

03/IC/09
Original: Inglés
Ginebra, 2003



**XXVIII Conferencia Internacional
de la
Cruz Roja y de la Media Luna Roja**
2-6 de diciembre de 2003

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS RETOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS

**Informe preparado por
el Comité Internacional de la Cruz Roja**

El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos

Índice

Resumen Ejecutivo	3
--------------------------	----------

Informe: *“El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos”*

• Introducción	5
• Antecedentes contextuales	6
• Conflictos armados internacionales y DIH	9
• Conflictos armados no internacionales y DIH	17
• DIH y lucha contra el terrorismo	19
• Reforzar el respeto del DIH	23
• Conclusiones	29

Anexo I: <i>Informe sucinto del seminario de expertos sobre “Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario”</i>	31
---	-----------

Anexo II: <i>Programa de la mesa redonda de San Remo sobre Derecho internacional humanitario y otros regímenes jurídicos: Interacciones en situaciones de violencia”</i>	46
---	-----------

Anexo III: <i>Informe sucinto de los seminarios de expertos sobre “Reforzar en respeto del derecho internacional humanitario”</i>	52
--	-----------

El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos

Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja
Ginebra, septiembre de 2003

Resumen Ejecutivo

El propósito del Informe del CICR titulado “El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos” es presentar una perspectiva general de algunos de los retos actuales del derecho internacional humanitario (DIH), suscitar la reflexión y el debate sobre las cuestiones identificadas y esbozar las medidas prospectivas del CICR para clarificar y desarrollar el derecho en el futuro. Aunque el Informe se escribió fundamentalmente para utilizarse como documento de antecedentes para la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de diciembre de 2003, se espera que sea también de interés para un público más amplio.

La **Introducción** al Informe cumple el propósito de colocarlo en un contexto histórico. Se reitera en ella la opinión del CICR de que los principales tratados y normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario proporcionan una base sólida de principios y reglas que debe seguir guiando la conducción de las hostilidades y el trato de las personas que han caído en manos de una parte en el conflicto. Se subraya allí que en el Informe se aborda un número limitado de retos y que éste debe considerarse una “fotografía instantánea” y no una imagen exhaustiva del panorama jurídico actual.

En los **Antecedentes contextuales** se procura, de manera muy sucinta, pasar revista a las tendencias actuales y recientes de la práctica que inciden en la aplicación del DIH. Aparte de los conflictos armados internacionales, internos no internacionales e internos “internacionalizados”, un hecho de importancia acaecido desde la última Conferencia Internacional ha sido la iniciación de una lucha mundial contra el terrorismo, como consecuencia de los horribles acontecimientos del 11 de septiembre de 2001. En el informe se señala que la lucha contra el terrorismo ha conducido a un nuevo examen del equilibrio entre la seguridad del Estado y la protección del individuo y que, en opinión del CICR, el reto jurídico y moral prevaleciente al que se enfrenta la comunidad internacional en la actualidad es encontrar maneras de tratar las formas nuevas de violencia preservando a la vez las normas existentes de protección proporcionadas por el derecho internacional.

En la sección sobre **Conflictos armados internacionales y DIH**, se hace hincapié en que el marco jurídico existente es en general adecuado para tratar los conflictos armados internacionales actuales. Asimismo, se identifican varias cuestiones que dan

pie a la necesidad de una clarificación posible del derecho, habida cuenta que las interpretaciones divergentes sobre algunas reglas producen resultados diferentes en cuanto a la protección de los civiles en la práctica. Uno de estos casos es la noción de “participación directa en las hostilidades”, que fue el tema de un seminario de expertos organizado por el CICR y el TMC Asser Institute en junio de 2003 (cuyo resumen se presenta en el Anexo I del Informe). Entre otras cuestiones que el CICR examinará dentro de algún tiempo en consulta con expertos en DIH figuran la definición de objetivos militares, el principio de proporcionalidad y las medidas de precaución. El concepto de ocupación será asimismo objeto de mayor reflexión.

