presente Convención quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause:

- la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o
- daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o
- daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes mencionados a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico,

si el propósito de tal acto es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo."⁷

Queda por ver si este texto se convertirá en una referencia universalmente aceptada para luchar contra el fenómeno del terrorismo.

No es la finalidad de este artículo definir lo que se entiende por terrorismo o actos terroristas. Los numerosos intentos que se han hecho en ese sentido han demostrado que la cuestión está cargada de consideraciones políticas que obstaculizan el establecimiento de definiciones jurídicamente satisfactorias y ampliamente aceptables. Además, la noción de terrorismo cambia con el transcurso del tiempo. Últimamente se ha ampliado para abarcar fenómenos como el ciberterrorismo y las operaciones financieras transnacionales ilegales. Mientras no haya consenso sobre cómo afrontar ese fenómeno, no es probable que se llegue a un acuerdo sobre su definición.

No obstante, todos sabemos más o menos qué significa esta noción, aunque no esté definida claramente. Cabe suponer que esa percepción común del significado de terrorismo se compone de los siguientes elementos:

- El terrorismo implica violencia o amenaza de violencia contra personas civiles corrientes, su vida, sus bienes, su bienestar. Los actos terroristas no distinguen entre un blanco deseado y terceras personas, o entre diferentes grupos de estas personas. Los terroristas atacan indiscriminadamente.
- El terrorismo es un medio para alcanzar un objetivo político que supuestamente no podría lograrse por medios legales y ordinarios, dentro del orden constitucional establecido.
- Los actos terroristas suelen formar parte de una estrategia y los cometen grupos organizados durante un largo período de tiempo.
- Los actos terroristas se cometen, en general, contra personas que no tienen influencia directa en los resultados pretendidos ni conexión con éstos, como son las personas civiles corrientes.
- El propósito de los actos terroristas es aterrozar a la población para crear unas condiciones que, en opinión de los terroristas, favorecen su causa.
- El objetivo del terrorismo es humillar a seres humanos.

La gran mayoría de la gente considera que los actos terroristas son crímenes, aunque, en circunstancias determinadas, algunas personas pueden intentar justificar esos actos con el argumento de que sirven para lograr un objetivo que, en su opinión, es más importante que la prohibición de la violencia indiscriminada contra las personas civiles.

Para clarificar esta cuestión, conviene examinar más detalladamente la noción de "acto terrorista" o "acto de terrorismo". El término "terrorismo" no expresa un concepto jurídico, sino más bien una combinación de objetivos políticos, propaganda y actos violentos, una amalgama de medidas para alcanzar un objetivo. En resumidas cuentas, el terrorismo es un comportamiento criminal. La "guerra contra el terrorismo", en cambio, es la suma de todos los tipos de acciones que se emprenden para combatir a los terroristas. Las medidas contra el terrorismo pueden ser muy diferentes, desde las acciones tomadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hasta el enjuiciamiento de presuntos terroristas a nivel nacional.

Prohibición del terrorismo por el derecho internacional humanitario en particular

El derecho internacional humanitario se aplica en los conflictos armados. Por ello, los Convenios de Ginebra de 1949 sólo contienen disposiciones sobre los actos de terrorismo que tengan lugar en el contexto de un conflicto armado o, sencillamente, en una guerra.

La violencia contra personas y la destrucción de bienes son inherentes a la guerra. El uso de la fuerza contra personas y bienes infringe el derecho internacional humanitario sólo si estos actos superan los límites establecidos por las nor-

mas internacionales. La violencia es asimismo un rasgo característico del terrorismo. Así pues, el derecho internacional debe distinguir la violencia que se considera legítima en la guerra de los actos de terrorismo, es decir, el recurso ilícito a la violencia. ¿Cómo se logra establecer esa distinción?

El derecho internacional humanitario aborda el problema desde dos perspectivas. *En primer lugar*, el derecho a emplear la fuerza y cometer actos de violencia está limitado a las fuerzas armadas de cada parte en un conflicto armado. Sólo los miembros de esas fuerzas tienen el "privilegio" de usar la fuerza contra otra fuerza armada, aunque su derecho a elegir los medios y los métodos para hacer la guerra no es ilimitado. Por otro lado, sólo los miembros de las fuerzas armadas y los objetivos militares pueden ser objeto de actos de violencia. *En segundo lugar*, otras categorías de personas —en particular la población civil— y los bienes de carácter civil, especialmente la infraestructura civil, no son objetivos legítimos de los ataques militares. Como disponen los Convenios de Ginebra, están "protegidos" y nunca deben ser objeto de ataques.

El derecho internacional humanitario nunca autoriza el uso irrestricto de cualquier forma imaginable de violencia contra la parte adversaria en un conflicto. Desde tiempo inmemorial, las normas internacionales han establecido una distinción entre los medios y métodos legítimos de hacer la guerra y los que no lo son, como el empleo de armas químicas o la matanza de civiles que no participan en las hostilidades. El recurso a medios y métodos ilícitos infringe el orden jurídico y, en circunstancias agravantes, puede ser enjuiciado como un crimen según el derecho nacional o como un crimen de guerra. Por consiguiente, aunque les está permitido cometer actos de violencia, los miembros de las fuerzas armadas pueden ser acusados de violaciones de las normas que protegen a las personas civiles o los bienes de carácter civil. Dicho de otro modo, tanto los oficiales como los simples soldados pueden (o deben) ser juzgados a nivel nacional o internacional y sancionados por los actos terroristas que se demuestre que hayan cometido.

Normas aplicables a los conflictos armados internacionales

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 sólo se refieren en dos ocasiones a los actos de terrorismo: en el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra y en el artículo 51, párrafo 2, del Protocolo I.

Bajo el título de "Protección de la población civil", el artículo 51 del Protocolo I codifica las normas fundamentales que han de respetarse en las operaciones militares. En el artículo 52, se añaden normas precisas que prohíben la destrucción de bienes de carácter civil, en particular los que forman parte de la infraestructura civil⁸. Tras repetir la obligación de proteger a la población civil contra los

⁸ Al 30 de junio de 2002, 160 Estados eran Partes en el Protocolo I. Estados Unidos, Israel, Afganistán y algunos otros Estados, incluidos Irán, Irak y la República Democrática de Corea,

no están vinculados por el Protocolo I, que prohíbe los ataques contra personas civiles y la infraestructura civil.

peligros procedentes de las operaciones militares, en el párrafo 2 del artículo 51 se estipula la siguiente obligación, firmemente anclada en el derecho consuetudinario:

"No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles.

Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil."

En el párrafo 4 de ese artículo, se prohíben los ataques indiscriminados⁹. Esta prohibición abarca los ataques (o cualquier acto de violencia) que

- no estén dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- no empleen métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
- empleen 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. Es decir, quedan prohibidos los ataques o actos de violencia que, aunque estén dirigidos contra un objetivo militar, causen de hecho muertos o heridos entre la población civil o destruyan bienes de carácter civil, incluida la infraestructura civil, de manera desproporcionada.

Sin lugar a dudas, estas normas prohíben las actividades terroristas en la medida en que estén dirigidas contra personas civiles. Por definición, los actos terroristas son actos "cuya finalidad principal [es] aterrorizar a la población civil" (art. 51, párr. 2). Los actos de terrorismo son siempre ataques contra personas civiles o ataques indiscriminados que afectan, por lo general, a la población. Sin embargo, los actos terroristas no *tienen que* afectar necesaria o exclusivamente a personas civiles o a la infraestructura civil. Hay que destacar que las amenazas de violencia cuyo objetivo sea sembrar el terror entre la población civil también están prohibidas. La *intención* de aterrorizar a la población civil es un elemento necesario para definir un acto como terrorista, por la sencilla razón de que, en la guerra, todo recurso a una fuerza mortífera puede aterrorizar a quienes no participan en las hostilidades, aunque el ataque esté dirigido contra un objetivo legítimo (por ejemplo, un bombardeo aéreo contra un objetivo militar cercano a una zona civil).

Como primera conclusión de esta consideración básica, se puede decir que los actos terroristas que dañan a la población civil o a bienes de carácter civil están manifiestamente prohibidos por el derecho internacional moderno que rige los conflictos armados internacionales, en particular por los artículos 51 y 52 del Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. No se puede hacer caso omiso de estas prohibiciones reivindicando el derecho a tomar represalias¹⁰, pues son absolutas. Los actos terroristas que causan la muerte o heridas graves

⁹ "Se entiende por "ataques" los actos de violencia contra el adversario...", art. 49 del Protocolo I.

¹⁰ Protocolo I, art. 51, párr. 6, y art. 52, párr. 1.

a personas civiles constituyen infracciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra; en otros términos: son crímenes de guerra¹¹. Por consiguiente, los autores de tales actos deben ser enjuiciados y castigados —si son declarados culpables— por los tribunales nacionales. Según lo establecido por el Estatuto de Roma, esas personas pueden ser sometidas a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Los actos terroristas cometidos en tiempo de conflicto armado serán juzgados, en la mayoría de los casos, como crímenes de guerra (artículo 8 del Estatuto de Roma), mientras que, en otras situaciones, esos actos pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad (art. 7)¹².

Además de las prohibiciones generales estipuladas en los artículos 51 y 52 (cuyas principales partes plasman normas del derecho consuetudinario), otras varias disposiciones del derecho humanitario son también pertinentes en un debate sobre la respuesta que el derecho internacional humanitario da al terrorismo. Por lo general, cubren necesidades específicas de protección, como las normas sobre la protección de los bienes culturales de cualquier acto de hostilidad¹³, o la protección jurídica de que gozan las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (como presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica)¹⁴.

Hasta aquí hemos examinado la protección que el derecho internacional humanitario confiere a la población civil y a los bienes de carácter civil en tiempo de conflicto armado. Pasemos ahora a analizar si las normas internacionales también otorgan protección jurídica contra los actos terroristas dirigidos contra miembros de las fuerzas armadas. La respuesta no es evidente, pues así como los soldados están autorizados a disparar, se puede disparar contra ellos. No cabe duda de que los miembros de las fuerzas armadas participan activamente en operaciones militares y, al mismo tiempo, son objetivos legítimos de éstas. Así, lo que parece un acto terrorista en un contexto civil puede ser un acto de guerra legítimo si está dirigido contra personal militar enemigo. Sin embargo, "el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado", reza un principio fundamental de las leyes de la guerra. Esta disposición del artículo 35, párrafo 1, del Protocolo adicional I, impone límites a la guerra en beneficio de quienes participan en el esfuerzo bélico, es decir, los miembros de las fuerzas armadas. El artículo 35 reafirma esta idea en el segundo párrafo, por el que "queda

¹¹ Art. 147.

¹² Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, art. 7 (Crímenes de lesa humanidad) y art. 8 (Crímenes de guerra), en particular párr. 2 (a) y (b). Tras haber sido ratificado por más de 60 Estados, el Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002. Estados Unidos, Israel, Afganistán y algunos otros Estados, Irán, Irak y la República Democrática de Corea, no son Partes en la Corte instituida para enjuiciar

a las personas acusadas de crímenes de guerra graves, como los actos terroristas, "en particular cuando se cometen como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes" (Estatuto de Roma, art. 8, párr.1).

¹³ Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 14 de mayo de 1954, art. 4. V. también el art. 53 del Protocolo I.

¹⁴ Art. 56, Protocolo I.

prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios". Un ejemplo de ese comportamiento ilícito para con miembros de las fuerzas armadas son los actos de perfidia. En el artículo 37 del Protocolo I se prohíbe la perfidia; o sea, los actos de violencia por los que se traiciona la buena fe del adversario. Ejemplo de ello es el uso de la violencia mientras se simula tener el estatuto de persona civil, de no combatiente. Es muy posible que algunos actos de terrorismo revistan un carácter pérfido.

Estas breves reflexiones ponen de manifiesto que los actos terroristas pueden ser considerados crímenes si se cometen contra miembros de las fuerzas armadas.

Tras examinar las partes del derecho internacional humanitario que establecen límites a la conducción de las operaciones militares, pasemos ahora revista a las normas que se refieren a la suerte que corren las personas que han dejado de combatir o que están en poder de la parte adversa, sea como heridos o enfermos, como detenidos o como habitantes de un territorio ocupado.

Los dos primeros Convenios de Ginebra reiteran las normas consuetudinarias según las cuales los heridos y los enfermos que estén fuera de combate "habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias". Está estrictamente prohibido, en particular, "matarlos o exterminarlos"¹⁵. El "homicidio intencional" de una persona protegida es una infracción grave de los Convenios de Ginebra I y II, es decir, un crimen de guerra¹⁶.

En virtud del III Convenio de Ginebra de 1949, los miembros de fuerzas armadas capturados y detenidos por la parte adversa como prisioneros de guerra deben ser tratados de conformidad con un código detallado de normas que garanticen un trato humano. Todo trato que atente contra la vida o cualquier otra forma de violencia contra su persona queda estrictamente prohibido; deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias¹⁷. El derecho presta especial importancia a las condiciones en que los detenidos puedan ser interrogados: "No se podrá infligir a los prisioneros de guerra tortura física o moral ni presión alguna para obtener datos de la índole que fueren. Los prisioneros de guerra que se nieguen a responder no podrán ser amenazados ni insultados ni expuestos a molestias o desventajas de ningún género"¹⁸. Las violaciones de estas disposiciones constituyen infracciones graves de la Convención relativa a los prisioneros de guerra y son, por consiguiente, crímenes de guerra¹⁹.

Particularmente importante es el régimen jurídico que establece el derecho internacional humanitario para proteger a los civiles enemigos que están en poder o bajo control del adversario, sea en el propio territorio o en un territorio

¹⁵ I Convenio, art. 12, párr.2; II Convenio, art. 12, párr. 2.

¹⁶ I Convenio, art. 50; II Convenio, art. 51.

¹⁷ III Convenio, art. 13.

¹⁸ III Convenio, art. 17, párr. 4.

¹⁹ III Convenio, art. 120.

ocupado. La finalidad del IV Convenio de Ginebra es garantizar condiciones de vida dignas a los civiles que están en poder extranjero. Las normas codificadas en ese instrumento no dejan lugar a dudas: los actos terroristas cometidos por civiles que están bajo el control de una parte en conflicto son ilícitos. El artículo 33 es la única disposición de los Convenios de 1949 en la que incidentalmente se emplea la palabra "terrorismo". Reza así: "No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo". El artículo 33 hace referencia a la situación en que una persona en poder del enemigo corre el riesgo de convertirse en víctima de "medidas de intimidación o de terrorismo" mientras está detenida o en un territorio ocupado. No obstante, el término "terrorismo", tal y como se emplea en el IV Convenio, parece tener un sentido más acotado que en el lenguaje actual. El homicidio intencional, la tortura, los tratos inhumanos, la toma de rehenes o "la destrucción y la apropiación de bienes" son infracciones graves del IV Convenio y, por ende, crímenes de guerra²⁰.

El Protocolo adicional I refuerza considerablemente las normas internacionales para la protección de la población civil directamente expuesta a los peligros de las operaciones militares. La norma fundamental estipula que los civiles no deberán ser objeto de ataque. Una violación grave de esa prohibición constituye un crimen de guerra²¹. El tratado introduce asimismo nuevas normas en favor de las personas que estén bajo control del enemigo. Con el título de "Garantías fundamentales", el artículo 75 codifica esas normas básicas que todas las autoridades deben respetar, como mínimo y en todas las circunstancias, al tratar a personas que pertenecen a la parte adversa. Se trata de un dispositivo de seguridad aplicable en circunstancias en que las personas concernidas no disfruten de un trato más favorable según disposiciones más detalladas. En el artículo 75, el Protocolo I hace manifiestamente suyos principios universalmente aceptados de la normativa internacional sobre los derechos humanos.

Recordemos a este propósito que el derecho internacional se ocupa del comportamiento de las personas que actúan en nombre de una parte en un conflicto armado *internacional*, es decir, un Estado. Las entidades que no son Estados no pueden ser partes en tales conflictos, a excepción de los movimientos de liberación nacional, que pueden llegar a ser partes en un conflicto armado internacional si cumplen las estrictas condiciones estipuladas en el Protocolo I²². Si se reúnen estas condiciones, el movimiento de liberación tiene los mismos derechos y obligaciones en un conflicto armado que un Estado, salvo los derechos que otorga el estatuto de país firmante de un tratado internacional.

²⁰ IV Convenio, art. 147.

²¹ Protocolo I, art. 85, párr. 3.

²² Protocolo I, art. 1, párr. 4 y art. 96, párr. 3.

Así pues, se puede concluir que, en un conflicto armado internacional, los actos terroristas están prohibidos sin excepción y sin reservas. En particular, no se puede justificar la toma de represalias como reacción a actos terroristas. De todos modos, las represalias contra civiles están prohibidas en todas las circunstancias²³.

Las violaciones de las normas más importantes son consideradas infracciones graves de los Convenios de Ginebra o del Protocolo I. En otras palabras, esas violaciones constituyen crímenes de guerra. Bajo ciertas condiciones, estrictamente definidas, la Corte Penal Internacional (CPI) tiene jurisdicción para enjuiciar a personas sospechosas de haber cometido crímenes muy graves. Pero la CPI sólo ha de desempeñar un papel subsidiario. Según disponen tanto los Convenios de Ginebra como el Estatuto de Roma, el Estado que tiene jurisdicción sobre la persona en cuestión tiene prioridad respecto de los poderes de la CPI²⁴.

Es particularmente importante señalar que los miembros de las fuerzas armadas que han cometido actos que constituyen una infracción grave de los Convenios de Ginebra pueden ser capturados y procesados por esos actos. Lo mismo ocurre si están en poder del adversario y gozan del estatuto de prisionero de guerra. El estatuto de combatiente o de prisionero de guerra no confiere inmunidad contra el enjuiciamiento penal por actos que infringen el derecho internacional. Por su parte, el IV Convenio de Ginebra tampoco otorga a los civiles, en ninguna circunstancia, el derecho a emplear la fuerza. Por lo tanto, toda persona sospechosa de haber cometido actos violentos puede ser enjuiciada.

Normas internacionales aplicables a los conflictos armados no internacionales

El derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales es el resultado de una avenencia entre el concepto de soberanía y las preocupaciones humanitarias. En un conflicto armado interno, al menos una de las partes no es un Estado; suele tratarse de un grupo insurrecto que intenta derrocar al Gobierno, o de un movimiento rebelde que lucha por la autonomía o la secesión. Un principio generalmente aceptado es que los conflictos internos que alcanzan un alto grado de violencia no pueden quedar fuera del ámbito del derecho internacional que protege a las personas de los efectos de las hostilidades, tanto si éstas participan activamente en actos de violencia como si no. Ciertamente, las guerras civiles suelen tener los mismos efectos devastadores que los conflictos armados entre Estados. En 1949 y 1977, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II establecieron, respectivamente,

²³ Protocolo I, art. 51, párr. 6. Algunos Estados Partes en el Protocolo I han formulado una reserva referente a las normas que prohíben las represalias. Los Estados Unidos han expre-

sado su rechazo de estas normas por otros medios.

²⁴ Estatuto de Roma, arts. 1 y 17.

las normas fundamentales destinadas a limitar la violencia y el sufrimiento en los conflictos armados no internacionales. El derecho consuetudinario confirma y completa el importante artículo 3 y los quince artículos del Protocolo II.

No es nuestra intención aquí difuminar las diferencias entre los dos tipos de conflicto armado. Pero resulta evidente que las normas que prohíben los actos de terrorismo en los conflictos armados internos son prácticamente idénticas a las que se aplican en los conflictos armados internacionales. Sin emplear efectivamente la palabra "terrorismo", el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra prohíbe los actos de terrorismo en los siguientes términos:

"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;
- (...)"

El Protocolo II reafirma y desarrolla estas normas. En el artículo 4, párrafo 2 (d), del Título II, cuyo epígrafe, "Trato humano", indica cómo debe tratarse a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, se condenan rotundamente los actos de terrorismo como infracciones del derecho. Además, en el Protocolo II, y en este aspecto es innovador, también se estipulan normas relativas a la conducción de operaciones militares en los conflictos internos. La disposición fundamental es, obviamente, la obligación de hacer la distinción entre los que participan activamente en las hostilidades y los que no lo hacen, en particular las personas civiles, los heridos y los enfermos. El artículo 13 prohíbe específicamente los ataques contra la población civil y las personas civiles. El párrafo 2 dispone que "[q]uedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil". Idénticos términos se utilizan en el artículo 51, párrafo 2, del Protocolo I, relativo a los conflictos armados internacionales.

Ni el artículo 3 común ni el Protocolo II contienen una disposición similar a la del artículo 35 del Protocolo I, que codifica, en relación con los conflictos armados internacionales, el principio establecido desde hace tiempo de que las partes en un conflicto armado no tienen una libertad ilimitada de elegir los medios

y métodos de hacer la guerra. Se prohíben, en particular, las armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. Sin embargo, el cuarto párrafo del preámbulo del Protocolo II reitera el enunciado de la cláusula de Martens, aplicándolo a los conflictos armados no internacionales. Esta cláusula dispone que, en ausencia de una prohibición específica, debe hallarse una norma que sea compatible con "los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública"²⁵.

Ni el artículo 3 común ni el Protocolo adicional II de 1977 contienen ninguna disposición sobre la responsabilidad penal por los comportamientos (delictivos) en un conflicto armado interno. Incumbe a las jurisdicciones nacionales enjuiciar a las personas que han cometido crímenes en esos contextos. Ahora bien, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), en una importante decisión, llegó a la conclusión de que los crímenes más atroces cometidos en un conflicto no internacional deben ser considerados crímenes internacionales. Por lo tanto, las normas internacionales son aplicables para enjuiciar a una persona acusada de haber cometido un crimen en un conflicto interno²⁶. Esto significa que los actos de terrorismo cometidos en un conflicto no internacional pueden constituir infracciones graves tal y como se definen en los Convenios de Ginebra de 1949. En estos casos son aplicables las mismas normas relativas a la jurisdicción de los Estados o de la CPI.

Un conflicto armado no internacional se distingue de un conflicto armado interestatal por el hecho de que un bando es un Estado y el otro, uno o más grupos de individuos que se oponen a la autoridad gubernativa. Si por un lado es sabido que los contendientes estatales están obligados a cumplir los compromisos internacionales vinculantes para su respectivo Estado (*pacta sunt servanda*), hay que recordar, por otro, que el artículo 3 y el Protocolo II también imponen obligaciones a las fuerzas disidentes y a sus miembros, que son contendientes no estatales. Así pues, los miembros de esas fuerzas han de respetar la prohibición de cometer actos terroristas y sus mandos están obligados a hacer cumplir las normas internacionales. Dicho de otro modo, deben tomar todos los recaudos necesarios para garantizar que se aplique la prohibición de perpetrar actos terroristas, incluidas las medidas correspondientes si se infringe esa prohibición.

En resumen, puede decirse con seguridad que la prohibición del recurso a actos terroristas está firmemente basada tanto en el derecho aplicable a los conflictos armados no internacionales²⁷ como en las normas que rigen los conflictos armados internacionales. Los actos de terrorismo están prohibidos sin excepción. Esta conclusión es importante, pues los conflictos armados internos son situaciones particularmente propicias a la violencia gratuita.

²⁵ El texto completo de la cláusula de Martens actualizada figura en el párr. 2 del art. 1 del Protocolo I.

²⁶ *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Caso n° IT-94-1-AR 72, Sala de Apelaciones del TPIY, 2 de octubre de 1996.

²⁷ V. también el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de un Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996), que en el art. 20 (f) (iv) considera crímenes de guerra los actos de terrorismo cometidos en un conflicto armado no internacional.

¿Atenúan las guerras de liberación nacional y de guerrillas la prohibición de cometer actos de terrorismo?

Cuando se negoció el Protocolo I, los delegados que participaron en la Conferencia Diplomática de Ginebra tuvieron que hallar soluciones a dos cuestiones controvertidas: al estatuto de las guerras de liberación nacional y al régimen jurídico aplicable a la guerra de guerrillas. Se encontraron soluciones aceptables en ambos casos, y el 8 de junio de 1977 la Conferencia aprobó el Protocolo I por consenso. Ambas cuestiones revisten cierta importancia para el debate sobre el derecho aplicable al terrorismo.

En el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I se declara que las guerras de liberación nacional son conflictos armados internacionales. Esto significa que la totalidad del derecho elaborado para los conflictos armados internacionales también se aplica a una guerra en que un pueblo lucha contra un poder colonial en el ejercicio de su derecho de autodeterminación. Por consiguiente, el derecho internacional humanitario debe ser plenamente respetado por cualquier grupo que pretenda ser un movimiento de liberación en el sentido del artículo 1, párrafo 4, y del artículo 96, párrafo 3. Así pues, no cabe duda de que la prohibición de cometer actos terroristas se aplica a las guerras de liberación nacional.

El artículo 44 del Protocolo I modifica ligeramente una de las típicas condiciones que un combatiente debe reunir para ser reconocido por el derecho internacional como miembro de una fuerza armada. Este requisito exige que los combatientes sean identificables como tales, es decir, que deben distinguirse de la población civil de su entorno. Según esta nueva norma de 1977, los miembros de las fuerzas armadas no perderán necesariamente su estatuto de combatiente si, en circunstancias de combate estrictamente definidas, no se distinguen del entorno civil. Esta nueva norma no alude a la prohibición del terrorismo, que permanece intacta. Los combatientes que decidan participar en una guerrilla siguen estando obligados a respetar todas las normas sobre la conducción de las operaciones militares y la protección de la población civil. No tendrá excusa alguna si combina la guerrilla (legítima) con una campaña terrorista (criminal).

La controversia acerca de estas dos cuestiones remitió cuando terminó la Conferencia Diplomática de 1977. Además, ninguna parte en un conflicto armado ha invocado jamás ninguna de estas dos disposiciones. No obstante, en 1987, el presidente Reagan sometió al Senado el Protocolo II sobre conflictos armados sin carácter internacional para que diera su opinión y consentimiento con miras a su ratificación²⁸. En la misma Carta de Transmisión, se exponen las razones por las cuales los EE.UU. rechazaban el Protocolo I, aunque firmaron este tratado en 1977.

²⁸ El texto de la Carta de Transmisión está publicado en "AGORA: The U.S. decision not to ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims", *American Journal*

of International Law, vol. 81, n° 4, octubre de 1987, p. 910. V. también un comentario propio en Hans-Peter Gasser, "An appeal for ratification by the United States", *ibíd.*, p. 912.

Durante el mismo período, los principales responsables de la posición negativa de la administración Reagan hacia el Protocolo II publicaron sus opiniones en diversos periódicos.

Todos los argumentos esgrimidos para denigrar el Protocolo I giraban en torno al artículo 1, párrafo 4 (sobre las guerras de liberación nacional) y al artículo 44 (sobre la guerra de guerrillas). Douglas J. Feith, entonces subsecretario adjunto del Departamento de Defensa, llegó a la algo sorprendente, si no absurda, conclusión de que el derecho introducido por el Protocolo I está al servicio del terror²⁹ y que "arrasa con los logros jurídicos y morales de años". Por su parte, Abraham D. Sofaer, a la sazón asesor jurídico del Departamento de Estado, equiparó la lucha armada de un pueblo por la autodeterminación con el terrorismo³⁰. De allí su negativa a aceptar el Protocolo I, que al incluir –según alegó– una cláusula sobre las guerras de liberación nacional, justifica esas guerras; una argumentación sin fundamento, puesto que ni el Protocolo I ni ningún otro tratado de derecho internacional humanitario justifican el recurso a la fuerza. Con la perspectiva que da el tiempo, cabe argumentar que esas conclusiones no eran el resultado de un análisis, sino más bien las premisas para la decisión de no ratificar el Protocolo I. ¿Es aventurado pensar que, al rechazar el Protocolo I, los EE.UU. dejaron abierta la posibilidad de una eventual "guerra contra el terrorismo"?

La resolución 1373 del Consejo de Seguridad

Tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó, el 28 de ese mismo mes, la resolución 1373, también llamada *Resolución antiterrorista*. Afecta este texto de algún modo al derecho internacional humanitario o da algunas claves acerca de las posibles enmiendas del derecho vigente. Una lectura cuidadosa muestra que la resolución 1373 propone, ante todo, un número considerable de medidas preventivas para combatir el terrorismo, que los Estados deberían tomar en el plano nacional. Se ocupa del enjuiciamiento de los presuntos terroristas y, en particular, de la cooperación entre los Estados en este ámbito. Pero estos párrafos sobre el procesamiento de los presuntos terroristas no contienen nada que no esté ya cubierto por los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales en las situaciones de conflicto armado. Esta resolución, que es importante para la cooperación entre los Estados en la lucha contra el terrorismo, no tiene por finalidad enmendar el derecho codificado en los tratados de derecho internacional humanitario.

²⁹ Douglas J. Feith, "Law in the service of terror: The strange case of the Additional Protocol I", *The National Interest*, n° 1, otoño de 1985. Durante la "guerra contra el terrorismo",

Feith era subsecretario de Defensa para política en la administración del presidente Bush.

³⁰ Abraham D. Sofaer, "Terrorism and the law", *Foreign Affairs*, verano de 1986, p. 901.

El derecho internacional humanitario y la "guerra contra el terrorismo": algunas observaciones preliminares

Todo acto de terrorismo es incompatible con el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados. Al igual que cualquier otra violación de los Convenios de Ginebra de 1949, o de otro tratado de derecho humanitario o consuetudinario, esos actos exigen que los Estados Partes en esos instrumentos actúen para restablecer la situación. No sólo están legítimamente interesados en detener un comportamiento criminal y proteger así a sus ciudadanos, sino que también están legalmente obligados a velar por que se respete el derecho, enjuiciar y castigar a los culpables y prevenir futuros actos que infrinjan el derecho humanitario³¹.

En los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales de 1977, se han estipulado una serie de medidas y procedimientos destinados a hacer respetar sus disposiciones. Las violaciones graves de las disposiciones más importantes constituyen, en particular, crímenes internacionales —"infracciones graves", según la expresión empleada en los Convenios de Ginebra— y todos los Estados Partes tienen competencia para encausar a los infractores (jurisdicción universal). Como hemos puesto ampliamente de manifiesto, los actos de terrorismo son infracciones graves del derecho internacional humanitario. Además, los Convenios de Ginebra no excluyen la intervención de terceros Estados para responder a las infracciones graves o prevenir futuras violaciones del derecho, especialmente si el Estado en cuestión no toma las medidas adecuadas. La cuestión de si la intervención de esa tercera parte comprende el derecho a recurrir a la fuerza no concierne al derecho internacional humanitario, sino al derecho de la Carta de las Naciones Unidas³².

Tras la conmoción producida por los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, algunos Estados han tomado medidas para evitar que se cometan actos terroristas en su territorio. Esas medidas incluyen, entre otras cosas:

- intensificar la vigilancia policial, especialmente de los residentes extranjeros;
- adoptar procedimientos de interrogación más "enérgicos", que pueden llegar a tratos inhumanos o, incluso, a la tortura;
- restringir el derecho de los presuntos terroristas a un proceso equitativo, fijando, por ejemplo, límites al acceso a los testigos y al ejercicio de otros derechos del acusado; medidas que pueden significar a veces la abolición de la presunción de inocencia del inculpado;

³¹ El art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 recuerda esta verdad fundamental en los siguientes términos: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias".

³² Hans-Peter Gasser, "Ensuring respect for the Geneva Conventions and Protocols: The role of the third States and the United Nations", Hazel Fox y Michael A. Meyer (dirs.), *Effecting Compliance*, The British Institute of International and Comparative Law, 1993, pp. 15-49, en especial p. 27 y ss.

- endurecer la actitud con los solicitantes de asilo, los refugiados y los migrantes, haciendo, por ejemplo, caso omiso de la prohibición de devolverlos contra su voluntad al país de origen, donde su vida corre peligro (principio de no devolución).

Aunque no son necesariamente ilícitas, estas medidas pueden equivaler a violaciones positivas del compromiso de los Gobiernos de respetar las obligaciones dimanantes del derecho de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

En relación con las dificultades que el derecho internacional humanitario debe afrontar por lo que atañe a las operaciones antiterroristas, Adam Roberts opina:

"En las operaciones militares destinadas a atajar las actividades terroristas, ha habido una tendencia por parte de las fuerzas antiterroristas a infringir restricciones jurídicas fundamentales. En muchos casos los presos han sido objeto de tratos indebidos o de torturas. En otros, los excesos cometidos por el Gobierno o por las fuerzas de intervención pueden haber contribuido a que se intensifique la campaña terrorista en su contra. Otros Estados que apoyan el Gobierno han colaborado a veces en tales excesos. Hacer presión a un Gobierno o ejército para que modifique sus métodos antiterroristas y los conforme más con el derecho de la guerra y el derecho de los derechos humanos, puede resultar una tarea difícil."³³

El breve análisis que realizamos a continuación se basa en dos presunciones, o más bien convicciones. *En primer lugar*, el derecho internacional humanitario no es un obstáculo para combatir eficazmente el terrorismo. Sin embargo, se ha sostenido que los Convenios de Ginebra imponen limitaciones demasiado estrictas a los interrogatorios de los detenidos. El peligro que encierra este argumento es más que evidente, y la comunidad internacional no debería cejar en el empeño de proteger la integridad física y mental incluso de los peores criminales. *En segundo lugar*, los presuntos terroristas siguen gozando de la protección del derecho internacional humanitario, sean miembros de una fuerza armada o civiles ("combatientes ilegales"). Siguen siendo "personas protegidas" en el sentido de los Convenios de Ginebra. Cuando son capturados o detenidos por el motivo que sea, deben ser tratados de conformidad con las disposiciones del III y de IV Convenio de Ginebra, según el caso, en particular con las normas que determinan el régimen de detención. Pueden ser encausados por actos de violencia, pero tienen derecho a una serie de garantías jurídicas si se los procesa por sus acciones.

La decisión del Gobierno estadounidense sobre el estatuto y el trato que ha de darse a los prisioneros capturados durante la campaña militar en Afganistán

³³ Adam Roberts, "Counter-terrorism, armed force and the laws of war", *Survival*, vol. 44, primavera de 2002, p.13.

y retenidos en la base estadounidense de Guantánamo y en otros lugares generó una controversia a escala mundial. La cuestión principal era el estatuto jurídico que debía atribuirse a las diferentes categorías de prisioneros, algunos de los cuales eran manifiestamente miembros de las fuerzas armadas afganas (*los talibán*), mientras que otros no lo eran (pertenecían a *Al Qaida* o a otros grupos). El Gobierno de Estados Unidos decidió no otorgar el estatuto de prisionero de guerra a ninguno de ellos y dejó abierta la cuestión de su estatuto jurídico. Aunque en la práctica hubiera sido difícil determinar la filiación de cada prisionero, la decisión no deja de ser sorprendente, pues no tiene en cuenta un precedente. Efectivamente, los EE.UU. tuvieron que resolver problemas similares durante la guerra de Vietnam, pues las personas capturadas eran miembros de las fuerzas armadas de Vietnam del Norte o del Vietcong y, por ende, combatientes no reconocidos en el sentido del derecho de la guerra. La Comandancia Militar estadounidense en Vietnam adoptó las siguientes directrices: se otorgó el estatuto de prisionero de guerra al personal militar capturado perteneciente a las fuerzas armadas norvietnamitas, de conformidad con el III Convenio de Ginebra; los combatientes del Vietcong debían ser tratados como si fueran prisioneros de guerra —aunque sin reconocerles el estatuto de prisioneros de guerra según se define en el III Convenio—, siempre y cuando hubieran sido capturados cuando participaban efectivamente en una operación militar y llevaban abiertamente sus armas. Así pues, se los consideró "combatientes ilegales", reconocibles como personas que participaban en las hostilidades. Las líneas directrices no ponían como requisito que llevaran un uniforme. Si un vietcong era arrestado por arrojar una granada en un café del centro de Saigón, lo entregaban a las autoridades vietnamitas para que lo procesaran como criminal o como "terrorista"³⁴.

Esta política parece haber funcionado a satisfacción de las autoridades estadounidenses. Nada impidió, en particular, que se incoaran acciones penales por crímenes de guerra contra cualquier inculpado de la categoría que fuera: prisionero, detenido u otra. Esta actitud muy matizada del mando militar estadounidense en una cuestión sumamente espinosa también estuvo influenciada, sin duda, por el hecho de que varios militares estadounidenses, sobre todo pilotos, estaban en poder de Vietnam del Norte. En cambio, Afganistán no capturó militares estadounidenses durante la campaña antiterrorista.

El III Convenio de Ginebra, con su completa serie de normas que determinan el trato y las condiciones materiales de detención que han de garantizarse a los miembros de las fuerzas armadas hechos prisioneros, es tal vez el pilar más fuerte y conocido del sistema jurídico internacional que protege a las víctimas de guerra.

³⁴ United States Military Assistance Command, Vietnam, "Criteria for classification and disposition of detainees", Anexo A de la Directiva nº 381-46 (27 de diciembre de 1967), reim-

preso en *American Journal of International Law*, vol. 62, 1968, p. 766. V. también Gasser, *op.cit.* (nota 28), p.921.

El Convenio relativo a los prisioneros de guerra es el instrumento que mejor protege los intereses de las fuerzas armadas y de sus miembros, oficiales y soldados, y por ello nunca ha sido controvertido. Sería trágico para los miembros de fuerzas armadas que deban luchar en futuros conflictos si se debilitara ese instrumento jurídico. El derecho que los protege en el cautiverio no debería ser socavado por ninguna "guerra contra el terrorismo".

La denegación del estatuto de prisionero de guerra a "combatientes" enemigos no los convierte en "parias legales". Esas personas deben ser consideradas como civiles y, como tales, están amparadas por el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Si no son ciudadanos de la parte adversaria en el conflicto, sino ciudadanos de terceros Estados, conservan el estatuto de ciudadanos extranjeros. Los civiles detenidos deben ser tratados de conformidad con las normas del IV Convenio de Ginebra. Las personas civiles detenidas sospechosas de haber cometido un crimen grave pueden y deben ser enjuiciadas. El IV Convenio de Ginebra no les garantiza inmunidad alguna contra el enjuiciamiento por actos de terrorismo, pero establece la obligación de un juicio equitativo³⁵.

El CICR ya señaló en su momento a este respecto que "está firmemente convencido de que la observancia del derecho internacional humanitario no constituye en modo alguno un obstáculo en la lucha contra el terror y el crimen. En virtud del derecho internacional humanitario, la potencia detenedora tiene derecho a enjuiciar a los prisioneros de guerra acusados de haber cometido crímenes de guerra o cualquier otra infracción antes de las hostilidades o durante éstas"³⁶.

Observaciones finales: ¿es el derecho internacional humanitario una herramienta adecuada para combatir el terrorismo?

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, así como otros tratados de derecho internacional y el derecho consuetudinario, prohíben sin excepción los actos terroristas cometidos en el transcurso de un conflicto armado internacional o no internacional. El derecho de los tratados ha establecido procedimientos que obligan a los Estados a tomar medidas para prevenir y reprimir las infracciones y autoriza a la comunidad internacional a reaccionar según la Carta de las Naciones Unidas. En particular, las violaciones graves del derecho internacional humanitario son crímenes internacionales que obligan a los Estados a llevar al acusado ante sus tribunales de justicia, los tribunales de otro Estado Parte o un tribunal penal internacional.

³⁵ El art. 5 del IV Convenio de Ginebra restringe los derechos de una persona que "resulta fundadamente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado". Este artículo no modifica, sin embar-

go, los derechos a un trato humano y a un proceso equitativo, estipulados en el Convenio.

³⁶ Comunicado de prensa del CICR del 9 de febrero de 2002.

Las medidas destinadas a luchar contra el terrorismo y hacer comparecer ante la justicia a los presuntos terroristas deben respetar el derecho internacional humanitario, siempre que esos crímenes se cometan en el transcurso de un conflicto armado. Ante el creciente peligro de que, en las "guerras contra el terrorismo" se incumplan incluso las obligaciones humanitarias fundamentales, resulta particularmente necesario subrayar que todos los que de una manera u otra participan en la lucha contra el terrorismo tienen el deber de respetar el derecho internacional humanitario. El respeto escrupuloso de este derecho en las campañas militares para erradicar el terrorismo contribuye a fortalecer la determinación de acatar el derecho en todas las circunstancias.

El propósito del derecho internacional humanitario es proteger y asistir a las víctimas de conflictos armados. Los Convenios de Ginebra de 1949 y otros tratados de DIH no proporcionan las herramientas fundamentales e indispensables para luchar contra el terrorismo. El derecho internacional humanitario no puede erradicar el terrorismo, entre otras cosas porque el terrorismo tiene múltiples y complejas causas. Sólo la sociedad civil puede lograr ese objetivo, mediante un esfuerzo concertado y una acción paciente, tanto en el propio país como en el extranjero. Los conflictos de índole política deben solucionarse por medios políticos, de manera que haya más justicia para todos. Todos los actores, tanto en la escena nacional como internacional, han de tener bien claro que el recurso a la violencia indiscriminada es ilícito y reprehensible, y a la postre, ineficaz. El pleno respeto del derecho internacional humanitario en las acciones antiterroristas es una contribución positiva a la erradicación del terrorismo.

Inmediatamente después de los atroces acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, se suscitó la cuestión de si el derecho internacional humanitario es un arma adecuada para combatir el terrorismo. Ningún derecho es perfecto e inmutable, e indudablemente tampoco lo es el derecho internacional humanitario, que debe adaptarse a los cambios en la conducción de los conflictos armados. Es necesaria una evaluación constante, a fin de determinar si las normas son adecuadas o no, y han de tomarse en serio todas las propuestas constructivas para enmendarlas. Cabe destacar que hasta ahora no se ha hecho ninguna propuesta para reforzar los Convenios de Ginebra o sus Protocolos adicionales y aumentar su eficacia en la lucha contra el terrorismo. Denegar el estatuto de prisionero de guerra a "terroristas" no fue una medida acertada y puede hacer peligrar la lucha por garantizar la protección de los miembros de las fuerzas armadas.

Es asimismo sorprendente que, en EE.UU., se hayan expresado dudas acerca de la adecuación del derecho, a pesar de que este país no ha ratificado el Protocolo I de 1977. Como se ha explicado, este es el instrumento clave que refuerza el arsenal jurídico necesario para luchar contra el terrorismo. Al ratificarlo, 160 Estados, entre ellos muchos países amigos y aliados de EE.UU. (excepto Israel) han confirmado su importancia para la protección de las víctimas de la violencia. Antes de tomar nuevas iniciativas para enmendar las disposiciones del Protocolo I,

que en la práctica concreta han resultado satisfactorias, hay que aceptar este tratado. Además, en las circunstancias actuales, son pocos los que creen en el éxito de un largo proceso de revisión, que requeriría la convocatoria de una conferencia diplomática y la subsiguiente ratificación del nuevo tratado, o de las enmiendas, por todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra.

Para terminar, cabe recordar que el derecho internacional garantiza un trato humano a las personas que han cometido un crimen, sean civiles o militares, pero no impide que la justicia penal desempeñe su labor. Por el contrario, hacer comparecer ante la justicia a presuntos criminales es un requisito fundamental para garantizar el respeto de los compromisos humanitarios. Al crear la Corte Penal Internacional, la comunidad internacional ha hecho una contribución importante tanto a la política de enjuiciar y castigar a los presuntos terroristas, como a la prevención de los actos terroristas. El Estatuto de Roma y los Convenios de Ginebra de 1949 estipulan el derecho de todas las personas a un juicio equitativo, derecho que difícilmente puede considerarse inaceptable en los albores del siglo XXI.

Estatuto de prisionero de guerra: «casos de duda»

por
YASMIN NAQVI

El Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (III Convenio de Ginebra o CG III), considerado generalmente como parte del derecho consuetudinario de los conflictos armados¹, sienta, entre otros, dos principios cardinales. El primero es que un prisionero de guerra no puede ser juzgado y castigado por el mero hecho de haber participado en las hostilidades². El segundo es que los prisioneros de guerra deben ser tratados humanamente a partir del momento en que caigan en poder del enemigo y hasta su liberación y su repatriación definitiva³. El estatuto de prisionero de guerra es, por consiguiente, de capital importancia para una persona capturada que cae en poder de una Potencia enemiga, tanto desde el punto de vista del estatuto jurídico como del trato que debe recibir. Si a una persona no se le concede el estatuto de combatiente, se le puede juzgar por haber cometido un acto de beligerancia. En los casos que esta infracción penal se castigue con pena capital de conformidad con la jurisdicción nacional, la ausencia del estatuto de prisionero de guerra puede ser un asunto de vida o muerte.

Por lo tanto, cuando se duda del estatuto de prisionero de guerra de una persona capturada, la cuestión de cómo determinar el estatuto adquiere un significado crucial; lo que no pasaron por alto los delegados asistentes a la Conferencia Diplomática de Ginebra en 1949, cuando se negoció el III Convenio de Ginebra⁴. En consecuencia, este Convenio dispone que si hay dudas respecto del estatuto de prisionero de una persona capturada que ha cometido un acto de beligerancia, corresponde a un tribunal competente determinar su estatuto⁵.

.....

YASMIN NAQVI, licenciada en Filosofía y Letras y Abogada Diploma de Honor (Universidad de Tasmania), es candidata al DES (Diploma de Estudios Superiores) del Instituto de Altos Estudios Internacionales, de Ginebra. Actualmente, trabaja para la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, RICC, en Ginebra.

Sin embargo, el Convenio no establece la composición del tribunal, como tampoco especifica los derechos de una persona cuyo estatuto se halla sujeto a determinación. Por su vaga redacción, el artículo 5 (segundo párrafo) del III Convenio de Ginebra elude el problema de la composición de un tribunal competente y de las garantías judiciales que han de acordarse a quienes ante él comparezcan. Tampoco responde a la cuestión de cómo puede surgir la duda respecto del estatuto de prisionero de guerra.

Este artículo tiene por objeto examinar qué significa «si hay duda» por lo que respecta al estatuto de prisionero de guerra y qué se entiende por «tribunal competente» cuando de determinar ese estatuto se trata. En la primera parte se hace un análisis jurídico de la norma estipulada en el artículo 5 (segundo párrafo), teniendo en cuenta las normas y los principios consuetudinarios relativos a las garantías judiciales, incluidos en el derecho internacional humanitario. En la segunda parte, se examina la práctica de algunos Estados y ciertas normas militares internas relativas a la determinación del estatuto.

El derecho internacional humanitario y la norma del artículo 5 (segundo párrafo)

El III Convenio de Ginebra se fundamenta en los principios de derecho internacional general relativos al trato debido a los prisioneros⁶. Estos principios, que desde el siglo XVIII han evolucionado gradualmente, establecen que el cautiverio en tiempo de guerra «no constituye una venganza, ni un castigo, sino tan

¹ L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, Manchester, 1993, p. 188; H. Fischer, «Protection of prisoners of war», en D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 325.

² El artículo 99 del CG III estipula: «Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto.»

³ En los artículos 12 a 16 se expone la protección general que la Potencia detenedora ha de otorgar a los prisioneros de guerra, que incluye la exigencia de tratarlos humanamente en todas las circunstancias (art. 13), de respetar su persona y honor (art. 14) y el principio de que no puede haber distinción alguna de índole desfavorable de raza, de nacionalidad,

de religión, de opiniones políticas u otras, fundadas en criterios análogos (art. 16). Véase también art. 5(1) del CG III.

⁴ Los delegados se dieron cuenta de que las decisiones relativas a la determinación pueden acarrear «las consecuencias más graves». J. Pictet, *Commentary on the Third Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, CICR, Ginebra, 1960 [en adelante, *Comentario CG III*], p. 77.

⁵ CG III, art. 5(2).

⁶ Esta afirmación, hecha anteriormente en 1941 por el Almirante alemán Canaris en protesta por la reglamentación relativa a los prisioneros de guerra rusos, expedida por los altos mandos del ejército alemán, fue aprobada como jurídicamente correcta por el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg. HMSO Cmd 6964 (1946) p. 48, reimpresso en *American Journal of International Law*, Vol. 41, 1947, pp. 228-229.

sólo una custodia protectora, cuyo único propósito es evitar que los prisioneros de guerra participen nuevamente en la guerra»⁷. Este principio particular se desarrolló de conformidad con la opinión de que es contrario al derecho de la guerra matar o herir a personas indefensas. Por otra parte, los prisioneros de guerra se encuentran entre las víctimas más vulnerables de la guerra y, por ende, requieren protección especial⁸. Además, los principios subyacentes al estatuto de prisionero de guerra y al trato que éstos deben recibir dimanar de los tradicionales conceptos militares de caballería, que suponen un respeto por el honor de los combatientes⁹. El Estado que detiene a las personas capturadas es responsable del trato que se dé a los prisioneros de guerra¹⁰. Esta responsabilidad se extiende hasta el momento en que el Estado detenedor se haya cerciorado plenamente de que el Estado al cual pretende transferir o ha transferido prisioneros de guerra desea y puede aplicar el CG III¹¹.

⁷ *Ibíd.*

⁸ En la antigüedad, los prisioneros de guerra eran ejecutados, mutilados o esclavizados, mientras que en la Edad Media se les encarcelaba o se exigía un rescate por ellos. En el siglo XVII, por vez primera, se consideró a los prisioneros de guerra como prisioneros del Estado y no como propiedad de los individuos captos. No obstante, durante el siglo XIX los prisioneros de guerra siguieron siendo objeto de malos tratos. Tras la Segunda Guerra Mundial, un elevado número de oficiales alemanes y japoneses fueron procesados y sentenciados por el asesinato y maltrato de prisioneros de guerra. En el artículo 6(b) de la Carta del Tribunal Militar Internacional se estipuló que «el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra» constituye un crimen de guerra. Véase *Dachau Concentration Camp Trial*, 11 W.C.R., p. 5; *Belsen Trial*, 2 W.C.R.; «The Law of War on Land», Parte III del *Manual of Military Law*, The War Office, Londres, 1958

[en adelante Manual Militar del Reino Unido de 1958], p. 45, párr. 122; Fischer, *op. cit.* (nota 1), p. 322.

⁹ Esto se halla estipulado como norma en el artículo 3 del Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Ginebra, 27 de julio de 1929 (el Convenio de 1929 relativo a los prisioneros de guerra), y en el artículo 14 del CG III: «Los prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor.»

¹⁰ CG III, art. 12 (primer párr.).

¹¹ CG III, art. 12 (segundo párr.). Si esa Potencia omite la aplicación de las disposiciones del CG III por lo que atañe a cualquier aspecto de importancia, la Potencia que transfirió los prisioneros de guerra deberá adoptar medidas para rectificar la situación o solicitar su retorno. Estas solicitudes deben hacerse de conformidad con el art. 12 (tercer párr.) del CG III.

Para que se reconozca el estatuto de prisionero de guerra a una persona capturada, ella debe pertenecer a una de las seis categorías contempladas en el artículo 4 del CG III.¹² Pese a la meticulosa redacción del artículo, la distinción entre combatientes y civiles quizá no es siempre evidente en la confusión de la batalla¹³. Por esta razón, el artículo 5 (segundo párrafo) del CG III dispone:

«Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto».

Esta norma, al parecer, deja en claro que, cuando existe duda respecto del estatuto de prisionero de guerra de una persona capturada, los Estados Partes deben determinar su estatuto mediante un mecanismo formal. Entre tanto, la persona capturada debe ser tratada como si fuera un prisionero de guerra. Lo que no está claro es lo que en realidad significa «duda», quién puede tenerla y qué ha de entenderse por «tribunal competente».

12 Las seis categorías contempladas en el art. 4 del CG III, son: «(1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; (2) 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 conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: (a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; (b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; (c) llevar las armas a la vista; (d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra; (3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora; (4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra,

proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto; (5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se benefician de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional; (6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra.»

13 V. la confusión entre combatientes y no combatientes en la guerra Irak-Irán, descrita en P. Tavernier, «Combatants and non combatants», en I. Dekker y H. Post (eds), *The Gulf War of 1980-1988: The Iran-Iraq War in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1992, pp. 129-136.

Duda respecto del estatuto de prisionero de guerra

Según lo dispone el artículo 5 (segundo párrafo), la duda debe surgir con respecto a la pertenencia de la persona capturada a una de las seis categorías enumeradas en el artículo 4 del CG III. Pero, ¿qué quiere decir tener una duda y quién puede tenerla?¹⁴ Judicialmente, la «duda razonable» puede definirse como aquella duda que puede llevar a una persona racional a vacilar antes de actuar frente a un asunto de importancia¹⁵. El *Comentario* del III Convenio de Ginebra no es de gran ayuda a la hora de explicar cómo puede «haber una duda». Sólo menciona dos ejemplos de categorías de personas a las que se puede aplicar el artículo 5 (segundo párrafo): los desertores y las personas que siguen a las fuerzas armadas y que han perdido su tarjeta de identidad. Sin embargo, señala que «estas precisiones, contenidas en el artículo 4, deben limitar el número de casos de duda en una guerra futura. Por ello, consideramos que no se debe dar una interpretación muy restrictiva a esta disposición». Habida cuenta de la instrucción impartida en el *Comentario* de interpretar de manera general el artículo 4 del CG III, debe ser fácil que se dude de si las personas capturadas *no* tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. En cambio, difícil ha de ser que se dude si la persona capturada es un prisionero de guerra. Esto significa que los Estados no pueden declararse unilateralmente exentos de duda respecto de un grupo entero de personas capturadas que han participado en las hostilidades. En realidad, según la interpretación de algunos comentaristas, el CG III plantea la presunción de que las personas detenidas en zona de guerra son prisioneros de guerra¹⁶. Algunos manuales militares han adoptado esta cuasi presunción del estatuto de prisionero de guerra para quienes hayan participado en las hostilidades. Por ejemplo, el Manual Provisional de Derecho de los Conflictos Armados de 1992, de Nueva Zelanda (*1992 Interim Law of Armed Conflict Manual of New Zealand*), estipula que «[por] cuestiones prácticas, a menos que los combatientes según la definición del artículo 43 [del Protocolo I] sean realmente capturados mientras no llevan sus armas a la vista, tendrán derecho al estatuto de prisionero de guerra. En todo caso, un tribunal determinará el estatuto»¹⁷. Del mismo modo, el Manual de la Fuerza de Defensa de Australia de 1994 señala que «en la mayoría de los casos, los combatientes capturados tienen derecho a reclamar el estatuto de PG [prisionero de guerra]»¹⁸.

¹⁴ La definición de «duda» según el *Oxford English Dictionary*, 2ª ed., 1989, es «el estado (subjetivo) de incertidumbre con respecto a la verdad o realidad de una cosa», o «la condición de ser (objetivamente) incierto; situación que da lugar a vacilación o incertidumbre.»

¹⁵ *Merriam-Webster's Dictionary of Law* 1996.

¹⁶ V. «Statement of Eliso Massimino, Director of the Washington Office of the Lawyers

Committee for Human Rights», Lawyers Committee for Human Rights Press Release, 7 de febrero de 2002, <http://www.lchr.org/media/admin_gc.htm>.

¹⁷ New Zealand Defence Force Interim Law of Armed Conflict Manual, Directorate of Legal Services Headquarters, Wellington, 1992, párr. 907(3).

¹⁸ Australia, Defence Force Manual 1994, ADFP 37, párr. 1004.

El Consejo Privado de la Corona del Reino Unido consideró la aplicación del artículo 5 en un caso que surgió tras la confrontación entre Malasia e Indonesia, en 1967¹⁹. Este Consejo sostuvo que «mientras no "haya una duda", el artículo 5 no es procedente y no se requiere el tribunal para determinar si esta garantía debe o no aplicarse. Por consiguiente, si el acusado no planteó una duda, no puede surgir problema alguno de nulidad del proceso»²⁰. Esto indica que el Comité interpretó la expresión «si hay una duda» en el sentido de que el acusado puede reivindicar el estatuto de prisionero de guerra antes del juicio o durante él. Ésta es una interesante interpretación del artículo 5 (segundo párrafo), que sugiere la posibilidad de que el criterio «si hay una duda» se cumpla en un sentido procesal en vez de en un sentido factual con respecto a las categorías del artículo 4. Los Loes Guest y Barwick, en su sentencia disidente, discreparon de esta interpretación señalando que «en realidad, el acusado no hizo la reclamación adecuada. (...) La "duda" que, según el artículo 5, tendría que haber surgido debía ser si la persona pertenecía o no a las categorías mencionadas en el artículo 4(A) [CG III]»²¹.

La interpretación de la expresión «si hay una duda», tal como sucede cuando se reivindica el estatuto de prisionero de guerra, se ha adoptado también en algunos manuales militares, particularmente en el Reglamento de 1997 del Ejército de los Estados Unidos en lo concerniente a los prisioneros de guerra, que exige convocar un tribunal competente a fin de determinar el estatuto de «toda persona que al parecer no tenga derecho al estatuto de prisionero de guerra» pero que «afirme tener derecho a recibir el trato debido a un prisionero de guerra»²². Sustancialmente, esta interpretación también es coherente con la presunción del estatuto de prisionero de guerra contemplada en el artículo 45(1) 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 I) de junio de 1977: cuando una persona capturada «reivindica el estatuto de prisionero de guerra» o cuando «la Parte de la cual ella depende reivindica este estatuto en su favor»²³.

Pese a que el artículo 5 (segundo párrafo) del CG III constituyó un gran progreso en 1949 en materia de protección de las personas que participan en las hostilidades, se le puede reprochar su «carácter todavía impreciso e incluso

¹⁹ *Public Prosecutor v. Oie Hee Koi and connected appeals*, Judicial Committee of the Privy Council (U.K.), 4 de diciembre de 1967 [1968], A.C. 829.

²⁰ *Ibid.*, p. 834.

²¹ *Ibid.*, p. 839.

²² Sección 1-6 (b) Reglamentación del Ejército 190-8, Prisioneros de Guerra Enemigos, Personas Retenidas, Civiles Internados y Otros

Detenidos, Cuarteles Generales de los Departamentos (Ministerios) del Ejército, de la Marina y de la Fuerza Aérea, Washington, D.C., 1 de octubre de 1997 [en adelante, Reglamentación del Ejército de los Estados Unidos de 1997].

²³ La Parte reivindica el estatuto mediante una notificación a la Potencia detenidora o a la Potencia protectora, Protocolo I, art. 45(1).

embrionario»²⁴. Los problemas relativos al reconocimiento jurídico de los combatientes de la guerrilla pusieron de manifiesto la insuficiencia del artículo 5 (segundo párrafo). El artículo 45 del Protocolo I se concibió a fin de remediar esta insuficiencia. El objetivo era establecer procedimientos mediante los cuales fuese más probable garantizar la asignación del estatuto de prisionero de guerra²⁵. De hecho, la disposición enumera los casos en que la duda respecto del estatuto de un combatiente debe dar lugar a una presunción del estatuto de prisionero de guerra: (1) si él reclama ese estatuto; (2) si, al parecer, él tiene derecho a dicho estatuto; y (3) si la Parte de la cual depende reclama dicho estatuto. Si pese a esta presunción la duda subsiste, se debe recurrir al tribunal competente. La serie de presunciones contenidas en el Protocolo I constituyen una evolución del artículo 5 (segundo párrafo) del CG III, pero, en contraste con la última disposición, la carga de la prueba incumbe claramente al captor. Gracias a la aplicación de un sistema de presunciones, el Protocolo I invierte el peso de la prueba de tal suerte que es deber del tribunal competente allegar prueba de lo contrario cada vez que exista presunción y sea impugnada²⁶.

Parecería entonces que el artículo 45 del Protocolo I reafirma la interpretación de la expresión del artículo 5 (segundo párrafo), «si hay una duda», en el sentido de que incluye los casos en que el detenido, o la Parte de la cual depende, reivindica dicho estatuto. Con base en la interpretación de la norma contemplada en los manuales militares, puede concluirse que el estatuto de prisionero de guerra, según lo dispone el artículo 5 (segundo párrafo) del CG III, puede quedar en tela de juicio si hay una duda de que la persona capturada pertenece a alguna de las categorías enumeradas en el artículo 4, a pesar de la presunción general (no escrita) del estatuto de prisionero de guerra para quienes participan en las hostilidades.

²⁴ Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (revis. y coord.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)*, CICR y Plaza y Janés Editores Colombia, S. A. Santa Fe de Bogotá, 2001 [en adelante *Comentario del Protocolo I*], p. 757, párr. 1726.

²⁵ *Ibid.*, párr. 1728. El primer párrafo del artículo 45, titulado «Protección de las personas que han tomado parte en las hostilidades» estipula: «La persona que participe en las hostilidades y caiga en poder de una Parte adversa se presumirá prisionero de guerra y, por consiguiente, estará protegida por el III Convenio

cuando reivindique el estatuto del prisionero de guerra, cuando parezca tener derecho al mismo, o cuando la Parte de que dependa reivindique ese estatuto en su favor mediante una notificación a la Potencia detenedora o a la Potencia protectora. Si hubiere alguna duda respecto a su derecho al estatuto de prisionero de guerra, tal persona continuará beneficiándose de este estatuto y, en consecuencia, seguirá gozando de la protección del III Convenio y del presente Protocolo hasta que un tribunal competente haya decidido al respecto.»

²⁶ *Comentario del Protocolo I*, *op. cit.* (nota 24), p. 768, párr. 1746.

Un «tribunal competente»

El artículo 5 (segundo párrafo) no establece en qué consiste un «tribunal competente», y por ello su composición debe establecerse a la luz del derecho interno de los Estados Partes. La palabra «competente» se ha definido como «que tiene jurisdicción o autoridad para actuar»²⁷. Un «tribunal» puede ser una «corte de justicia» o, en términos más generales, un «lugar para juicios o decisiones»²⁸. La expresión «tribunal competente» sugiere por lo tanto un foro de juicio autorizado, aunque no necesariamente de carácter judicial. La historia del proyecto del artículo 5 (segundo párrafo) ofrece algún indicio respecto del significado de la expresión. La versión original de la disposición, introducida a solicitud del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y aprobada en la Conferencia de Estocolmo, establecía:

«Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia de alguna de esas personas a una de las categorías enumeradas en el artículo mencionado, la persona se beneficiará del presente Convenio hasta que *una autoridad responsable* haya determinado su estatuto»²⁹.

El objetivo del CICR era garantizar a estos combatientes un grado mínimo de protección al ser capturados por el enemigo. Durante la Conferencia de Ginebra de 1949, se propuso inicialmente el término «tribunal militar» para reemplazar el término «autoridad responsable» a fin de lograr un mayor grado de precisión, dadas las graves consecuencias que podrían surgir si se dejara la decisión en manos de una sola persona, que incluso podía ser de baja graduación³⁰. Considerando que las personas que participan en las hostilidades sin tener derecho pueden ser procesadas por asesinato o intento de asesinato, muchos delegados opinaron que la cuestión del estatuto de prisionero de guerra debía resolverla una corte³¹. Sin embargo, este concepto no se aceptó de manera unánime. Algunos delegados consideraron que hacer comparecer a una persona ante un tribunal militar podría

²⁷ *Oxford English Dictionary*, 2ª ed., 1989. Tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Resolución AG ONU 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 [en adelante, «El Pacto»], como en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1950, se emplea la palabra «competente» para denotar una de las características esenciales que ha de tener un tribunal para la determinación de cualquier cargo criminal o de los derechos y obligaciones en un juicio de derecho.

²⁸ *Oxford English Dictionary*, 2ª ed., 1989.

²⁹ V. «XVIth International Red Cross Conference, Draft revised or new Conventions», p. 54, citado en *Comentario CG III*, op. cit. (nota 4), p. 77 (el subrayado es nuestro).

³⁰ V. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Departamento Político Federal, Berna, Vol. II-A, p. 388. A veces, durante la Segunda Guerra Mundial, las decisiones relativas al derecho de un cautivo a beneficiarse o no de la protección del Convenio de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra las tomaban solamente los suboficiales, en particular los cabos. V. J.P. Maunoir, «La répression des crimes de guerre devant les tribunaux français et alliés» (tesis), Ginebra, 1956, p. 191, citada en *Commentario GC III*, op. cit. (nota 4).

³¹ *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. III, No. 95, p. 63.

implicar para ella consecuencias más graves que una decisión que pueda privarla de la protección del Convenio³². Para resolver estas inquietudes, se hizo otra enmienda según la cual corresponde a un «tribunal competente», no precisamente a un tribunal militar³³, determinar el estatuto de guerra en caso de duda. La historia del proyecto demuestra así que «un tribunal competente» es algo de carácter más formal y judicial que la propuesta original del CICR de la «autoridad responsable», pues implica que la determinación del estatuto debe ser responsabilidad de más de una persona y que ello debe hacerse sobre la base de procesos debidamente establecidos.

Tal como se mencionó anteriormente, el artículo 5 (segundo párrafo) del CG III se consideró importante en principio, pero legalmente insuficiente debido a la falta de precisión en la definición de combatientes que hacen la guerra utilizando tácticas propias de la guerra de guerrillas y a la gravedad de las consecuencias si a las personas capturadas no se les otorga el estatuto de prisionero de guerra. El artículo 45 del Protocolo I tampoco explica cuál ha de ser la composición de un «tribunal competente». No obstante, dos puntos pueden deducirse a este respecto. Por una parte, el «tribunal competente» al que alude el artículo 45(1) puede distinguirse del «tribunal judicial» contemplado en el artículo 45(2), el cual debe decidir el estatuto de prisionero de guerra cuando se acusa a la persona de una infracción cometida en el marco de las hostilidades y que no recibe el trato debido a un prisionero de guerra³⁴. Por otra, el Relator indicó en su informe que «como en el caso del artículo 5 [CG III], dicho tribunal puede ser de carácter administrativo», lo que incluye las Comisiones militares³⁵.

Durante los debates se hizo la suposición de que dicho tribunal debía instalarse cerca de los frentes de batalla y que por lo tanto debía organizarse rápidamente, pero también se manifestó que, aun en esas circunstancias, era necesario

³² La delegación de la URSS señaló que «si el acusado es sentenciado por un tribunal [militar], no sólo no podrá beneficiarse del Convenio mencionado en el artículo 4[artículo 5], sino que, además, no se sabe si él mismo tendrá claridad al respecto (...) Creo que las personas que han de recibir protección deberían (...) renunciar al beneficio del Convenio, en vez de comparecer ante un tribunal militar que, probablemente, las sancionará.» *Ibíd.*, Vol. II-B, p. 270.

³³ La delegación danesa sugirió reemplazar las palabras «tribunal militar» por «tribunal competente», lo cual significaría que «[l]as leyes de la Potencia detenedora pueden establecer que esta cuestión debe ser dirimida por un tribunal civil y no por un tribunal militar.» *Loc. cit.*

³⁴ El artículo 45(2) del Protocolo I estipula, entre otras cosas: «La persona que, habiendo

caído en poder de una Parte adversa, no esté detenida como prisionero de guerra y vaya a ser juzgada por esa Parte con motivo de una infracción que guarde relación con las hostilidades podrá hacer valer su derecho al estatuto de prisionero de guerra ante un tribunal judicial y a que se decida esta cuestión.»

³⁵ *Comentario del Protocolo I, op. cit.* (nota 24), p. 767, párr. 1745. Bothe, Partsch y Solf comentaron asimismo que «[u]n consejo administrativo normalmente debe estar en capacidad de cumplir este requisito», citando el US Army Field Manual 27-10, párr. 71b. M. Bothe, K. Partsch, and W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982, p. 260.

proporcionar las «garantías con respecto a su competencia, composición y procedimientos» y que debía ser «imparcial y eficaz»³⁶. Dado que es más difícil lograr establecer con rapidez un tribunal cerca de los frentes de batalla, finalmente la Conferencia decidió introducir la norma de que cuando un prisionero no recibe el trato de un prisionero de guerra y se le va a juzgar por una infracción cometida en el marco de las hostilidades, su estatuto debe decidirlo un tribunal *judicial*³⁷. El artículo 45 establece así un sistema de dos niveles: por un lado, un «tribunal competente» debe determinar el estatuto cuando, a pesar de las presunciones, subsiste una duda a este respecto; por otro, si un detenido que no recibe el trato de un prisionero de guerra manifiesta tener derecho a dicho estatuto y se le va a acusar de cometer una infracción en el marco de las hostilidades, un «tribunal judicial» habrá de determinar su estatuto.

Las repercusiones de la comisión de un «acto de beligerancia»

En Estocolmo se modificó el texto original propuesto para el artículo 5 (segundo párrafo) a fin de especificar que la disposición se aplica únicamente si hay una duda respecto de personas que hayan cometido un acto de beligerancia y hayan caído en poder del enemigo³⁸. El Comentario del CG III establece que «si el Convenio menciona expresamente los "actos de beligerancia", es porque pretende referirse al principio de conformidad con el cual los interesados han actuado, y no solamente a la forma en que se ha cometido el acto». Claramente, si alguien ha cometido un acto de beligerancia, es fundamental determinar su estatuto.

La insuficiencia más significativa del artículo 5 (segundo párrafo) es la ausencia de una disposición que autorice expresamente a una persona respecto de la cual un tribunal competente ha decidido que no tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra a que el tribunal judicial que la juzga por su supuesto acto ilegal de hostilidad decida acerca de su estatuto³⁹. Cuando un tribunal competente no ha determinado, o aún no ha determinado, el estatuto de prisionero de guerra de una persona capturada, el Comentario del Protocolo I señala acertadamente que «el interesado corre un doble riesgo: a) verse inculcado por hechos que no son necesariamente delitos (en caso de simple participación en las hostilidades); b) verse privado de las garantías procesales de las que gozan los prisioneros de guerra, incluso si los hechos que se le imputan son efectivamente punibles»⁴⁰.

En esta situación, resulta esencial que el acusado esté habilitado para hacer valer su derecho al estatuto de prisionero de guerra y a que un tribunal judicial resuelva la cuestión en condiciones que ofrezcan todas las garantías judiciales y

³⁶ Los Estados Unidos aplicaron estas normas durante la Guerra de Vietnam. V. «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, Vol. 62, 1968, p. 767.

³⁷ Protocolo I, art. 45(2).

³⁸ *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 270-271.

³⁹ Bothe, Partsch y Solf, *op. cit.* (nota 35), p. 260.

⁴⁰ *Comentario del Protocolo I*, *op. cit.* (nota 24), p. 771, párr. 1751.

procedimientos generalmente reconocidos. Esta fue la base del artículo 45(2) del Protocolo I. El relator de la Comisión III indicó que esta disposición constituye:

«una nueva garantía procesal (...) para las personas que no son consideradas como prisioneros de guerra y que han de ser procesadas por infracciones relacionadas con las hostilidades. Dichas personas estarán facultadas para hacer valer su derecho al estatuto de prisionero de guerra y a que un tribunal judicial decida con jurisdicción originaria sobre esta cuestión, independientemente de cualquier decisión adoptada de conformidad con el párrafo 1. (...) Este tribunal judicial puede ser o bien el mismo que juzga la infracción o bien otro distinto. Puede ser o bien un tribunal civil o bien un tribunal militar; el calificativo judicial sólo indica que debe tratarse de un tribunal penal que ofrezca las garantías normales del procedimiento judicial»⁴¹.

Sin embargo, los problemas surgen porque no siempre es posible determinar el estatuto de prisionero de una persona capturada antes de que el tribunal se pronuncie sobre la infracción de la cual se le acusa (en particular, la condición de llevar las armas a la vista o de tener un signo distintivo)⁴². Por otra parte, el derecho al estatuto de prisionero de guerra puede depender no sólo de algunos factores, sino de la interpretación de las normas del Convenio o del Protocolo⁴³.

⁴¹ O.R. XV p. 433, CDDH/III/338 citado en *Comentario del Protocolo I*, *op. cit.* (nota 24), párr. 1752. En esta fase se excluyeron las autoridades administrativas, los militares y otras comisiones. El tribunal al cual se recurre en primera instancia para la determinación del estatuto de prisionero de guerra puede ser de naturaleza civil o militar. Sin embargo, en el momento en que se reconoce el estatuto de prisionero de guerra, se aplican los artículos 84 y 102 del CG III, a menos que la infracción haya sido simplemente una relacionada con las hostilidades, en cuyo caso la acusación prescribirá. El artículo 84 estipula que la Potencia detenedora debe hacer comparecer a la persona ante un tribunal militar, mientras que el artículo 105 especifica todos los derechos y medios de defensa de un acusado. Privar a un prisionero de guerra de sus derechos a un procedimiento imparcial y regular constituye una infracción grave tanto a la luz del CG III (art. 130) como del Protocolo I (art. 85(4)(e)).

⁴² El art. 45(2) del Protocolo I estipula que: «[s]iempre que no sea contrario al procedimiento aplicable, esa cuestión se decidirá antes de que el tribunal se pronuncie sobre la infracción.»

⁴³ Por lo que atañe a la dificultad de aplicar el art. 5 del CG III a los combatientes contemplados en el art. 4A(6), por ejemplo el UK 1958 *Manual of Military Law*, *op. cit.* (nota 8) establece que: «Cuando, al parecer, un civil ha violado el derecho de la guerra [por ejemplo] por disparar contra heridos y camilleros, él tendrá, no obstante, derecho a recibir el trato de prisionero de guerra hasta tanto un tribunal competente establezca que no cumple con ninguno de los requisitos del art. 4A(6) (...). Por consiguiente, si se llegara a comprobar ante un tribunal competente que el civil disparó contra heridos o personal médico protegido del enemigo, automáticamente perderá su derecho al estatuto de prisionero de guerra y, en consecuencia, podrá ser juzgado como un civil que ha cometido actos ilegales de hostilidad.» Esta interpretación es contraria a la interpretación común de que una violación de las leyes de la guerra no implica para la persona la pérdida del estatuto de prisionero de guerra, pero sí su enjuiciamiento a la luz del art. 85 del CG III. La exigencia del respeto de las leyes y costumbres de la guerra es constitutiva del estatuto de combatiente pero sólo como criterio de grupo, no como criterio individual. V. también art. 44 del Protocolo I.

El *Comentario del Protocolo I* señala que «No cabe duda de que es, en principio, preferible resolver sobre la calificación del inculpaado para beneficiarse de la protección del III Convenio, o sea, pronunciarse sobre su condición de combatiente y de prisionero de guerra antes de fallar sobre el fondo»⁴⁴. Se llegó a esta solución muy poco convincente pues, dadas las grandes diferencias entre los procedimientos judiciales, no se consideró posible establecer como norma definitiva que esta cuestión fuese decidida antes de enjuiciar a la persona por el delito cometido. El relator arguyó que «de existir la menor posibilidad, debería ser así ya que de tal decisión depende el conjunto todo de las protecciones procesales que el III Convenio concede a los prisioneros de guerra, pudiendo proceder el caso a la jurisdicción del tribunal»⁴⁵.

De cualquier forma, a la luz del artículo 45 el procedimiento seguido por el tribunal competente deberá, en primera instancia, ser conforme por lo menos con las normas correspondientes del IV Convenio⁴⁶, o ajustarse a las normas correspondientes del artículo 75 del Protocolo I («Garantías Fundamentales») ⁴⁷.

Los derechos fundamentales a un proceso con las debidas garantías y los procedimientos para la determinación del estatuto

El derecho internacional humanitario guarda silencio respecto de qué derechos al proceso con las debidas garantías han de aplicarse en los procedimientos de determinación del estatuto de guerra. Habida cuenta de que el derecho de los derechos humanos es en todo tiempo aplicable, incluso en las situaciones de conflicto armado, puede argumentarse que las normas básicas de los derechos humanos que garantizan el derecho a un proceso que ofrezca las debidas garantías a las personas que se hallan bajo cualquier forma de detención, deben ser aplicables en el procedimiento de determinación del estatuto⁴⁸. Aunque el derecho internacional

⁴⁴ *Comentario del Protocolo I*, op. cit. (nota 24), párr. 1755.

⁴⁵ O.R. XV, p. 433, CDDH/III/338. *El Comentario del Protocolo I* establece que a pesar de que «[s]eguramente hubiera sido, en teoría, más sencillo estipular estas garantías judiciales ya en la primera fase, cuando el "tribunal competente" (...) no pareció realizable recargar hasta tal punto un órgano que debía intervenir en el campo de batalla.» *Comentario del Protocolo I*, op. cit. (nota 24), p. 771, párr. 1751.

⁴⁶ Si una persona no se cataloga como prisionero de guerra, o hasta tanto se le otorgue dicho estatuto, recibe la protección conferida por el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra del 12 de agosto de 1949 (CG IV).

⁴⁷ El art. 45(3) del Protocolo I estipula: «[l]a persona que haya tomado parte en las hostilidades y no tenga derecho al estatuto de pri-

sionero 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.»

⁴⁸ V., por ejemplo, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, AG ONU, Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, op. cit., (nota 27), artículos 9 y 14; Declaración Universal de Derechos Humanos, AG ONU, Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, artículos 6-11; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículos II; XVIII, XXV y XXVI; y Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, AG ONU, Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.

humanitario puede aplicarse como *lex specialis* en situaciones de conflicto armado⁴⁹, los derechos fundamentales al proceso con las debidas garantías están incluidos también en el artículo 75 del Protocolo I⁵⁰ y en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra⁵¹, los cuales se reconocen como constitutivos del derecho consuetudinario⁵².

El problema que subsiste aún es establecer si esos derechos son aplicables en los procedimientos de determinación del estatuto, o si su aplicación se limita exclusivamente a los enjuiciamientos por crímenes relacionados con la participación en las hostilidades. Recientemente, la Comisión Interamericana de la Organización de los Estados Americanos (OEA) emitió su concepto al respecto, en respuesta a una Petición de medidas cautelares respecto de los detenidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba⁵³. La Comisión observó en primer lugar que, en situaciones de conflicto armado, las protecciones contempladas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario pueden complementar y reforzar otro derecho, «compartiendo, como ellos lo hacen, un núcleo común de derechos no derogables y un propósito común de promover la vida y la dignidad humanas». La Comisión encontró que cuando las personas están bajo la autoridad y control de un Estado y cuando una situación de conflicto armado puede incidir, sus derechos fundamentales pueden determinarse, en parte, por referencia al derecho internacional humanitario, así como al derecho internacional de los derechos humanos.

De llegar a considerarse que las protecciones del derecho internacional humanitario no son aplicables, estas personas mantendrán, no obstante, su derecho a beneficiarse, al menos, de las protecciones no derogables contempladas en el derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, según la Comisión,

⁴⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Corte Internacional de Justicia, ICJ Reports 1996, párrs. 23-24.

⁵⁰ V., en particular, el art. 75(3) que estipula que «Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. *Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento.*» (El subrayado es nuestro). V. art. 75(4) en el que se estipulan los derechos fundamentales a un procedimiento ordinario.

⁵¹ El art. 3(1)(d) común a los cuatro Convenios de Ginebra prohíbe en todo tiempo y lugar «las condenas dictadas y las ejecuciones

sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.»

⁵² La Corte Internacional de Justicia describió el art. 3 común como un reflejo de «consideraciones elementales de humanidad». *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, ICJ Reports 1986, pp. 14 y 114. V. T. Meron, «Humanization of humanitarian law», *American Journal of International Law*, Vol. 94, 2000, p. 246.

⁵³ Organización de Estados Americanos, Washington, D.C., 20006, Ref. Detainees in Guantanamo Bay, Cuba: Request for Precautionary Measures, 13 de marzo de 2002, disponible en: <<http://www.humanrightsnw.org/oasconventionnonguantanmodetainees.htm>>

«una corte o un tribunal competente, a diferencia de una autoridad política, debe velar por que se garantice el respeto del estatuto jurídico y de los derechos de las personas que caigan bajo la autoridad y control de un Estado». Tras señalar que «la duda existe respecto del estatuto jurídico de los detenidos», la Comisión solicitó a los Estados Unidos adoptar «las medidas urgentes necesarias para que un tribunal competente determine el estatuto jurídico de los detenidos en la Bahía de Guantánamo»⁵⁴.

Sin temor a equivocaciones, la conclusión puede ser que a la luz del derecho internacional consuetudinario los derechos fundamentales al procedimiento regular son aplicables en los procedimientos de determinación del estatuto⁵⁵. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declaró en su Comentario General sobre las Reservas que un Estado no puede arrogarse el derecho de arrestar y detener arbitrariamente a las personas o de presumir la culpabilidad de una persona a menos que pruebe su inocencia⁵⁶. La Tercera Reforma de la Ley de los Estados Unidos sobre Relaciones Exteriores (*The United States Third Restatement of Foreign Relations Law*) catalogó también las detenciones arbitrarias prolongadas y las violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos dentro de su lista de violaciones a los derechos humanos que han alcanzado estatuto de derecho consuetudinario⁵⁷.