El aumento de la protección de las personas afectadas por los conflictos armados no internacionales sigue siendo una prioridad institucional importantísima para el CICR. En la sección del Informe titulada **Conflictos armados no internacionales y DIH** se esboza la labor de la institución en la preparación del Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable en los conflictos armados. En el Estudio se muestra que muchas reglas aplicables antes a los conflictos armados internacionales han pasado a ser vinculantes también para los conflictos armados no internacionales, por su carácter de derecho consuetudinario. Se espera que el Estudio tenga el efecto positivo de facilitar el conocimiento de las reglas aplicables a los conflictos armados no internacionales y hacer claridad al respecto.

Los actos de violencia transnacional y las respuestas a que han dado lugar no sólo han hecho que la atención internacional se vuelva a centrar en el DIH en los dos últimos años, sino que, además, como resultado de ello, la adecuación de este conjunto de leyes se ha vuelto a examinar de una manera que no se había visto en varios decenios. Una de las principales cuestiones relativas al DIH que se está debatiendo actualmente es si la lucha contra el terrorismo es o no una “guerra” en el sentido jurídico. Como es bien sabido, no existe una respuesta uniforme. En la sección del Informe consagrada al **DIH y lucha contra el terrorismo**, se esbozan las diversas posiciones y se presenta el actual análisis jurídico del CICR sobre esta cuestión.

El **Reforzar el respeto del DIH**, que es el título de la última sección del Informe, sigue siendo una prioridad institucional permanente para el CICR. En esta sección se hace una síntesis de los debates y resultados de una serie de seminarios de expertos sobre el tema, organizados por el CICR en colaboración con otras organizaciones e instituciones en El Cairo, Pretoria, Kuala Lumpur, Ciudad de México y Brujas, Bélgica, en la primavera y el verano de 2003. El propósito de estos seminarios era generar reflexiones creativas y propuestas sobre formas de hacer operativo el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra en el que se estipula que los Estados tienen el deber de “respetar y hacer respetar” sus disposiciones “en todas las circunstancias”. Los seminarios de expertos proporcionaron una gran riqueza de propuestas –cuya síntesis se presenta en el Anexo 3 del Informe– que servirán de fundamento para la reflexión y las propuestas que en un futuro haga el CICR al respecto.

Por último, en las brevísimas **Conclusiones** se reitera la opinión del CICR de que el derecho internacional humanitario es un conjunto de leyes cuyos principios fundamentales, si se aplican de buena fe y con la voluntad política necesaria, siguen cumpliendo el propósito para el que fueron creadas, es decir, reglamentar la conducción de la guerra y aliviar así el sufrimiento causado por la guerra.

El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos

Introducción

Hace ya más de treinta años, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) presentó en la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Estambul¹ un “Informe sobre la reafirmación y el desarrollo de las leyes y costumbres aplicables en los conflictos armados”. El propósito de ese Informe era identificar cuestiones jurídicas que, en opinión del CICR, justificaran un nuevo esfuerzo de codificación del derecho internacional humanitario (DIH). Como es bien sabido, casi un decenio después, se aprobaron los textos de los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra y se abrieron a la firma y ratificación. El Protocolo adicional I, entre otras cosas, codificaba las reglas sobre la conducción de las hostilidades, ampliaba la protección a ciertas categorías de personas y, entre las guerras comprendidas dentro del ámbito de aplicación del conflicto armado internacional incluía las guerras de liberación nacional. El Protocolo II, aunque previsto más ambiciosamente en sus comienzos, profundizaba en las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y establecía salvaguardias fundamentales que debían aplicarse en los conflictos armados no internacionales.

En el tiempo transcurrido desde la presentación del Informe de 1969, el mundo ha sido testigo de cambios drásticos en muchos frentes, particularmente el político, el económico y el social, pero, lamentablemente, la realidad y, sobre todo, las consecuencias de los conflictos armados no han cambiado. El sufrimiento humano, la muerte, la desfiguración, la destrucción y la pérdida de la esperanza en el futuro siguen constituyendo, como siempre lo han sido, las consecuencias inmediatas y a largo plazo de la guerra en las sociedades y los individuos que las integran. Además de los conflictos armados internacionales y no internacionales, el mundo se ha visto confrontado recientemente a un auge de los actos de terrorismo transnacional, que plantea nuevamente ciertos dilemas acerca de la relación entre la seguridad estatal y la protección del individuo. Este fenómeno ha llevado igualmente a que se reexamine la adecuación del derecho internacional humanitario, de una manera que no se había visto desde la iniciativa para complementar los Convenios de Ginebra mediante los dos Protocolos adicionales.

El propósito del presente Informe del CICR es presentar un panorama de algunos de los retos que plantean al derecho internacional humanitario los conflictos armados contemporáneos, estimular una mayor reflexión y esbozar una acción prospectiva del CICR. El Informe no se titula “Reafirmación y Desarrollo del DIH” porque su alcance es deliberadamente más limitado que el del Informe de 1969.

¹ “Reafirmación y desarrollo de las leyes y costumbres aplicables en los conflictos armados”, Informe presentado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (Tema 4a, b y e del Orden del día provisional de la Comisión de derecho internacional humanitario y socorro a las poblaciones civiles en caso de conflicto armado), XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Estambul, septiembre de 1969 (en adelante el Informe de 1969).

En primer lugar, el CICR estima, como se discutirá más adelante, que los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, así como el conjunto de otros tratados internacionales de DIH y las normas de derecho consuetudinario proporcionan una base sólida de principios y reglas que deben seguir guiando la conducción de las hostilidades y el trato dado a las personas que han caído en manos de una parte en un conflicto armado. En segundo lugar, como también se demostrará más adelante, algunos de los dilemas que afrontó la comunidad internacional hace algunos decenios se resolvieron, en general, de manera satisfactoria mediante el desarrollo del DIH. Hoy, el primer reto en estos ámbitos es o bien garantizar la clarificación de las reglas o bien elaborarlas aún más. En tercer lugar, la opinión internacional, tanto de los gobiernos como de los expertos, así como la opinión pública, sigue estando en gran parte dividida en cuanto a cómo abordar las nuevas formas de violencia, en especial los actos de terrorismo internacional, por lo que respecta al derecho. Aunque nadie puede predecir lo que podría deparar el futuro, este Informe tiene el propósito de ser una fotografía instantánea, tal como lo ve el CICR, de los retos actuales a los que se enfrenta actualmente el DIH. Su objetivo es reafirmar los principios comprobados del derecho y proponer un enfoque matizado de su posible clarificación y desarrollo.

Por último, y nunca se subrayará esto lo suficiente a título de introducción, el presente Informe sólo aborda un número limitado de retos identificados por el CICR y en modo alguno ha de ser tomado como un examen exhaustivo de todas las cuestiones relativas al DIH que se escudriñarán en el momento actual o futuro. Las cuestiones relativas a los desaparecidos o a las armas no son parte del esbozo presentado a continuación porque se examinarán por separado en la Conferencia Internacional. Se espera que este Informe estimule fundamentalmente el debate sobre las cuestiones de pertinencia y adecuación del DIH, y sobre cómo mejorar la aplicación del derecho, a fin de que los delegados de la Conferencia Internacional puedan contribuir a una mayor reflexión y una mayor acción sobre los retos esbozados o proponer otros, según sea el caso.

El Informe se divide en cinco secciones: **I. Antecedentes contextuales, II. Conflictos armados internacionales y DIH, III. Conflictos armados no internacionales y DIH, IV. DIH y lucha contra el terrorismo, V. Reforzar el respeto del DIH.**

I. Antecedentes contextuales

Habida cuenta de que en otros documentos y ponencias a cargo de delegados a la Conferencia Internacional se describirá con idoneidad el contexto internacional político, económico y social actual, así como sus repercusiones en el plano nacional, el propósito de estos brevísimos antecedentes contextuales es destacar algunos de los principales acontecimientos que han incidido en la aplicación del DIH desde la Conferencia Internacional anterior. El esbozo se basa en la realidad ya mencionada de los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales que siguen causando estragos en todo el mundo.