Si bien los artículos 9 (*habeas corpus*) y 14 (juicio imparcial) del Pacto no forman parte de los derechos no derogables enumerados en el artículo 4, estos derechos sólo podrán ser suspendidos «en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación»⁵⁸ y el Estado Parte no puede adoptar medidas discriminatorias por lo que concierne a la raza, color, sexo, lengua, religión u origen social⁵⁹. Por otra parte, en los Comentarios Generales del Comité de Derechos Humanos se establece que un Estado no tiene la facultad para derogar las garantías

⁵⁴ *Ibid.* p. 3. Sin la aclaración del estatuto jurídico, «la Comisión considera que no puede afirmarse que los derechos y protecciones que a la luz del derecho internacional o interno ellos pueden reivindicar constituyen una efectiva protección jurídica por parte del Estado».

⁵⁵ Se puede afirmar que el núcleo de las garantías del procedimiento regular establecidas en el art. 14 de El Pacto, *op. cit.* (nota 27) ha alcanzado un estatuto de derecho consuetudinario, habida cuenta del elevado número de Estados Partes en El Pacto (148 al 10 de julio de 2002) y de la medida en que algunos de los derechos a un procedimiento regular en él estipulados se han ido incluyendo en otros instrumentos internacionales, y gracias a la incorporación de los derechos en las legislacio-

nes nacionales. V. en términos generales D. Weissbordt and R. Wolfrum (eds), *The Right to Fair Trial*, Springer, Berlín, 1997.

⁵⁶ Comentario General nº 24 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre las Reservas, párr. 8, UN Doc. CCPR/C/21/Rev1/Add.6, 2, del 2 de noviembre de 1994.

⁵⁷ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, § 702 (1987).

⁵⁸ Comisión de Derechos Humanos, Comentario General nº 13, artículo 14, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), at 14.

⁵⁹ Comisión de Derechos Humanos, Comentario General nº 5, artículo 4, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1 (1995), at 5.

jurídicas básicas necesarias para reivindicar los derechos no derogables, tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser torturado⁶⁰.

Prácticas estatales con respecto a la norma del artículo 5 (segundo párrafo) del CG III Estados Unidos de América

En Estados Unidos, la legislación relevante a este respecto es la Reglamentación del Ejército de 1997 denominada «Prisioneros de Guerra Enemigos, Personal Retenido, Civiles Internados y Otros Detenidos»⁶¹. En el glosario se define la expresión «Otros Detenidos» como «las personas bajo la custodia de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos que no han sido clasificadas» como prisioneros de guerra enemigos (CG III, artículo 4), personal retenido (CG III, artículo 33) o civiles internados (CG IV, artículo 78) «recibirán el trato de prisioneros de guerra enemigos hasta tanto una autoridad competente determine su estatuto jurídico». En la sección 1-6(a) de la Reglamentación se expone la norma del artículo 5 (segundo párrafo). Además, el párrafo (b) estipula que «[un] tribunal competente deberá determinar el estatuto de toda persona que al parecer no tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra que haya cometido un acto de beligerancia o haya participado en actividades hostiles para beneficiar a las fuerzas armadas del enemigo, y que afirme tener derecho a recibir el trato de un prisionero de guerra, o respecto de la cual exista duda de naturaleza similar»⁶². En realidad, esta reglamentación va más allá del artículo 5 (segundo párrafo) del CG III, pues en ella se exige que un tribunal competente determine el estatuto no sólo cuando surge una duda respecto de los criterios del artículo, sino también cuando al parecer la persona no tiene derecho al estatuto de guerra pero afirma que tiene derecho a recibir el trato debido a un prisionero de guerra. En consecuencia, si una persona capturada que se halla bajo la custodia de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, y que al parecer no pertenece a ninguna de las categorías del artículo 4, manifiesta tener derecho a recibir el trato de un prisionero de guerra, los Estados Unidos

⁶⁰ Zayas, A., «The United Nations and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment», en Weissbordt and Wolfrum, *op. cit.* (nota 55), p. 674. Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que dentro de las garantías «esenciales» que a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos no están sujetas a derogación se encuentran el *habeas corpus* y el *amparo*, y cualquier otra medida judicial eficaz concebida para garantizar el respeto de los derechos y libertades no derogables contemplados en la Convención. *Judicial Guarantees in States of*

Emergency, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, InterAm. Ct. H.R. (Ser. A) NO.9 (1987), at 41. En 1994, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución mediante la cual alienta a los Estados a «establecer un procedimiento como el *habeas corpus*, u otro similar, en tanto que derecho personal no sujeto a derogación, aun durante los estados de emergencia», Res. 1994/32 del 4 de marzo de 1994.

⁶¹ 1997 USA Army Regulation, *op. cit.* (nota 22).

⁶² *Ibid.*, Sección 1-16 (b).

estarán en la obligación de recurrir a un tribunal competente para resolver la cuestión. Esto es coherente con el análisis del significado de la expresión «si hay una duda», en la medida en que se incluyen casos en los que se ha reivindicado el derecho al estatuto de prisionero de guerra.

Por lo que atañe a los procedimientos de determinación del estatuto, el tribunal competente debe estar compuesto por tres oficiales autorizados, uno de los cuales debe ser un oficial superior. La Reglamentación estipula todos los procedimientos y garantías fundamentales para asegurar un juicio imparcial⁶³. Y lo más importante, las personas que en concepto de un tribunal competente no tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra «no pueden ser ejecutadas, encarceladas o castigadas de otra forma sin realizar procesos adicionales que permitan establecer qué actos cometieron y qué sanciones deberán serles impuestas»⁶⁴. Además, las actas de todos los procesos de los tribunales por cuya decisión se deniegue el estatuto de prisionero de guerra «deben ser revisadas a fin de establecer la suficiencia jurídica»; esta revisión debe hacerla la autoridad convocante en la oficina de Auditoría de Guerra del Estado Mayor⁶⁵.

En la versión 2000 del Manual Operacional de la Auditoría General de Guerra de los Estados Unidos (*2000 US military Judge Advocate General Operational Handbook*) también se exige el establecimiento de un «tribunal competente» si hay una duda respecto del estatuto de prisionero de guerra. En dicho manual se alude asimismo a la antigua práctica de los Estados Unidos frente al establecimiento de tribunales competentes. Se señala que durante el conflicto de Vietnam, se establecieron, mediante una directiva, los procedimientos por los que se debían regir los tribunales a que se refiere el artículo 5. Por otra parte, en Granada y en Panamá no se constituyó ningún tribunal de los contemplados en el artículo 5, pues tan pronto como fue posible, se procedió a la repatriación del personal del enemigo capturado. En la Guerra del Golfo, la Operación «Tormenta del Desierto»

63 Las siguientes garantías están estipuladas: (1) un registro escrito de los procedimientos; (2) procedimientos públicos, excepto cuando se va a deliberar o cuando la seguridad pueda verse comprometida; (3) a las personas se les debe notificar sus derechos al inicio de su audiencia; (4) las personas podrán asistir a todas las sesiones públicas y solicitar los servicios de un intérprete si es necesario; (5) las personas podrán llamar testigos si se encuentran razonablemente disponibles, y podrán cuestionar a los testigos citados por el tribunal; (6) las personas tendrán derecho a rendir testimonio; (7) las personas no podrán ser forzadas a rendir testimonio. La prueba suficiente utilizada por el tribunal es «preponderancia de evidencia». Además, se debe llevar

un registro escrito de las decisiones tomadas en cada caso. El tribunal puede tomar las siguientes determinaciones de consejo: (a) prisionero de guerra; (b) personal retenido recomendado, con derecho a las protecciones acordadas a un prisionero de guerra, que debe ser considerado para certificación en tanto que personal médico, religioso o voluntario de una sociedad de ayuda retenido; (c) civiles inocentes que deben ser inmediatamente devueltos o liberados; y (d) civiles internados que, por razones de seguridad operacional o porque pueden generar incidentes durante la investigación penal, deben ser detenidos. *Ibid.*, Sección 1-6 (10).

64 *Ibid.*, Sección 1-6(g).

65 *Ibid.*

condujo a la captura de un elevado número de personas, presuntamente prisioneros de guerra, cuando en realidad se trataba de civiles desplazados. Los interrogatorios realizados después de su captura permitieron determinar que ellos no habían cometido ningún acto hostil contra las fuerzas de la Coalición⁶⁶. De todas formas, los tribunales se establecieron para verificar el estatuto de los detenidos⁶⁷.

Durante la Guerra de Vietnam, los Estados Unidos promulgaron la Directiva Número 20-5 mediante la cual se prescribieron las políticas y procesos para determinar si las personas bajo custodia de los Estados Unidos que hubieran cometido actos de beligerancia eran o no prisioneros de guerra⁶⁸. La Directiva autorizó y estableció «los tribunales contemplados en el artículo 5 [CG III]»⁶⁹. Los detenidos que habían cometido actos de beligerancia fueron remitidos a un tribunal conforme a lo estipulado en el artículo 5, en los siguientes casos: (a) cuando hubo una duda a la hora de establecer si el detenido tenía o no derecho al estatuto de prisionero de guerra; (b) cuando se determinó que el estatuto del detenido no era el de prisionero de guerra, pero el detenido, o alguien en su nombre, reivindicó su derecho al estatuto de prisionero de guerra⁷⁰. Según la Directiva, el tribunal contemplado en el artículo 5 debe estar compuesto, como mínimo, por tres oficiales, y por lo menos uno de ellos debe ser auditor general de guerra u otro abogado castrense⁷¹. A los detenidos se les proporcionó asesoramiento y se les otorgaron «los derechos fundamentales considerados como esenciales en una audiencia imparcial»⁷². El procedimiento favoreció el otorgamiento del estatuto de prisionero de guerra⁷³. A partir de 1965, en la guerra de Vietnam, los Estados Unidos empezaron a garantizar no sólo el trato, sino también el estatuto, de prisionero de guerra a los combatientes respecto de los cuales se tenía algún indicio que permitiera comprobar su pertenencia a una unidad militar, incluso a una de carácter secreto, y quienes habían participado en un acto de guerra de cualquier naturaleza, incluida propaganda o misiones de protección, ya fueran ellas actividades a tiempo completo o

⁶⁶ El Manual señala que en algunos casos ellos se entregaron a las fuerzas de Coalición a cambio de comida y agua.

⁶⁷ El Manual establece que «[d]eterminar si los tribunales eran o no necesarios en materia de derecho, sigue siendo un tema de debate: los "civiles" no habían cometido un acto de beligerancia, y tampoco existía "duda" respecto de su estatuto. Si se determinaba que eran civiles que no habían participado en las hostilidades, se les transfería a campos de refugiados».

⁶⁸ Directiva nº 20-5 del 15 de marzo de 1968, reproducida en *American Journal of International Law*, Vol. 62, 1968, p. 768.

⁶⁹ *Ibid.*, art. 2.

⁷⁰ *Ibid.*, art. 5(f).

⁷¹ *Ibid.*, Anexo A(3).

⁷² *Ibid.*, Anexo A(7).

⁷³ Las decisiones se tomaban por mayoría de votos, pero si el voto se dividía en partes iguales, la decisión debía ser favorable al estatuto de prisionero de guerra. *Ibid.*, Anexo A(6). Cuando se decidía que un detenido no tenía derecho al estatuto de prisionero de guerra, la decisión debía estar acompañada de todos los documentos relevantes y era necesario entregar copia a todas las partes y a la autoridad convocante. *Ibid.*, art. 15(b).

a tiempo parcial⁷⁴. Un delegado del CICR en Saigón se expresó de la siguiente manera acerca de la política de los Estados Unidos relativa al trato de los combatientes capturados:

«La instrucción del MACV (Military Assistance Command Vietnam) (...) es una brillante expresión de una actitud liberal y realista (...) este texto bien podría ser uno de suma importancia en la historia del derecho humanitario, porque es la primera vez (...) que en una instrucción oficial destinada a las fuerzas armadas un Gobierno va más allá de las exigencias de los Convenios de Ginebra. Los sueños de hoy son las realidades del mañana, y el día en que esas definiciones o algunas similares se incorporen en un tratado internacional (...) será un día maravilloso para el hombre que se preocupa por la protección de los seres humanos que no pueden protegerse a sí mismos»⁷⁵.

Reino Unido

El Manual de 1981 del Reino Unido, «El Derecho de los Conflictos Armados», estipula que si existe duda respecto del estatuto de una persona capturada, ella debe recibir el trato debido a un prisionero de guerra hasta que una «autoridad superior» haya determinado su estatuto»⁷⁶. El Manual de Derecho Militar del Reino Unido de 1985 (*UK 1958 Manual of Military Law*), documento más exhaustivo, reafirma la norma del artículo 5. Asimismo, hace hincapié en que «finalmente, dicha determinación no la puede tomar el oficial en cuyo poder ha caído [la persona capturada]»⁷⁷. Además, «[n]o es (...) de los oficiales o soldados ocuparse directamente de la calificación de un enemigo desarmado como beligerante. (...) [E]llos son responsables de su persona y deben dejar la decisión de su destino en manos de la autoridad competente»⁷⁸. En el Manual se sigue afirmando que si se rebate su condición de miembro de las fuerzas armadas, la persona debe comparecer ante «una corte competente para indagar al respecto»⁷⁹. Los términos del fallo del tribunal competente deben establecer si es o no necesario incoar procesos adicionales por un crimen de guerra, por ejemplo, un acto hostil cometido por una persona que en concepto del tribunal competente no tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra⁸⁰.

⁷⁴ *Comentario del Protocolo I*, *op. cit.*, (nota 24), p. 548. La razón para otorgar este trato se fundamentaba, en gran parte, en los beneficios recíprocos para los cautivos americanos que cayeron en poder de los ejércitos del Vietcong y de Vietnam del Norte. «Prisoners of War and War Crimes», <http://www.army.mil/cmh-pg/books/Vietnam/Law-War/law-o4.htm>.

⁷⁵ Citado en «Prisoners of War and War Crimes», *op. cit.* (nota 74), p.5. .

⁷⁶ «The Law of Armed Conflict», Army Code 71130, D/DAT/13/35/66, Ministerio de Defensa del Reino Unido, revisado 1981, p. 28.

⁷⁷ UK 1958 Military Manual, *op. cit.* (nota 8), p. 50, párr. 132.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 35, párr. 104.

⁷⁹ El Manual exige la elaboración de Reglamentos que estipulen el establecimiento de los tribunales que han de funcionar como tribunales competentes para los efectos del art. 5. *Ibid.*, párr. 104. Esto se hizo en Prisoner of War Determination of Status Regulations 1958, First Schedule of the Royal Warrant Governing the Maintenance of Discipline among Prisoners of War 1958.

⁸⁰ *Ibid.*, nota de pie de página 3(a).

Los tribunales contemplados en el artículo 5 se rigen por las Normas de 1958 para la Determinación del Estatuto de los Prisioneros de Guerra, aplicables en caso de que un oficial considere que existe una duda con respecto a la pertenencia de una persona capturada que se halla bajo la custodia del Reino Unido a una de las categorías del artículo 4 del CG III. Para los efectos de las Normas, un «tribunal competente» consiste en un consejo de investigación que elabora un informe que constituye la determinación efectiva del estatuto de la persona interesada. Un abogado de oficio puede representar a los detenidos ante el consejo de investigación. La práctica del Reino Unido demuestra una buena disposición para recurrir al consejo de investigación a fin de determinar el estatuto, incluso en aquellos casos en que el artículo 5 no es aplicable. Así por ejemplo, durante la Guerra del Golfo de 1990-1991, unos 35 iraquíes detenidos declararon no ser miembros de las fuerzas armadas iraquíes y exigieron ser liberados de su internamiento en el Campo de Rolleston. Pese al hecho de haberse declarado que ninguno de los detenidos había cometido un acto de beligerancia, se decidió, «a fin de dar cumplimiento al Convenio»⁸¹, que si el Comandante de Rolleston consideraba que existían dudas con respecto al estatuto de una persona en particular, el curso normal que debía seguir era comunicar dichas dudas a sus superiores, y recomendarles la convocatoria de un consejo de investigación de conformidad con las Normas del Consejo de Investigación (del ejército) de 1956⁸².

Canadá

En Canadá, el Reglamento de 1991 para la Determinación del Estatuto de Prisionero de Guerra (*1991 Prisoner-of-War Status Determination Regulations*) estipula que un tribunal, conformado por un oficial de la Rama Jurídica de las Fuerzas Canadienses, «debe celebrar una audiencia a fin de determinar si un detenido que comparece ante él tiene o no derecho al estatuto de prisionero de guerra»⁸³. Cuando un detenido (término que designa a aquella persona que se encuentra bajo la custodia de las Fuerzas Canadienses que ha cometido un acto de beligerancia) queda bajo la custodia del oficial comandante, debe ser sometido, tan pronto como sea posible, a una evaluación inicial a fin de determinar si tiene o no derecho al estatuto de prisionero de guerra o si existe duda respecto de su derecho al estatuto del prisionero de guerra. Cuando el oficial al mando «considera que puede haber duda» respecto del derecho al estatuto, él solicita a una

⁸¹ G. Risius, «Prisoners of War and the United Kingdom», en P. Rowe (ed.), *The Gulf War 1990-1991 in International and English Law*, Routledge, Londres, p. 296.

⁸² La autoridad de estas normas emana del s. 135 Army Act 1955 (UK). Los detenidos pudieron recurrir a un representante legal, estar

presentes durante los procedimientos, rendir declaración y cuestionar a los testigos.

⁸³ Artículos 4 y 5 de Prisoner-of-War Status Determination Regulations, SOR/91-134, Departamento de Justicia, Canadá, 1 de febrero de 1991.

autoridad⁸⁴ ordenar que un tribunal celebre una audiencia a fin de determinar el estatuto. Si la autoridad tiene duda respecto del derecho del detenido al estatuto de prisionero de guerra, puede ordenar a un tribunal la celebración de una audiencia a fin de determinar el estatuto⁸⁵. Se obtiene así, de cierta forma, una conclusión preliminar de parte de la autoridad, al menos por lo que atañe a la existencia o no de una duda con respecto al estatuto⁸⁶.

Durante la audiencia del tribunal, un detenido tiene derecho a ser representado, a no declarar contra sí mismo, a un intérprete, a presentar pruebas y a solicitar la apelación de la decisión dentro de las 24 horas siguientes a la divulgación de la misma por parte del tribunal⁸⁷. La prueba suficiente es «un balance de las probabilidades de que el detenido no tenga derecho al estatuto de prisionero de guerra», o «en cualquier otro caso, determinar que el detenido tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra»⁸⁸. El hecho de que la prueba suficiente se especifique únicamente para determinar que el detenido no tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra sugiere que una prueba mínima puede bastar para que un detenido tenga derecho a dicho estatuto. Se estipula que durante el período en que el estatuto se encuentra en tela de juicio, un detenido debe recibir el trato propio de un prisionero de guerra⁸⁹.

Australia

A la luz del Manual de las Fuerzas de Defensa de Australia de 1994, en caso de que exista duda respecto del estatuto de una persona capturada, se le debe otorgar el estatuto de prisionero de guerra hasta tanto un «tribunal apropiado» establecido de conformidad con lo estipulado en el CG III pueda determinar su estatuto⁹⁰. Esta norma se reitera en la Guía Jurídica de los Comandantes de las Fuerzas Armadas (*Law of Armed Forces Commanders' Guide*), en la cual se dispone que, en caso de duda, se debe otorgar el estatuto de prisionero de guerra «hasta tanto un tribunal apropiado falle de manera autorizada respecto de su estatuto»⁹¹. El empleo de las palabras «falle de manera autorizada» sugiere al parecer que para

84 Las autoridades facultadas para establecer un tribunal son: el Ministerio de Defensa Nacional; el Jefe del Estado Mayor de la Defensa; un oficial al mando de un comando; un oficial al mando de una formación; y cualquier otra autoridad que el Jefe del Estado Mayor de la Defensa pueda recomendar o designar. *Ibid.*, art. 3.

85 *Ibid.*, art. 8.

86 Si la autoridad no tiene duda respecto del derecho del estatuto de prisionero de guerra, ella puede ordenar al comandante reconocer o no el estatuto de prisionero de guerra, dependiendo de su opinión. V. *Ibid.*, art. 8(a) y (b).

87 *Ibid.*, artículos 10, 6(2), 11, 13(d), y 17 respectivamente.

88 *Ibid.*, art. 13(g).

89 *Ibid.*, art. 12. V. LOAC [The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level] Manual 1999, Office of the Judge Advocate General, 8 de enero de 1999, Sección 2(10).

90 Australia, Defence Force Manual 1994, ADFP 37, párr. 1004.

91 Law of Armed Forces Commander's Guide, ADFP 37 Supp. 1, Australian Defence Force Publication, Operation Services, Canberra, 7 de marzo de 1994, párr. 703.

poder determinar el estatuto se requiere que la carga de la prueba sea alta. Asimismo, puede implicar que todos los derechos y procedimientos relativos al proceso con las debidas garantías son necesarios para que el proceso sea válido.

Nueva Zelanda

El Manual Provisional de Derecho de los Conflictos Armados (Interim Law of Armed Conflict Manual) estipula que cuando existe duda respecto de si un capturado en particular tiene derecho «al trato de prisionero de guerra que él exige», debe tratársele como tal hasta tanto su estatuto haya sido «determinado y denegado por un tribunal adecuadamente constituido (...)»⁹². Estas disposiciones indican que la duda puede surgir si un detenido declara tener derecho a recibir el trato propio de un prisionero de guerra. Las palabras «tribunal adecuadamente constituido» pueden aludir simplemente a un tribunal conforme al artículo 5 del CG III, o bien denotar un carácter más formal y jurídico del tribunal.

Israel

La Ley 2000 de Israel relativa al Encarcelamiento de Combatientes sin Derecho al Estatuto de Prisionero de Guerra (Imprisonment of Combatants not Entitled to Prisoner-of-War Status Law 2000) estipula el procedimiento para la determinación del estatuto de prisionero de guerra, y su objetivo es «incorporar en el derecho israelí el encarcelamiento de combatientes que no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra, de conformidad con las disposiciones del derecho internacional humanitario, en particular con los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949»⁹³. A la luz de esta ley, si el Jefe del Estado Mayor «tiene indicios para asumir» que una persona que se halla bajo la custodia del Estado es un combatiente que no es un prisionero de guerra, él puede expedir una orden para encarcelar a dicha persona⁹⁴. La orden se le comunica al prisionero «a la mayor brevedad posible», y se le da la oportunidad de esgrimir sus argumentos respecto de la orden ante un oficial con el rango de Teniente Coronel y de comunicarlos por escrito al Jefe del Estado Mayor. Tres semanas después de la expedición de la orden, el prisionero debe comparecer ante el Presidente del Tribunal del Distrito, quien debe determinar si el prisionero es un combatiente que no es un prisionero de guerra⁹⁵. Esta decisión puede

⁹² Interim Law of Armed Conflicts Manua, op. cit. (nota 17), párr. 912. Nueva Zelanda no tiene ningún reglamento vigente relativo a la determinación del estatuto de prisionero de guerra, aunque en la sección 9 del Geneva Conventions Act de 1958, el Gobernador General por Real Orden puede elaborar este reglamento en la medida en que sea necesario para que la Ley tenga pleno efecto.

⁹³ Imprisonment of Combatants not Entitled to Prisoner-of-War Status Law, 5769-2000, art. 1.

⁹⁴ *Ibid.*, art. 3(a). La orden es válida hasta «el fin de las hostilidades activas entre el Estado de Israel y la fuerza que combate a Israel de la cual es miembro el prisionero o en cuyas actividades haya participado» o hasta un tiempo previo al término de hostilidades, que será ordenado por el Jefe del Estado Mayor.

⁹⁵ *Ibid.*, art. 4.

ser apelada ante el Tribunal Supremo. En términos de procedimientos, el detenido tiene derecho a ser representado (aunque esta representación puede limitarse a personas autorizadas para actuar como abogados defensores en tribunales militares), la audiencia se lleva a cabo a puerta cerrada y se permite una desviación del derecho probatorio (aunque las razones para ello deben quedar registradas)⁹⁶. Incluso antes de la promulgación de esta ley, un comentarista observó que «[l]a utilización de tribunales especiales y de sitios de detención, y el trato especial acordado a los "terroristas" palestinos capturados por Israel (...) es una prueba más de un derecho humanitario subyacente»⁹⁷.

El artículo 45 del Protocolo I en tanto que norma constitutiva del derecho consuetudinario

Un adecuado análisis de la naturaleza consuetudinaria del artículo 45 va más allá del alcance de este documento; no obstante, es posible hacer algunas observaciones respecto de su estado. Teniendo en cuenta el proceso de incorporación del artículo 5 (segundo párrafo) en las normas militares de algunos Estados, se puede afirmar que generalmente ellos han tratado la norma del artículo 5 como una protección mínima. Algunos Estados, tales como los Estados Unidos, han extendido voluntariamente la obligación de determinar el estatuto recurriendo a un tribunal a aquellos casos en que una persona capturada al parecer no tiene derecho a dicho estatuto pero exige que se le conceda. Asimismo, los Estados han tenido la tendencia a otorgar la mayor parte de los derechos fundamentales al proceso con las debidas garantías a quienes enfrentan un juicio de determinación del estatuto. Con la notable excepción de los detenidos actualmente retenidos por los Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba⁹⁸, la práctica de los Estados con respecto al artículo 5 (segundo párrafo) del CG III ha demostrado una buena disposición para acordar el trato y el estatuto de prisionero de guerra a las personas capturadas que han participado en hostilidades, incluso cuando, hablando en un sentido muy estricto, no es fácil catalogarlas dentro una de las categorías contempladas en el artículo 4.

En su comentario del Protocolo I, Bothe, Partsh y Solf señalan que «el artículo 45 reafirma, complementa, aclara y amplía el artículo 5 del III Convenio de Ginebra»⁹⁹. Tal como se discutió anteriormente, la serie de presunciones del estatuto de prisionero de guerra y la inversión que en el artículo 45 se hace de la carga

⁹⁶ *Ibid.*, art. 4(E), (D) y (C).

⁹⁷ A. Rubin, «Terrorism and the laws of war», *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 12, n.º. 2-3, 1983, p. 227.

⁹⁸ Para una discusión sobre los aspectos jurídicos concernidos, v. E. Chlopak, «Dealing with the detainees at Guantanamo Bay: Humanitarian and human rights obligations under the Geneva Conventions», *Human Rights Brief*, Vol. 9, n.º 3, p. 1, disponible en <<http://www.wcl.american.edu/hrbrief/09/3guantanamo.cfm>>.

⁹⁹ Bothe, Partsch and Solf, *op. cit.*, (nota 35), p. 260.

de la prueba, son extensiones o un progreso del artículo 5 del CG III. Por otra parte, en muchos manuales militares ya se ha interpretado que el artículo 5 establece un alto umbral para declarar que habían surgido dudas con respecto al estatuto¹⁰⁰. Así, mientras se puede afirmar que las disposiciones precisas del artículo 45(1) no reflejan el derecho consuetudinario en su integridad, se ha sugerido que el principio subyacente que establece una presunción general del estatuto de prisionero de guerra para quienes participan en las hostilidades se está transformando en una norma de naturaleza consuetudinaria. Además, el derecho de una persona capturada que al parecer no es prisionero de guerra a afirmar que tiene derecho a ser tratada como tal y, por ende, a invocar el artículo 5 (segundo párrafo), se refleja en muchos manuales militares y es conforme con la práctica del Estado¹⁰¹. Asimismo, algunos Estados han incluido en sus manuales militares o en sus prácticas la disposición de ese artículo, según la cual toda persona retenida cuya condición no es la de prisionero de guerra y que va a ser juzgada por un delito cometido en el marco de las hostilidades, tiene derecho a que un tribunal judicial determine su estatuto. Además, todo ello se fundamenta en un gran corpus de principios y declaraciones relativos a los derechos de las personas que se encuentran bajo cualquier forma de detención, todos ellos internacionalmente reconocidos.

Con base en una alocución hecha en 1987 por el señor Michael J. Matheson, asesor jurídico adjunto de la Administración Reagan, se puede establecer cuál es la posición de los Estados Unidos, en tanto que Estado no Parte en el Protocolo I, con respecto a la naturaleza consuetudinaria de algunos aspectos del artículo 45. Dirigiéndose a los participantes de un taller sobre «El Derecho Internacional Consuetudinario y los Protocolos de 1997 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949», el señor Matheson manifestó desde el comienzo que agradecía la oportunidad de «dar a conocer la posición de los Estados Unidos» con respecto a la naturaleza consuetudinaria del Protocolo I, y prosiguió diciendo:

«[por otra parte], nosotros defendemos el principio de que si hay una duda respecto de si una persona tiene o no derecho al estatuto de combatiente, ella debe ser tratada como tal hasta tanto un tribunal competente determine su estatuto, así como el principio de que si una persona que cae en poder de un adversario no recibe el trato de un prisionero de guerra y va a ser procesada por un delito cometido en el marco de las hostilidades, debe tener derecho a manifestar ante un tribunal judicial que se considera habilitada para beneficiarse del estatuto de prisionero de guerra y a que se emita un fallo al respecto. Estos principios están contemplados en el artículo 45»¹⁰².

¹⁰⁰ V. notas 14-25 y textos correspondientes.

¹⁰¹ V. Sección Dos relativa a la práctica de los Estados con respecto al art. 5(2), en particular de los Estados Unidos y el Reino Unido.

¹⁰² Citado en M. Dupuis, J. Heywood and M. Sarko, «The Sixth Annual American Red Cross –

Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions», *American University International Law Review*, Vol. 2, n° 2, 1987.

El derecho de una persona capturada, que al parecer no es un prisionero de guerra, a manifestar que está habilitada para recibir ese trato y a recurrir a un tribunal competente para que decida su condición, está contemplado en la Reglamentación del Ejército de los Estados Unidos de 1997. Pero si se tiene en cuenta que los Estados Unidos no han ratificado el Protocolo I, ello sugiere que el derecho de una persona a declararse habilitada para invocar el estatuto de prisionero de guerra, y luego para que un tribunal competente determine su condición, constituye para ese Estado una norma de derecho consuetudinario¹⁰³.

Conclusión

El III Convenio de Ginebra se concibió para garantizar la protección de uno de los grupos más vulnerables de las víctimas de los conflictos armados: los combatientes que caen en poder del Estado enemigo. En armonía con los objetivos y espíritu del Convenio, el estatuto de prisionero de guerra para una persona que ha cometido un acto de beligerancia puede quedar en tela de juicio únicamente cuando hay serias dudas respecto de su pertenencia a una de las categorías de combatientes del artículo 4, o cuando a la persona capturada se le niega ese estatuto pero manifiesta tener derecho a beneficiarse de él. En consecuencia, si una persona, o grupo de personas, ha participado en las hostilidades pero al parecer no está incluida en ninguna de las categorías de combatientes estipuladas en el Convenio, los Estados deben considerar que ha surgido una duda y por ello es menester aplicar la norma del artículo 5(2).

Cuando el estatuto de combatiente de una persona capturada que ha cometido un acto de beligerancia está en tela de juicio y no se recurre a un tribunal o a otra autoridad para que determine su condición, se estará cometiendo una violación del III Convenio de Ginebra y del Protocolo I (si son aplicables). Además, tal como se hace hincapié en el *Comentario del Protocolo I*, «una cosa es no obstante cierta, y la presente disposición es categórica al respecto: todas las personas capturadas que no sean consideradas ni prisioneros de guerra ni civiles que no han participado en las hostilidades, deben ser tratadas, *in situ*, como prisioneros de guerra, hasta que un tribunal competente determine su estatuto»¹⁰⁴.

Un tribunal competente debe conformarse a la luz del derecho interno y el procedimiento debe conducir a la determinación del estatuto individual. El tribunal no debe componerse de una sola persona, pero puede ser de naturaleza militar, civil o administrativa, e incluir oficiales militares. El Estado detenedor debe establecer las normas relativas a la competencia, composición y procedimientos del tribunal, y ellas deben velar por los derechos fundamentales al proceso con las debidas garantías. Aunque al parecer no existe un tiempo límite para la determinación

¹⁰³ Sección 1-6(b) 1997 US Army Regulation, *op. cit.* (nota 22).

¹⁰⁴ *Comentario del Protocolo I*, *op. cit.* (nota 24), p. 765, párr. 1743.

del estatuto, es razonable asumir que este procedimiento debe realizarse tan pronto como sea posible, dada la gravedad de las consecuencias de una determinación de esta naturaleza y la aplicación de los derechos fundamentales del proceso con las debidas garantías.

Las personas detenidas no como prisioneros de guerra, o cuyo estatuto no ha sido determinado aún y van a ser procesadas por la potencia detenedora por delitos cometidos en el marco de las hostilidades, tienen derecho a alegar su derecho al estatuto de prisionero de guerra y a que un tribunal judicial, o por lo menos un tribunal que garantice todos los derechos fundamentales a un proceso justo, dirima la cuestión. En la medida de lo posible, el estatuto debe determinarse antes del juicio penal. Dado que los procesos para la determinación pueden ser considerados como equivalentes al juicio, y teniendo en cuenta que una persona puede ser hallada culpable de haber participado ilegalmente en las hostilidades, a la luz del derecho internacional humanitario, la determinación de su estatuto mediante un procedimiento rápido, justo y debidamente establecido, no es precisamente una obligación que recae sobre los Estados¹⁰⁵, aunque sí una prueba contundente del compromiso de un Estado con los derechos humanos y el imperio del derecho.

105 Negar el derecho a un procedimiento regular constituye una grave violación tanto del CG III (art. 130) como del CG IV (art. 147). Constituye asimismo una grave violación negar a una persona protegida por el art. 45 del Proto-

colo I el derecho a un procedimiento regular. Esto debe incluir las garantías judiciales para los procedimientos de determinación del estatuto, contempladas en el art. 45(2).

Protección de los bienes culturales durante las hostilidades: reunión de expertos en América Latina

por
JAN HLADÍK

El Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) organizó una Reunión Regional de Expertos para los países latinoamericanos, los días 13 y 14 de mayo de 2002 en Lima (Perú), sobre el tema "Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: aplicación a nivel nacional de las reglamentaciones internacionales en este ámbito". La Reunión se llevó a cabo con el apoyo de las autoridades peruanas, el Instituto Nacional de Cultura y la Comisión Nacional para el Estudio y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Tras la reunión de expertos sobre la protección de los bienes culturales durante las hostilidades, celebrada en Chavannes-de-Bogis (Ginebra) los días 5 y 6 de octubre de 2001¹, ésta fue la primera reunión descentralizada.

Los principales objetivos de la Reunión fueron promover un mayor conocimiento de las normas internacionales sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado; intercambiar información y considerar los métodos técnicos que emplean algunos países para identificar e inventariar los bienes culturales, adoptar medidas relativas a su salvaguardia y protección durante esas situaciones y a las sanciones de las violaciones de las normas pertinentes; facilitar los intercambios de información entre las autoridades y las entidades nacionales competentes en América Latina; y difundir los consejos prácticos incluidos en el informe *Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*, publicado por el CICR tras la reunión de expertos celebrada en Ginebra, en octubre

.....

Especialista de Programa, Sección Normas Internacionales, División de Patrimonio Cultural, UNESCO. El autor es responsable de la selección y la presentación de los hechos que figuran en el presente artículo, así como de las opiniones en él vertidas, que no son necesariamente las de la UNESCO ni comprometen a esa Organización.

de 2000². Estos consejos sirven para motivar y guiar a las autoridades y las comisiones nacionales en lo que concierne a la aplicación del derecho humanitario en este ámbito.

En la reunión celebrada en Lima, participaron los siguientes países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela³. Además, asistió España⁴.

La primera jornada se dedicó a presentaciones generales y a la experiencia en el plano interno de Argentina, El Salvador y España. Para el cierre, se realizó una presentación sobre la difusión de las normas sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado entre los miembros de las fuerzas armadas.

En la segunda jornada, tres grupos de trabajo debatieron diversos temas: el Grupo de Trabajo I trató de la atribución de competencias y responsabilidades y la cooperación en los planos regional y subregional; el Grupo de Trabajo II abordó la cuestión de la protección jurídica de los bienes culturales, la legislación nacional y asuntos penales; y el Grupo de Trabajo III debatió acerca de la difusión y la promoción de las disposiciones de la Convención de La Haya sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado y su segundo Protocolo, entre el público en general y entre grupos concretos, como las fuerzas armadas o los funcionarios civiles.

El Grupo de Trabajo II examinó asuntos jurídicos específicos, como las medidas legislativas, la definición de bienes culturales, la aplicación de las disposiciones de la Convención de La Haya en caso de desastres naturales, el uso del signo distintivo previsto en la Convención de La Haya y las sanciones penales por violaciones de las normas relativas a los bienes culturales. Durante los debates, se planteó una cuestión de índole jurídica, muy interesante: la posibilidad de aplicar la Convención de La Haya al patrimonio cultural intangible, el cual reviste especial importancia para algunos países latinoamericanos, que se preocupan por proteger su tradición oral. No incumbe a la UNESCO proporcionar una interpretación "oficial" de la Convención. Esa prerrogativa sólo corresponde a los Estados Partes en ese instrumento y, posiblemente, a la Corte Internacional de Justicia, si se le solicita ejercer jurisdicción en un litigio legal relativo a la interpretación de

¹ Para un informe más detallado sobre la Reunión de Expertos celebrada en Ginebra el año 2000, véase mi artículo "Expert Meeting on the National Implementation of Rules for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict", *International Journal of Cultural Property*, Vol.10, No. 1, 2001, pp. 134-136.

² Véase nota 1.

³ De estos Estados, Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, México, Ni-

caragua, Panamá y Perú son Partes en la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado; Brasil, Colombia, Cuba, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá y Perú son Partes en el Protocolo de 1954; y Argentina, Nicaragua y Panamá son Partes en el segundo Protocolo, de 1999.

⁴ España es Parte en la Convención de La Haya y en sus dos Protocolos.

un tratado⁵. No obstante, se puede argumentar que la definición de bienes culturales que figura en el artículo 1 de la Convención (bienes muebles o inmuebles que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, edificios destinados a conservar y exponer bienes culturales muebles y centros que alberguen monumentos) no se extiende al patrimonio cultural intangible.

Como síntesis de los debates de los Grupos de Trabajo, se formularon recomendaciones.

En resumen, la Reunión Regional de Expertos, celebrada en Lima el mes de mayo de 2002, sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado contribuyó a dar mayor difusión a la Convención de La Haya y su segundo Protocolo en América Latina. Asimismo, brindó la oportunidad para que profesionales en patrimonio cultural de la región, juristas civiles y militares y funcionarios se pongan en contacto y compartan información. Destacó, además, la suma importancia que reviste la estrecha cooperación entre la UNESCO, depositaria del Convenio de La Haya y de sus dos Protocolos y órgano de vigilancia de esos instrumentos, y el CICR, que vela por la aplicación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra y sus Protocolos adicionales de 1977, con miras a promover y aplicar los instrumentos jurídicos relativos a la protección del patrimonio cultural durante las hostilidades. Por último, tres países latinoamericanos (Bolivia, Costa Rica y Honduras) anunciaron, durante la reunión, que pronto se harán Partes en el segundo Protocolo, con lo cual aumenta el número de países latinoamericanos Partes en ese instrumento.

⁵ Véase el art. 36 (2) (a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Diciembre
2002
Nº 164

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 2002

E

ditorial

El presente número de la Revista versa exclusivamente sobre la cuestión de las personas desaparecidas o dadas por desaparecidas.

Dado que se confronta a diario con esta cuestión, el CICR decidió iniciar un proceso de deliberaciones al respecto. La primera etapa consistió en recopilar y analizar información sobre el tema, en estrecha colaboración con institutos de investigación. Se examinaron las siguientes cuestiones: actividades de protección y de restablecimiento del contacto entre familiares, apoyo a las familias de personas desaparecidas, recopilación y gestión de datos personales, y mecanismos para tratar casos de personas desaparecidas. La Revista presenta una selección de artículos sobre la cuestión de las personas desaparecidas, algunos de los cuales fueron preparados para las actuales deliberaciones.