Los conflictos armados internacionales recientes, en Afganistán e Irak, han dado lugar al establecimiento de un Gobierno apoyado por los Estados Unidos, en Afganistán, y a la ocupación militar, en Irak. En África, Asia, Europa y América Latina han estallado conflictos armados no internacionales o siguen cobrándose la vida de seres humanos, mientras que en el Oriente Medio la ocupación militar y la violencia siguen siendo un motivo central de preocupación internacional. Muchos de estos conflictos han sido

eclipsados por la atención abrumadora que está prestando la comunidad internacional a la “lucha contra el terrorismo”.

Aunque pueden debatirse las justificaciones para algunas de estas situaciones de violencia, así como las condiciones que cumplen para la calificación del tipo de conflicto, no cabe ningún desacuerdo frente a la magnitud del sufrimiento que causa cualquier violencia armada. Cuando no se respeta el derecho internacional humanitario, el sufrimiento humano se hace tanto más severo y las consecuencias se hacen tanto más difíciles de superar. Los ataques deliberados contra los civiles, los ataques indiscriminados, el desplazamiento forzado de poblaciones, la destrucción de la infraestructura vital para la población civil, el uso de civiles como escudos humanos, la violación sexual y otras formas de violencia sexual, la tortura, la destrucción de bienes civiles y el pillaje han sido perpetrados por fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no estatales en todo el mundo. También se han perpetrado regularmente violaciones del DIH contra miembros del personal sanitario y humanitario y contra detenidos. La no repatriación de prisioneros de guerra, por ejemplo, contraria al III Convenio de Ginebra, se ha convertido en una violación grave recurrente. Asimismo, el acceso de las poblaciones necesitadas a la ayuda humanitaria sigue siendo un problema constante, que agrava la ya desesperada situación de millones de personas atrapadas por la guerra.

Las características nuevas o agravadas de la violencia contemporánea presentan retos enormes para la protección de los civiles y la aplicación del DIH. Parece ser que los conflictos armados se han vuelto más complejos y los acuerdos de paz permanentes más difíciles de lograr. La utilización de las diferencias étnicas y religiosas parece haberse convertido en una característica permanente de muchos conflictos. Han surgido nuevos actores con capacidad de ejercer la violencia. La naturaleza fragmentada de los conflictos en los Estados débiles o desestructurados da lugar a una multiplicación de los actores armados. La superposición entre las metas políticas y las privadas ha contribuido a que se difumine la distinción entre conflicto armado y actividades criminales. Quienes poseen tecnología sofisticada la emplean cada vez más en las guerras en que intervienen. La disponibilidad incontrolada de grandes cantidades y categorías de armas ha aumentado de manera igualmente drástica. Habida cuenta de estas características, a las que se añade la tendencia confirmada de la utilización de las actividades humanitarias para propósitos militares o políticos, la labor de las organizaciones humanitarias en estos contextos se hace particularmente difícil.

Por lo que atañe a las repercusiones de la nueva tecnología, baste decir, en estos breves antecedentes contextuales, que la superioridad tecnológica por sí sola permite ahora librar guerras en las que un ejército está en capacidad de derrotar al adversario sin necesidad de pisar alguna vez territorio extranjero. Las consecuencias de la guerra asimétrica en la aplicación del DIH apenas están comenzando a examinarse.

La creciente dependencia de las fuerzas armadas en los civiles, la contratación de civiles para tareas que antes eran de competencia estrictamente militar y la utilización de empresas de seguridad privadas son también nuevas características que ponen en cuestión las categorías aceptadas de actores en los conflictos armados.

Otra novedad que debe mencionarse por separado en cuanto a su incidencia en la aplicación del DIH desde la última Conferencia Internacional es el surgimiento de redes transnacionales capaces de infligir heridas y destrucciones enormes. Es imperativo

recordar que, sean cuales fueren los motivos, los ataques intencionales y directos contra civiles en el contexto de los conflictos armados –incluso mediante acciones suicidas–, así como los ataques indiscriminados, están estrictamente prohibidos en virtud del DIH. Lo mismo se aplica a los actos de violencia y las amenazas de infligirla cuyo principal propósito es sembrar el terror entre la población civil. Fuera del conflicto armado, los actos de violencia dirigidos contra civiles son crímenes de guerra, de conformidad con las leyes penales internacionales y nacionales.