En febrero de 2003, el CICR celebrará una Conferencia Internacional sobre esta cuestión, en la que participarán representantes de los Gobiernos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, institutos de investigación y expertos. El objetivo de la Conferencia es lograr una sensibilización aún mayor acerca de la tragedia de las personas dadas por desaparecidas como resultado de un conflicto armado o de violencia interna, así como de la angustia que sufren sus familiares. La Conferencia, que será de mucho interés para los políticos y humanitarios que obran en esas situaciones, les proporcionará medios para la acción y la comunicación. Cabe esperar que contribuya a que las autoridades asuman una mayor responsabilidad en la resolución del problema de las personas desaparecidas, y a que se preste asistencia a los familiares de manera más eficaz y se prevengan desapariciones en el futuro.

LA REVISTA

Las personas desaparecidas

por
SOPHIE MARTIN

Por lo general, los familiares de personas fallecidas pueden llorar la muerte de sus seres queridos; muchas familias afectadas por conflictos armados o por situaciones de violencia interna, en cambio, deben enfrentarse con la dura realidad de desconocer la suerte que ha corrido algún familiar. En todo el mundo, padres, cónyuges e hijos tratan desesperadamente de encontrar a sus familiares desaparecidos. Siguen embargados por la ansiedad años después de que las hostilidades han terminado y reina de nuevo la paz. Muchos son incapaces de adaptarse a la situación o de iniciar el proceso de recuperación, e infunden en las generaciones siguientes sentimientos de injusticia y rencor que socavan las relaciones entre grupos y naciones, incluso decenios después de los acontecimientos.

En casi todas las situaciones de conflicto armado o de violencia interna, hay personas que desaparecen, por razones diversas. En la mayoría de los casos desaparecen como consecuencia de violaciones del derecho internacional humanitario o de los derechos humanos. Pero, una causa importante de la separación y la desaparición tanto de soldados como de civiles son los peligros inherentes a las guerras.

Los desaparecidos en acción...

En los siglos pasados, los soldados solían ser considerados como "carne de cañón" y su desaparición o muerte pasaba prácticamente inadvertida por sus ejércitos. A mediados del siglo XIX, durante la guerra civil norteamericana se adoptaron modalidades que permitían la identificación individual de las personas fallecidas o desaparecidas. Cada soldado recibía una placa de identidad, donde se indicaba su nombre, compañía, regimiento, división y cuerpo de milicia. La utilización de esas placas se generalizó y normalizó tras la Primera Guerra Mundial, en

.....

SOPHIE MARTIN es directora del Proyecto "The Missing" en la sede del CICR.

ocasión de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja en 1925. Fueron éstos los primeros pasos que se dieron para evitar el fenómeno de los soldados "desaparecidos en acción". Sin embargo, la desaparición no ha dejado de ser un problema importante en los conflictos y hostilidades recientes y contemporáneos; por ejemplo, a raíz de los conflictos entre Armenia, Azerbaiyán y Alto Karabaj, así como entre Etiopía y Eritrea, miles de familias desconocen la suerte que han corrido sus parientes.

...y las personas civiles desaparecidas

La desaparición, durante la Segunda Guerra Mundial, de cientos de miles de civiles en diversos campamentos, y de un considerable número de mujeres, niños y ancianos tras los intensos ataques aéreos, puso de manifiesto que el problema de las personas civiles desaparecidas es mucho mayor que el de los soldados "desaparecidos en acción". Las tumbas a los soldados desconocidos simbolizan el reconocimiento de las naciones a sus héroes. Pero las largas listas de personas desaparecidas en recientes conflictos y situaciones de conmoción política muestran que, en la mayoría de los casos, se trata de civiles separados de sus familiares a causa de la guerra, desaparecidos durante su detención o asesinados en matanzas masivas y arrojados a fosas comunes. En todo el mundo, se han publicado fotografías de niños no acompañados, que quedaron separados de sus familiares mientras huían de zonas de combate o de violencia, y que buscan a un pariente.

Las "personas desaparecidas" son aquellas de las que los familiares no tienen noticias como consecuencia de un conflicto armado o de una situación de violencia interna. Esta definición, más bien formal, no trasluce el hecho de que las familias tratan desesperadamente de dar con el paradero de sus parientes, sin saber si éstos están vivos o muertos y sin poder dar por concluidos los acontecimientos violentos que han trastornado sus vidas. La primera pregunta que pasa por la mente en relación con una persona desaparecida es si está viva o muerta.

El derecho a saber la suerte que ha corrido un familiar

El temor de que se confirme la muerte de un ser querido se contrapone a la profunda ansiedad de recibir una noticia que ponga fin a la incertidumbre. Si la persona está viva, es probable que esté en un centro de detención o que se interpongan entre ella y sus familiares las líneas de frente o una frontera. Si las partes contendientes respetan la obligación de dar a las familias la posibilidad de intercambiar noticias y de reunirse de nuevo, los problemas que derivan de la frecuente interrupción de las líneas de comunicación y los grandes movimientos de población en tiempo de conflicto armado pueden superarse poniendo a disposición un servicio de restablecimiento del contacto entre familiares, probablemente por intermedio de la Agencia Central de Búsquedas del CICR.

La finalidad de las normas internacionales vigentes es evitar que las personas desaparezcan y preceptuar las medidas necesarias para dar con el paradero de las personas desaparecidas. Si se notifican debidamente las capturas, los arrestos o las detenciones, se respeta el derecho de las personas detenidas o separadas a intercambiar correspondencia con sus familiares y las autoridades cumplen la obligación de responder a los pedidos de información sobre personas desaparecidas, la falta de noticias acerca de las personas detenidas puede ser una situación sólo pasajera. El acceso sin tardanza del CICR a los prisioneros de guerra y a las personas privadas de libertad en situaciones de conflicto armado o de violencia interna contribuye en gran medida a la protección de estas personas y ayuda a disipar la incertidumbre de las familias que buscan desesperadamente a sus parientes.

Los casos de soldados cuyos datos no figuraban en registro alguno que fueron repatriados casi veinte años después de su captura y más de una década después del término de las hostilidades, por una parte, y las familias que se reunieron con los parientes de los que habían estado sin noticias durante más de treinta años, por otra, demuestran que la desaparición de una persona no implica, necesariamente, que ésta haya fallecido. Por lo demás, como puede ilustrarse con la reciente situación en Angola, la guerra entre Irak e Irán en los años 1980 o las hostilidades entre Marruecos y el Sáhara occidental, el desconocimiento de la suerte que ha corrido un familiar suele persistir durante todo un conflicto.

Respeto por las personas fallecidas y sus familiares

Lamentablemente, en recientes situaciones de violencia interna y de conflicto armado, las autoridades o los contendientes han mostrado escasa preocupación o respeto por las personas fallecidas y sus familiares, y rara vez han conservado pruebas que confirmen la muerte de esas personas. Los cuerpos de las víctimas son abandonados o enterrados en fosas comunes. A veces, incluso, cuando se pretende eludir responsabilidades por crímenes cometidos, los cuerpos son destruidos porque pueden evidenciar la comisión de ejecuciones extrajudiciales.

Así pues, ocurre con frecuencia que no se informe a las familias de la muerte de un pariente, y que las organizaciones humanitarias que prestan servicios tras un conflicto armado o una situación de violencia interna se vean confrontadas a casos de descubrimiento de cadáveres y de fosas. Hay que superar las tensiones entre la necesidad de información que experimentan los familiares y los requisitos de los procedimientos judiciales. Las organizaciones humanitarias y los equipos de investigación deben complementar mejor sus tareas y aprender a comunicar debidamente las malas noticias a los familiares.

Cuando, a pesar de todas las gestiones realizadas, resulta imposible elucidar la suerte que ha corrido una persona, se debe dar a los familiares, por su propio bien y el de las comunidades, la posibilidad de honrar dignamente la memoria de la persona desaparecida.

Las expectativas del CICR

Durante muchos años el CICR se ha esforzado por evitar las desapariciones, restablecer, en caso necesario, los contactos entre familiares y elucidar la suerte que han corrido personas dadas por desaparecidas. Sin embargo, en muchos contextos no ha podido desempeñar su cometido a causa de la escasa voluntad política de las partes a las que incumbe tomar medidas o, simplemente, a causa de la confusión general y la conmoción reinantes en sociedades afectadas por conflictos armados o por violencia interna. Otras organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, han tropezado con dificultades similares.

Teniendo en cuenta, en particular, la tragedia que viven los familiares, la envergadura del fenómeno, la instauración de tribunales internacionales y los adelantos científicos en lo que concierne a la identificación de restos humanos, esta situación ha incitado al CICR a examinar, en el plano interno y en colaboración con todos los actores interesados –Gobiernos, organizaciones nacionales e internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, así como expertos en varios ámbitos de actividades– todos los métodos que pueden emplearse para evitar las desapariciones durante los conflictos armados o las situaciones de violencia interna, responder de manera más eficaz a las necesidades de las personas que han perdido contacto con sus familiares, formular recomendaciones y elaborar prácticas operacionales comunes y complementarias.

El CICR y las personas desaparecidas

por

MARCO SASSÒLI y MARIE-LOUISE TOUGAS

La desaparición de personas a raíz de un conflicto es una cuestión sumamente emocional. Trae aparejadas numerosas experiencias sensibles, como la muerte, el amor, el contacto entre familiares, que son centrales en toda cultura y religión y que, en este contexto, la incertidumbre, algo que la gente de nuestros días acepta cada vez más difícilmente, relega a un segundo plano. Los familiares de las personas desaparecidas, las autoridades y el personal de organizaciones humanitarias están afectados por estas emociones, que los llevan a adoptar actitudes que no pueden explicarse racionalmente (por ejemplo, la reticencia a manipular restos mortales) y que pueden acentuarse por la tendencia creciente, al menos en el mundo occidental, a interpretar los problemas desde un punto de vista psicológico.

Por lo demás, no es agradable, para los que efectúan la labor humanitaria tener que dar malas noticias, y en la gran mayoría de los casos de personas desaparecidas, las noticias son malas. Mientras la confianza en las autoridades decrece en todo el mundo, el personal del CICR vacila en comunicar a los familiares, sin una "prueba científica", que su pariente desaparecido ha muerto. Les puede parecer que, comunicando la noticia, han decidido que la persona desaparecida está muerta y que, por lo tanto, la han sentenciado indirectamente a muerte. El hecho de comunicar abiertamente a los familiares que la posibilidad de hallar a un ser querido con vida, o incluso muerto, es limitada, puede interpretarse como una falta de compasión. Creemos, no obstante, que el CICR debería evaluar objetivamente lo que es más conveniente a largo plazo para las familias afectadas. Por ello, debe ayudar a sus colaboradores a afrontar la tensión emocional que sufren cuando aplican este procedimiento.

.....

MARCO SASSÒLI y MARIE-LOUISE TOUGAS se desempeñan como profesor y asistente de investigación respectivamente en la Facultad de Ciencia Política y Derecho de la Universidad de Quebec en Montreal, Quebec, Canadá. Este artículo está basado en documentos internos y públicos del CICR, así como en entrevistas con personal del CICR.

Los beligerantes y ex beligerantes manipulan y explotan la cuestión de las personas desaparecidas para perpetuar el odio, la movilización nacional o étnica y la exclusión de los "otros", para encubrir la envergadura de una derrota y para granjearse o mantener el apoyo internacional contra el enemigo. También aprovechan la angustia de los familiares los protagonistas en el ámbito internacional, a fin de sumar apoyo para la forma de resolución de conflicto por la que ellos abogan o, las organizaciones, cuando libran competencia para obtener más notoriedad, dinero e influencia, o para promover soluciones costosas e irrealistas (como la identificación sistemática de restos mortales mediante pruebas de ADN).

Cuestiones y dilemas humanitarios

En muchos contextos, poco después del fin de la guerra, el CICR sabe que casi todas las personas desaparecidas están muertas. Objetivamente, sería conveniente para los familiares aceptar este hecho cuanto antes e iniciar el proceso de duelo. Sin embargo, esa aceptación implica mucho dolor y pérdida de la esperanza de que el ser querido sea hallado con vida. Los familiares quieren creer que la persona desaparecida está viva y, por lo tanto, tratan de evitar todas las noticias, o encontrar razones para dudar de ellas, que indican la muerte, incluso sienten enfado no contra el mensaje, sino contra el mensajero. ¿Debería una organización humanitaria como el CICR destruir las esperanzas, cuando suele ser imposible saber con plena seguridad que una persona desaparecida está muerta? Inversamente, ¿puede el CICR perpetuar el sufrimiento, aunque sea por omisión, tan sólo porque no existe la certeza absoluta? ¿Debería el CICR dejar la decisión al albedrío de las familias? La primera opción, dejar que los familiares se aferren a la esperanza de que su ser querido está vivo, no es conveniente para ellos, si hay grandes probabilidades de que la persona esté muerta. La segunda opción, insistir en obtener una prueba absoluta de su muerte, también prolonga el sufrimiento en los muchos casos en que nunca se podrá contar con esa prueba.

El CICR trabaja con la finalidad de salvar vidas, prestar protección y asistencia a las personas vivas, permitir que los familiares separados vuelvan a reunirse. Por ello, suele trabajar suponiendo que una persona desaparecida está viva y detenida. Poniéndose en contacto con personal del CICR, los familiares sentirán que sus esperanzas se confirman, lo cual impide que comience el proceso de duelo. El apoyo a los familiares puede realizarse de muchas formas, independientemente de si se debe suponer que la persona desaparecida está viva o muerta. Pero la información necesaria, los métodos empleados y las medidas que han de adoptarse respecto de los beligerantes son fundamentalmente diferentes cuando la búsqueda concierne a personas detenidas o a restos mortales. Por ello, creemos que, en cada situación, el CICR debería tomar rápidamente una decisión interna, basada en información fiable, acerca de si realmente cabe la esperanza de hallar a varias personas desaparecidas con vida, y emprender sus actividades en función de esa decisión. Sin embargo, como organización humanitaria, es renuente a tomar esas decisiones.

Además, resulta difícil definir criterios objetivos para fundamentar la evaluación de cada caso. Pero una vez efectuada, la información (o al menos la conclusión a la que llegue, si esa información no puede revelarse por cuestiones de confidencialidad o neutralidad) debería compartirse con los familiares afectados.

En su calidad de organización que desempeña actividades en todo el mundo, a la que se ha encomendado un cometido universal y que se guía por principios como los de humanidad, imparcialidad y neutralidad, el CICR se enfrenta a un dilema si desea ampliar sus actividades en favor de las personas desaparecidas y sus familiares. El mundo está asolado por profundas desigualdades. La opinión pública y los donantes aplican criterios diferentes por lo que respecta a los conflictos armados y a las víctimas de éstos. ¿El CICR puede ofrecer ciertos servicios, por una parte, cuando el problema ha sido ampliamente difundido, cuando los familiares o las autoridades, o ambos, los solicitan y hay fondos disponibles, y por otra parte, abstenerse de hacerlo o ni siquiera tratar de movilizar a la opinión pública, los familiares y los donantes cuando esa presión no existe?

Los conflictos armados, el sufrimiento humano y la destrucción de estructuras y valores tradicionales parecen no tener fin en muchos lugares del mundo en desarrollo. Con razón, las familias pueden perder la esperanza de hallar a sus familiares desaparecidos con vida, y el fatalismo puede dominarlas. En los países desarrollados, gracias a los modernos medios de comunicación, las personas están más acostumbradas a mantener contacto con familiares que residen lejos. Esas diferencias existen. En algunos contextos, los familiares no se quejan de la incertidumbre con que viven. ¿Esto significa que el CICR no debería hacer nacer en ellos la necesidad de elucidar la suerte corrida por un pariente desaparecido?¹

Muchas diferencias, que se registraron en el pasado y que se registran actualmente, entre las modalidades de procedimiento del CICR, en el pasado y en el presente, para tratar el problema de las personas desaparecidas en varios países, no responden a dobles criterios, sino que se deben a dificultades de acceso, a la verdadera dimensión del problema y/o al país en cuestión, a la falta absoluta de perspectivas de éxito, y a la abrumadora prioridad de proteger y asistir a quienes están vivos. Algunos pueden considerar que es moralmente inaceptable destinar una gran cantidad de recursos, con pocas probabilidades de éxito, para intentar elucidar la suerte corrida por personas de las que se presume, con razón, que están muertas, mientras que esos mismos recursos podrían salvar a miles de personas de morir de hambre. Si este argumento se esgrimiera en todo el mundo, podría resultar socavada la prioridad que se otorga al problema de las personas desaparecidas.

Por ello, la cuestión estriba en determinar si el CICR está preparado para desplegar los mismos esfuerzos por doquier y movilizar a la opinión pública y a

¹ En nuestras entrevistas con personal del CICR, nadie trató de convencernos de que las

desapariciones son menos angustiantes en algunas culturas no occidentales.

los donantes. El dilema se vuelve particularmente acuciante, si el CICR decide prestar servicios suplementarios a los tradicionales y emprender actividades nuevas, que pueden significar inversiones considerables de dinero, personal y tecnología. La Institución debe prepararse para explicar a las víctimas, a las autoridades y a la opinión pública las razones por las que decide ofrecer ciertos servicios en un contexto y no en otros.

El derecho internacional humanitario y las desapariciones a raíz de un conflicto

Uno de los rasgos distintivos del CICR es que sus actividades y su cometido están basados en el derecho internacional, que es una expresión de la experiencia de la comunidad internacional. La consideración principal de las normas específicas de derecho internacional humanitario, en particular los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales, relativas a las personas desaparecidas y las personas fallecidas es "el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros"². Cada parte en un conflicto tiene la obligación de buscar a las personas cuya desaparición haya señalado la parte adversa³.

Las personas desaparecidas pueden estar vivas o muertas. Si están con vida, pueden estar detenidas por el enemigo o en libertad, pero separadas de sus familiares por las líneas de frente o las fronteras. En ambos casos, tienen derecho a recibir la protección que se dispone en el derecho internacional humanitario para la categoría a la que pertenezcan (personas civiles, prisioneros de guerra, heridos y enfermos, etc.). Además, en el derecho internacional humanitario hay disposiciones por las que no se considera desaparecida a la mayoría de esas personas.

Si se considera desaparecida a una persona a raíz de la interrupción del servicio postal y de los movimientos de población que suelen ocurrir en tiempo de conflicto armado, el contacto entre familiares debería ser rápidamente restablecido, siempre que las partes en el conflicto cumplan con su obligación de facilitar el intercambio de noticias entre familiares y la reunión de éstos⁴. Si las personas están desaparecidas porque han sido detenidas u hospitalizadas por el enemigo, en el derecho internacional humanitario se estipula que sus familiares y las autoridades deben ser rápidamente informadas a través de tres canales: notificación de la hospitalización, captura o arresto⁵; transmisión de tarjetas de captura o de internamiento⁶; y, por el derecho que les asiste, intercambio de correspondencia con su familia⁷. Las autoridades detenedoras también tienen la obligación de responder a las solicitudes de información acerca de personas protegidas⁸.

² Art. 32 del Protocolo I.

³ Art. 33 (1) del Protocolo I.

⁴ Arts. 25 y 26 del IV Convenio.

⁵ Art. 16 del I Convenio, art. 19 del II Convenio, arts. 122 y 123 del III Convenio, arts. 136 y 140 del IV Convenio, y art. 33 (2) del Protocolo I.

⁶ Art. 70 del III Convenio y art. 106 del IV Convenio.

⁷ Art. 71 del III Convenio y art. 107 del IV Convenio.

⁸ Art. 122 (7) del III Convenio y art. 137 (1) del IV Convenio.

Si la persona desaparecida está muerta, es más difícil informar a la familia. No existe obligación alguna de que cada parte identifique los cadáveres encontrados. Sencillamente, debe tratar de recabar información que contribuya a la identificación de la persona fallecida⁹; esto incluye el hecho de ponerse de acuerdo para designar grupos que se ocupen de buscar a los muertos¹⁰. En el derecho internacional humanitario vigente no se estipula que las familias tengan derecho a recibir los restos mortales de sus miembros fallecidos, sea para proceder a su entierro o para identificarlos con certeza. No obstante, los muertos deben ser respetados, se les debe dar una sepultura decorosa y las tumbas deben ser marcadas¹¹. Los parientes pueden recibir autorización para tener acceso a esas sepulturas, y los restos de las personas fallecidas les podrán ser devueltos, previo acuerdo entre las partes involucradas; por lo general, este acuerdo sólo se logra después de terminado el conflicto¹².

Además de estas normas específicas, si se observaran debidamente todas las normas fundamentales de derecho internacional humanitario, se reduciría el número de personas desaparecidas. Si se respetara la vida de la población civil y de las personas fuera de combate, es decir, que ya no están en condiciones de participar en las hostilidades a causa de heridas, enfermedad o detención, si se las tratara según las normas del derecho internacional humanitario, y si se permitiera al CICR prestar asistencia a todas las víctimas de la guerra, como se dispone en el derecho internacional humanitario, pocas personas protegidas desaparecerían. Las personas dadas por desaparecidas serían combatientes desaparecidos en acción. El número de éstos también se reduciría, si se les proporcionaran tarjetas de identidad¹³ y si ambas partes cumplieran su obligación de recabar y registrar información sobre los muertos que están en su poder. El cumplimiento por los beligerantes de su obligación de responder acerca de la suerte corrida por personas desaparecidas tropieza con algunos obstáculos particulares.

Con frecuencia, las partes no quieren dar esas respuestas. Los temas humanitarios están entremezclados con consideraciones políticas. La exigencia de reciprocidad, que a menudo es la ruina del respeto del derecho internacional humanitario, impide que se dé el primer paso y, desafortunadamente, las familias (manipuladas o no) en muchos casos aprueban, incluso, el comportamiento adoptado por las autoridades de "su" parte.

Los beligerantes encubren información a fin de sumir a la población "enemiga" en la ignorancia y el sufrimiento, de presionar a la parte adversa o de eludir las críticas de su propia población por las pérdidas causadas. Los dirigentes cuyo poder se sustenta en la enemistad con otra comunidad tienen interés en perpetuar el problema de las personas desaparecidas, pues de ese modo consolidarán su poder.

⁹ Art. 16 del I Convenio y art. 33 (2) del Protocolo I.

¹⁰ Art. 33 (4) del Protocolo I.

¹¹ Art. 17 del I Convenio y art. 34 (1) del Protocolo I.

¹² Art. 34 (2) – (4) del Protocolo I.

¹³ Art. 17 (3) del III Convenio.

Muchas desapariciones son el resultado de violaciones del derecho internacional humanitario. Los recientes logros tendentes a terminar con la impunidad de los crímenes de guerra son tanto más importantes cuanto que fortalecen el respeto del derecho internacional humanitario y, por lo tanto, reducen el número de personas desaparecidas. El consiguiente efecto negativo es la reducción de las perspectivas de obtener información sobre la suerte corrida por personas desaparecidas mediante los canales previstos por el derecho internacional humanitario, es decir, las autoridades responsables, porque esas autoridades temen ser objeto de acciones penales. El CICR está atrapado entre la importancia que le merecen las acciones penales por crímenes de guerra y la necesidad de garantizar una gestión confidencial de la información que recibe de los beligerantes, si quiere mantener esa fuente¹⁴.

En muchos casos, en particular cuando se registran desapariciones a raíz de matanzas o de ataques contra civiles, los beligerantes realmente no pueden dar las respuestas solicitadas, en parte porque no cumplieron sus obligaciones durante el conflicto. No obstante, se puede esperar que los beligerantes tengan información, al menos, sobre la zona donde se desarrollaron las operaciones militares y los lugares de sepultura. Si no es así, en muchos casos podrían obtener esa información.

Otro problema ha surgido en los últimos años. En algunas regiones, las familias no quedan satisfechas con la información que tienen derecho a recibir de conformidad con el derecho internacional humanitario. No consideran fidedignos los certificados de defunción expedidos por el (ex) enemigo y quieren que les devuelvan los restos mortales de sus seres queridos. Queda por determinar hasta qué punto esas actitudes se deben a manipulaciones por parte de las autoridades que quieren mantener abierto el expediente de las personas desaparecidas, con objeto de ganar o de mantener el apoyo internacional contra el (ex) enemigo, a expectativas infundadas, promovidas por agentes internacionales, a la reticencia de las familias a aceptar la triste verdad, a su deseo de que se castigue a los responsables, o a una combinación de todos estos elementos. Pero, posiblemente en el derecho internacional humanitario no se tienen en cuenta algunos factores psicológicos cuando se ponen de relieve más bien las respuestas que la devolución de cadáveres a los familiares. Para iniciar el proceso de duelo, las familias necesitan la certeza de que su pariente ha muerto¹⁵. Si no se tienen los restos mortales, esa certeza está supeitada al grado de confianza que tengan en la fuente de información. Por lo general, no consideran fidedigno al ex enemigo. Además, para muchas religiones y culturas, el cuerpo de la persona fallecida es objeto de rituales que, según la creencia, son necesarios para garantizar paz a los muertos en la otra vida¹⁶.

¹⁴ Véase G. Rona, "El privilegio del CICR de no testificar. La confidencialidad en acción", *RICR* n° 845, marzo de 2002 (disponible en el sitio web: www.cicr.org/spa).

¹⁵ Marie Ireland, *Apprivoiser le deuil*, Pres-

ses du Châtelet, París, 2001, p. 238.

¹⁶ Philippe Ariès, *The Hour of Our Death*, Oxford University Press, Nueva York, 1991; Louis-Vincent Thomas, *Rites de mort, pour la paix des vivants*, Fayard, París, 1985.

Las actividades tradicionales del CICR para tratar el problema de las personas desaparecidas

Difusión del derecho internacional humanitario

Es imposible que se respeten las normas del derecho internacional humanitario, incluidas las destinadas a prevenir la desaparición de víctimas de guerra, si no se las conoce. Deben incorporarse en la formación regular de los combatientes a fin de que, por ejemplo, la identificación de los muertos después de un combate sea una acción refleja. Aunque la difusión es responsabilidad de los Estados y de las partes en los conflictos armados, con frecuencia el CICR debe iniciarla formando a los formadores o, incluso, debe directamente hacerse cargo de las tareas de difusión.

Visitas a las personas detenidas

En conflictos armados internacionales, el CICR tiene derecho a visitar en los centros de detención a prisioneros de guerra y a civiles privados de libertad, así como a entrevistarlos en privado¹⁷. En conflictos armados no internacionales, se insta a las partes a aceptar el ofrecimiento de servicios del CICR para efectuar esas visitas¹⁸. Cuando se visita a un detenido, se registran sus datos y se le permite comunicarse con sus familiares, de modo que ya no será considerado una persona desaparecida y tendrá mayores posibilidades de no resultar luego desaparecido. Durante la entrevista en privado, los delegados del CICR sistemáticamente preguntan si hay otros detenidos a los que no tiene acceso o de los que no tiene información y, cuando corresponde como dato suplementario, también se asientan denuncias de captura o de arresto colectivos. A partir de esa información, pueden interrogar a las partes acerca de la suerte de otras personas que están en su poder.

Protección general de personas civiles afectadas por un conflicto

El derecho internacional humanitario protege a las personas civiles contra los ataques y el trato arbitrario e inhumano. Cuando es posible, el CICR mantiene con regularidad una presencia en zonas donde individuos o comunidades enteras corren peligro, reúne información sobre el terreno e informa a las autoridades o a los dirigentes de la oposición de actos ilícitos cometidos contra la población local. Mantiene contactos estrechos con todos los que podrían cometer actos de violencia. El personal del CICR actúa inmediatamente sobre el terreno (por ejemplo, mediante acciones de socorro) y elabora informes confidenciales durante cierto período de tiempo a fin de poner término a las violaciones del derecho internacional humanitario y que se emprenda la acción adecuada para corregirlas.

¹⁷ Respectivamente art. 124 del III Convenio y art. 143 del IV Convenio.

¹⁸ Art. 3 común del IV Convenio de 1949.

En una emergencia, y cuando se han agotado las demás posibilidades, el CICR puede tomar la iniciativa de evacuar a personas particularmente vulnerables de una zona peligrosa, y prevenir así su desaparición¹⁹.

El éxito de estas actividades depende de la receptividad de las partes en conflicto, que será nula cuando el objetivo sea eliminar un grupo étnico, y de la presencia de una estructura mínima de autoridad. En los últimos años, estas actividades han supuesto un riesgo cada vez más desproporcionado para la vida del personal del CICR que las efectúa.

Restablecimiento del contacto entre familiares

El restablecimiento del contacto entre víctimas de conflictos armados y sus familiares es una de las actividades más tradicionales del CICR y de la red de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Las hostilidades, las líneas de frente y las consideraciones de seguridad que imponen las partes beligerantes, por lo general, dan lugar a una interrupción de los medios tradicionales de comunicación y, al mismo tiempo, restringen la libertad de movimiento de las personas. El CICR trata de restablecer el contacto entre familiares que viven en lados opuestos de las líneas de frente, han huido de su hogar, han sido desplazados, o han buscado refugio en otro país o han sido capturados o detenidos a causa del conflicto. Gracias a la información obtenida en las visitas a las personas detenidas, los delegados del CICR pueden tranquilizar a los familiares acerca de la suerte corrida por alguno de sus miembros y, por medio de la red de la Cruz Roja/Media Luna Roja, los prisioneros y sus parientes pueden intercambiar correspondencia. Todas estas actividades se realizan en las zonas afectadas por conflictos y en las zonas donde afluyen personas desplazadas y refugiadas. Constituyen un servicio de búsqueda, pues la distribución de mensajes entre familiares, por ejemplo, implica dar con el paradero de destinatarios que han huido. Dada la particular vulnerabilidad de los niños no acompañados, que por definición son considerados desaparecidos por sus familiares, el CICR realiza gestiones y actividades específicas en su favor²⁰.

Los mensajes de Cruz Roja son el medio más utilizado para la transmisión de noticias entre familiares. Como están abiertos, por lo general no son retenidos en las líneas de frente ni causan problemas de seguridad. Su contenido puede ser censurado por las partes en conflicto en cualquier momento. Cuando se puede, se emplean medios de comunicación más modernos, como teléfonos celulares, radio o Internet, para establecer el primer contacto²¹.

¹⁹ Véase, por ejemplo, *ICRC Annual Report 2001*, CICR, Ginebra, p. 265 (Macedonia).

²⁰ Véase, por ejemplo, *ICRC Annual Report 2001*, p. 82 (Congo), p. 98 (Guinea), p. 106 (Ruanda) y p. 112 (Sierra Leona).

²¹ Véanse, por ejemplo, *Informe de actividad del CICR 1995*, p. 188 (ex Yugoslavia); *ICRC Annual Report 2000*, p. 115 y siguientes (Timor Oriental); *ICRC Annual Report 2001*, p. 255 (Albania).

Compilación y tramitación de solicitudes de búsqueda

Cuando un solicitante no ha podido restablecer el contacto con un pariente cercano a través de la red de noticias familiares de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el CICR reúne en una solicitud de búsqueda tantos detalles como sea posible acerca de la persona desaparecida y de las circunstancias de su desaparición. Esta información luego se coteja con los datos compilados en las bases informáticas del CICR. Si no se dispone de ninguna información, se emplean dos métodos. En algunos casos, el personal del CICR directamente inicia una búsqueda sobre el terreno. En otros, de forma alternativa o suplementaria, la solicitud es remitida a las autoridades responsables, que no son por fuerza las que presuntamente han causado la desaparición, pero las que se supone tienen o de las que puede obtenerse información, porque, por ejemplo, controlan el territorio donde la persona ha desaparecido. Este último método se emplea, en particular, en conflictos armados internacionales. Sin embargo, en muchos conflictos contemporáneos, las autoridades responsables no pueden ser identificadas o están demasiado desestructuradas como para suponer que se dará curso a la solicitud de búsqueda. Cuando es posible remitir solicitudes de búsqueda, el CICR sigue de cerca la evolución del caso y comunica con regularidad al solicitante toda información que obtenga de fuentes oficiales o privadas, siempre que la información se considere fidedigna.

Si bien está aceptado el principio de que es necesario buscar a las personas desaparecidas, la decisión acerca de cuándo y dónde se aceptan las solicitudes de búsqueda en un conflicto dado depende de muchos factores, que no siempre son objetivos. Cabe decir que también depende de preferencias personales y de decisiones, a veces contradictorias, de los encargados del servicio de búsqueda sobre el terreno y en la sede en Ginebra.

En algunos conflictos, las solicitudes de búsqueda se aceptan en el transcurso de las hostilidades, y en otros, cuando las hostilidades activas han finalizado y los prisioneros han sido liberados y repatriados. En algunas situaciones, las solicitudes de búsqueda se rechazan cuando no hay posibilidad actual o futura de remitirlas a autoridades dispuestas a tramitarlas o a iniciar búsquedas sobre el terreno. En otras, las solicitudes se recopilan sistemáticamente, aunque la manera de darles curso sólo pueda determinarse con posterioridad. Esta última solución permite al CICR evaluar la envergadura del problema, recopilar un número considerable de solicitudes de búsqueda que servirá para ejercer presión en las autoridades, y reunir información útil (entre otras cosas, para fines de protección) que, de otro modo, se perdería. Tras remitir las solicitudes a las autoridades, es indispensable seguir estrictamente de cerca el curso que se les da. A veces, las solicitudes son recopiladas cuidadosamente por el personal del CICR en un lugar, y luego son remitidas sin entusiasmo por quienes representan al CICR en otro lugar. En varias oportunidades, tuvimos la impresión de que la entrega de solicitudes a las autoridades se efectúa sólo "para que conste".

Sistematizar y desarrollar las actividades del CICR para prevenir las desapariciones

A fin de incorporar a sus actividades su preocupación por el problema de las personas desaparecidas, el CICR podría ampliar las diversas actividades tradicionales tomando en cuenta esa cuestión. Algunas de las acciones descritas en este apartado, que se han aplicado en ciertos contextos²², podrían ponerse en práctica por doquier. Asimismo, se pueden considerar nuevas formas de acción.

Difusión

Por lo que respecta a las actividades de difusión, se podrían realizar esfuerzos suplementarios para sensibilizar a los portadores de armas y a quienes mantienen a personas en detención u ocupan una posición de autoridad, acerca del sufrimiento de las personas que desconocen la suerte que han corrido sus familiares. Deben saber que en el derecho internacional humanitario se estipulan ciertas medidas sencillas, que en modo alguno interfieren con el éxito militar, como el registro sistemático de las personas capturadas, arrestadas o detenidas, y la identificación sistemática de los restos mortales y que, en muchos casos, pueden evitar mucho sufrimiento. Aunque las actividades de difusión de normas del derecho internacional humanitario normalmente consisten en enseñar las medidas humanitarias que han de tomarse respecto de un enemigo real o potencial, deben darse a conocer también las medidas que han de tomar los beligerantes en favor de sus propios soldados. El material de difusión del CICR sistemáticamente debería contener secciones sobre los desaparecidos y los muertos, así como explicar lo que el CICR puede, y no puede, hacer para resolver este problema. Mediante la difusión se podría lograr, incluso, disminuir las expectativas irrealistas que los familiares tienen acerca de las actividades del CICR en este ámbito.

Apoyo de medidas de prevención prácticas

A fin de reducir efectivamente el número de personas desaparecidas en tiempo de guerra, todos los Estados deben tomar medidas prácticas por anticipado, es decir, en tiempo de paz. En particular, deben proporcionar a todos los combatientes tarjetas de identidad. Podrían registrar los datos personales de los miembros de sus fuerzas armadas, que pueden servir para una posterior identificación de restos mortales. Además, deberían instituir Oficinas Nacionales de Información²³.

²² La acción desplegada por el CICR en un conflicto reciente está descrita en Thierry Scheyrer, "La acción de la Agencia Central de Búsquedas del CICR en los Balcanes durante la crisis de los refugiados kosovares", *RICR* n° 837, marzo de 2000 (disponible en el sitio web: www.cicr.org/spa).

²³ Para más detalles, véase Marco Sassòli, "La Oficina Nacional de Información en favor de las víctimas de los conflictos armados", *RICR* n° 79, enero-febrero de 1987.

Para que los Estados puedan efectuar estas medidas prácticas, el CICR podría ofrecer asesoramiento y capacitación, y actuar como foro de intercambio de experiencias entre las autoridades gubernamentales, por ejemplo, entre las fuerzas armadas de países desarrollados y las de los países en desarrollo. Tras un conflicto, el CICR puede ofrecer asesoramiento para la aprobación de legislación específica destinada a resolver el problema de las personas desaparecidas.

Gestiones diplomáticas preventivas cuando se desencadenan las hostilidades

Cuando se desencadenan las hostilidades, el CICR se pone en contacto con los beligerantes oralmente y por escrito para recordarles las obligaciones que les incumben según el derecho internacional humanitario y para ofrecer sus servicios. Por lo que hemos podido averiguar, en las más de esas gestiones realizadas hasta la fecha se ha recordado a los beligerantes la obligación de registrar los datos de toda persona protegida en su poder, así como de notificar sobre esa detención, pero no se ha mencionado la necesidad de que los combatientes lleven tarjetas de identidad. Las obligaciones específicas de identificar los restos mortales o de responder a las solicitudes de información sobre personas desaparecidas sólo figuran en memorandos dirigidos a las partes tras el término de las hostilidades. Sin embargo, sería importante recordar a los beligerantes el problema de las personas desaparecidas desde el comienzo de cada conflicto. Asimismo, se deberían incluir memorandos sobre las obligaciones pertinentes en llamamientos confidenciales o solemnes a terceros Estados, a fin de persuadir a los beligerantes de respetar el derecho internacional humanitario, de conformidad con su obligación de "hacer respetar" el derecho, como se dispone en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra²⁴.

Recopilación de denuncias durante las visitas a los detenidos sobre muertes que hayan presenciado antes de su captura

En los conflictos en que se puede prever que habrá un gran número de personas desaparecidas, al menos, el CICR debería aprovechar sus visitas a los combatientes capturados y, si corresponde, a los civiles detenidos en relación con el conflicto, a fin de preguntarles sobre la identidad de personas cuya muerte hayan presenciado antes de su propia captura o arresto, y sobre las circunstancias y el lugar en que se dio muerte a algunas personas. Cuando los recuerdos aún son recientes, es más fácil recabar esa información. Desde el punto de vista psicológico, puede ser inadecuado formular esas preguntas durante la primera visita, cuando la

²⁴ Véase Laurence Boisson de Chazournes y Luigi Condorelli, "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: pro-

tección de los intereses colectivos", *RICR* nº 837, marzo de 2000 (disponible en el sitio web: www.cicr.org/spa).

persona visitada aún tiene una necesidad acuciante de protección y quizás no entiende y desconfía de la actividad del CICR. Sin embargo, en las visitas siguientes se debería formular esa pregunta de forma sistemática. La contribución que se requiere puede parecer, en algunos contextos, desproporcionada respecto del número de personas desaparecidas. Pero ese análisis de la proporcionalidad sólo es posible cuando el conflicto se ha librado por cierto tiempo, mientras que para la mayor eficacia posible, la recopilación de datos debería comenzar al inicio mismo de las hostilidades. Cabría temer que las autoridades detenedoras consideren esas preguntas actos de espionaje. Pero se les puede explicar abierta y francamente las razones y la finalidad de las preguntas, así como el uso que se dará a la información reunida.

Registro de datos de civiles cuya vida corre peligro

En el transcurso de sus actividades para proteger a las personas civiles afectadas por un conflicto, el CICR a veces llega a la conclusión de que un grupo particular de personas, por ejemplo los miembros dispersos de minorías étnicas, puede correr el riesgo de ser víctima de desaparición. El registro sistemático de los datos de esas personas podría, si se los difunde, aumentar la posibilidad de que los beligerantes las respeten. Pero ese registro particular podría colocarlos en una situación más comprometedora.

Uso de los datos recopilados durante las actividades de asistencia

Por lo general, se establece un registro de los beneficiarios de los programas de asistencia o de los servicios médicos del CICR, pero rara vez se toman sus datos personales. Sin embargo, se podría recopilar y almacenar esa información, para que pueda utilizarse en caso de desaparición del beneficiario.

Recopilación sistemática de información sobre acontecimientos y personas durante los conflictos

En la mayoría de los casos, la suerte corrida por una persona desaparecida que no ha sido hallada con vida sólo puede ser elucidada reuniendo diferentes informaciones sobre acontecimientos y personas durante el conflicto. Aunque los beligerantes deberían disponer de esos datos, por lo general no están dispuestos a proporcionarlos. Por ello, se podría proponer que, durante un conflicto armado, el CICR debería recopilar información sistemáticamente, además de la recabada con fines de protección, sobre acontecimientos (como batallas, bombardeos, masacres) que luego pueden contribuir a esclarecer la suerte corrida por personas que desaparecen a raíz de esos acontecimientos. Pero, no es tarea fácil, dado que puede requerir la inversión de recursos considerables para un resultado dudoso. Mucha de la información que circula en tiempo de guerra tiene fines de propaganda. Así pues, el CICR tendría acceso a una gran cantidad de información que no podría usar, y los beligerantes podrían tener la impresión de que el CICR los está espionando.

Uso de datos personales obtenidos a través de intercambio de noticias entre familiares

En varios contextos, los nombres de los remitentes y las direcciones de los mensajes intercambiados mediante la Red de Noticias Familiares han sido registrados sistemáticamente en las bases de datos del CICR, a fin de que las posteriores solicitudes de búsqueda pudieran cotejarse con esos datos. Esta modalidad debería generalizarse. Sin embargo, a pesar de que es relativamente fácil de realizar en el caso de las personas detenidas, puede resultar complejo en el caso de las personas civiles ajenas a esa categoría, y, en un principio, puede retrasar el restablecimiento del contacto entre familiares. La realidad de un conflicto, la accesibilidad geográfica de los países involucrados o las dificultades logísticas que conlleva la tarea de registrar millones de mensajes sin demorar su distribución pueden hacerla prácticamente imposible.

Recopilación sistemática de solicitudes de búsqueda desde el inicio de los conflictos

Desde el inicio de un conflicto, deberían recopilarse las solicitudes de búsqueda de familias que no han podido contactar a alguno de sus miembros a través de la Red de Noticias Familiares. Cuando no ha recibido, o ha recibido unas pocas, solicitudes de búsqueda por parte de los familiares, el CICR debería tratar de entender el motivo y no simplemente suponer que no hay necesidad de efectuar búsquedas. Las familias pueden sentir temor de ponerse en contacto con el CICR o no saber que la Institución se ocupa del problema.

Ciertamente, en el caso de soldados desaparecidos en combate, los familiares no dispondrán, por lo general, de la información necesaria para completar la solicitud de búsqueda. Algunos colaboradores del CICR también sostienen que la mayor parte de la información que consta en esas solicitudes no tendría utilidad, que la mayoría de las personas buscadas reaparece durante el conflicto y que recopilarlas sería una pérdida de tiempo y de energía que podrían emplearse para actividades más urgentes; que en algunos contextos, además, si el CICR formulara preguntas detalladas sobre personas recientemente desaparecidas, la seguridad del personal humanitario resultaría amenazada. Si bien reconocemos que el temor por la seguridad del personal, las condiciones objetivas de trabajo y otras acuciantes prioridades justifican hacer una excepción a la recopilación sistemática de solicitudes de búsqueda, todos los involucrados deberían saber que esa decisión se traducirá posteriormente en un mayor sufrimiento humano.

Es una posibilidad incluir datos *ante mortem*, que de otro modo se perderían en las solicitudes de búsqueda. La ventaja es que el solicitante recuerda más detalles poco tiempo después de la desaparición. Pero las preguntas de esa índole pueden dar a los familiares la impresión de que, para el CICR, la persona desaparecida ya está muerta. La recopilación de esa clase de información debería limitarse, pues, a los datos *ante mortem* que pueden perderse fácilmente y que no indican de manera obvia la posibilidad de que la persona de que se trate está muerta.

Apoyo para los familiares de las personas desaparecidas

Cuando las personas desaparecen, sus familiares también resultan afectados y tienen derechos en virtud del derecho internacional humanitario. El primer objetivo del CICR es darles una respuesta acerca de la suerte corrida por el familiar desaparecido. En algunas situaciones, sin embargo, también trata de apoyar a las familias de otras maneras, antes de que se pueda dar una respuesta. Esto es posible sólo cuando se permite al CICR entrar en contacto directo con los familiares, un derecho que siempre debería reivindicar.

El punto de partida para cualquier servicio que se pretenda ofrecer a los familiares es entablar un diálogo verdadero con ellos. Antes de iniciarlo, el CICR debe decidir con quién hablará. Es más fácil escuchar a algunos representantes que a las esposas y madres de las personas desaparecidas, que lógicamente están muy angustiadas y no pueden hacer frente a su nueva situación. Por lo demás, los representantes pueden ser objeto de manipulaciones e influencias políticas, puesto que, gracias al problema de las personas desaparecidas, han encontrado un nuevo modo de ganarse el sustento y un objetivo, mientras que los representados deben sobreponerse a sus dramáticas consecuencias. Aunque los mecanismos que utilizan las asociaciones de familiares para garantizar la democracia y la responsabilidad son difíciles de controlar, se debería fomentar la creación de asociaciones de esa índole, siquiera porque la solidaridad entre las víctimas es una terapia importante, en particular si comienza por los interesados y no por decisión de alguna entidad. En nuestra opinión, el CICR debería, sin embargo, evitar recurrir a las asociaciones como canal exclusivo para entablar contacto con los familiares, en particular si éstas reciben apoyo económico de la Institución. Las actividades de búsqueda del CICR le brindan una oportunidad única para entablar relaciones directas con los familiares.

En un verdadero diálogo, el CICR debería informar a los familiares, comunicarles las perspectivas, asesorarlos respecto de lo que desean, y no sólo apuntar la información que ellos dan. Pero ¿es aceptable que una organización humanitaria tome la decisión paternalista, después de un diálogo auténtico, de que el deseo verdadero de una familia realmente no es lo que más conviene a ésta? La respuesta a esta pregunta suscita cuestionamientos éticos fundamentales y trasciende los límites de nuestro estudio.

Si el CICR recopila sistemáticamente las solicitudes de búsqueda, debe evitar que tanto los familiares como las partes entiendan que está "a cargo de la cuestión de las personas desaparecidas", al extremo de que las partes se sientan liberadas de sus responsabilidades y los familiares alberguen expectativas falsas. Por ello, sería conveniente informar con regularidad a los familiares que presentan solicitudes de búsqueda acerca de las disposiciones jurídicas aplicables, los métodos de búsqueda del CICR, los canales utilizados, el cometido del CICR en relación con otras organizaciones y con las asociaciones de familiares, la receptividad de las autoridades y las posibilidades de éxito. Muchas veces, esto hace desvanecer las

esperanzas de los familiares, que pueden manifestar enfado durante las entrevistas; pero ello no debería ser motivo para interrumpirlas, si ayudan a los familiares en su proceso de duelo. De conformidad con el derecho internacional humanitario, la respuesta a una solicitud de búsqueda, en particular si se trata de un acta de defunción, debería ser dada por las autoridades pertinentes.

Los familiares de personas desaparecidas tienen particulares necesidades psicológicas, materiales y administrativas. El CICR ha desarrollado programas para atender a esas necesidades sólo en algunos contextos, y principalmente para aliviar la presión que ejercen los familiares, las autoridades u otros agentes internacionales. En nuestra opinión, la prestación de ciertos servicios a familiares de personas desaparecidas sólo se justifica para contribuir a la solución de los problemas específicos generados por la incertidumbre acerca de la suerte corrida por un pariente. Incluso en ese caso, los familiares no deberían tardar en reanudar una vida normal, así como integrarse en el grupo más amplio de sobrevivientes de la guerra.

El CICR debe decidir si quiere trazar y dirigir programas de apoyo, o si desea orientar a los familiares hacia otras organizaciones o hacia las autoridades gubernamentales. Evidentemente, estas opciones son posibles sólo cuando existen alternativas que permiten desarrollar programas o cuando se puede alentar o apoyar a las autoridades gubernamentales para que los establezcan. La cuestión de si el CICR considera que su acción es subsidiaria o no respecto de lo que otros hacen va más allá del problema de las personas desaparecidas. Incide en la interpretación del cometido del CICR, su imagen pública, la obtención de fondos y sus ventajas comparativas por lo que respecta a los costos y experiencia. El hecho de que el CICR aliente y apoye la acción de los Gobiernos, en lugar de realizarla directamente, puede contribuir a un desarrollo sostenible y a un buen gobierno, pues permite a las autoridades locales definir sus prioridades y hacerse responsable de esas decisiones políticas.

Si los familiares así lo desean y los beligerantes están de acuerdo, pero necesitan un intermediario neutral, el CICR podría facilitar la entrega de los restos mortales a los familiares.

El servicio de búsqueda sobre el terreno

En varios contextos, el CICR ha hecho más que remitir casos de personas desaparecidas a las autoridades y confrontar esa información con los datos ya recopilados. La búsqueda sobre el terreno, a veces llamada "búsqueda activa", constituye la única solución cuando no existe una autoridad con la estructura adecuada. Consiste en corroborar y completar las solicitudes de búsqueda y, posiblemente, en encontrar una respuesta, yendo a los lugares mencionados en la solicitud, visitando y entrevistando a posibles testigos y dando seguimiento a toda nueva información que se reciba durante el proceso. En algunas situaciones, esto sólo contribuye a presentar un expediente más formal a las autoridades, mientras que en otras, permite elucidar la suerte corrida por la persona en cuestión.

Iniciativas como publicar los nombres de todas las personas desaparecidas en catálogos o en Internet, publicar y distribuir un libro con fotografías de pertenencias personales halladas con los restos mortales, o buscar sistemáticamente en archivos judiciales de tribunales penales internacionales información sobre la identidad de las víctimas confirmadas, pueden haber tenido un efecto positivo en los familiares, pues es una manera de demostrarles que no son olvidados²⁵. También pueden haber ayudado a destacar las actividades del CICR y a aliviar a la Institución de cierta presión por parte de los familiares. No obstante, no se han resuelto muchos casos de personas desaparecidas.

La búsqueda activa de personas individuales está condicionada por el acceso al terreno que tenga el personal del CICR; a veces las autoridades le niegan el acceso; otras, es imposible por razones de seguridad. Implica una inversión de recursos considerable y el empleo de métodos de investigación similares a los de la policía, que el CICR puede no dominar suficientemente y que pueden ser perniciosos para la imagen de la Institución. Como muchas desapariciones resultan de violaciones del derecho internacional humanitario, la búsqueda activa también puede hacer peligrar la seguridad del personal del CICR. Además, durante un conflicto, puede colocar a la persona desaparecida y a cualquiera que suministre información en una situación de riesgo. Siempre que sea posible y que las autoridades den su consentimiento, se debería realizar esa búsqueda, pero en cooperación con otras organizaciones humanitarias internacionales y locales y de derechos humanos.

Seguimiento de denuncias sobre detenciones encubiertas

Uno de los criterios del CICR para efectuar sus visitas tradicionales a personas detenidas en relación con un conflicto es tener acceso a todas esas personas. Por ello, sigue de cerca toda denuncia de detención que considera fidedigna. Gracias a esos esfuerzos, quizás halle con vida a una persona desaparecida. A veces, el CICR ha organizado visitas sorpresivas a presuntos centros de detención, aunque dudara del fundamento de las denuncias. Esto se consideró un esfuerzo para socorrer a los familiares. En nuestra opinión, esta acción bien intencionada es contraproducente para los familiares y podría suscitar la desconfianza mutua entre los beligerantes y la población. Además, podría fortalecer la suposición de los familiares de que su pariente desaparecido está vivo, y así impedir que inicien el necesario proceso de duelo. Las autoridades pertinentes pueden, asimismo, esgrimir el argumento de las visitas sorpresivas como un justificativo para no dar respuesta a las solicitudes de búsqueda.

²⁵ Véase el *Informe de actividad 1996*, p.173 y siguientes.

Recopilación de información sobre las personas fallecidas y traslado de los restos mortales

Al menos en conflictos internacionales, el CICR trata de obtener de las partes beligerantes información sobre los fallecidos. A veces, también lo hace en otros contextos. Como intermediario neutral, el CICR ocasionalmente participa en el traslado de los restos mortales del campo de batalla a los hospitales, donde los familiares pueden identificarlos y recuperarlos, o en el traslado de restos mortales a través de las fronteras o líneas de frente, para devolverlos a los familiares, directamente o mediante las autoridades. Asimismo, también puede participar en el entierro de restos mortales no devueltos a los familiares. En esas circunstancias, y siempre que sea posible, se debería recopilar y gestionar debidamente toda la información sobre los muertos. Sin embargo, esto no siempre ocurre. El CICR debería insistir en que los restos mortales transferidos bajo sus auspicios a las autoridades sean identificados por éstas y entregados a los parientes que corresponda.

Exhumaciones e identificación forense

En ciertos casos, sólo puede obtenerse una respuesta mediante la exhumación o la identificación forense de los restos mortales. Mediante la exhumación, también se permite recuperar los restos y darles una sepultura digna. La identificación forense puede aportar mayor certeza que otros métodos acerca de la suerte corrida por un pariente, aunque en muchos contextos, incluidos los de países desarrollados, las familias no ponen en tela de juicio la precisión de las respuestas que proporciona el CICR.

En algunos contextos, el deseo que expresan los familiares de recibir los restos mortales de su pariente fallecido puede obedecer a manipulaciones efectuadas por las partes (cuya esperanza es que sus ex enemigos no tengan respuestas a disposición, pues éstas pueden liberarlos de sus responsabilidades) o por agentes internacionales; puede traducir una necesidad cultural o emocional, o un deseo de tener mayor certeza o de demorar el anuncio de malas noticias. Sin embargo, muchas familias nunca podrán recibir los restos mortales, y muchas menos podrán obtener el lujo de una identificación forense confirmada por un análisis de ADN.

Sólo en circunstancias excepcionales, el CICR ha contratado a especialistas forenses para identificar restos mortales²⁶. ¿Debería participar el CICR sistemáticamente en exhumaciones e identificaciones forenses? Si se niega a hacerlo, aduciendo las dudas considerables que existen respecto de si las más de las familias podrán lograr algún resultado a través de este proceso, puede interpretarse que la Institución está promocionando los servicios que tradicionalmente presta, en lugar

²⁶ Véanse, por ejemplo, el *Informe de actividad del CICR 1996*, p. 175 y el *Informe de actividad CICR 1997*, p.187 (ex Yugoslavia).

de atender a los deseos de los familiares. Si acepta participar, puede así dar su aprobación a un proceso que aún no ha tenido resultados convincentes, y se puede interpretar que compite con otros organismos internacionales.

Según el derecho internacional humanitario, las exhumaciones son responsabilidad de los (ex) beligerantes, a los que no deberían eximirse de sus responsabilidades. Con excepción de las zonas administradas por entidades internacionales, se necesitará siempre el consentimiento y la cooperación de las partes para realizar las exhumaciones. Sólo las autoridades gubernamentales pueden otorgar los permisos y garantizar las condiciones de seguridad correspondientes para las exhumaciones, permitir la recopilación de datos *ante mortem* completos, decidir sobre el destino de los restos mortales, y establecer la delicada distinción entre la información forense que es útil para la identificación y la que es útil para apoyar las acciones penales. En muchas partes del mundo, y en particular durante conflictos en curso, las autoridades no han permitido al CICR recopilar esa comprometedora información. La ventaja que para el CICR implicaría la realización de las actividades de exhumación e identificación sería que la Institución podría llegar a ser una referencia en cuestiones de exhumación y podría garantizar que las exhumaciones, siempre que sea posible, permitan la identificación de los restos mortales. A diferencia de otros actores humanitarios, no cuenta actualmente con un caudal de experiencia en este ámbito. Pero puede adquirir los conocimientos necesarios. Se podría agregar que si el CICR desea convertirse en la Institución de referencia en el problema de las personas desaparecidas, también debería serlo en lo que concierne a exhumaciones e identificación forense.

La identificación forense debe basarse en datos *ante mortem*. El CICR podría recabar esa información, pues está en contacto con los familiares. Si no controla el uso de esa información, puede preferir que la entidad responsable de la identificación recopile los datos y limitarse a poner esa entidad en contacto con los familiares. Si el análisis de ADN es pertinente y necesario para la identificación forense, el CICR podría ocuparse de obtener o de organizar la toma de muestras de ADN de los familiares. Dadas las controversias actuales acerca de si los análisis de ADN pueden utilizarse, y cómo, en la identificación forense, el CICR puede no desear apoyar el uso de este método ante los familiares, sin tener la seguridad de que se cuenta con la voluntad política, los medios económicos, así como con las condiciones técnicas, necesarios para un análisis exitoso en la mayoría de los casos.

Cuando se realiza una identificación forense, el especialista sabe cuál ha sido la causa de la muerte. Si se trata de un especialista forense del CICR, la prueba para un posible enjuiciamiento podría perderse²⁷. En nuestra opinión, en situaciones que pueden llevar a una acción penal, el CICR debería asegurarse de que se tome en cuenta la necesidad de identificar los restos mortales en favor de los familiares involucrados.

²⁷ Véase Rona, *op.cit.* (nota 14).

El CICR, en su calidad de intermediario neutral en cuestiones humanitarias, podría facilitar la realización de exhumaciones conjuntas por las partes, pues han dado los mejores resultados en lo que respecta al número de personas identificadas. Con la experiencia necesaria, el CICR podría asesorar y capacitar a los funcionarios gubernamentales acerca de los métodos más convenientes y ofrecer un marco consensuado a otras entidades dispuestas a participar en exhumaciones, incluidos los tribunales internacionales. En ambos cometidos, el CICR también podría garantizar que los familiares, cuya presencia es necesaria para aplicar los métodos de identificación tradicionales, reciban el trato adecuado antes, durante y después de las exhumaciones, y que se respeten sus intereses por lo que respecta a la identificación individual, la información de procedimiento y los restos mortales.

Por lo que atañe a las orientaciones que pueden recomendarse en general, el CICR podría proponerse fomentar el establecimiento de prácticas correctas de exhumación e identificación, que podrían traducirse en un acuerdo internacional o una resolución, a fin de garantizar el respeto de las normas fundamentales y de las necesidades humanitarias²⁸. Por ese documento se proporcionaría a los (ex) beligerantes un marco jurídico y técnico para realizar exhumaciones conjuntas y evitar controversias acerca de las normas aplicables.

Garantizar que el problema de las personas desaparecidas se tome en cuenta en la resolución de conflictos

Cuando las partes en un conflicto negocian la paz u otros acuerdos, con la participación, a menudo considerable, de agentes internacionales, el CICR debería continuar abogando por la inclusión de disposiciones relativas a las personas desaparecidas y las fallecidas, y que se prevean mecanismos realistas para su aplicación. En todo caso, el cometido del CICR en el esclarecimiento de la suerte corrida por personas dadas por desaparecidas debería refrendarse en esos acuerdos; cuando corresponda, también debería refrendarse el cometido de la Institución en este ámbito como intermediario neutral entre los ex beligerantes. Cada parte debería comprometerse a cooperar con la Institución para esclarecer el asunto, pero el CICR debe preocuparse por evitar que ponga a la Institución por testigo en controversias políticas entre las partes acerca del respeto de los acuerdos posteriores al conflicto; por ejemplo, si se espera que el CICR remita informes con regularidad sobre el cumplimiento de los acuerdos por las partes. Esa obligación de presentar informes en el marco de mecanismos de aplicación de la paz o ante organismos internacionales no sólo es contraria la acción tradicional, confidencial,

²⁸ El CICR ha recomendado el establecimiento de una red internacional de especialistas forenses para trabajar sobre la cuestión de las personas desaparecidas. Véase *Las personas desaparecidas y sus familiares. Informe del CICR*,

Resumen de las conclusiones de consultas anteriores a la Conferencia Internacional de expertos gubernamentales y no gubernamentales (del 19 al 21 de febrero de 2003).

bilateral del CICR, que está orientada a la cooperación, sino que, se sabe por experiencia, no fortalece la disposición de las partes a cooperar realmente y, en cambio, conduce a mutuas acusaciones, estériles y politizadas, y tiene consecuencias negativas para otras actividades del CICR.

Mecanismos multilaterales o tripartitos

En ocasiones, se ha recurrido a mecanismos multilaterales o tripartitos, especialmente tras el fin de las hostilidades, para tratar el problema de las personas desaparecidas a raíz de un conflicto. A menudo, estos mecanismos han sido establecidos, tras el fin de las hostilidades, como parte de un acuerdo general sobre cuestiones humanitarias²⁹.

Ventajas

Al establecer, para fines de procedimiento, una distinción entre presuntos prisioneros ocultos y prisioneros cuyos datos han sido registrados por el CICR, esos mecanismos han permitido que estos últimos fueran rápidamente liberados y repatriados. Han garantizado que el problema de índole humanitaria de las personas desaparecidas sea tratado independientemente de cuestiones políticas. Pueden proporcionar a las partes beligerantes un foro para debatir cuestiones humanitarias y contribuir a la restauración de la paz. Evitan los arreglos bilaterales entre las partes, en los que pueden no tomarse en cuenta los intereses de las víctimas de guerra. Al proponer que se instauren esos mecanismos, el CICR vela por mantener cierto control sobre lo que se hace para tratar la cuestión de las personas desaparecidas.

No obstante, experiencias recientes han demostrado que pocos casos individuales de personas desaparecidas han sido resueltos a través de estos mecanismos. Mientras los ex beligerantes sigan considerándose enemigos y permanezcan en el poder los gobernantes que ejercían en tiempo de guerra, la transparencia debida al ex enemigo, implícita en esos mecanismos, favorece la politización a la que recurren las partes para continuar la guerra, al tiempo que ocultan en debates de procedimiento interminables su falta de voluntad para proporcionar información. Una vez establecido, el mecanismo se vuelve casi permanente, ya que ni las partes ni el CICR se atreven a tomar la responsabilidad de ponerle fin oficialmente aunque, durante años, no se hayan registrado resultados tangibles en la resolución de casos de personas desaparecidas.

²⁹ Véanse *Informe de actividad del CICR 1991*, p.102 (después de la guerra del Golfo de 1990-1991), *Informe de actividad del CICR 1997*, p. 185 y sigs. (tras el acuerdo de Dayton-París).

Cometido del CICR

El cometido del CICR en esos mecanismos debe estar claro desde el principio. Puede ser intermediario neutral, defensor de las víctimas de guerra, brazo operacional, o puede asumir todas estas funciones juntas. La primera corresponde a su cometido tradicional y puede ser compatible con la segunda. Sin embargo, puede haber intereses en pugna entre la función de intermediario neutral y la de presidente de un mecanismo de esa índole, y la de Institución operacional. A fin de preservar su independencia y de evitar actuar en contra de los intereses de las víctimas de guerra, el CICR no debe someter su cometido operacional a la autoridad de un mecanismo de esa naturaleza. Las partes deberían entender que el CICR continúa cumpliendo, de forma simultánea, su papel tradicional en cuestiones relativas a personas desaparecidas. Además, el CICR debería asegurarse de que, en cualquier momento, puede abandonar un mecanismo que ya no da resultados.

Tareas

En la práctica, esos mecanismos se han utilizado para remitir solicitudes de información a las partes y para recibir sus respuestas. No podemos dejar de preguntarnos por qué una parte estaría más dispuesta a dar respuestas en presencia del ex enemigo, que puede explotarlas inmediatamente, que darlas en forma bilateral al CICR. Para granjearse un mínimo de confianza, las partes tal vez deberían tener la obligación de explicar cómo buscan respuestas. Un cometido más prometedor para ese mecanismo quizás sería el de recabar datos sobre casos respecto de los cuales dos o más partes tienen información. Aunque también era prometedora la idea de que subgrupos técnicos deberían debatir sobre acontecimientos a raíz de los cuales desaparecieron personas, en la práctica no dio resultados. Por último, ese mecanismo podría servir como foro para negociar y planificar exhumaciones conjuntas. Además, la tarea que puede dar mejores resultados, en nuestra opinión, es debatir orientaciones en lugar de responder a solicitudes de búsqueda individuales.

Participación de otras entidades

La participación de otras entidades internacionales puede ejercer presión suplementaria sobre los (ex) beligerantes para que examinen el problema de las personas desaparecidas. La desventaja reside en que las negociaciones suelen volverse más complejas, pues los (ex) beligerantes pueden sacar provecho de la competencia entre las entidades internacionales, y éstas pueden así ampliar su programa institucional. En nuestra opinión, es fundamental que las entidades internacionales humanitarias y políticas coordinen sus actividades, pero no en presencia de los (ex) beligerantes.

El hecho de hacer participar a representantes de los familiares en los debates que tienen lugar en el marco de esos mecanismos les permite sentirse parte del proceso, y contribuye a garantizar que sus necesidades se tomen en cuenta.

Pero, inevitablemente, las reuniones estarán más determinadas por cuestiones emocionales, por lo que será más difícil lograr acuerdos. Además, la experiencia ha demostrado que los representantes de los familiares no utilizan esos foros para ejercer presión para que "su bando" dé respuestas a los familiares del bando contrario.

No obstante, si este mecanismo constituye un verdadero foro para negociar y prever exhumaciones conjuntas o apoyar a los familiares, cabe invitar, como participantes *ad hoc*, a los expertos, representantes de familiares y entidades nacionales o internacionales involucrados.

Evaluación general

El mejor mecanismo no puede reemplazar la voluntad política de las partes para resolver casos de personas desaparecidas y cooperar a fin de lograr ese objetivo. Aunque es indispensable para una entidad humanitaria pensar positivamente, el CICR debería evaluar minuciosamente la voluntad de las partes de cooperar con los demás involucrados, antes de proponer el establecimiento de mecanismos tripartitos. La experiencia parece demostrar que el simple hecho de trabajar conjuntamente en instancias de esa índole no es suficiente para suscitar la voluntad política necesaria. Para evaluarla, puede ser posible, a veces, insistir en que algunos casos, suficientemente documentados, sean resueltos por cada parte antes de que se instaure el mecanismo tripartito. No obstante, no se puede afirmar que los casos mejor documentados sean los de más fácil resolución.

La necesidad de contar con líneas directrices operacionales uniformes

Aparte de sus actividades tradicionales, el CICR no cuenta con procedimientos operacionales generales que se apliquen sistemáticamente en todo el mundo, a fin de resolver el problema de las personas desaparecidas. El hecho de que se emprendan las acciones suplementarias descritas más arriba parece depender de la posibilidad de lograrlas con éxito, de la presión que ejerzan los familiares y la opinión pública, de la disponibilidad de personal que no se necesite para otras actividades consideradas prioritarias y de la sensibilidad de los que toman las decisiones sobre el particular.

Estas observaciones corroboran la decisión que ya ha tomado el CICR de definir líneas directrices operacionales uniformes. Esas líneas garantizarán que las actividades del CICR en este ámbito sean más transparentes y creíbles para los familiares, los beligerantes, y para otras entidades humanitarias. A su vez, obligará al CICR a asegurarse de que cuenta con los medios para aplicarlas de forma equitativa a situaciones similares en todo el mundo, así como para sensibilizar a la comunidad internacional al respecto. El contenido de esas líneas directrices debería incorporarse en la capacitación del personal del CICR en todos los niveles. Facilitarán una mejor coordinación entre las delegaciones del CICR presentes en ambos lados del conflicto. No se puede esperar que se apliquen por igual en todo el mundo,

pues el contexto de los conflictos armados varía. Pero, se puede esperar que quienes toman decisiones expliquen por qué deciden aplicar orientaciones diferentes.

Esas líneas directrices pueden dar la impresión de que el problema de las personas desaparecidas debería tratarse separadamente de las otras actividades del CICR, mientras que la preocupación por las personas desaparecidas debería integrarse y canalizarse en todas las demás actividades. No obstante, los procedimientos básicos, la gestión del personal y los requisitos de comunicación exigen que se formulen inicialmente las nuevas orientaciones, más sistemáticas, bajo la forma de nuevas líneas directrices que subrayen esa necesidad de incorporación. Con los años, esas líneas directrices formarán parte de las políticas del CICR relativas a las visitas a los detenidos, la difusión, la asistencia, el restablecimiento de contacto entre familiares, etc., y —esperemos— de la realidad operacional en todo el mundo.

La decisión política fundamental que debería ser el fundamento de esas líneas directrices es que el problema de las personas desaparecidas no debería tratarse únicamente cuando las hostilidades han finalizado, otras actividades de protección se han reducido y todos los prisioneros cuyos datos se han registrado han sido liberados y repatriados, sino en forma paralela con otros problemas antes, durante y después de un conflicto. Esto no implica necesariamente que todas las medidas propuestas en este estudio deban aplicarse siempre y de forma simultánea. Con frecuencia, algunas medidas parecen ser más adecuadas que otras. Pero, normalmente, el problema de las personas desaparecidas es un problema que crece a largo plazo y que se puede solucionar mejor si se toman acciones inmediatas. Esta nueva política de ningún modo debería impedir que el CICR continúe subrayando la necesidad de tratar casos de personas desaparecidas en forma separada de los de los prisioneros de guerra cuyos datos ha registrado o conoce por otro medio. En realidad, una separación estricta sirve para evitar que los beligerantes retrasen el acceso del CICR a los prisioneros y que, por razones o reclamos de reciprocidad, demoren su liberación y repatriación hasta que se haya esclarecido la suerte corrida por las personas desaparecidas.

"Negación y silencio" o "reconocimiento y revelación de la información"

por

MAGRIET BLAAUW Y VIRPI LÄHTEENMÄKI

"Uno debe recordar que es capaz de olvidar"¹.

El problema de las desapariciones afecta al mundo entero. En los últimos decenios, han conmocionado los relatos sobre la desaparición de decenas de miles de personas en Camboya, América Latina, Irak, Ruanda, ex Yugoslavia, Chechenia, etc. Además, hay muchos otros casos de desapariciones de los que nunca tendrá noticia la comunidad internacional. A pesar de que, probablemente, la solución más eficaz a este problema se halle en el plano nacional, la lucha contra las desapariciones también debería implicar un esfuerzo internacional. Exige solidaridad entre las personas y las organizaciones, y no debe conocer fronteras².

El Consejo Internacional para la Rehabilitación de las Víctimas de la Tortura colabora con centros de rehabilitación en todo el mundo, a fin de promover y apoyar la rehabilitación de víctimas de la tortura y de sus familiares. La mayor parte de estos centros ofrecen apoyo a familiares de personas desaparecidas, ya que en tiempo de represión política grave se suelen practicar tanto las torturas y las ejecuciones arbitrarias como las desapariciones forzosas³.

Las desapariciones forzosas afectan al individuo, a sus familiares y a toda la comunidad. Los problemas que deben afrontar los familiares de personas desaparecidas son complejos y pueden llegar a ser insuperables. Además de la incertidumbre acerca de la suerte que ha corrido su pariente desaparecido, las familias suelen tener que hacer frente a problemas económicos, sociales y jurídicos. Muchas personas han buscado en vano durante años a un allegado desaparecido.

.....

MAGRIET BLAAUW es titular de una Maestría en Salud Internacional; VIRPI LÄHTEENMÄKI es psicóloga y titular de una Maestría en Derechos Humanos, Consejo Internacional para la Rehabilitación de las Víctimas de la Tortura (IRCT), Dinamarca.

Conocemos a madres cuyos hijos han desaparecido y que, después de casi treinta años, aún siguen esperando la aparición de su hijo. Los familiares suelen resistirse a aceptar la muerte de un miembro desaparecido y, en muchos casos, sufren síntomas de duelo complicado, como imágenes intrusivas o crisis emocionales graves, o niegan los efectos de la pérdida. Como consecuencia, les suele resultar difícil efectuar las actividades habituales del trabajo y del hogar⁴. Es necesario que se revele oficialmente lo que ha acontecido a la persona desaparecida y que se reconozcan las consecuencias que las desapariciones implican para los familiares.

Las desapariciones forzadas están rodeadas de silencio y miedo. En una sociedad dominada por la violencia organizada, se suscita una grave desconfianza entre las personas⁵. A veces, los vecinos, compañeros de clase y otros miembros de la comunidad evitan el contacto con los familiares de personas desaparecidas. En el presente artículo, pasaremos revista a algunas de las dificultades con que pueden tropezar los familiares de personas desaparecidas, y las personas que les prestan apoyo. Describiremos cómo puede complicarse el proceso de duelo de los familiares si no se realiza una ceremonia culturalmente adecuada, para dar el último adiós a la persona desaparecida. Sin embargo, poco se sabe aún sistemáticamente acerca de cómo se deben tratar las consecuencias psicológicas en general de la violencia, los conflictos armados y las violaciones de los derechos humanos⁶. Reconocemos que deberían evaluarse mejor los efectos que probablemente tendría un número mayor de manifestaciones de duelo en la salud física y mental de los individuos y de la población en su conjunto⁷.

1 N. Sveaas, "The psychological effects of impunity", en N. Lavik, N. Sveaas y E. Fannemel (eds.), *Pain and Survival: Human Rights Violations and Mental Health*, Scandinavian University Press, 1994.

2 C. Jimenez, *International Standards: Fighting Involuntary Disappearance*, informe presentado por la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) durante la "Reunión de juristas asiáticos y latinoamericanos sobre desapariciones involuntarias: entre la memoria y la impunidad", auspiciada por la Federación Asiática contra las Desapariciones Involuntarias (AFAD), Yakarta, 27 de noviembre – 2 de diciembre de 2000.

3 Definición de "desaparición forzada de personas" de conformidad con el artículo 7 (crímenes de lesa humanidad) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998: "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apo-

yo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

4 M. Horowitz et al., "Diagnostic criteria for complicated grief disorder", *The American Journal of Psychiatry*, julio de 1997.

5 Sveaas, *op.cit.* (nota 1).

6 T. Joop de Jong, "Public mental health, traumatic stress and human rights violations in low-income countries: A culturally appropriate model in times of conflict, disaster and peace, in Joop de Jong (ed.), *Trauma, War and Violence: Public Mental Health in Socio-Cultural Context*, Kluwer Academic, 2002, p.1.

7 Sveaas, *op.cit.* (nota 1); E. Lindemann, "Symptomatology and management of acute grief", in J. Mardi Horowitz (ed.), *Essential Papers on Post-traumatic Stress Disorder*, New York University Press, 1999, pp. 136-148.

Procesos de duelo y luto

Por duelo se entiende la pena, el sufrimiento y el desamparo emocional causados por la muerte o la pérdida de un ser querido. El término luto hace referencia al proceso de reacción ante la pérdida y la muerte, a las ceremonias, particulares en cada cultura, que se realizan cuando una persona muere en una comunidad⁸. El concepto abarca conmemoraciones, honras fúnebres, velatorios, vestimenta de luto, etc. Esos ritos son importantes cuando se organizan y definen las reacciones de duelo inmediatamente después de la muerte⁹. Una ceremonia culturalmente adecuada para dar el último adiós, que brinda la posibilidad de despedir y manifestar el cariño al difunto, normalmente surte un efecto positivo en el proceso de duelo. Ayudará a los deudos a aliviar sus posteriores sentimientos de ira y culpa¹⁰.

"Se niega a las personas desaparecidas un lugar entre los vivos, así como un lugar entre los muertos"¹¹.

Las circunstancias pueden dificultar el proceso de duelo, en particular cuando un miembro de la familia está desaparecido. En ese caso, no se realizará una ceremonia para dar el último adiós, pues se desconoce lo que ha acontecido al ser querido. Con frecuencia, los familiares tienen que enfrentar los problemas económicos, jurídicos y sociales que puede traer aparejados una desaparición. Por ejemplo, muchas de las personas desaparecidas eran el sustento económico del hogar y, tras la desaparición, los familiares afrontan una pérdida del ingreso. Cuando no existe un reconocimiento oficial de la condición de personas desaparecidas, es posible que los familiares no reciban el apoyo que normalmente se presta en casos de fallecimiento. En algunas culturas, la ley prohíbe que las mujeres vuelvan a casarse hasta varios años después de la desaparición de sus maridos¹². Además, puede ser difícil obtener asesoramiento jurídico. Algunas familias gastan el dinero de que disponen para obtener ese asesoramiento, pero la mayor parte de ellas no pueden costearlo, no saben dónde y cómo conseguirlo o no se atreven a solicitarlo.

Duelo complicado

Ciertos rasgos particulares caracterizan a la persona en duelo. Por lo general, ésta experimenta sensaciones somáticas de angustia, siente un nudo en la garganta, dificultades para respirar, además de mucha tensión y fatiga. Asimismo,

8 J. Boehnlein, "Clinical relevance of grief and mourning among Cambodian refugees", *Soc. Sci. Med.*, vol. 25, n° 7, 1987, pp. 765-772.

9 K. Anasarias y B. Escalante, "Healing traumatic wounds of war", *Balitang Balay*, vol. 9, n°s 2-3, 2001.

10 M. Eisenbruch, "The cultural bereavement interview: A new clinical research approach for refugees", *The Psychiatric Clinics of North America*, vol. 13, n° 4, 1990.

11 Cita de Shari Eppel, Amani Trust Zimbabwe, "Healing the dead to transform the living: Exhumation and reburial in Zimbabwe", *Regional and Human Rights Contexts and DNA*, Universidad de California, Berkeley, 26-27 de abril de 2001.

12 *Genocide in Iraq: The Anfal Campaign Against the Kurds. A Middle East Watch Report*, Human Rights Watch, Nueva York, 1993, p. 337.

es muy común que tenga pensamientos con la imagen del pariente perdido y sentimientos muy intensos de culpa. Además, la persona en duelo a veces pierde calidez en las relaciones con los demás y experimenta sentimientos de hostilidad. El comportamiento de una persona en duelo profundo también muestra cambios considerables. Puede parecer hiperactiva e inquieta, pero al mismo tiempo es incapaz de iniciar o de mantener una actividad organizada. También es muy común que estas personas eviten situaciones que podrían recordarles a la persona que han perdido. La duración de estas reacciones de duelo depende de lo que la persona logra hacer a través del duelo. Esto incluye readaptaciones al entorno en que ha desaparecido el allegado y la creación de nuevas y sólidas relaciones¹³. El duelo patológico suele ser una experiencia muy intensa e incontrolada de sensaciones y comportamientos que son normales durante el duelo. Asimismo, en el caso de personas desaparecidas, puede impedir el luto o el curso del proceso de duelo¹⁴. En estudios recientes, se ha demostrado que el proceso de elaboración del duelo se vuelve particularmente difícil cuando las circunstancias de la muerte representan una amenaza para las concepciones de la persona en cuestión o cuando recibe escaso apoyo social¹⁵.

Los familiares de personas desaparecidas experimentan el duelo de manera diferente de quienes lloran la muerte de seres queridos. Por lo general, en el caso de personas desaparecidas, no se realiza una adecuada ceremonia para dar el último adiós. Muchos profesionales de salud mental han observado que si los familiares optan por aceptar la muerte de la persona desaparecida, sienten que la están "matando"¹⁶. O pueden tener fantasías de que su ser querido está viviendo en algún lugar lejano y que no vuelve a casa porque no le está permitido, o que está en prisión. Por ejemplo, durante la campaña de Anfal en Kurdistán (1987-1989), tuvieron lugar ejecuciones y desapariciones masivas de varias decenas de miles de no combatientes (incluidos niños y mujeres). En otros casos, se dio muerte a todos los habitantes de algunos poblados. La gente sabía de historias sobre pelotones de ejecución. Aún así, se mantenían ciertas esperanzas sobre la base de rumores según los cuales nacionales kurdos estaban retenidos en centros secretos en el desierto para futuras negociaciones, y combatientes de la guerrilla kurdos eran sometidos a la esclavitud¹⁷. De todos modos, las esperanzas de los familiares de encontrar

¹³ *Ibid.*, pp. 136-273.

¹⁴ M. Horowitz, "A model of mourning: Change in schemas of self and other", in M. Horowitz (ed.), *Essential Papers on Post-Traumatic Stress Disorder*, New York University Press, 1999, pp. 252-273.

¹⁵ D. Becvar, *In the presence of grief: Helping family members resolve death, dying and bereavement issues*, The Guildford Press, Londres, p. 39.

¹⁶ Boehlein, *op.cit.* (nota 8), pp. 765-772; D. Becker *et al.*, "Therapy with victims of political repression in Chile: The challenge of social repatriation", *Journal of Social Issues*, vol. 46, n° 3, 1990, pp. 133-149.