En algunos círculos, los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, en los Estados Unidos, han afectado las percepciones de lo que constituye la guerra en el sentido jurídico, tema que se tratará en la sección IV de este Informe. Al mismo tiempo, las respuestas de los Estados a los actos de terrorismo transnacional han dado lugar a dos tendencias que merecen mencionarse aquí brevemente:

1) la erosión, en la lucha contra el terrorismo, de las normas internacionales existentes de protección del individuo, incluida la protección garantizada por el derecho internacional humanitario; y 2) una falta de nitidez en distinción entre el *ius ad bellum* (las reglas internacionales que rigen el derecho a emplear la fuerza) y el *ius in bello* (el DIH, las reglas internacionales que rigen la manera en que se libra el conflicto):

1) La “lucha contra el terrorismo” a nivel mundial, independientemente de cómo pueda caracterizarse este fenómeno en el sentido jurídico, ha llevado a reexaminar el equilibrio entre la seguridad estatal y la protección del individuo, en detrimento de este último. El actual debate sobre la aceptabilidad de la tortura es un ejemplo de ello. Tras decenios de mejoras en las normas internacionales que rigen el trato debido a las personas privadas de su libertad, han vuelto a surgir los debates sobre si la tortura puede o no permitirse en ciertas situaciones, pese al hecho de que esta práctica abominable es un crimen en virtud del DIH y de otros conjuntos de derecho y está prohibida en toda circunstancia. Otras de las consecuencias resultantes de la lucha contra el terrorismo son las ejecuciones extrajudiciales y las detenciones en que no se aplican las garantías judiciales más fundamentales. Podrían citarse asimismo otros ejemplos. A juicio del CICR, el reto jurídico y moral más importante al que hace frente la comunidad internacional es encontrar medios de tratar las nuevas formas de violencia a la vez que se preservan las normas de protección existentes establecidas por el derecho internacional, en el que se incluye el derecho internacional humanitario.

2) El derecho internacional humanitario es aplicable siempre que una situación de violencia alcanza el nivel de conflicto armado. Las causas subyacentes del conflicto armado no tienen ninguna incidencia en la aplicación del DIH. Con todo, parece ser que algunos sectores, además de pedir una revisión de los principios establecidos del *ius ad bellum*, plantean un cuestionamiento del principio fundamental según el cual siempre que ocurra un conflicto armado éste se regirá por el *ius in bello*. Con no poca frecuencia se invoca que la justeza de recurrir a la fuerza armada, en particular en la “guerra contra el terrorismo”, constituye una justificación para negarse a aplicar toda la gama de las normas del derecho internacional humanitario en situaciones en las que no cabe la menor duda de que ese conjunto de reglas es aplicable.

A fin de generar reflexiones y acciones internas y externas sobre algunos de los retos planteados al derecho internacional humanitario a los que se ha hecho alusión antes y sobre otros que se describirán más adelante en este Informe, en octubre de 2002 el CICR creó un Proyecto para complementar la labor que realiza actualmente la División

Jurídica del CICR en esta esfera. El Proyecto está orientado conceptualmente por un jefe de Proyecto y un Grupo Directivo que rinden cuentas a la Dirección del CICR, lo cual permite una participación institucional plena en el proceso de toma de decisiones. En las secciones siguientes se especifican los resultados de las acciones actuales del CICR, así como las que se prevén para el futuro.

II. Conflicto armado internacional y DIH

Los conflictos armados internacionales son de lejos el tipo de conflictos más reglamentados en virtud del DIH. Tanto los Reglamentos de La Haya de 1899 y de 1907 como los Convenios de Ginebra (a excepción del artículo 3 común a los Convenios) se aplican a los conflictos armados internacionales y a la ocupación, como es también el caso del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra². Pese a ciertas ambigüedades que han dado lugar a interpretaciones divergentes –lo que es característico de cualquier conjunto de derecho–, el CICR está convencido de que este marco jurídico es en general adecuado para abordar los conflictos armados interestatales actuales. En su mayor parte, este marco ha soportado la prueba del tiempo porque ha sido elaborado manteniendo un cuidadoso equilibrio entre las necesidades militare y el imperativo de reducir el sufrimiento en la guerra.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 han sido ratificados por casi toda la comunidad de naciones (a la fecha, 191 Estados Partes) y sus disposiciones sobre la protección de las personas que han caído en manos del enemigo reflejan el derecho internacional consuetudinario. Lo mismo cabe decirse en particular de la sección del IV Convenio de Ginebra relativa a la ocupación, en la que se establecen las normas fundamentales sobre la administración de un territorio ocupado y la protección de la población sometida a la ocupación extranjera. Aunque el Protocolo adicional I carece aún de ratificación universal (a la fecha, 161 Estados Partes), no se cuestiona que la mayoría de sus normas relativas a la conducción de las hostilidades reflejan también el derecho internacional consuetudinario.