¹⁷ Human Rights Watch, *op.cit.* (nota 12), p. 337.

a sus seres queridos con vida no pueden ser consideradas totalmente irrealistas, porque muchos kurdos han encontrado asilo en otros países¹⁸.

Las personas que no cuentan con la posibilidad de llorar a su ser querido fallecido pueden no ser capaces de realizar efectivamente el duelo y pueden sufrir la detención del proceso de duelo o reacciones atípicas¹⁹. La incredulidad continua acerca de la muerte de un ser querido impide a las personas iniciar el proceso de duelo normal e implica un riesgo elevado de duelo complicado. Se ha observado que los familiares de personas desaparecidas tienen más ansiedad y trastornos por estrés postraumático (TEPT)²⁰ que los familiares de personas fallecidas²¹. Pueden padecer insomnio, pensamientos con imágenes de los muertos, períodos imprevisibles de ira, ansiedad, culpa del sobreviviente, paralización de emociones y retraimiento respecto de los demás. Estos síntomas son típicos del duelo crónico e irresuelto, así como del TEPT²².

Los criterios para diagnosticar un duelo complicado suelen ser insuficientes, y en el caso de pacientes que sufren de duelo complicado y prolongado se ha diagnosticado un trastorno depresivo. Existe el riesgo de que se subestime la frecuencia de problemas psicológicos derivados de la muerte o la desaparición de un ser querido y de que, por error, se diagnostique un trastorno depresivo en muchas personas que, en realidad, padecen un duelo complicado. El duelo complicado y prolongado debería ser claramente diferenciado en las clasificaciones de trastornos mentales²³.

Muchos familiares de personas desaparecidas tienen sentimientos de culpa, aunque en diferentes grados. Para superar ese sentimiento, deben poder expresarlo claramente. Por lo tanto, no es adecuado tratar de eliminarlo explicando a los

¹⁸ ACNUR, "Background paper on Iraqi refugees and asylum seekers", Centro de Documentación sobre Refugiados del ACNUR, Ginebra, noviembre de 1994.

¹⁹ Becker *et al.*, *op.cit.* (nota 16), pp. 133-149.

²⁰ Los criterios para diagnosticar el trastorno por estrés postraumático (TEPT) son: 1) exposición a un acontecimiento extremo, fuera de las experiencias humanas normales; 2) reexperimentación persistente del acontecimiento traumático; 3) evitación persistente de estímulos asociados a la experiencia traumática y embotamiento de la reactividad general del individuo; y 4) síntomas persistentes de aumento del estado de alerta. Al menos dos de los síntomas siguientes: dificultad para conciliar el sueño, irritabilidad, ataques de ira, problemas de concentración o hipervigilancia. *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crue-*

les, inhumanos o degradantes, Protocolo de Estambul, remitido al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 9 de agosto de 1999.

²¹ Boehnlein, *op.cit.* (nota 8), pp. 765-772; Entrevistas de Libby Tata Arcel con sobrevivientes de la guerra entre Bosnia y Croacia, datos no publicados, IRCT Dinamarca (de aquí en adelante, entrevistas del IRCT); G. Quirk y L. Casco, "Stress disorders of families of the disappeared: A controlled study in Honduras", *Soc. Sci. Med.*, vol. 39, n° 12, 1994, pp. 1675-1679.

²² Boehnlein, *op.cit.* (nota 8), pp. 765-772.

²³ M. Horowitz *et al.*, *op.cit.* (nota 4); H. Prigerson *et al.*, "Complicated grief and bereavement-related depression as distinct disorders: Preliminary empirical validation in elderly bereaved spouses", *The American Journal of Psychiatry*, 1995.

familiares que no podrían haber hecho nada para ayudar a las víctimas. Es mejor reconocer los sentimientos de culpa y decir a los familiares que se trata de una reacción normal. De este modo se puede ayudar a que una persona deje de sentir que es totalmente incapaz de sobrellevar la situación y que, en cambio, tiene algún control sobre ella. También puede explicar por qué las personas suelen fantasear con situaciones en que podrían haber salvado a sus seres queridos, pero no lo hicieron. Estas fantasías dan lugar a un fuerte sentimiento de culpa, pero al mismo tiempo tienen una importante función de protección de la estima personal y la autodeterminación. Los sentimientos de culpa pueden servir para ayudar a superar mejor las retraumatizaciones; especialmente en el caso de los niños, es más fácil lograr que se expresen a través de dibujos. Huelga decir que se debe evaluar la profundidad de esos sentimientos: un sentimiento de culpa excesivo genera una depresión y un TEPT, que requieren un tratamiento adecuado²⁴.

Diferencias en el modo de guardar luto

Licencia por luto

La aceptación de la aflicción como un proceso normal tras la muerte difiere de manera significativa de una cultura a otra. En muchas culturas de Europa occidental, no se acepta que el duelo abarque un período prolongado. Por ejemplo, en Finlandia y en Dinamarca sólo se concede un día de licencia por duelo tras la muerte de un familiar cercano. En Grecia, el período de luto es de una semana y, en Israel, de cuarenta días. En este país, no se deja sola a la persona en duelo, sino que se la acompaña durante todo el período del luto. En algunas partes de Ghana, la persona que ha perdido a un allegado es acompañada por un amigo cercano o un pariente quienes atan, literalmente, un lazo entre ellos. El acompañante sigue a la persona en duelo adonde ésta vaya²⁵. Las maneras en que se aborda la muerte en las culturas no occidentales incluyen muchos elementos destinados a reconfortar a los parientes y amigos cercanos. En los países occidentales, los acontecimientos que rodean a la muerte y la agonía suelen suprimirse, y las personas ancianas y enfermas son dejadas al cuidado de profesionales en instituciones, y no de sus familiares²⁶.

Ritos funerarios en diferentes culturas

Los ritos funerarios permiten a los individuos reaccionar ante la pérdida y la muerte de un allegado. En todas las culturas, tras el fallecimiento de una persona, se realizan ceremonias tanto para los fallecidos como para sus deudos.

²⁴ Entrevistas del IRCT, *op.cit.* (nota 21).

²⁵ B. Kunfah, presentación oral para el Programa de Maestría en Salud Internacional del año 2000, Universidad de Copenhagen, Dinamarca.

²⁶ B. Harrel-Bond y K. Wilson, "Dealing with dying: Some anthropological reflections on the need for assistance by refugee relief programmes for bereavement and burial", *Journal for Refugee Studies*, vol. 3, 1990, pp. 228-243.

Los ritos ayudan a la persona en duelo a entender que la vida debe continuar, así como a reintegrarse en la sociedad²⁷. Una de las principales funciones de los funerales, en cualquier cultura, es reconocer en una ceremonia pública la vida y los logros de la persona fallecida, honrarla y recordar sus mejores aspectos en vida, antes de enviarla al mundo espiritual en que crea la comunidad. Los niños deberían participar en los ritos que acompañan la muerte de un familiar, pues es una forma de ayudarles a entender lo que ha sucedido y a aceptar la muerte del ser querido. Asimismo, puede ser útil para ellos ver el cadáver del pariente fallecido. No obstante, deberían considerarse muchos factores, por ejemplo la edad del niño, la relación con el fallecido y las lesiones físicas que presenta el cadáver²⁸.

Los ritos difieren significativamente según las culturas. Por ejemplo, en la tradición budista, los funerales no son una ocasión para expresar lamentos, pues los budistas creen en la reencarnación. Comúnmente se utilizan símbolos de renacimiento, como el arroz. Por otro lado, puede ser particularmente difícil para los budistas aceptar la muerte violenta de sus parientes, pues se cree que es imposible que una persona tenga una buena reencarnación, si su mente está llena de pensamientos malignos como resultado de una muerte violenta²⁹.

Los fantasmas son característicos del duelo en muchas culturas. Los fantasmas y los espíritus suelen ser el medio a través del cual los muertos pueden comunicarse con los vivos o pedir a éstos que se reúnan con ellos. No es inusual que una persona en duelo se sienta poseída por espíritus, oiga las voces de sus antepasados y sienta que está siendo castigada por haber sobrevivido. En Zimbabue, los espíritus de los antepasados cumplen un papel fundamental en la vida de muchas familias, pues las guían y orientan. Para que un espíritu de los antepasados pueda realizar esta tarea, la persona fallecida debe ser objeto de honras fúnebres y un rito tradicional especial. Un espíritu que no ha sido honrado no tiene reposo ni calma, y lleva mala suerte a la familia y a toda la comunidad³⁰. Por ello, el terapeuta que no conoce las influencias culturales puede malinterpretar los signos normales del duelo³¹.

Duelo en tiempo de guerra, violencia política o represión estatal

El terror colectivo implica, para una población, compartir una negación: saber lo que no se debe saber. Las emociones se suprimen y reprimen³². Sabemos, por el centro de rehabilitación en Aceh, Indonesia, que los cadáveres de personas muertas durante violentos enfrentamientos habían sido recogidos en la oscuridad

²⁷ Boehnlein, *op.cit.* (nota 8), pp. 765-777.

²⁸ A. Dyregrov, "Telling the truth or hiding the fact: An evaluation of current strategies for assisting children following adverse events", *ACCP Occasional Papers: Child Mental Health in Europe*, n°17, 2001.

²⁹ Boehnlein, *op.cit.* (nota 8), pp. 765-772.

³⁰ Eppel, *op.cit.* (nota 11).

³¹ Eisenbruch, *op.cit.* (nota 10).

³² J. Zur, "The psychological impact of impunity", *Anthropology Today*, vol.10, n° 3, junio de 1994.

por otros individuos, con la esperanza de que nadie los viera. En Zimbabue, los funerales de personas muertas en tiempo de disturbios políticos suelen realizarse en secreto, y sólo algunos familiares asisten a la ceremonia. En los funerales tradicionales normales, en cambio, participaría toda la familia y la comunidad³³. Un estudio controlado en Honduras mostró que las familias de personas desaparecidas presentan el doble de síntomas de estrés que las familias donde nadie ha muerto en los diez años previos y las familias que han perdido a uno de sus allegados en un accidente. El ambiente de miedo y aislamiento en que viven los familiares de personas desaparecidas puede ser un factor importante³⁴. Un grupo de trabajadores de salud mental que presta servicio en Guatemala en favor de niños cuyo padre ha muerto en ataques terroristas observó que, a menudo, éstos están aislados de la comunidad, porque sus padres son considerados como "el enemigo". Mencionan que los conceptos médicos occidentales tradicionales, que describen algunos síntomas y patrones comportamentales como prueba de "trastorno por estrés postraumático" no logran explicar el trauma a que estos niños han sobrevivido y que siguen experimentando³⁵.

Problemas especiales en el caso de los refugiados

El duelo y los preparativos para un entierro suelen resultar problemáticos en el caso de los refugiados. Muchos de ellos tienen parientes que han sido ejecutados y enterrados en fosas comunes, sin funeral ni cremación. En numerosos países africanos, los deudos tradicionalmente entierran a sus muertos cerca de la casa familiar, y en algunas culturas, es importante que los cadáveres sean devueltos a su tierra natal para el entierro³⁶.

Cuando los ritos funerarios no se realizan de manera adecuada, es posible que se genere un duelo crónico y que aparezcan síntomas clínicos de TPET. Las personas pueden tener pensamientos intrusivos y, a veces, sentir que las visitan fuerzas sobrenaturales, sea durante el sueño, sea en vigilia. Sienten que los espíritus de sus familiares fallecidos las visitan. Refugiados mozambiqueños contaron que cuando una persona "ha muerto perturbada, su espíritu queda perturbado". Un espíritu debería ser objeto de un entierro adecuado, seguido de una ceremonia, dado que la pérdida de un familiar puede originar problemas psicológicos, como una intensa culpa de sobreviviente³⁷. Si no se reconocen estos síntomas como aspectos culturales del luto, se puede concluir, erróneamente, que estos refugiados sufren trastornos psicológicos³⁸.

33 Eppel, *op.cit.* (nota 11).

34 Quirk y Casco, *op.cit.* (nota 22), pp. 1675-1679.

35 B. Lykes y M. Terror, "Silencing and children: International multidisciplinary collaboration with Guatemalan Maya communities", *Soc.Sci.Med.*, vol. 38, n° 4, 1994, pp. 543-552.

36 Harrel-Bond y Wilson, *op.cit.* (nota 27), pp. 228-243.

37 *Ibid.*

38 M. Eisenbruch, "Toward a culturally sensitive DSM: Cultural bereavement in Cambodian refugees and the traditional healer as a taxonomist", *The Journal of Nervous and Mental Disease*, vol. 180, n° 1, 1992.

Se debería alentar a las comunidades de refugiados a reestablecer las instituciones tradicionales, como los lugares para rendir culto a los muertos. Éstos pueden ser lugares en los que las personas en duelo pueden comunicarse de manera adecuada con las personas fallecidas y resolver las cuestiones de culpa. Los grupos de inmigrantes suelen disponer de sociedades o comités para entierros, que organizan entre los miembros la movilización de recursos para destinar a funerales³⁹. A fin de lograr una recuperación adecuada después de una pérdida o un trauma, es fundamental saber cuáles son los sistemas simbólicos, las creencias culturales y los ritos de curación aceptados tanto en la cultura de origen como en la sociedad anfitriona⁴⁰.

Duelo comunitario

El propósito de las ceremonias tradicionales no es sólo elaborar el duelo individual. La destrucción de los valores comunitarios se vive de manera diferente en culturas donde las personas se consideran, ante todo, miembros de una comunidad, y no individuos separados, a la manera occidental. Brindar asistencia en el plano individual puede no tener ninguna utilidad si la persona vuelve a una comunidad local que está en estado de duelo colectivo. Por ejemplo, en Zimbabue, la familia de una víctima exhumada expresó con vehemencia que no sólo sus miembros, sino los de toda la comunidad habían sido ofendidos por el asesinato de su familiar y que, por lo tanto, la comunidad también necesitaba ser incluida en el proceso de duelo y recibir una curación adecuada⁴¹. El duelo comunitario contribuye a que las personas en duelo se reincorporen en su comunidad social y satisfagan su necesidad de recibir un apoyo social adecuado⁴².

Revelación de la información

El significado de revelar la información

La desaparición de un pariente es una pérdida que no puede llorarse adecuadamente. El hecho de no poder realizar un funeral es traumatizante tanto en casos de desapariciones como en el de personas que han sido asesinadas brutalmente⁴³. Los familiares sólo pueden iniciar el proceso de duelo normal cuando han recibido la partida de defunción. Tienen derecho a saber lo que ha acontecido a la persona desaparecida. Sin embargo, la verdad suele ser horrorosa, especialmente si hay pruebas de que la persona ha sufrido. Se debe prestar un cuidado particular a la manera en que se revelará la verdad. Lamentablemente, las circunstancias, por lo general, están lejos de ser ideales y, por diversas razones económicas y políticas, no es posible prestar la asistencia adecuada. En tiempo de violencia organizada y de represión política, los asesinatos están rodeados de secreto, silencio y miedo.

³⁹ Harrel-Bond y Wilson, *op.cit.* (nota 27), pp. 228-243.

⁴⁰ Boehlein, *op.cit.* (nota 8), pp. 765-772.

⁴¹ Eppel, *op.cit.* (nota 11).

⁴² Eisenbruch, *op.cit.* (nota 10).

⁴³ Minugua, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala. Procedimiento de Exhumación en Guatemala (1997-2000).

Idealmente, la situación de la familia y el contexto cultural, religioso y social deberían evaluarse en detalle, antes de revelar información sobre una muerte. Los familiares deberían recibir toda la información relativa a la muerte de su pariente. La mejor manera es dar la mayor cantidad posible de detalles concretos⁴⁴. Se debería elegir cuidadosamente a la persona que estaría a cargo de revelar la información, por ejemplo un funcionario que haya sido formado para esta tarea, como un asesor. La manera más adecuada sería brindar la información en un lugar donde los familiares se sientan seguros. Debería informarse, en primer lugar, a los parientes adultos más cercanos, y darles el tiempo de reaccionar. Los funcionarios también deberían informar a los niños, porque en general los adultos tienden a ocultarles la verdad para protegerlos⁴⁵.

Los niños necesitan atención especial. Se les debería explicar lo que ha sucedido y deberían participar en el proceso de duelo que sigue a la muerte o la desaparición de un pariente. Si tratamos de que los niños olviden la cuestión, sólo les estamos haciendo un daño. Olvidar no es la solución⁴⁶. Ocultar la verdad a los niños puede tener graves consecuencias en el futuro⁴⁷. Es importante que los niños sepan lo que ha ocurrido a sus parientes, además de cómo y por qué, sobre todo porque los niños mismos harán preguntas al respecto⁴⁸. Una persona que ha experimentado acontecimientos traumáticos de niño y que no los ha solventado puede reaccionar muy fuertemente, incluso muchos años después, cuando le suceda algo menos traumático. Se ha observado, asimismo, que una persona puede crear una respuesta traumática por una pérdida anterior y no resuelta, exactamente cuando alcanza la misma edad que la persona que ha fallecido⁴⁹.

Sabemos, según información proveniente de centros de rehabilitación en América Latina, que algunos hijos de personas desaparecidas buscan apoyo psicológico por primera vez, cuando han alcanzado la edad del progenitor desaparecido⁵⁰.

Ejemplos recientes en Argentina muestran que la revelación de la verdad puede llegar a ser muy complicada. Entre 1976 y 1983, arrebataron los hijos a mujeres que dieron a luz en centros de detención secretos. Algunos de ellos fueron entregados a parejas sin hijos, vinculadas con las fuerzas armadas o la policía, para que los criaran como si fueran suyos. Los familiares se esforzaron por encontrar a estos niños e identificarlos con el propósito de restablecer su identidad personal y familiar. Aunque el bienestar y el interés de los niños han sido considerados prioritarios en el curso de este proceso, no cabe duda de que el hecho de comunicarles que los únicos padres que hasta el momento han conocido no son sus verdaderos

⁴⁴ Dyregrov, *op.cit.* (nota 29).

⁴⁵ Entrevistas del IRCT, (nota 21), "Early intervention: A family perspective", *Advances in Mind-Body Medicine*, n° 17, 2001, p.170.

⁴⁶ Lykes y Terror, *op.cit.* (nota 36), pp. 543-552.

⁴⁷ Dyregrov, *op.cit.* (nota 29), pp. 28-29.

⁴⁸ Lykes y Terror, *op.cit.* (nota 36), pp. 543-552.

⁴⁹ Lindemann, *op.cit.* (nota 7), pp. 136-273.

⁵⁰ Comunicaciones personales a M. Blaauw durante su visita al Cono Sur de América Latina en marzo de 2001 y marzo de 2002.

padres les provocará un trauma psicológico. Pero hay casos peores: cuando, por ejemplo, se debe comunicar a un niño que los padres adoptivos podrían haber sabido del asesinato de sus padres biológicos, o haber incluso participado en él⁵¹.

Riesgo de sufrir retraumatización y cómo reducirlo

El hecho de revelar información concreta sobre lo que ha acontecido a un pariente desaparecido, como mostrar fotografías del cadáver de la persona fallecida, siempre implica un riesgo de retraumatización. Así, se ha planteado con frecuencia la pregunta de si es beneficioso que la familia vea los restos de sus seres queridos, en particular cuando hay pruebas de que han sufrido, por ejemplo de que han sido torturados. No obstante, se ha hallado que el hecho de mostrar los restos de la víctima favorece un proceso de duelo normal⁵². Los siguientes puntos deberían considerarse antes de proponer mostrar los restos mortales:

Preguntar: se debería preguntar a los familiares si desean ver el cadáver y se les debería informar acerca del riesgo de retraumatización. Para algunas personas, podría ser una experiencia difícil de soportar.

Preparar: antes de dar a los familiares la oportunidad de ver el cadáver, se les debería informar acerca de las condiciones en que éste se encuentra, por ejemplo si está mutilado o si presenta heridas de gravedad. Esa información debería comunicarse después de una minuciosa preparación de los familiares.

Apoyar: se debe prestar apoyo psicosocial antes, durante y después de revelar la información.

Ofrecer tratamiento: se debe seguir de cerca la situación de los familiares para evaluar cómo sobrellevan la noticia. En caso de retraumatización, se debería ofrecer un tratamiento psicológico. En función de las posibilidades, el tratamiento debería ser, en primer lugar, individual y, luego, si la persona lo desea, grupal. Al formar los grupos, es importante asegurarse de que los participantes hayan tenido experiencias similares. También es útil que se encuentren en diferentes etapas del proceso de duelo⁵³.

Exhumaciones

En el mundo, existen muchos grupos especializados en el ámbito de exhumación, identificación e investigación de la causa de la muerte y de los medios con que se dio muerte a individuos enterrados junto a otros cadáveres o individualmente en tumbas no señaladas. Mediante la exhumación, se puede obtener información acerca de lo que ha acontecido a víctimas de ejecuciones extrajudiciales, pues los cadáveres pueden contener pruebas objetivas y científicas de los crímenes

⁵¹ V. Penchaszadeh, "Genetic identification of children of the disappeared in Argentina", *Journal of the American Medical Women's Association*, vol. 52, n° 1, 1997.

⁵² Dyregrov, *op.cit.* (nota 29), pp. 31-32.

⁵³ Entrevistas del IRCT, *op.cit.* (nota 21).

cometidos. A través de la documentación forense, se puede responsabilizar a los Gobiernos. El conocimiento de estos hechos puede prevenir futuros crímenes.

Una razón importante para realizar exhumaciones es que pueden ser fuente de información, para los familiares, sobre la suerte que han corrido sus parientes desaparecidos. Pueden, además, permitir que los familiares rindan honor a la persona fallecida según las modalidades correspondientes a su cultura⁵⁴. Por ejemplo, en Guatemala, la razón principal por la que las comunidades solicitan una exhumación es para encontrar los restos mortales de sus familiares desaparecidos. Rara vez las personas desean enjuiciar a los responsables, sea por temor, ya que por lo general viven en la misma comunidad que el autor del crimen, sea por desconfianza respecto de un sistema jurídico en que los ex militares aún tienen poder, sea por limitaciones económicas⁵⁵. En 1988, cuando se exhumó una fosa clandestina en un pequeño poblado guatemalteco, el miedo fue tan intenso que ningún familiar fue a identificar los restos mortales⁵⁶.

El proceso de exhumación puede retraumatizar a los parientes o a los miembros de la comunidad. Por ello, cuando se efectúa una exhumación, es fundamental prestar apoyo en salud mental tanto individual como colectivamente. Se deberían tomar en cuenta todos los puntos arriba mencionados sobre cómo reducir en lo posible los riesgos de retraumatización, ofreciendo la posibilidad de ver los restos del ser querido. Dicho apoyo es necesario antes, durante y después de la exhumación.

Antes: el equipo debería visitar la comunidad y dar a los familiares la oportunidad de contar su historia. Se les debe explicar por qué se realiza la exhumación, cómo se procede, de qué modo se identifican los huesos, etc.

Durante: el hecho de ver los restos mortales del ser querido con signos de que ha sufrido puede provocar reacciones emocionales graves. El equipo de salud mental debería estar allí para apoyar a los familiares, hablar con ellos, ayudarlos a recordar y dignificar lo que en vida hizo la víctima, sus cualidades, etc.

Después: se necesita ayuda para prevenir los posibles conflictos que pueda haber en la zona entre las víctimas y los presuntos autores del crimen. Se puede ofrecer ayuda para la planificación de los funerales, las ceremonias conmemorativas, las ceremonias religiosas, así como para tratar de hallar una orientación hacia el futuro⁵⁷.

Aunque las exhumaciones pueden cumplir una función importante durante el proceso de elaboración del duelo por parte de los familiares, también implican peligros potenciales. El hecho de ver los restos mortales de un ser querido

⁵⁴ *Unquiet Graves: The Search for the Disappeared in Iraqi Kurdistan*, Human Rights Watch y Physicians for Human Rights, 1992, p.3.

⁵⁵ Minugua, Misión de Verificación, *op.cit.* (nota 43).

⁵⁶ Zur, *op.cit.* (nota 33).

⁵⁷ Minugua, Misión de Verificación, *op.cit.* (nota 44).

obliga a los familiares a aceptar la realidad de la muerte. Pueden pensar que están preparados para ello, pero por lo general no lo están. Huelga decir que el proceso es especialmente doloroso cuando hay evidencias de que la persona ha sufrido antes de morir. El hallazgo de una fosa vacía también puede ser muy angustiante para una familia que se ha preparado para poder, por fin, enterrar los restos mortales del allegado⁵⁸.

De acuerdo con el *Manual para la prevención efectiva y la investigación de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias*⁵⁹, se debe remitir a los familiares y a sus representantes legales toda información pertinente para la investigación. Se recomienda, asimismo, que los familiares y las personas cuyo sustento estaba a cargo de las víctimas de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias tengan la posibilidad de recibir una compensación justa y adecuada en un período de tiempo razonable.

Reparación

El relator especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura afirma que:

"...todo acto de desaparición forzada causa a la víctima graves sufrimientos, lo mismo que a su familia [...] En la definición de trabajo de "desaparición" se hace referencia también a la negativa a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad. Se trata de un acto intencional que afecta directamente a los familiares cercanos. [...] Los funcionarios públicos, perfectamente conscientes de que sumen a la familia en la incertidumbre, el temor y la angustia con respecto a la suerte de sus seres queridos, mienten maliciosamente a esos familiares para castigarlos o intimidarlos a ellos y a otros"⁶⁰.

En esta declaración, el relator especial reconoce que el sufrimiento que se inflige a los familiares de una persona desaparecida puede equipararse a la tortura, violación grave de los derechos humanos. Con arreglo al derecho internacional⁶¹, las víctimas de violaciones de los derechos humanos están autorizadas a recibir una compensación por sus pérdidas y sufrimiento⁶². No obstante, sabemos muy poco acerca de las necesidades de los sobrevivientes a violaciones de los derechos humanos. La ONG "Redress" ha iniciado un programa de investigación

⁵⁸ Eppel, *op.cit.* (nota 11).

⁵⁹ *Manual de las Naciones Unidas sobre la prevención efectiva y la investigación de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias*, Naciones Unidas, Nueva York, 1991.

⁶⁰ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU

A/56/156, 3 de julio de 2001.

⁶¹ Artículo 8 de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Res. AG 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

⁶² S. Cullinan, "Torture survivors' perceptions of reparation: Preliminary survey", *The Redress Trust*, 2001, p.12.

relativo a las opiniones de sobrevivientes a la tortura y de sus familiares acerca de la reparación: qué opinan al respecto, qué expectativas tienen de obtenerlas, qué necesitan⁶³.

El profesor van Boven ha elaborado un conjunto de principios básicos y directrices para las Naciones Unidas relativas a las reparaciones destinadas a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos⁶⁴. Lamentablemente, no muchas familias de personas desaparecidas reciben reparación. Numerosas víctimas y parientes tropiezan con dificultades al solicitarla, y el trámite en sí puede transformarse en una experiencia traumática⁶⁵. Es prácticamente imposible restaurar la situación previa a la desaparición del familiar. Incluso cuando ya han transcurrido años de gobierno democrático, las personas deben luchar para lograr reconocimiento y justicia. En ocasiones, las compensaciones han sido rechazadas porque se las ha considerado "dinero ensangrentado"⁶⁶. Por otra parte, las compensaciones pueden tener una importancia que trasciende su valor material. Pueden significar un reconocimiento del hecho de que se han causado perjuicios graves⁶⁷. Sin embargo, la reparación significa más que la compensación. Por experiencias en los Centros de Rehabilitación con los que el Consejo Internacional de Rehabilitación de Víctimas de la Tortura (IRCT) colabora, sabemos que, a veces, las personas llegan a pedir apoyo psicológico muchos años después de la desaparición de un familiar. En numerosos países, es difícil movilizar recursos para prestar este apoyo.

La revelación de la verdad es necesaria para obtener justicia y reconciliación, pero, como ha señalado REDRESS, la verdad hace justicia a las personas que han sido victimizadas, pero no en lo que respecta a los responsables⁶⁸. La impunidad tras la comisión de violaciones graves de los derechos humanos puede tener diversas e importantes consecuencias tanto sociales como psicológicas. Aceptar que actos criminales graves no den lugar a un proceso judicial significa negar los hechos.

⁶³ *Ibid.*, p.77.

⁶⁴ "La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación", preparada por el señor. Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996. Allí se describen cuatro formas principales de reparación: *restitución*: para restablecer la situación existente antes de la violación de derechos humanos o del derecho humanitario; *compensación*: se acordará por todo perjuicio evaluable económicamente que resulte como consecuencia del acto ilícito; *rehabilitación*: incluirá atención médica y psicológica, así como

otros servicios y cuidados, a fin de que la víctima recupere su dignidad y reputación; *satisfacción y garantías de no repetición*: incluirán verificación de los hechos y difusión pública amplia de la verdad, una declaración oficial relativa a la ilicitud del acto cometido, una disculpa, sanciones judiciales o administrativas a los responsables, conmemoraciones y prevención de nuevas violaciones por medio de medidas judiciales y administrativas.

⁶⁵ Cullinan, *op.cit.* (nota 63), p. 55.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁷ N. Sveaas y N. Lavik, "Psychological aspects of human rights violations: The importance of justice and reconciliation", *Nordic Journal of International Law*, vol. 69, n° 200, pp. 35-52, p. 50.

⁶⁸ *Ibid.*, p.17.

No se reconoce pública u oficialmente lo que ha sucedido, por lo que no se brinda satisfacción ni garantías de que esos hechos no se repetirán. Así se crea una situación en la que se viola el sentido de justicia⁶⁹. La impunidad puede generar un intenso sentimiento de falta de control e impotencia en las personas. Además, puede alterar las relaciones humanas y suscitar temor, así como falta de seguridad y desconfianza entre las personas⁷⁰. Una madre reveló que alguien se le acercó cuando estaba en una ceremonia de conmemoración en honor de las personas desaparecidas, casi treinta años después de que su hijo había desaparecido, y le dijo: "Su hijo tuvo lo que merecía"⁷¹.

Conclusión

Por lo general, los familiares de personas desaparecidas pasan años buscando a sus seres queridos, al tiempo que deben hacer frente a problemas económicos, jurídicas y sociales. La desaparición de un allegado constituye una pérdida que no puede llorarse adecuadamente. La imposibilidad de realizar una ceremonia culturalmente adecuada para el último adiós es traumática y puede complicar el proceso normal de duelo. Si bien esas ceremonias son muy diferentes en cada cultura, tienen un significado similar: reconocer la vida y los logros de la persona fallecida. Los ritos funerarios son un paso fundamental para afrontar una pérdida. Es importante comprenderlos y apoyarlos cuando se trata de familiares de personas desaparecidas. Aceptar la importancia de estos ritos puede reducir el riesgo de que, por ejemplo, se considere que los refugiados sufren de problemas mentales graves.

Antes de proporcionar información sobre las personas desaparecidas, se debería preparar cuidadosamente a los parientes; en la medida de lo posible, la información les debería ser comunicada por un funcionario especialmente capacitado. Se debería evaluar en detalle el contexto cultural, religioso y social antes de revelar la información. Una partida oficial de defunción puede permitir que los familiares inicien el proceso normal de duelo. En cambio, la oportunidad de ver los restos mortales puede implicar un alto riesgo de retraumatización.

El ambiente de temor y aislamiento en que viven los familiares de personas desaparecidas probablemente sea una de las razones por las que se sabe tan poco, hasta ahora, acerca de sus problemas y necesidades. A pesar de que los familiares de personas desaparecidas tienen derecho a recibir reparación, en la práctica ello no ha ocurrido, debido a muchas dificultades, como la falta de voluntad política y de ayuda jurídica para hacerlo, y el posible trauma que implicaría el hecho de solicitar la reparación.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Comunicación personal de la madre de una persona desaparecida a M. Blaauw durante una visita al Cono Sur de América Latina, marzo de 2001.

Las desapariciones forzosas afectan a los individuos, las familias y la comunidad en su conjunto. A fin de prevenirlas y de prestar apoyo a los familiares, es necesario comprender cabalmente esta compleja cuestión. Es fundamental que esa comprensión del problema se promueva y se refrende en el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales, así como en las orientaciones relativas a las personas desaparecidas.

Cómo superar las diferencias entre las necesidades de los familiares de los desaparecidos y los procedimientos judiciales

por
VASUKI NESIAH

En este artículo se analiza en qué medida los mecanismos judiciales y extrajudiciales pueden servir para atender a las necesidades y prioridades de las familias de las personas desaparecidas y, en este contexto, se hacen algunas recomendaciones a los agentes estatales, no estatales e internacionales concernidos.

Cuando las personas desaparecen, sus familias quedan sumidas en la tristeza. A menudo los efectos traumáticos de la ausencia de los seres queridos se ven exacerbados por el hecho de que se descuidan o no se aceptan las necesidades y las prioridades motivadas por esta ausencia. El CICR ha determinado tres categorías principales de necesidades y prioridades de tales familias: de información, de que se determinen las responsabilidades y de reconocimiento. Aquí sólo se abordarán estas tres categorías, cada una de las cuales entraña una compleja retahíla de intereses y reivindicaciones en cuanto a la gestión de los expedientes de personas desaparecidas.

Familias y procedimientos judiciales

Los mecanismos judiciales varían mucho en función del sistema jurídico, del contexto sociohistórico, de las tradiciones interpretativas, etc. En el actual contexto, las generalizaciones que han sido necesarias en esta amplia visión de conjunto no deberían interpretarse como demandas completas que tipifican todos los

VASUKI NESIAH es doctor en Derecho Internacional Público (Harvard Law School), doctor en Teoría del Derecho (Harvard Law School), licenciado superior en letras (Cornell University) y socio directivo del International Center for Transitional Justice de Nueva York.

mecanismos judiciales existentes; se trata más bien de un ensayo mucho más modesto, en el que se emplean las generalizaciones con fines heurísticos para poner de relieve las características específicas de cierto "tipo" de mecanismo ordinario de justicia penal, que calificamos de judicial. Un sistema judicial que no funcione de conformidad con los principios de los derechos humanos no satisfará como es debido las necesidades que tienen las familias de los desaparecidos de ser informadas, de que se exijan responsabilidades y de que se reconozcan las culpabilidades. En este artículo se analiza cómo los mecanismos judiciales que funcionan razonablemente bien hacen frente, o podrían hacer frente, a las necesidades de esas familias, centrándose en cada una de las tres categorías de necesidades y prioridades citadas. En efecto, la importancia que un sistema judicial da a las necesidades y prioridades de una víctima o de sus familiares puede ilustrar un destacado aspecto de la posición que ocupan los principios de los derechos humanos en ese sistema judicial.

Información y mecanismos judiciales

Según sea el sistema jurídico de que se trate, realizan las investigaciones penales la policía, la fiscalía y/o el juez o magistrado de instrucción. En las fases siguientes del proceso judicial, desde las declaraciones hasta el juicio propiamente dicho, también los abogados y los testigos dan información, que se encauza a través del derecho sustantivo, de las normas procesales y de la jurisprudencia. El cometido de los funcionarios estatales y de los procedimientos judiciales en la tarea de recabar y analizar la información puede beneficiar a los familiares de las personas desaparecidas y favorecer el interés que éstos tienen en que se realicen investigaciones y se divulgue la información.

Las investigaciones que se efectúan en virtud de acciones judiciales pueden determinar los recursos y la autoridad del Estado para obtener información. En efecto, pueden movilizar los poderes policiales de arresto, de detención lícita, de someter a interrogatorio, de concertar pactos sobre la declaración de culpabilidad y otras estrategias parecidas para persuadir a los testigos reacios a facilitar información. Asimismo, pueden emitir órdenes para acceder a documentos y demás pruebas que estén ocultas o en posesión de personas particulares o del Estado. Las investigaciones judiciales también garantizan que la información recabada esté relacionada con el delito y sustente los procesos para establecer las responsabilidades. Además, los investigadores policiales y de la fiscalía, gracias a su formación y experiencia profesionales, especializadas precisamente en obtener información sobre delitos, pueden ser particularmente eficaces en la obtención de información confidencial. Por último, dado que ésta se canaliza a través de mecanismos judiciales, que la comprueban y evalúan sobre la base de normas objetivas, los familiares de las personas desaparecidas pueden confiar en la fiabilidad y el peso de la información que surja en ese proceso.

Así, en la medida en que se lleven a cabo de buena fe y de forma objetiva las investigaciones que comportan las diligencias judiciales, pueden al menos

hacer que se descubran importantes informaciones relacionadas con los autores del delito y las circunstancias del mismo. Además, gran parte de la información revelada por el proceso de investigación penal puede ser valiosa para cualquier acción civil que deseen entablar los familiares de las personas desaparecidas. Por ello, las investigaciones penales realizadas de buena fe son casi siempre bien acogidas por los familiares de los desaparecidos.

Sin embargo, al mismo tiempo, es posible que las investigaciones policiales y de la fiscalía efectuadas en el marco de las diligencias penales no respondan a las necesidades de los familiares. En la mayoría de los casos, abrir una investigación criminal con miras a un juicio puede depender únicamente de que el fiscal decida proseguir el asunto con poca o ninguna información. El acceso de las víctimas a la información que se halla en poder de la policía y del fiscal está a menudo limitado por imperativos legales, garantías procesales y otras exigencias de la ley que quizá requieran que los investigadores y la fiscalía mantengan algunas informaciones en secreto, que no revelen prematuramente información pendiente de comprobación por el juicio y que no lesionen el derecho del acusado a gozar de un juicio imparcial con una divulgación prematura. Además, las tácticas de la acusación, así como la cultura institucional y profesional de las investigaciones policiales y de la fiscalía, casi siempre cubren tales investigaciones de un considerable secreto. Por eso, mientras los familiares de los desaparecidos pueden ser interrogados e investigados, es posible que no dispongan de información sobre la marcha de las investigaciones, lo que puede intensificar su sentimiento de impotencia y de exclusión del procedimiento judicial.

La finalidad de las investigaciones es lograr el objetivo de la acusación de identificar a las personas cuya culpabilidad legal puede probarse. Tal vez los familiares de los desaparecidos tengan metas más amplias. En el marco de las desapariciones, los familiares pueden desear obtener, por ejemplo, información sobre las autoridades políticas que fueron las instigadoras intelectuales de esos crímenes, que los hicieron posibles o los legitimaron, mientras que la investigación penal puede dar la prioridad a canalizar las energías investigadoras en averiguar quién "apretó el gatillo", ya que la responsabilidad de haber dado las órdenes es difícil de probar en un juicio (especialmente porque las desapariciones suelen tener lugar mediante una autorización centralizada, pero una planificación y una ejecución descentralizadas).

Al hacer frente a estos desafíos, algunos países de derecho civil otorgan a los familiares de las víctimas el derecho individual a incoar una demanda y/o a constituirse en parte civil o en codemandante con el fiscal. Estas disposiciones permiten a las familias de los desaparecidos tener más acceso a la información obtenida a través de mecanismos judiciales y controlarla mejor. Otras posibilidades que les permiten un mayor acceso a la información en el marco de los mecanismos judiciales consisten, en particular, en reforzar la asistencia letrada de modo que permita más consultas y una mejor coordinación con el cliente.

En resumen, las investigaciones judiciales pueden, hasta cierto punto, corresponder a los objetivos de los familiares, pero, en otros casos, los respectivos intereses pueden diferir, y los mecanismos judiciales verse atrapados entre la necesidad de información que tienen los familiares de los desaparecidos y la necesidad del fiscal de garantizar que la divulgación de ésta no perjudique al acusado.

Responsabilidad y mecanismos judiciales

En efecto, los mecanismos judiciales se consideran como el modelo estándar para dar a los familiares de las víctimas un medio eficaz de pedir a los autores cuentas de sus actos. En un sistema que funcione bien, en el que se respeten las libertades civiles y la igualdad de protección ante la ley, los mecanismos judiciales son una manera especialmente eficaz de garantizar la determinación de responsabilidades.

El sistema judicial tiene por objeto establecer la culpabilidad o la inocencia con las debidas garantías procesales, así como las normas que deben cumplir las pruebas para que confirmen de forma inequívoca el hecho de que personas identificables, no entidades anónimas, han infringido la ley. Al confirmar la responsabilidad de los autores de las infracciones, los sistemas judiciales pueden imponerles asimismo sanciones y ordenar que las víctimas sean indemnizadas. Para las familias de los desaparecidos, los mecanismos judiciales no sólo representan un instrumento fidedigno para establecer las violaciones del derecho cometidas por los autores, sino una declaración oficial y pública por la que se reconoce que se ha cometido una infracción bajo la tutela del Estado, y que las víctimas han sufrido daños. Además de la responsabilidad individual, los mecanismos judiciales también van en el sentido de pedir directa o indirectamente cuentas al sistema. Y, lo que es más importante, indican claramente que la impunidad es inadmisibles y afirman el compromiso del Estado por lo que respecta a la reparación judicial y los derechos humanos.

A pesar del gran valor que los sistemas judiciales dan al hecho de exigir responsabilidades a los infractores individuales, los mecanismos judiciales también pueden obstaculizar esa responsabilización. Han elaborado reglamentos para garantizar un juicio justo y objetivo. Ahora bien, respetar esas garantías puede resultar muy costoso y requerir mucho tiempo, así como unas infraestructuras policial y jurídica eficaces. Cuando estos ingredientes faltan o son deficientes, el sistema judicial no tendrá la capacidad institucional de satisfacer los deseos de los familiares de los desaparecidos de que se exijan responsabilidades. Este problema se ve agravado en aquellos casos en que la extensión de las atrocidades contra los derechos humanos, en particular el número de personas desaparecidas, es tan grande que incluso un sistema que funciona bien sólo puede ocuparse de una parte de los autores. Las pesquisas judiciales para determinar responsabilidades se centran en gran medida en la responsabilidad individual. La mayor parte de los casos pueden ser llevados a los tribunales como casos individuales más que como acciones de grupo.

Sin embargo, muchas familias pueden sentir sus derechos atropellados por aspectos fundamentales del sistema que ha fomentado, o como mínimo permitido, esas atrocidades. En consecuencia, es lógico que quieran mecanismos para determinar las responsabilidades que vayan más allá de la culpabilidad individual y abarquen aspectos tales como la estructura o la organización específicas del Estado, de ciertas categorías de personas, de un Gobierno militar, de un grupo militante, de una etnia opresora, de una mayoría racial o religiosa, e incluso de una comunidad internacional indiferente o cómplice. En algunos casos, los mecanismos judiciales suelen funcionar, además, en sesiones a puerta cerrada, lo que priva a los familiares de las víctimas del derecho a pedir públicamente responsabilidades.

Los contrainterrogatorios pueden incrementar todavía más los daños sufridos por las víctimas durante el proceso para establecer las responsabilidades. Quizá sea éste un síntoma de un problema de mayor alcance: la forma en que a menudo los sistemas judiciales son insensibles a las víctimas y se adaptan a las necesidades de la ley y de la victoria jurídica, en vez de a las de los desaparecidos y sus familiares.

Reconocimiento y mecanismos judiciales

Los mecanismos judiciales son una importante base para satisfacer el objetivo de los familiares de que se reconozcan los hechos. Pueden ser un símbolo del reconocimiento por parte del Estado de la infracción y de su culpabilidad directa o indirecta. Al proporcionar un modo de "búsqueda de la verdad" oficial, los mecanismos judiciales pueden contribuir a exponer y reconocer los contextos en que se producen las infracciones. Pueden asimismo permitir que los autores individuales, gracias a su propio testimonio, reconozcan su papel en el crimen y se responsabilicen del daño causado. Especialmente cuando exigen indemnizaciones, reformas institucionales, etc. constituyen un medio poderoso de reconocer el sufrimiento de los desaparecidos y de sus familiares.

Por otra parte, los familiares de los desaparecidos pueden interpretar los obstáculos de procedimiento inherentes a las conclusiones judiciales como denegación de información y del "reconocimiento" debido al proceso legal. Por ejemplo, es posible que la verdad judicial no esté encaminada a exigir cuentas a aquellos individuos e instituciones que quizá hayan tenido responsabilidad de mando en el proceso de las desapariciones, si no son "jurídicamente" culpables de manera demostrable en juicio. Por eso se ocupan de ordinario de los casos de forma individual y, en ese sentido, el reconocimiento por parte del Estado también se individualiza. Hay poca capacidad jurídica para reconocer directamente los problemas sistemáticos o estructurales que condujeron a la infracción o permitieron que se produjera. Asimismo, cuando el blanco ha sido un tipo de víctimas como grupo (por factores tales como la etnia, la religión, etc.), los mecanismos judiciales están especialmente mal dotados para identificar y rastrear esas pautas y causas sistémicas.

En este contexto, tenemos que analizar también los mecanismos extrajudiciales (incluidas las disposiciones referentes a los fiscales especiales y a otros procedimientos no habituales) y su capacidad de atender a las necesidades y prioridades de los familiares de los desaparecidos.

Los familiares y los mecanismos extrajudiciales

Tal y como se emplea en este artículo, "mecanismos extrajudiciales" es una categoría abierta, que abarca una amplia gama de iniciativas, que van desde comisiones de la verdad hasta proyectos de documentación sobre derechos humanos, pasando por monumentos públicos. En general, los mecanismos extrajudiciales son menos formalistas y más flexibles que los judiciales. A algunos les preocupa que esa gran maleabilidad pueda debilitar estos mecanismos a la hora de presionar a las autoridades para conseguir información y reconocimiento, y/o de hacerlas responsables de su acción o inacción. Sin embargo, la esperanza que despiertan estos mecanismos quizá se base precisamente en el hecho de que pueden centrarse en las víctimas, no sólo en los infractores, ni en la sociedad civil o el Estado. Por su sencillez y flexibilidad son más aptos para adaptarse a las necesidades de las víctimas y de sus familiares.

Información y mecanismos extrajudiciales

En una campaña para recopilar información sobre los desaparecidos, puede autorizarse a los organismos de investigación habilitados para indagar su paradero a utilizar una combinación de recompensas, incentivos y amenazas para alentar a los testigos y a los infractores reacios a cooperar. Mientras que la elaboración de esas disposiciones dependería de una planificación estratégica específica del contexto de quienes poseen información, y de qué tipo de premios, incentivos y amenazas podrían servir para obtener información de ellos, su utilización dependería asimismo de la capacidad institucional del organismo de investigación para ofrecer a los testigos que se presenten la protección de las garantías procesales fundamentales. Deberían evacuarse consultas con los grupos que apoyan y defienden a las víctimas para garantizar que estos métodos no pongan en peligro la seguridad de los testigos, ofrecer amnistías o también oportunidades para las víctimas de intercambiar opiniones y que éstas sean tenidas en cuenta en el proceso de toma de decisiones.

Los organismos de investigación podrían dar incentivos a la cooperación sin negociar directamente las sanciones penales. Por ejemplo, podrían ofrecer a las víctimas la opción de prestar confidencialmente declaración, lo que puede ser un incentivo en contextos donde las continuas amenazas a la seguridad justifican tales mecanismos de protección de los testigos. La declaración confidencial también podría ser un incentivo para aquellas personas que temen hablar en público por miedo al estigma social o al "qué dirán". Por ejemplo, en muchos contextos, las víctimas de delitos sexuales han dudado en presentarse y facilitar información por

vergüenza al público y/o porque piensan que la violación es una cuestión demasiado íntima y personal para ser debatida en público. La declaración confidencial, combinada con alguna disposición de inmunidad limitada, también podría ser un incentivo para quienes quieren revelar información susceptible de ayudar a los familiares de desaparecidos a obtener más datos sobre la suerte que han corrido sus seres queridos, sin poner en peligro a los acusados desde el punto de vista del enjuiciamiento.

Los órganos de investigación también podrían ser habilitados a obtener información estableciendo una sanción por falta de cooperación, como es retener información sobre una violación de los derechos humanos (siempre y cuando exista un programa adecuado de protección de testigos cuando cumplir con esa obligación entrañe un riesgo para la seguridad). Así, en vez de premiar la cooperación con amnistías y/o una reducción de la pena, esta manera de proceder sugiere la posibilidad de promulgar una disposición que conmine con imponer sanciones penales o administrativas a quienes no cooperen. Esta disposición podría ser especialmente útil cuando una amnistía anterior por el delito inicial haya dejado muy poco margen para incentivar a los infractores a cooperar, y los investigadores tienen muy poco poder de negociación para inducir a éstos y a los testigos reacios a revelar información. Aunque la amnistía anterior proteja a los autores de ser enjuiciados por su delito inicial, esa amnistía se limita a la responsabilidad penal por el delito en sí y no perdona la retención de información sobre un crimen.

En este contexto, deberían incluirse asimismo en dicha disposición el derecho a abstenerse de autoincriminarse y otras garantías procesales. Al redactar y aplicar ese tipo de ley, hay que poner especial cuidado en que ésta no cree una nueva infracción *ex-post-facto*. La ley debería anunciar adecuadamente la nueva obligación de revelar información, y no crear retroactivamente una obligación. Es especialmente importante garantizar que las víctimas de los delitos en cuestión no sean consideradas culpables del delito de no revelación. Con este mecanismo, como con otros, es importante tener en cuenta la dificultad de distinguir las víctimas de los infractores en algunas situaciones; de Ruanda a Sierra Leona, hay muchos casos en que los transgresores también son víctimas.

En general, las amnistías inhiben la revelación de información, y deberían evitarse todo lo posible. Sin embargo, en algunos casos, los organismos de investigación dotados de un poder de concesión de amnistías cuidadosamente elaborado pueden ser capaces de mover a los infractores a revelar información. La promesa de un perdón condicional o de una reducción de pena para quienes faciliten voluntariamente información puede funcionar como incentivo similar al proceso de sentencia acordada, empleado en algunas jurisdicciones de justicia penal. Este tipo de disposición constituye asimismo un aspecto clave de la Comisión Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, que ofrece a los infractores que revelan todo lo referente a un delito específico una amnistía por cualquier responsabilidad penal o

civil de ese delito¹. Para que una disposición de ese tipo sea eficaz, los autores han de sentir la amenaza real de ser enjuiciados y condenados muy severamente. Si piensan que es improbable que sean encausados, una reducción de pena o una amnistía no tendrán gran valor para alentarles a cooperar. A pesar de que a un órgano de investigación no judicial, como un grupo especial de estudio sobre los desaparecidos o una comisión de la verdad, puede serle útil la concesión de una amnistía, la eficacia de esta medida depende en gran parte de la simultánea vigencia de un sistema de justicia penal eficaz. Es más, en vez de ser una amnistía general, estaría condicionada a la revelación completa y de buena fe de información importante que diera satisfacción al órgano de investigación, y se aplicaría a los delitos cometidos por motivos políticos. Se debería reflexionar sobre si, incluso una amnistía limitada y condicional, menoscaba la lucha contra la impunidad; hasta cierto punto esta es una cuestión específica del contexto relativa a la mejor estrategia para tener en cuenta el derecho de las víctimas a ser informadas y a pedir responsabilidades en circunstancias constrictivas.

La finalidad de los procesos de amnistía condicionales debería ser proteger el derecho de un testigo de abstenerse de autoincriminarse y el derecho de la víctima a compensación mediante la acción civil. La legitimidad de cualquier amnistía depende, ante todo, de la consulta con los grupos de víctimas y con las asociaciones defensoras de los derechos humanos. Por último, habría que reflexionar sobre si esa ley de amnistía se opone a las obligaciones legales internacionales del Estado, en virtud del derecho internacional humanitario, al derecho de los derechos humanos o al derecho penal internacional.

La mayor parte de las veces, muchos mecanismos se emplean asociados; por eso, la coordinación y la colaboración entre las distintas instituciones puede ser crucial para el éxito de cada mecanismo. Por ejemplo, los mecanismos judiciales y los extrajudiciales pueden servir para complementar su respectiva jurisdicción, como ocurre actualmente en Timor Leste (donde la comisión de la verdad y la fiscalía especial trabajan simultáneamente, teniendo cada una de ellas una jurisdicción distinta para diferentes tipos de delitos). Una consulta continua entre las fiscalías y las instituciones que gestionan mecanismos extrajudiciales de determinación de las responsabilidades puede contribuir a equilibrar complejas prioridades, jurisdicciones y enfoques de cada institución y a gestionar el intercambio de información.

¹ En Sudáfrica, el Comité de Amnistías de dicha Comisión fue habilitado para conceder amnistías a infractores individuales si hacían una revelación completa. Un aspirante a amnistía tenía que declarar ante el Comité en una au-

diencia pública, a menos que el acto en cuestión implicara una grave violación de los derechos humanos. V. *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, 26 de julio de 1995, artículo 19.3)b)iii).

Comisiones de la verdad y mecanismos similares

Aunque varían mucho por su cometido y atribuciones, las comisiones de la verdad, así como otras comisiones de investigación específicamente encargadas del problema de las personas desaparecidas, pueden concebirse con suficiente flexibilidad para buscar activamente informaciones difíciles de obtener mediante las diligencias penales habituales. Por ejemplo, la Comisión para el Reconocimiento del Derecho a la Identidad Biológica, recientemente creada en Argentina, está encargada de registrar los datos genéticos de los niños desaparecidos que fueron secuestrados o nacieron en la cárcel. Estos procedimientos pueden ayudar a esos niños y a sus padres biológicos a obtener más información sobre su caso y a mitigar el miedo de los niños a exponer a sus padres adoptivos a una acción judicial. Hasta cierto punto, este proceder supone postergar el impulso de emprender acciones penales para dar la prioridad a la necesidad de información que sienten los niños víctimas y sus familiares. Los juicios de la verdad argentinos utilizaron asimismo la fiscalía para obtener más información sobre los desaparecidos, valiéndose únicamente de los mecanismos judiciales para conseguir información sobre estos casos, incluso aunque no fuera posible aplicar una sanción judicial.

Contrariamente a un sistema de justicia penal sobrecargado en el que se barajan una variedad de prioridades, las instituciones especializadas que nos ocupan en esta sección se centran en investigar delitos pasados y, en ese contexto, pueden estar, y a menudo lo están, específicamente encargadas de investigar la suerte que han corrido los desaparecidos². En el informe final de la Comisión Verdad y Reconciliación de Sudáfrica se dice que "establecer y dar a conocer la suerte que han corrido las víctimas y su paradero" es uno de los medios para lograr la unidad nacional y la reconciliación³. Cuando se supone que los desaparecidos están muertos, la investigación de una comisión de la verdad también puede requerir la exhumación de cadáveres y otras acciones que los familiares de los desaparecidos puedan desear para esclarecer lo que les ha ocurrido a sus seres queridos.

² Recabar información sobre la suerte que han corrido los desaparecidos fue el primer cometido de la comisión de la verdad en Argentina, la Comisión Nacional Argentina sobre Desaparecidos (CONADEP). "La Comisión escuchó más de 7.000 declaraciones en nueve meses, sobre 8.960 personas que habían desaparecido". Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths*, Routledge, Nueva York, 2001, p. 34. V. asimismo *Nunca más: informe de la Comisión Nacional Argentina sobre Desaparecidos*, septiembre de 1984. Asimismo, en Chile, el segundo volumen del informe de la Comisión "cita los nombres de las víctimas y proporciona información personal, incluidas todas las circunstancias rela-

cionadas con su desaparición o su muerte". Jo M. Pasqualucci, "The whole truth and nothing but the truth: Truth commissions, impunity and the inter-American human rights system", *Boston University International Law Journal*, vol. 2, 1994, p. 339.

³ A la Comisión Verdad y Reconciliación de Sudáfrica se le encargó "facilitar e iniciar o coordinar la recopilación de información (...) [a fin de] establecer la identidad de las víctimas de violaciones [pasadas], la suerte que han corrido o su paradero actual". *South African Truth and Reconciliation Commission Final Report*, vol. 1, cap. 4, párr. 31.

Esas investigaciones pueden dar lugar a extender certificados de defunción, que pueden ser muy importantes para ayudar a los familiares a cerrar el caso, a la vez que proporcionan la información necesaria para los seguros de vida, las pensiones, etc.

La obtención de información para los familiares de los desaparecidos constituye la esencia de lo que hacen todas las comisiones de la verdad, lo que abarca desde recopilar detalles sobre casos específicos y sobre la suerte que han corrido los desaparecidos hasta indagar las pautas de la responsabilidad de mando, buscando las repercusiones de las violaciones de los derechos humanos en comunidades específicas, examinando la complicidad de diferentes agentes institucionales y desarrollando una comprensión histórica más amplia de las condiciones que hicieron posible que se produjeran violaciones generalizadas de los derechos humanos. Como muchos han puesto de relieve, la finalidad de la labor de una comisión de la verdad no debería ser elaborar nuevos criterios oficiales de información, sino satisfacer la necesidad de información de las víctimas de la manera más transparente y participativa posible. En vez de establecer una nueva "verdad" registrando los daños padecidos por las víctimas, una comisión de la verdad, reduce –como ha señalado Michael Ignatieff– la gama de "mentiras lícitas" referentes a la historia de las violaciones de los derechos humanos en esa comunidad.

Dado que las comisiones de la verdad no son procedimientos penales acusatorios, la recopilación de información que emprenden de conformidad con su cometido puede realizarse basándose en normas procesales menos rígidas que el sistema de justicia penal ordinario. Así, la carga de la prueba que se requiere para que una comisión establezca sus conclusiones quizá no tenga que ser una "prueba suficiente sin que quede duda razonable", sino la que presente "mayor probabilidad". En general, el poder de citación puede permitir que las comisiones de la verdad obliguen a los acusados a declarar en condiciones más flexibles. Las restricciones probatorias a que están sujetas las declaraciones de los testigos y de las víctimas también pueden flexibilizarse (por ejemplo, la regla del testimonio indirecto); esto contribuye a que las comisiones de la verdad puedan valerse de fuentes muy variadas. Las comisiones de la verdad pueden asimismo tener un acceso más fácil a la información documental e incorporar material que quizá no sería admitido como prueba en un juicio penal (como las declaraciones no juradas).

Como las investigaciones de las comisiones de la verdad no se limitan a recopilar informaciones pertinentes para que la fiscalía establezca la inocencia o la culpabilidad, pueden también recabar datos relacionados con las diferentes condiciones y dinámicas que sirvieron de factores habilitantes en incidentes relacionados con personas desaparecidas. Analizar aspectos tales como las pautas de las transgresiones –aspectos que pueden ser menos evidentes con un enfoque más específico en casos individuales– también puede contribuir a esclarecer por qué se tomaron como blanco determinadas personas. Todas estas posibilidades podrían ayudar a las comisiones de la verdad a proporcionar a las víctimas una cantidad de información –y de una calidad– que no suele estar disponible en los juicios penales.

Las audiencias públicas tienden a hacer que el proceso de búsqueda de la verdad sea más social, más bien un diálogo, lo que no sólo favorece los resultados de las comisiones de la verdad, sino que promueve el debate público. Esto ofrece a las víctimas un foro para dar a conocer sus experiencias, intereses y demandas; contribuye a resaltar información que se ha marginado en los informes oficiales y permite a las víctimas poder participar más en el proceso de obtención de información de las comisiones de la verdad. En ese sentido, esas audiencias pueden al menos servir mejor a los intereses de los familiares de las víctimas gracias a un enfoque más amplio de la recopilación y del análisis de los datos.

Investigación y transmisión de la información por parte de organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales

Desde el punto de vista histórico, tanto las ONG nacionales como las internacionales han jugado un papel especialmente constructivo no sólo para crear conciencia institucional del respeto de los derechos humanos en los diferentes Estados, sino para desarrollar una base nacional de datos con informaciones de diversas fuentes sobre los expedientes de personas desaparecidas y otras violaciones de los derechos humanos⁴. El alcance y el valor de esta información se han ampliado en los casos en los que ha habido colaboración y coordinación entre distintos agentes en el ámbito de los derechos humanos y de la ayuda humanitaria. Por ejemplo, el año pasado el CICR y la Comisión Peruana de la Verdad se asociaron para compartir, con algunas limitaciones, expedientes y lanzar una campaña pública para recabar más información⁵. Se trata de una asociación sumamente importante, susceptible de aumentar en gran medida la cantidad de información disponible para los familiares. En una época de gran propagación de las infracciones de los derechos humanos, son a menudo las ONG las que recopilan datos y almacenan la información que puede entregarse, y a menudo se ha entregado, a las comisiones de la verdad, a los fiscales especiales y a otros equipos de investigación.

⁴ En Sudáfrica, la ONG *Coalition on the Truth and Reconciliation Commission* coordinó la información que poseían organizaciones de derechos humanos en Sudáfrica y a nivel internacional incluso antes de que la comisión de la verdad comenzara sus diligencias; la *Coalition* entregó luego sus datos sobre violaciones de los derechos humanos a la comisión de la verdad para que los incorporara a una base de datos nacional. V. Hugo van der Merwe et al., "Nongovernmental organizations and the Truth and Reconciliation Commission: An impact assessment," <http://www.csvr.org.za/papers/paphvp&b.htm>, p. 12 y nota 23 al pie de la p. 30.

⁵ De conformidad con la asociación, el CICR facilitará a la Comisión Peruana de la Verdad información genérica (no expedientes sobre personas en sí) sobre unos 430 casos que no figuran en ninguna base de datos hasta ahora. Luego habrá una campaña pública para verificar esta información y solicitar más; los delegados del CICR instarán a los miembros de las comunidades locales a que proporcionen más información. El proyecto incluye una compilación sistemática de la experiencia del CICR en la búsqueda de personas y en la creación de una lista única de desaparecidos.

Las ONG también pueden desempeñar un papel en otro tipo de obtención de información, a saber, información sobre los servicios de apoyo y defensa de las víctimas. Habida cuenta de la índole traumática de las declaraciones hechas por las víctimas, diversos grupos sociales les prestan a menudo asesoramiento y otros servicios de apoyo, lo que también puede formar parte del reconocimiento que buscan las víctimas. En situaciones en las que las víctimas proceden con frecuencia de comunidades marginadas y privadas de derechos civiles, las ONG pueden desempeñar un papel decisivo para organizarlas en grupos, impulsar esfuerzos en su defensa y promover redes de familiares, grupos de apoyo y similares. Asimismo, dado que los familiares de los desaparecidos se sienten a menudo desamparados y aislados en su búsqueda de información sobre lo ocurrido a sus seres queridos, muchas organizaciones pueden proporcionar servicios jurídicos y de investigación para ayudarles a seguir esos casos y obtener el necesario apoyo. En este contexto, las ONG pueden actuar (y a menudo lo hacen) como intermediarias clave entre el Gobierno y los ciudadanos, aproximando el sistema a los familiares y haciendo posible que los servicios del Gobierno atiendan a sus necesidades.

Las misiones internacionales de investigación de las Naciones Unidas o de organismos zonales podrían funcionar como intermediarios neutrales para recabar información confidencial de los testigos y los acusados, a fin de comunicársela a los familiares de las víctimas. Cuando se tema que esta transmisión de información pueda poner en peligro la futura acción judicial contra los imputados, los agentes internacionales están, como personas externas, en condiciones de coordinar consultas conjuntas de asociaciones de víctimas y de derechos humanos con los fiscales para alcanzar un acuerdo sobre algunos principios y formalidades en la gestión de la información, manteniendo un equilibrio de prioridades entre el derecho a la información y la responsabilidad judicial.

Reformas institucionales

La reforma institucional es un proceder con miras al futuro para satisfacer las necesidades de las víctimas en materia de información. En este contexto, son pertinentes dos categorías de reforma institucional: reformas para atender las actuales necesidades de información de los familiares de los desaparecidos y reformas para evitar el tipo de situaciones que dan lugar a la desaparición de personas y las correspondientes barreras que impiden el acceso de los familiares a la información.

El Estado debería disponer de leyes e instituciones que permitan un acceso de los ciudadanos a los registros estatales que salvaguarde sus derechos y libertades fundamentales. En la mayoría de los casos, recomendaríamos encarecidamente que se adopte la suposición por defecto de que los ciudadanos tienen libre acceso a los documentos oficiales. La práctica en la clasificación de los documentos por lo que atañe a la confidencialidad y a la responsabilidad debería partir del supuesto de libre acceso del público, si la ley no dispone otra cosa. Y el Estado tendría que cumplir muchas exigencias para clasificar un documento como secreto.

Igualmente importante es promulgar leyes e institucionalizar procedimientos que exijan el mantenimiento de registros detallados de los datos de las personas detenidas y una notificación inmediata a los familiares del paradero de las personas detenidas, así como disposiciones parecidas que garanticen que quedan trazas escritas. Además, cuando un ciudadano es detenido, habría que comunicarlo al departamento de policía que tenga jurisdicción sobre el lugar de residencia de esa persona. Asimismo, hay que dar a conocer al público en general el derecho de los familiares a ser informados.

Muchos países con gran número de desaparecidos disponen de reglamentos de emergencia que permiten a las fuerzas del Estado guardar un mayor secreto en sus operaciones. En contextos en los que las personas son detenidas en virtud de reglamentos de emergencia y de otras leyes al margen de las garantías de los derechos humanos habituales, debería haber procedimientos de supervisión que garanticen que se guarda un registro de las acciones de las fuerzas del Estado que actúan en virtud de ese reglamento. Debería obligarse a las fuerzas del Estado a que presenten informes periódicos a organismos de supervisión, tales como la comisión nacional de derechos humanos o la fiscalía o procuraduría general del Estado, por lo que atañe a las detenciones, los encarcelamientos, los traslados y la puesta en libertad de los presos en virtud de reglamentos de emergencia. Tales organismos supervisores también podrían ser establecidos por organismos externos imparciales, como el CICR.

Formas indígenas de búsqueda de la verdad, justicia y reconciliación

En algunos contextos, los métodos más valiosos de búsqueda de información se sirven de fuentes que discurren fuera del cauce principal de los modelos de justicia penal. Algunos podrían calificar éstos de formas indígenas de búsqueda de la verdad, pero habitualmente son modelos híbridos y modernos, procedentes de diversas tradiciones.

Las personas tienden menos a compartir la información con instituciones de las que se sienten alejados. El juicio gacaca en Ruanda puede ser un ejemplo de una iniciativa que se tomó conscientemente a raíz de diversos procesos de resolución de conflictos y de justicia penal, algunos de los cuales son percibidos como especialmente ruandeses y otros como procedentes de otras tradiciones africanas y europeas. Es todavía muy pronto para sacar conclusiones sobre si este proceso es justo para todos los concernidos y si proporciona información exacta e imparcial. Sin embargo, la creatividad que pone de manifiesto su concepción es instructiva; en muchas situaciones quizá sea necesario hacer experimentos con procedimientos alternativos que cuentan con la legitimidad local.

Las instituciones que sacrifican la reconstrucción social, la reconciliación y otros elementos de las prioridades a largo plazo de una comunidad en favor de un enfoque restringido, centrado sólo en la búsqueda de responsabilidades, no

pueden tener éxito en la tarea de lograr que la gente participe y facilite información. En muchos casos, las comunidades hacen hincapié tanto en el proceso de determinación de las responsabilidades como en el de reconstrucción social, y es posible que sea más fácil obtener información cuando los mecanismos de búsqueda de la verdad persiguen ambos objetivos. En este contexto, el cometido de miembros respetados de la comunidad, que instan públicamente a los testigos a presentarse y que lo hacen relacionando la búsqueda de información y la reconstrucción social, pueden llegar muy lejos en la legitimación de los procesos de obtención de información. El papel del arzobispo Tutu, por ejemplo, que alentó a los testigos a presentarse a la comisión sudafricana de la verdad, es un ejemplo no sólo de la lograda movilización de la legitimidad "indígena", sino de su éxito en asociar la revelación de información a una gama más amplia de compromisos y metas, especialmente a la necesidad de reconciliación y de curar las heridas colectivas.

Campañas de información pública sobre personas desaparecidas

Las campañas de información pública pueden revestir una importancia vital, no sólo para obtener información, sino para que las familias se sientan menos aisladas en su papel de víctimas, unas familias que no sólo buscan información, sino que también disponen de ella. A menudo la información está dispersa y desorganizada y una campaña de información pública puede servir de catalizador en la reconstrucción de todos los datos disponibles y para obtener datos adicionales de otros sectores de la sociedad.

Responsabilidad y mecanismos extrajudiciales

Mientras las comisiones de la verdad pueden ser mecanismos institucionalmente flexibles y accesibles al público para lograr que se exijan responsabilidades, como desean los familiares de los desaparecidos, es importante señalar que no reemplazan necesariamente a los mecanismos de justicia penal. En efecto, a menudo, las comisiones de la verdad pueden trabajar en coordinación con la fiscalía, como ocurre en Argentina, Sierra Leona y Timor Leste, o recomendar decididamente que se emprendan acciones penales, como en Sudáfrica, y/o que se lleven a cabo investigaciones que podrían ser más tarde de gran utilidad para la fiscalía, como es el caso en Chile. En circunstancias especiales, es posible que se produzcan tensiones entre los requisitos de la ley y la satisfacción de las necesidades de los familiares mediante mecanismos alternativos. No obstante, la mejor forma de conciliar esas necesidades divergentes es la coordinación, la sincronización y el establecimiento de principios comunes que rijan la labor de los respectivos mecanismos. Estas consultas podrían concluir en acuerdos sobre una repartición de la jurisdicción, sobre un orden de prioridad de los distintos tipos de expedientes de desaparecidos o sobre las diferentes repercusiones procesales que se seguirían en función del número de casos gestionados por mecanismos judiciales y extrajudiciales.

Del mismo modo, tales consultas podrían culminar en la concertación de acuerdos sobre ciertos trámites para intercambiar información que equilibren los distintos imperativos de los diferentes mecanismos. Los mecanismos judiciales y no judiciales para establecer las responsabilidades se ocupan de las necesidades y las prioridades de los familiares de forma distinta y pueden, por supuesto, abordar necesidades diferentes pero igualmente importantes. En resumen, aunque en los párrafos siguientes se pone de relieve la capacidad de las comisiones de la verdad para impulsar la rendición de cuentas, opinamos que las comisiones de la verdad y los procesos judiciales son complementarios, y no mecanismos competidores para determinar las responsabilidades.

Las comisiones de la verdad podrían ser especialmente valiosas cuando una amnistía prohíba un enjuiciamiento penal, o cuando una frágil paz haga los procesamiento demasiado inestables y, por consiguiente, indeseables, o cuando se perciba al poder judicial como parcial, estrechamente ligado a un orden represivo y, por lo tanto, con poca legitimidad. En tales contextos, una comisión de la verdad podría ser la única vía para garantizar que las víctimas logren alguna medida de determinación de responsabilidades que satisfaga sus necesidades. La labor de las comisiones de la verdad podría ser especialmente valiosa para impulsar la responsabilización penal a largo plazo cuando, en un entorno político distinto, sea posible revocar leyes de amnistía y recurrir de nuevo a otras opciones de enjuiciamiento. En ese sentido, el trabajo previo de una comisión de la verdad proporciona un abanico inestimable de recursos probatorios en un momento más cercano a la comisión del delito original. Las comisiones de la verdad también pueden representar una valiosa vía de responsabilización en los casos en que la amplitud de las violaciones es tal que imposibilita el enjuiciamiento de todos los infractores. Pero ese modelo puede disuadir a los autores de delitos de participar en la comisión de la verdad, puesto que la información que dan puede incriminarlos en el futuro.

Algunas comisiones de la verdad están habilitadas para dar nombres a medida que obtienen resultados, lo que puede ser una importante manera de atribuir responsabilidades si las circunstancias lo permiten. Esas circunstancias pueden comprender la posibilidad de imparcialidad y de respeto de las garantías procesales a la hora de sacar conclusiones, las perspectivas de facilitar u obstaculizar los juicios, las tensiones políticas que rodean el proceso, etc. Cuando un procesamiento es improbable, y en la medida en que las comisiones de la verdad se centran en el reconocimiento y la responsabilidad de la colectividad, llamar a capítulo a los infractores individuales, citando sus nombres, puede ser especialmente importante.

En los contextos en que las violaciones de los derechos humanos, como son las desapariciones, reflejan divisiones estructurales del antiguo sistema, las comisiones de la verdad también podrían centrarse en determinar las responsabilidades entre quienes se beneficiaron del antiguo sistema y quienes fueron oprimidos por él. Las comisiones de la verdad podrían oír al que ha disparado o "apretado el gatillo", por así decirlo, así como lo que otros dicen de él, pero habida cuenta de

su mandato más amplio, también podrían seguir la cadena de responsabilidad de mando hasta llegar a los instigadores intelectuales del delito. Las víctimas y sus familiares buscan a menudo la responsabilidad a todos esos niveles, y lo ideal sería que las comisiones de la verdad concibieran y abordaran la determinación de responsabilidades en distintos frentes.

En general, las comisiones de la verdad son también más accesibles, suelen centrarse en el apoyo a las víctimas, sus procedimientos son menos complejos y su plantilla está integrada por juristas profesionales, agentes sociales y otras personas con formación y experiencia en recursos humanos. Invariablemente, son también fruto de reformas del derecho de los derechos humanos y, en consecuencia, no están contaminadas con el legado de regímenes pasados. Efectivamente, a menudo son creadas y reciben su mandato a instancias de agrupaciones de víctimas. Mecanismos tales como las audiencias públicas también permiten a los familiares de las víctimas y al público en general seguir y participar en la vida y el trabajo de las comisiones de la verdad. Por eso puede percibirse a veces un acentuado sentimiento de pertenencia que las comisiones de la verdad provocan durante los procesos para establecer las responsabilidades.

Reconocimiento y mecanismos extrajudiciales

Las comisiones de investigación, si están concebidas e institucionalizadas de conformidad con unos principios centrados en los derechos humanos y en las víctimas, son medios para quienes ejercen la autoridad reconozcan su responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos cometidas bajo su mandato. Para las víctimas y sus familiares, esas comisiones podrían facilitar un proceso de reconocimiento oficial del contexto efectivo en el que se produjeron las desapariciones, del principio normativo de que se ha violado la confianza entre el ciudadano y el Estado y de legitimación jurídica de sus reivindicaciones y quejas.

El uso que hace una comisión de la verdad de un proceso tan notorio de investigación de la suerte que han corrido los desaparecidos y la responsabilidad de los implicados también puede ser una oportunidad inestimable para que los distintos agentes sociales reconozcan los secretos, las mentiras y las injusticias del pasado. Las comisiones de la verdad podrían ser instrumentos especialmente poderosos para que las autoridades del Estado reconocieran oficialmente sus culpas, aunque también pueden ser vías tan poderosas, si no más, para que las reconozcan asimismo los infractores, quienes se beneficiaron de un régimen represivo, quienes fueron cómplices por su inacción y no protestaron para impedir la represión y hasta la sociedad en general. En una sociedad civil comprometida, las comisiones de la verdad podrían servir de medio institucional para que la sociedad en su conjunto reconozca y asuma el pasado.

Reparaciones

El tema de las reparaciones ha surgido como una cuestión de importancia nacional en países en transición, después de años de represión. Tras un período de violaciones generalizadas de los derechos humanos, las víctimas supervivientes, así como sus familiares, sufren a menudo una serie de traumas físicos y psicológicos. Además, a veces viven en condiciones de extrema pobreza debido a la pérdida del sostén de la familia, su incapacidad física o emotiva para trabajar y/o los costes adicionales ocasionados por la investigación para esclarecer la suerte que han corrido sus parientes desaparecidos y la correspondiente acción judicial. El principio de reparación consiste en proporcionar cierto tipo de justicia "eliminando o reparando las consecuencias del perjuicio padecido, así como evitando que se cometan nuevas violaciones"⁶. La violación comprenderá restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Los mecanismos judiciales (por ejemplo, sanciones o una decisión judicial) y los extrajudiciales (por ejemplo, divulgación pública de la verdad o conmemoraciones) forman parte de las reparaciones⁷.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la de diversas jurisdicciones nacionales específicas, como la de Argentina, reconocen cada vez más un derecho a la verdad⁸. Organismos no judiciales tales como la Comisión chilena, también han reconocido que la información es un componente decisivo de las reparaciones y han clasificado la revelación de la verdad y el final del secreto como una de las tres categorías de reparación, siendo las otras dos el reconocimiento de los delitos y algún tipo de compensación.

Hay varios tipos de medidas de reparación que se pueden adoptar para mejorar el acceso de las víctimas a la información. En Guatemala, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico ha recomendado la creación de un Programa Nacional de Reparación que comprenda, entre otras cosas, una comisión especial

⁶ V. "Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario a obtener reparación", Anexo, "Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario a obtener reparación", preparada por el señor Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996, párr. 7.

⁷ *Ibid.*, párr.15.

⁸ Los tribunales argentinos han desarrollado una jurisprudencia interesante sobre el derecho a la verdad. A pesar de las leyes de 1987 (Ley de Punto Final y la Ley de Obediencia Debida) con las que se intentaba restringir la investiga-

ción de la fiscalía de pasados delitos contra los derechos humanos, a mediados de los años noventa, los familiares de los desaparecidos solicitaron con éxito a los tribunales que reconocieran que las víctimas tenían derecho a la verdad y que el Estado debía tomar las oportunas medidas para satisfacerlo. Los tribunales reconocieron que los afectados necesitaban llegar a una conclusión y poder llorar a sus muertos y que "el Estado tenía la ineludible obligación de emplear medios jurídicos para reconstituir el pasado, a fin de descubrir los hechos y responder con ello a los familiares y a la sociedad". Margaret Popkin et al., "Latin American amnesties in comparative perspective", *Ethics and International Affairs*, vol. 13, 1999, p. 109.

encargada de "buscar a niños desaparecidos, adoptados ilegalmente o separados ilegalmente de sus familiares", así como de proseguir "una política activa de exhumaciones", dado que "la localización de cementerios clandestinos y ocultos es un acto de justicia y reparación en sí mismo"⁹. Los programas de reparación podrían incluir servicios de apoyo para facilitar a los familiares los oportunos recursos de investigación, de búsqueda y jurídicos para determinar la suerte que han corrido los desaparecidos.

Los programas de reparación material podrían resarcir a los afectados de diferentes maneras: pagos en metálico, acceso a servicios de beneficencia, dispensa de la obligación de cumplir el servicio militar, etc. En algunos casos, los programas de reparación podrían concebirse para reconocer la pérdida específica que han sufrido las diferentes víctimas, de manera que la índole y la cuantía de la compensación guardaran relación con el daño concreto. En otros casos, por motivos pragmáticos y/o por razones de principio, se podría optar por un programa de compensación más generalizado y uniforme, que reconociera la responsabilidad del Estado para con todos los tipos de víctimas sin distinción. Aunque ninguna cantidad de dinero ni ningún servicio podrán compensar nunca totalmente el daño sufrido ni la pérdida de un ser querido, incluso un pago relativamente modesto puede suponer tanto una ayuda decisiva para las víctimas menesterosas como un importante apoyo psicológico, por representar un reconocimiento de violaciones pasadas y una excusa oficial tangible. Esos pagos pueden constituir asimismo un medio de reconocimiento permanente de esos daños y traumas mediante unas reparaciones que se prolongan durante cierto tiempo. Además de reconocer la difícil situación material de las víctimas, las reparaciones simbólicas movilizan a la autoridad del Estado a reconocer la dignidad y el valor de la persona desaparecida, las transgresiones legales y normativas que suponen los incidentes relacionados con personas desaparecidas, así como el trauma psicológico y emotivo que han padecido las víctimas.

Las medidas simbólicamente significativas podrían incluir la presentación de excusas, monumentos, lápidas y otra serie de medidas, que constituyen un medio de reconocimiento que puede ser especialmente importante para satisfacer las necesidades de los familiares de rememorar a los seres queridos y el alcance de la pérdida sufrida por ellos y la respectiva comunidad. También para la sociedad en su conjunto, los monumentos plasman la memoria viva de los desaparecidos, la aspiración de aclarar el caso y la inmensidad del trauma. La petición de disculpas y los actos conmemorativos pueden ser excepcionalmente valiosos como reconocimiento *público*. Con frecuencia, los culpables quedan impunes por las violaciones cometidas, especialmente las desapariciones, que tienen lugar en secreto. Paralelamente, las víctimas sufren a menudo su pérdida aisladas, con poco reconocimiento social del daño recibido. En este contexto, conmemorar públicamente a los

desaparecidos mediante la presentación oficial de excusas y la erección de monumentos pueden tener un enorme valor simbólico de reconocimiento de los desaparecidos. Si se pide a los familiares su opinión sobre la concepción y ejecución de tales conmemoraciones, éstas suelen ser con mucha frecuencia, fuentes de curación y de conclusión del caso.