No ha sido fácil determinar cuáles cuestiones jurídicas, entre las muchas relativas al conflicto armado internacional, merecen ser objeto de examen en el Proyecto del CICR y, por ende, de un breve esbozo en este Informe. La elección inicial se hizo sobre la base de las diversas interpretaciones a las que han dado lugar en la práctica las normas pertinentes y, lo que es más importante, de las consecuencias que tienen tales interpretaciones para la protección de los civiles. Entre ellas figuran la noción de participación directa en las hostilidades en virtud del DIH, cuestiones relativas a la conducción de las hostilidades y el concepto de ocupación.

Participación directa en las hostilidades

Según el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales, los civiles gozan de protección general contra los ataques “salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”³. No se cuestiona que, aparte de la pérdida de protección general contra los ataques durante el

² Aparte de los conflictos armados entre Estados, las situaciones en que se aplica el Protocolo adicional I comprenden también “los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación” (artículo 1 (4)).

³ Protocolo adicional I, artículo 51 (3).

tiempo que dure esa participación directa, los civiles, al contrario de los combatientes⁴, pueden también ser objeto de enjuiciamiento penal en virtud del derecho interno por el simple hecho de haber tomado parte en las hostilidades. En otras palabras, no se benefician del “privilegio” de los combatientes o beligerantes de no estar sujetos a enjuiciamiento penal por haber tomado las armas y, por consiguiente, a veces al hacerse referencia a ellos se los denomina combatientes o beligerantes “ilícitos” o “no privilegiados”⁵. Una cuestión que, especialmente en los últimos meses, ha dado lugar a considerable controversia es la de la condición de los civiles que han tomado parte en las hostilidades y el trato que se les debe dar. Vinculado a ello está el significado de lo que constituye participación “directa” en las hostilidades, algo que el CICR ha comenzado a examinar con la colaboración de expertos jurídicos.

Existe actualmente una gama de posturas gubernamentales y académicas sobre la cuestión de la condición jurídica y el trato de los civiles que han participado directamente en las hostilidades y han caído en manos del enemigo. En uno de los extremos están aquéllos –la minoría- que sostienen que esas personas están fuera de cualquier protección del derecho internacional humanitario. La postura intermedia está constituida por los que creen que los combatientes “no privilegiados” están cobijados únicamente por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 75 del Protocolo adicional I (bien como derecho convencional bien como derecho consuetudinario). Según la interpretación a la que adhieren el CICR y otros, los civiles que han tomado parte en las hostilidades y cumplen con los criterios de nacionalidad previstos en el IV Convenio de Ginebra siguen siendo personas protegidas en virtud de dicho Convenio⁶. Quienes no cumplen con el criterio de nacionalidad están como mínimo protegidos por las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del artículo 75 del Protocolo adicional I (bien como derecho convencional bien como derecho consuetudinario).

Por consiguiente, el CICR no cree que haya una categoría de personas afectadas por el conflicto armado internacional o que participen en él que estén fuera de la protección del DIH, o que haya un “vacío” en el cubrimiento del DIH entre los Convenios III y IV, es decir, una condición intermedia en la que caerían los civiles (beligerantes “no privilegiados”) que cumplen con los criterios de nacionalidad. En el derecho internacional humanitario se establece que los combatientes no pueden sufrir consecuencias penales por su participación directa en las hostilidades y que gozan del estatuto de prisioneros de guerra en el momento de su captura. El DIH no prohíbe a los civiles luchar por su país⁷, pero la falta de estatuto de prisionero de guerra implica que

⁴ En virtud del artículo 43 (2) del Protocolo adicional I: “Los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades”. Con arreglo al artículo 50 (1) del Protocolo adicional I, “Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A 1), 2), 3) y 6) del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil”.