En algunos contextos, los programas de reparación pueden resultar muy útiles para reconocer y ocuparse de la incertidumbre que rodea los casos de desaparecidos. En Argentina, las reparaciones no económicas incluían la nueva categoría de los "desaparecidos forzosos", que es el equivalente jurídico a la muerte a efectos de la ley (pues permite la gestión de testamentos y la repartición de herencias), pero preservando la posibilidad de que una persona reaparezca, así como la dispensa del servicio militar y la concesión de créditos para viviendas a los hijos de los desaparecidos¹⁰.

Hay al menos cuatro agentes distintos a los que se puede responsabilizar en teoría: el Gobierno que está en el poder, la sociedad en general, quienes se beneficiaron del sistema represivo y los ejecutores de la represión. El Gobierno sufragó la mayoría de los programas de reparación y, en ese sentido, se le puede considerar titular de la responsabilidad por no haber salvaguardado a sus ciudadanos, y/o por los funcionarios del Estado y las instituciones estatales directamente responsables de las desapariciones. El principio de la responsabilidad del Estado, tal y como se aplica en programas de reparación, ofrece a las víctimas cierto grado de resarcimiento. Como ocurrió en Chile cuando se inició el programa de reparación, la compensación mediante reparaciones es especialmente importante para las víctimas a las que se les deniega o no consiguen una compensación judicial mediante juicios penales o demandas civiles.

Cualquier programa de reparación, por absorber parte del presupuesto del Estado, es responsabilidad del Gobierno en funciones, que es el que establece las prioridades que guían sus asignaciones presupuestarias. Ahora bien, el método particular de cada Gobierno de sufragar el renglón de las reparaciones puede hacer también responsables a otros agentes. Esos programas suelen estar financiados en parte por la ayuda internacional y en parte por las rentas públicas, incluidos los impuestos. Si está costado en parte por el sistema tributario habitual público, el programa de reparación podría considerarse como una forma de responsabilizar a toda la sociedad. Sin embargo, los fondos públicos generales no son la única opción para financiar los programas de reparación. Las corporaciones u otros organismos que hayan podido beneficiarse del régimen anterior, también pueden ayudar a

¹⁰ Algunos grupos que representan a los familiares de las víctimas en Argentina, en particular las Madres de la Plaza de Mayo, denuncian las reparaciones del Estado y solicitan en su lugar que se haga la luz sobre la suerte que han corrido los seres queridos. Sin embargo, la

mayoría de las familias de los desaparecidos y antiguos prisioneros políticos han aceptado las reparaciones. Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths*, Nueva York, 2001, pp. 177-178 y pp. 330-331.

sufragar un fondo de reparación. Por ejemplo, el programa de reparación en favor de las víctimas que trabajaron como esclavos en la Alemania nazi está parcialmente financiado por un consorcio de empresas que utilizaron el trabajo de esclavos en sus fábricas en aquella época. Asimismo, la Comisión Sudafricana Verdad y Reconciliación recomendó que se percibiera un impuesto único de todas las personas de raza blanca para reparar a las víctimas negras, lo que era, en esencia, hacer a los principales beneficiarios del *apartheid* responsables ante sus víctimas directas. Por último, los programas de reparación también pueden ser directamente costeados por los infractores. Así como las demandas civiles son quizás el método tradicional de hacer a los infractores económicamente responsables ante sus víctimas, también hay métodos alternativos de responsabilizarlos. Por ejemplo, en algunos países, como en Filipinas, el Gobierno procedió a congelar los bienes de los responsables de violaciones de los derechos humanos, mientras que en Perú, los bienes recuperados de las personas responsables del caso de Barrios Altos se emplearán para reparar a sus víctimas. Las víctimas no sólo reciben así reparación, sino que esas reparaciones adquieren indudablemente un significado adicional, ya que hacen efectiva parte de la responsabilidad económica de los autores.

Conclusión

Hay que reconocer que las familias de las víctimas pueden tener necesidades distintas e incluso opuestas, y por eso es preferible que puedan atenderlas múltiples mecanismos, en vez de uno solo. Los mecanismos judiciales y extrajudiciales no son necesariamente dos vías alternativas, sino que hacen más bien necesario encontrar la manera de compartir información y otros recursos para pedir responsabilidades y reconocimiento. Para maximizar la eficacia, es preciso coordinar los diversos mecanismos y colaborar con las distintas instituciones que se ocupan de diferentes aspectos de las necesidades y prioridades de las víctimas.

Por ejemplo, en la mayoría de los países, la necesidad de información que tienen las familias se satisfacerían mejor agrupando diferentes mecanismos para mancomunar todos los datos sobre las personas desaparecidas. En ese sentido, las ONG y los organismos encargados por el Estado para investigar los casos de desaparecidos deberían procurar crear una amplia base de datos, ordenando sus distintos ámbitos de conocimientos, recursos y puntos de acceso a los familiares de los desaparecidos para cotejar e intercambiar datos.

Todos los mecanismos deberían procurar mantener informadas a las víctimas y a sus familiares, así como capacitarlas legalmente. Por ejemplo, los mecanismos judiciales y extrajudiciales pueden desarrollar normativas que permitan a las familias expresar sus opiniones sobre las condenas, las fianzas y las audiencias de liberación en casos relativos a sus allegados desaparecidos. Esto se podría hacer con familiares físicamente presentes en esas audiencias y/o con la presentación de estudios del efecto en las víctimas. Si no integramos a las familias en la concepción, la elaboración y la aplicación de mecanismos para ocuparse de los expedientes de

las personas desaparecidas, nos arriesgamos a victimizar de nuevo a las familias en los procesos, cuya finalidad es hacer frente a los daños que han padecido.

Además, es vital que esos procesos tengan en cuenta y aborden de forma dinámica cuestiones de lengua, ubicación rural, sexo, pobreza, analfabetismo y otros factores susceptibles de inhibir el acceso de los familiares de los desaparecidos a la información, titularidad o participación en las iniciativas patrocinadas por organizaciones de defensa de los derechos humanos, comisiones de la verdad, fiscales especiales, departamentos gubernamentales, etc. Esto también es hasta cierto punto un reconocimiento de que, para garantizar un proceso que cuente con la legitimidad local y aborde las prioridades y necesidades de los más afectados, es indispensable fortalecer la sociedad civil.

Flexibilidad y creatividad en las técnicas y los procedimientos de investigación son la clave para equilibrar las distintas prioridades mediante enfoques específicos, según el contexto. Desde Timor-Leste hasta Ruanda, pasando por Sudáfrica, un entorno transicional ha demostrado ser terreno fértil para una innovación institucional, en la que la necesidad —ya sea la escasez de recursos, la magnitud de los abusos o los compromisos de una transición negociada— ha engendrado una gran creatividad y espíritu experimental en los mecanismos que se ocupan de las atrocidades en masa.

Reflexiones sobre la documentación científica relativa a las violaciones de los derechos humanos

por

LUIS FONDEBRIDER

Equipo Argentino de Antropología Forense

En los últimos 30 años, la recuperación, el análisis y la identificación de restos de personas que han fallecido a causa de desastres naturales o provocados por el hombre, o como resultado de violencia política, ha comenzado a transformarse en un elemento clave, tanto para la acción humanitaria, como para las investigaciones judiciales.

Organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, tanto a nivel nacional como internacional, participan en esos procesos a través del aporte de médicos legistas, policías, abogados, bomberos y otros especialistas.

Para los familiares de las personas desaparecidas, la incertidumbre sobre si su ser querido está vivo o muerto es terrible. Esa incertidumbre es aún peor cuando la desaparición se da en un contexto de violencia política.

Tras un terremoto o la caída de un avión, el Estado es el primero que interviene para buscar los cuerpos. Los familiares pueden dirigirse a las oficinas estatales en búsqueda de información, las que además les ofrecerán apoyo y, a veces, asistencia psicológica. Como toda la sociedad se moviliza, las tragedias individuales se transforman en experiencias colectivas de pérdida. Pero cuando el responsable de las desapariciones es el Estado, la familia sufrirá una gran incertidumbre, angustia y aislamiento. Además, es posible que los responsables de las desapariciones -usualmente miembros de las fuerzas de seguridad- oculten, e incluso traten de eliminar, todo rastro del cuerpo después de la muerte.

.....

LUIS FONDEBRIDER es antropólogo forense y miembro del Equipo Argentino de Antropología Forense, institución no gubernamental que desde 1984 se ha dedicado a la investigación forense de casos de violaciones de los derechos humanos, la exhumación de fosas y el análisis de los cuerpos recuperados. A lo largo de los últimos 19 años, el EAAF ha conducido y/o participado en investigaciones forenses en 27 países.

En el presente trabajo, se examinan los desafíos que se plantean en materia de búsqueda e identificación de personas desaparecidas o fallecidas como resultado directo de violencia política interna.

Desapariciones y muertes por razones políticas

Si bien las guerras en ex Yugoslavia finalmente suscitaron el interés internacional en este tipo de cuestiones, las desapariciones forzadas, la tortura de prisioneros y las ejecuciones extrajudiciales han sido habituales en países del Tercer Mundo durante los últimos cuarenta años. En gran parte de los casos, los cuerpos de las personas desaparecidas son ocultados, o se intenta destruirlos. Los cadáveres que se dejan en la superficie usualmente se descubren poco tiempo después de la muerte. Pero cuando se intenta ocultar el cuerpo, por lo general mediante un entierro clandestino, el descubrimiento se realiza de alguna de las siguientes maneras:

- El cuerpo fue enterrado en una fosa superficial y comienza a quedar expuesto por la acción de animales o de otros procesos ambientales.
- El cuerpo es descubierto accidentalmente: por ejemplo, durante la construcción de un camino, una pala u otro tipo de equipo da con los huesos.
- Varios años después de la muerte, los cuerpos son encontrados por investigadores que se han dedicado a su búsqueda activa, por lo general luego de que ha cambiado el gobierno o desde que el clima político ha hecho posibles, e incluso deseables, tales investigaciones.

En la mayoría de los países donde se ha tratado de "investigar el pasado" y se han iniciado tales procesos después de períodos de violencia política, los deseos de los familiares de las víctimas no han sido suficientemente tenidos en cuenta por los investigadores. En particular, éstos pueden dejar en un segundo plano el deseo de los familiares de que se determinen responsabilidades en cuanto a los crímenes y de que se haga justicia en un sentido más amplio, porque su tarea les impone otras necesidades más urgentes.

Toda investigación debe tener en cuenta que la exhumación e identificación de restos tiene consecuencias psicológicas, judiciales, políticas, económicas y humanitarias. Lo que parece una mera operación técnica y científica puede acarrear problemas complejos y de límites poco claros, así como plantear dilemas éticos inesperados.

Necesidades jurídicas, necesidades humanitarias

Los mecanismos utilizados en el pasado reciente para investigar violaciones de los derechos humanos han variado de país en país, pero en general se ha recurrido a dos clases de instrumentos: comisiones de la verdad (nacionales e internacionales) y tribunales (locales e internacionales). Las comisiones de la verdad tienden a adoptar una línea histórica de investigación, mientras que los tribunales siguen procesos judiciales.

Entre 1984 y 1987, Argentina fue uno de los primeros países que utilizó dichos instrumentos para realizar investigaciones de envergadura, exhumar los restos de un número importante de personas desaparecidas, establecer las causas y maneras de muerte, e intentar identificarlos y devolverlos a los familiares. Posteriormente, otros países de la región, primero Chile, luego Guatemala y El Salvador, emprendieron procesos similares. A mediados del decenio de 1990, lo hicieron Etiopía, Ruanda, Sudáfrica, Croacia, Bosnia y Kosovo, donde hoy día continúan las investigaciones. Así pues, toda investigación de derechos humanos relacionada con desapariciones y ejecuciones tiene ahora un componente forense.

El uso de las ciencias forenses en la documentación relativa a violaciones de los derechos humanos ha planteado preguntas y situaciones sin precedentes para la mayoría de las personas que participan en esos procesos. No se trata de crímenes comunes, sino de violaciones masivas y extraordinarias, de las que, por lo general, el Estado es el principal responsable. Por lo tanto, los análisis forenses efectuados por profesionales locales pueden ser parciales, lo que se explica, en parte, por el hecho de que, en muchos países del tercer mundo, con democracias débiles, los poderes político y ejecutivo pueden presionar al poder judicial, obstaculizando la administración de justicia. Además, los familiares de las víctimas por lo general no confían en funcionarios del mismo Estado que secuestró a sus seres queridos, incluso en los casos en que hay un nuevo gobierno.

La participación de las Naciones Unidas en los procesos de investigación marca una diferencia considerable. Cuando interviene directamente en una investigación (como, por ejemplo, en las Comisiones de la Verdad para El Salvador o Guatemala, el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en ex Yugoslavia y en Ruanda, y la misión en Timor Oriental), se resuelven o se neutralizan los problemas políticos, financieros y logísticos. Esto facilita las investigaciones y los análisis forenses. Sin embargo, el punto débil suele ser que las relaciones con los familiares de las víctimas se vuelven más distantes, pues con frecuencia se les deja fuera del proceso de investigación y no se les mantiene informados, lo cual sería impensable en un proceso "normal" de investigación sobre una desaparición o un crimen doméstico. Según nuestra experiencia, es recomendable trabajar con una organización local que incluya, en la medida de lo posible, a los familiares de las víctimas. Ellos pueden ser importantes fuentes de información, y sus derechos no deben resultar debilitados por el hecho de que sus seres queridos hayan sido víctimas de crímenes masivos y no individuales.

Otro aspecto que ha de considerarse es si se debe iniciar un caso judicial o si es preferible limitarse sólo a recuperar los restos por razones humanitarias. En este sentido, es importante reflexionar sobre las consecuencias a largo plazo. En muchos de los lugares donde estas investigaciones se desarrollan existe un vacío de poder. Lejos de las grandes ciudades, la presencia del Estado tiende a ser difusa y la legislación sobre los procedimientos de exhumación y análisis puede ser inexistente. Con frecuencia surgen preguntas como quién está encargado de custodiar la

fosa, dónde deberían ser depositados los cuerpos, o quién tiene la autoridad para analizarlos. En muchos casos, no pueden hacerse las suposiciones que comúnmente se harían en Estados Unidos y en Europa. Por ejemplo, si la excavación de una fosa demorará más de un día, el sitio debe permanecer bajo custodia policial cuando los investigadores no estén trabajando. Puede resultar complicado cumplir con este requisito si el área es de difícil acceso o si es demasiado peligroso para la policía permanecer allí toda la noche. Estos cuestionamientos son habituales cuando la ONU no participa en el proceso de investigación. En la mayor parte de los casos, se llega a una solución intermedia, por lo que se logra cumplir con sólo algunos de los requisitos comunes de una investigación.

Si la finalidad de la encuesta es proporcionar evidencia legal, errores de procedimiento, tales como interrupciones en la cadena de custodia, pueden dificultar la aceptación de la validez de las pruebas. También es importante considerar los diferentes objetivos y los límites de tiempo que se han fijado a las comisiones de la verdad y los tribunales. Un proceso judicial puede extenderse por varios meses, pero las comisiones no tienen esa opción.

Identificación y causa de muerte

Las tareas que, en general, la autoridad judicial o el perito forense tratan de resolver son establecer la identidad de un cadáver o un esqueleto y su causa de muerte. Pero las respuestas no siempre pueden ser rápidas o definitivas. Desde el punto de vista de la familia, la identificación es, sin duda, crucial, ya que permite cerrar el período de incertidumbre que comienza con la desaparición. Pero el proceso de identificación se vuelve más complicado a medida que el cuerpo se va descomponiendo.

Es importante considerar, asimismo, que en la amplia mayoría de los casos las víctimas son muy pobres. En general, se trata de campesinos o de indígenas con patrones culturales diferentes de los de los investigadores, que pueden no haber tenido nunca acceso a servicios médicos u odontológicos. Esto significa, simplemente, que no poseen registro alguno que pueda ser comparado con los restos hallados. Por ello, es posible que los parámetros usualmente utilizados para realizar identificaciones en contextos urbanos no se puedan aplicar.

El uso del ADN ha aportado cambios importantes a los procesos de investigación criminal y forense, así como a la identificación. Sin embargo, y contrariamente a la creencia general, es aún muy difícil extraer ADN de restos óseos, debido, fundamentalmente, al proceso de contaminación del tejido que se produce durante los años de entierro. Además, existen pocos laboratorios en el mundo con capacidad para procesar grandes cantidades de este tipo de muestras. Y finalmente, tanto familiares como autoridades judiciales en la mayoría de los países del tercer mundo no tienen los recursos para solventar este tipo de servicios.

Por esta razón, suelen efectuarse numerosas exhumaciones, pero luego los restos no se identifican y se los guarda en instituciones forenses sin ninguna intención o posibilidad de llegar a identificarlos en el futuro.

Por otra parte, debido a la falta de acceso a cierta información *pre mortem*, es posible que la investigación se proponga sólo establecer la causa de muerte, dejando de lado el proceso de identificación. En tales circunstancias, los procesos legales se vuelven más importantes que las necesidades humanitarias de los familiares.

Antes de iniciar cualquier tipo de investigación, sea la exhumación de uno o dos cuerpos, sea una investigación de gran envergadura auspiciada internacionalmente, debe prestarse especial atención, desde el inicio, a este equilibrio de intereses y necesidades, otorgando la prioridad y la consideración debidas a los deseos de los familiares.

Los efectos en los familiares

Independientemente de las posibles diferencias culturales, religiosas o ideológicas, los efectos que causa una desaparición en familias que han atravesado períodos de violencia política son similares. Los parientes de una persona que ha desaparecido forzosamente son víctimas, antes que nada, del secuestro súbito de un hijo, un hermano, un cónyuge, al que nunca vuelven a ver con vida. En general, no reciben noticias sobre la suerte que su pariente ha corrido, no saben si está vivo o muerto, precisamente porque las autoridades responsables de la desaparición se niegan a darles información. Además, el sistema judicial no investiga sus casos y por años los familiares viven en una especie de limbo. Incluso en países donde saben que sus seres queridos han sido, con gran probabilidad, asesinados, los familiares siguen aferrándose a la posibilidad de que puedan volver con vida. Hasta que no se hallan los cuerpos o no se confirma la muerte no puede haber ritos funerarios ni respuesta final. Por lo tanto, en cada caso hay dolor, angustia, miedo y una vida familiar profundamente perturbada, junto con una necesidad desesperada de recuperar los restos y poder darles un enterramiento adecuado, y cerrar —al menos parcialmente— el angustioso ciclo de incertidumbre.

Con frecuencia, los familiares solicitan estar presentes en todo el proceso de excavaciones, y en algunos lugares, como en el Kurdistán iraquí y en Etiopía, incluso han trabajado junto a nosotros, porque dicen que les ayuda a satisfacer su necesidad de hacer algo más por sus seres queridos. Así, los arqueólogos no sólo se preocupan por las exigencias metodológicas del proceso, sino que trabajan en un contexto mucho más humano, pues se comprometen más emocionalmente con los familiares y sus historias. Al mismo tiempo, el trabajo forense se efectúa de una manera mucho más transparente y comprensible para los familiares de las víctimas, ya que pueden observar directamente las tareas y hacer preguntas específicas.

En definitiva, en cualquier proceso que implique la documentación científica de violaciones de los derechos humanos, se deben contemplar las necesidades y los deseos de los familiares de las víctimas, además de utilizar los procedimientos técnicos adecuados.

Conclusiones y recomendaciones

Con frecuencia, el proceso que habitualmente se sigue -en nuestra opinión, erróneamente- consiste en abrir una fosa y luego efectuar la investigación preliminar. Nosotros proponemos, en cambio, el siguiente procedimiento de investigación, que ha dado prueba de su eficacia a través de los trabajos que hemos realizado en más de 30 países.

En los casos en que se requiere una exhumación, la investigación debería organizarse en tres fases, que se hallan íntimamente relacionadas y deberían seguir el siguiente orden:

- Antes de la exhumación, debe efectuarse una investigación de las fuentes orales y escritas para reconstruir la historia del caso y elaborar una hipótesis de trabajo.
- El trabajo de campo, que incluye la recuperación del cuerpo y la evidencia asociada, ya sea en el área que rodea la fosa o dentro de ésta.
- El trabajo de laboratorio para efectuar el análisis correspondiente de los restos humanos y de otras evidencias físicas.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no siempre es posible o deseable seguir este orden y que las tres fases pueden superponerse. Por ejemplo, cuando un cadáver es descubierto accidentalmente, la segunda fase inicia la investigación, por lo que la investigación histórica debe comenzarse posteriormente. En los casos relacionados con violaciones de los derechos humanos, se suele pensar que el médico legista puede lidiar solo con todas las tareas, muchas de las cuales pueden, de hecho, no corresponder a su campo de conocimiento. Otra dificultad generalmente observada es la falta de discusión de los casos entre los fiscales, los peritos forenses y los criminalistas, por mencionar sólo los tres componentes más comunes en la investigación.

Debe tenerse en cuenta que los peritos, más allá de su ámbito de especialización, son asistentes técnicos del fiscal, quien ordena las medidas de investigación que estima necesarias. Pero si el fiscal desconoce qué tipo de información puede obtenerse, desde un punto de vista científico, de un cadáver o de una mancha de sangre descubierta en una pared puede ser difícil, para él, determinar si la pericia presentada durante el juicio es completa y contundente. Dado que se necesitan expertos y conocimientos provenientes de diversos ámbitos, sólo un enfoque multidisciplinario puede llevar a un resultado satisfactorio.

Biotecnología, armas y humanidad

Llamamiento del Comité Internacional de la Cruz Roja

Alarmado por el empleo potencial de la biotecnología con fines hostiles, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) hace un llamamiento a:

- todas las autoridades políticas y militares para que reafirmen su compromiso con las normas del derecho internacional humanitario, por las que se prohíbe el empleo con fines hostiles de los agentes biológicos, y trabajen juntos en el establecimiento de controles eficaces de la biotecnología potencialmente peligrosa.
- las comunidades científica y médica, a la industria y a la sociedad civil en general para que garanticen un control eficaz del conocimiento y los agentes biológicos potencialmente peligrosos.

En particular, el CICR hace un llamamiento:

A todas las autoridades políticas y militares para que:

- se hagan partes, si aún no lo han hecho, en el Protocolo de Ginebra de 1925 y en la Convención de 1972 sobre las Armas Biológicas, alienten a los Estados que no lo hayan hecho a hacerse partes en estos tratados y retiren las eventuales reservas formuladas con respecto al Protocolo de Ginebra de 1925;
- reanuden con determinación los esfuerzos tendentes a garantizar la fiel aplicación de estos tratados y establezcan los necesarios mecanismos para mantener su pertinencia ante los adelantos científicos;
- aprueben leyes nacionales estrictas, si no las hubiera, a fin de aplicar el Protocolo de Ginebra de 1925 y la Convención de 1972 sobre las Armas Biológicas, y dispongan la realización de controles eficaces de los agentes biológicos que podrían utilizarse de manera abusiva;
- velen por que se enjuicie a la persona que cometa actos prohibidos por los instrumentos arriba mencionados;
- tomen medidas para garantizar que los miembros de las fuerzas armadas conozcan y respeten las normas jurídicas por las que se prohíbe la guerra biológica;
- alienten a las asociaciones científicas y médicas y a los representantes de la industria para que elaboren códigos de conducta eficaces con objeto de regular sus actividades y los agentes biológicos que podrían utilizarse de manera abusiva, y
- fortalezcan la cooperación internacional, potenciando, entre otras cosas, la capacidad internacional para controlar e intervenir en caso de brotes de enfermedades infecciosas.

A las comunidades científicas y médicas, así como a la industria biotecnológica y farmacéutica para que:

- controlen detenidamente todas las investigaciones cuyas consecuencias sean potencialmente peligrosas y velen por que se sometan a otros expertos para un examen riguroso e independiente;
- aprueben, en los respectivos sectores profesionales e industriales, códigos de conducta destinados a prevenir la utilización abusiva de los agentes biológicos;
- garanticen una reglamentación eficaz de los programas de investigación, las instalaciones y los agentes biológicos que puedan prestarse a una utilización abusiva, y un control de las personas que tengan acceso a tecnologías sensibles, y
- apoyen el mejoramiento de programas nacionales e internacionales destinados a prevenir y actuar ante la propagación de enfermedades infecciosas.

El CICR insta a todos los destinatarios del presente llamamiento a que asuman sus responsabilidades como individuos de una especie cuyo futuro puede verse gravemente amenazado por la utilización abusiva del conocimiento en el ámbito de la biología. El CICR les exhorta a que contribuyan a este arraigado esfuerzo de proteger a la humanidad de la enfermedad. Les pide encarecidamente que consideren el umbral en el que nos encontramos y recuerden que formamos parte de una misma humanidad.

El CICR insta a los Estados a que aprueben, a un alto nivel político, una declaración internacional sobre "biotecnología, armas y humanidad", en la que refrenden su compromiso con las normas vigentes y contraigan compromisos específicos con futuras acciones preventivas.

GINEBRA, SEPTIEMBRE DE 2002

Marzo
2002
Nº 161

Junio
2002
Nº 162

Septiembre
2002
Nº 163

Diciembre
2002
Nº 164

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

**RES MENES DE ART CULOS
NO TRADUCIDOS EN ESPA OL**

Nº 161

Marzo

2002

*Resúmenes de artículos no traducidos en español***Responsabilidad por crímenes internacionales:
de las conjeturas a la realidad**

JELENA PEJIC

Aunque las acciones penales que se incoaron, en los años 1998 y 1999, contra Augusto Pinochet en el Reino Unido no tenían precedente, no deberían haber sorprendido. El arresto de Pinochet sólo fue una etapa descollante del proceso cuyo resultado será la obligación de rendir cuentas ante los tribunales por crímenes internacionales. Este proceso comenzó antes del caso Pinochet y continúa desde entonces. En este artículo, se analizan los diferentes mecanismos internacionales que constituyen, en la actualidad, un marco jurídico general contra la impunidad. Se pasa revista a los tribunales penales internacionales ad hoc, a los tribunales internacionalizados, a la futura Corte Penal Internacional y a los esfuerzos que se han realizado para aplicar el principio de jurisdicción internacional. Además, en el artículo se menciona brevemente el "desmoronamiento del edificio" de las amnistías internas, mediante el cual los autores de crímenes internacionales se sustraen a la justicia. Se hace una relación de los problemas y los desafíos que habrán de superarse para avanzar en este ámbito y se recomienda prestar mayor atención a la función que la jurisdicción penal internacional puede cumplir en la lucha contra la impunidad.

**Víctimas y testigos de crímenes internacionales:
del derecho a recibir protección al derecho a dar testimonio**

LUC WALLEYN

Todo conflicto armado ocasiona víctimas, por lo general en gran número. Se puede pedir a esas víctimas que den su testimonio de lo que ha ocurrido ante un tribunal; las víctimas pasan a ser testigos. En este artículo, se analiza el papel que actualmente cumplen esas víctimas de crímenes internacionales en los procedimientos penales internacionales y se explica la protección que proporciona el derecho internacional para salvaguardar los derechos de esta categoría de personas especialmente vulnerables. Se da especial importancia a la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, respectivamente, y al proyecto de Reglas de Procedimiento y Prueba que serán aplicables a las diligencias judiciales, ante la Corte Penal Internacional.

La índole jurídica de la Corte Penal Internacional y el surgimiento de elementos supranacionales en la justicia penal internacional

SASCHA ROLF LÜDER

En este artículo, el autor analiza diferentes cuestiones que se relacionan con la índole jurídica de la Corte Penal Internacional (CPI). El Estatuto de Roma, en el artículo 4, se precisa que esa Corte tiene "personalidad jurídica internacional". Teniendo en cuenta la doctrina elaborada por la Corte Internacional de Justicia, según la cual una organización internacional debe contar con los atributos indispensables para el ejercicio de sus funciones, se puede deducir que la personalidad jurídica internacional de la CPI está reconocida de todos modos. Asimismo, se puede deducir que la CPI es una organización internacional, es decir una nueva forma de organización judicial internacional integrada, en el sentido de que no depende de las instrucciones de los Gobiernos de los Estados Partes. Según el Estatuto de Roma, la Corte está compuesta por diferentes organismos que tienen poderes sea legislativos, sea ejecutivos. Por último, el autor comprueba que la CPI tiene poderes supranacionales, pues puede, por ejemplo, emitir órdenes de arresto con efectos directos para las autoridades nacionales.

Nuevas medidas para el establecimiento de una justicia internacional en Camboya y en Timor Oriental

SUZANNAH LINTON

La Administración transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental (ATNUTO), instituida mediante la resolución 1272 (1999) del Consejo de Seguridad para administrar dicho territorio, creó una sala especial en el tribunal del distrito de Dili para juzgar los crímenes graves cometidos durante la ola de violencia, que se desencadenó tras el referéndum sobre la independencia, en septiembre de 1999. En Camboya, la comunidad internacional tomó iniciativas para que los crímenes cometidos bajo el régimen de los jemeres rojos no quedaran impunes.

El autor pasa revista a la historia de estas dos decisiones y analiza las primeras experiencias realizadas bajo esta nueva modalidad que, en lugar de establecer un tribunal internacional ad hoc, instituye una forma de jurisdicción nacional internacionalizada. No obstante, queda mucho por hacer antes de lograr una justicia que funcione satisfactoriamente.

El Tribunal especial para Sierra Leona: una instancia con recursos limitados

AVRIL McDONALD

Mediante la resolución 1315 del 14 de agosto de 2000, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas encomendó al secretario general que negociara un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para la institución de un tribunal especial encargado de juzgar las atrocidades que se cometieron en el territorio de ese país, azotado por varios años de guerra civil. El acuerdo se concertó en febrero de 2001. El Tribunal especial tendrá competencia para juzgar, en particular, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las demás violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en esa época. El autor analiza en detalle el estatuto de dicho tribunal, que se inspira en los estatutos elaborados para la Corte Penal Internacional y los dos tribunales ad hoc. Para concluir, el autor lamenta comprobar que los medios materiales que se han puesto a disposición del Tribunal especial para Sierra Leona nunca serán adecuados para instaurar una justicia apropiada y eficaz, condición sine qua non para que se recupere la paz en dicho país.

Las actividades de consolidación de la paz de las Naciones Unidas, amnistías y formas alternativas de justicia: ¿un cambio de práctica?

CARSTEN STAHN

La práctica de las Naciones Unidas relativa a la amnistía de los crímenes internacionales se ha desarrollado mucho en los últimos veinte años. En sus esfuerzos de consolidación de la paz, la organización mundial fue, en un principio, poco restrictiva y se adhirió a acuerdos de paz que garantizan una amnistía general. Sin embargo, las comisiones de la verdad completaron esas amnistías. El autor demuestra que las cláusulas de amnistía que se incluyen en los acuerdos de paz se hacen, después, más limitadas y presenta ejemplos recientes, como los de Timor Oriental y Sierra Leona. Estos tribunales internacionalizados parecen indicar una tendencia a, por un lado, limitar la persecución penal de los crímenes más abominables y, por otro, a reforzar formas alternativas de justicia para crímenes menos graves.

Nº 162

Junio

2002

*Resúmenes de artículos no traducidos en español***El derecho internacional humanitario en la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea**

TRISTAN FERRARO

Al igual que otras organizaciones internacionales, la Unión Europea ha incorporado, en forma progresiva, un componente de "derecho internacional humanitario" en las políticas de relaciones internacionales que se propone seguir. Dicha organización europea se centró, inicialmente, en los derechos humanos, pero luego tomó en cuenta la convergencia de varios instrumentos jurídicos destinados a la protección del individuo. En la actualidad, ya no considera al derecho internacional humanitario como una alternativa, sino como un complemento útil que habrá de aplicar en su política exterior y de seguridad común. En un principio incluido en su declaración de política básica, ese derecho se refrenda, ahora, en todos los instrumentos jurídicos de los que dispone la organización para actuar de conformidad con su vocación internacional. Esta incorporación destaca la función que la Unión Europea desempeña no sólo promoviendo el conocimiento y el respeto de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales, sino también garantizando el desarrollo de las normas de derecho internacional humanitario y su adaptación a nuevas formas de conflicto.

Nº 163
Septiembre
2002

Resúmenes de artículos no traducidos en español

**El Islam y el derecho internacional humanitario:
del choque al diálogo entre civilizaciones**

JAMES COCKAYNE

En un mundo que se percibe como un "choque de civilizaciones", el Islam y el derecho internacional humanitario aparecen, cada vez más, como opuestos. En los estudios comparativos entre el Islam y el derecho humanitario, se presenta a cada uno de estos sistemas como estáticos y monolíticos, y denotan cierta visión "orientalista". Si se pasa revista al papel que han desempeñado protagonistas musulmanes en la evolución del derecho humanitario de 1856 a la actualidad, se puede comprobar la naturaleza cambiante de la relación que existe entre ambos sistemas. El Islam se percibió, primero, como un aporte a la "civilización", luego como una fuerza nacionalista y, por último, como un opuesto al derecho humanitario. El aporte del Islam muestra que el derecho internacional humanitario es en sí mismo un proceso de "diálogo entre civilizaciones".

Nº 164
Diciembre
2002

Resúmenes de artículos no traducidos en español

**Del número de matrícula al código genético:
la manipulación de los restos de los caídos
en la guerra para determinar su identidad**

LUC CAPDEVILA y DANIÈLE VOLDMAN

Se pasa revista a los procedimientos utilizados en la edad moderna para identificar los restos mortales de los caídos en la guerra, registrar los datos de los fallecidos y garantizar el trato decoroso que había de darse a los restos mortales. En la actualidad, antropólogos y médicos tienen la posibilidad de examinar los restos mortales exhumados y de determinar su identidad y las circunstancias de la muerte. Habida cuenta de la índole nueva de los conflictos, los autores plantean que, en el futuro, las tumbas de soldados desconocidos podrían ser reemplazadas por monumentos a civiles no identificados.

Acción humanitaria, ritos religiosos y muerte

SYLVAIN FROIDEVAUX

Se sostiene que para los familiares de personas desaparecidas y dadas por muertas es menester la acción humanitaria y los ritos fúnebres, a fin de que puedan iniciar el proceso de duelo. Se incluye un cuadro comparativo de ritos fúnebres según diversas religiones.

**El grupo de trabajo de las Naciones Unidas
sobre desapariciones forzosas o involuntarias**

FEDERICO ANDREU-GUZMÁN

Se trata del establecimiento, el cometido y el desarrollo del grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzosas o involuntarias. Se examinan varias actividades del grupo y se formulan recomendaciones para lograr que su labor sea más efectiva.

Las personas dadas por desaparecidas tras un conflicto: cuando las necesidades de los familiares de las víctimas no concuerdan con los tribunales internacionales para enjuiciar los crímenes de guerra

ERIC STOVER y RACHEL SHIGEKANE

A pesar de que los tribunales penales internacionales se basan cada vez más en pruebas forenses para juzgar a acusados por crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad, esas investigaciones apenas han permitido identificar un escaso número de cadáveres por necesidades probatorias o por falta de recursos. Se postula que sería necesario formar una red de peritos forenses, a fin de elaborar normas en este ámbito. La tarea de ese grupo debería basarse en el principio según el cual la identificación de las personas desaparecidas reviste tanta importancia como la recolección de pruebas.

La elaboración de normas en el ámbito forense internacional para identificar a personas desaparecidas,

STEPHEN CORDNER y HELEN MCKELVIE

Evaluación de la necesidad de elaborar normas en el ámbito forense internacional para identificar a personas desaparecidas, así como para dar pruebas sobre crímenes internacionales. Se sostiene que debería definirse un método sistemático de selección de peritos forenses, que tenga en cuenta sus calificaciones y competencias. Además, deberían convenirse principios y normas técnicas internacionales que rijan la labor de los expertos forenses que trabajan en un contexto internacional.

Manipulación, exhumación e identificación de restos humanos: una perspectiva del mundo en desarrollo

ALEX KIRASI OLUMBE y AHMED KALEBI YAKUB

Reseña de las dificultades con que tropiezan los países en desarrollo durante los procedimientos para identificar a personas desaparecidas como consecuencia de un conflicto armado, violencia interna o infracciones de los derechos humanos. Se hace un estudio de caso de la situación en Kenia, y se describen los pasos que implica el proceso de identificación de restos humanos. Por último, se postula que debería establecerse una red a nivel mundial para tratar la cuestión de la identificación de personas desaparecidas.

Información para los autores e indicaciones para la presentación de textos

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, así como con cualquier tema que resulte de interés para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (véase la misión de la *Revista* en el dorso de la portada).

La redacción de la *Revista* decidirá si publica o no un texto, y en caso de una decisión favorable también determinará la fecha de publicación. Se tienen en cuenta, principalmente, la originalidad del trabajo y la calidad científica de la elaboración. Llegado el caso, se solicitará la colaboración de un experto para que dé su opinión sobre el texto.

Lengua: el texto puede ser redactado en español, francés o inglés.

Extensión: el artículo no debe exceder 20 páginas impresas, es decir alrededor de 20 páginas de texto manuscrito a espacio sencillo (aproximadamente 8.000 palabras). La reseña de un libro podrá tener, como máximo, tres páginas impresas (alrededor de 1.000 palabras). Se solicita al autor de un artículo hacer un resumen que contenga entre 100 y 200 palabras, según la extensión del original.

Notas al pie de página: la redacción solicita a los autores limitar el número y la extensión de las notas al pie de página al mínimo necesario para la comprensión del texto, la identificación de las fuentes utilizadas y el interés bibliográfico. Las notas deben ir enumeradas de manera consecutiva, desde el comienzo hasta el final del texto.

Referencias bibliográficas:

a) Obra: nombre del autor, título de la obra, edición (p. ej., 2a edición), casa editora, lugar y año de la publicación, página(s).

b) Artículo de una publicación periódica o de una obra colectiva: nombre del autor, título del artículo y

- publicación periódica: nombre de la publicación, volumen, año, página(s).
- obra colectiva: nombre de los redactores responsables (dirs.), título de la publicación, casa editora, lugar y año de la publicación, página(s).

La redacción solicita al autor enviar el texto impreso, acompañado del respectivo medio magnético, o por correo electrónico con copia en papel enviada por correo o por fax. El autor debe enviar sus textos utilizando cualquiera de los siguientes formatos:

Word 6.0, 95 ó 97

WordPro Millenium o 97

Datos biográficos: se solicita enviar una información biográfica de dos o tres líneas con el artículo propuesto.

La *Revista* se reserva el derecho de revisar la forma de los textos. No se devolverán los manuscritos, publicados o no. El autor de un artículo publicado recibirá, en forma de separata, copias de su contribución.

Redactor jefe: Toni Pfanner

Dirección:

Revista Internacional de la Cruz Roja

Avenue de la Paix 19

CH - 1202 Ginebra, Suiza

T (+41 22) 734 60 01

F (+41 22) 733 20 57

Correo electrónico: review.gva@icrc.org

La *Revista Internacional de la Cruz Roja* aparece cuatro veces al año, en marzo, junio, septiembre y diciembre. Publica textos en inglés o en francés, acompañados de un resumen en el otro idioma. La versión impresa en español de la *Revista* – de aparición anual – recoge artículos seleccionados de la versión en inglés y francés, así como los resúmenes de los artículos no traducidos en español.

Los artículos de la *Revista* están disponibles en el sitio web en español del CICR (www.cicr.org/spa).

En la página web, se publican los artículos en el idioma en que fueron escritos originalmente, así como la traducción en español de los que se han seleccionado para la versión española de la *Revista*. De este modo, los artículos pueden consultarse en formato electrónico antes de su aparición impresa.

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

Versión en español

8 dólares estadounidenses / 12 francos suizos/ 8 euros

Pago contra factura únicamente

Edición

Preparación editorial: Gabriela Melamedoff, Steven Anderson

Traducción: Margarita Polo, Laura C. Bolívar, María Eliana Marietán, Laura Lamana.

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, octubre de 2003, 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 THÜRER

ERIC ROETHLISBERGER

ERNST A. BRUGGER

JEAN-ROGER BONVIN

JAKOB NIESCH

ANDRÉ VON MOOS

OLIVIER VODOZ

GABRIELLE NANCHEN

JEAN DE COURTEN

JEAN- PHILIPPE ASSAL

JEAN ABT

YVES SANDOZ