⁵ No obstante, tanto los combatientes como los no combatientes pueden ser enjuiciados tanto en el plano internacional como en el interno por la comisión de crímenes de guerra.

⁶ En virtud del artículo 4 (1) y (2) del IV Convenio de Ginebra, “El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas. No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él. Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén”.

⁷ En una situación –la del levantamiento en masa- prevista en el artículo 4 (A) (6) del III Convenio de Ginebra, bajo ciertas condiciones, los habitantes de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tomen espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras se consideran prisioneros de guerra cuando caigan en poder del enemigo.

dichas personas, entre otras cosas, no están protegidos de ser enjuiciados en virtud de las leyes internas aplicables en el momento de su captura. Hay que señalar que la participación directa en las hostilidades por parte de los civiles no es un crimen de guerra.

Aparte de carecer de inmunidad frente a las sanciones penales del derecho interno, los civiles que toman parte directa en las hostilidades pierden la protección general contra los ataques durante el tiempo que dure esa participación directa. Asimismo, los civiles pueden ser internados por el adversario –lo que está sujeto a revisión periódica- si es absolutamente necesario para la seguridad de la Potencia detenedora⁸. Mientras estén en detención, es posible que se considere que esas personas han perdido ciertos derechos y privilegios previstos en el IV Convenio de Ginebra dentro de los límites establecidos en el artículo 5 de ese Convenio y en el derecho internacional consuetudinario. A juicio del CICR, es difícil ver cuáles otras medidas deberían ser aplicables a estas personas que no implicaran el riesgo de dar lugar a violaciones inaceptables de la vida humana, la integridad física y la dignidad prohibidas por el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos.

Si bien el CICR no cree pues que en el conflicto armado haya una categoría “intermedia” entre combatientes y civiles, quedan aún abiertas las preguntas acerca de qué constituye una participación “directa” en las hostilidades y cómo debe definirse el aspecto temporal de la participación (“mientras dure tal participación” en las hostilidades). En opinión del CICR, -habida cuenta de las consecuencias de la participación directa antes mencionadas y la importancia de contar con una definición aplicable que haga respetar el principio de distinción- la noción de participación directa es una cuestión jurídica que merece mayor reflexión y estudio, así como un esfuerzo para llegar a propuestas para clarificar el concepto. Esto es tanto más importante cuanto que la participación de los civiles en las hostilidades ocurre tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos.

Con miras a generar un debate en la materia, el CICR organizó en La Haya un seminario de expertos, de un día de duración, sobre la “Noción de participación directa en las hostilidades en virtud del DIH”, en cooperación con el TMC Asser Institute. Se anexan a este Informe (v. Anexo 1) un informe sucinto de los temas y debates del seminario de junio de 2003 y, por consiguiente, no se repetirán aquí. Baste decir que los participantes en el seminario convinieron en que valía la pena hacer un esfuerzo para clarificar la noción de “participación directa en las hostilidades”. Se expresó asimismo la opinión de que el resultado deseable sería una definición jurídica general de “participación directa”, acompañada de una lista no exhaustiva de ejemplos. Se dejó para una fecha ulterior la cuestión de la forma final que debería tener la labor futura. El CICR tiene el propósito de continuar el proceso iniciado y, con la ayuda de eminentes expertos jurídicos, formular propuestas, en cuanto al procedimiento y al fondo, para seguir adelante.

⁸ En el IV Convenio de Ginebra se estipulan normas detalladas sobre el trato de las personas que han sido asignadas a residencia forzosa o internadas en casos en que la seguridad de la Potencia detenedora u ocupante considere tal medida absolutamente necesaria. V. Parte III, Sección IV del IV Convenio de Ginebra sobre las “Normas relativas al trato debido a los internados” (artículos 79-141).

Cuestiones relacionadas con la conducción de las hostilidades

El conjunto de reglas del DIH relativas a la conducción de las hostilidades fue uno de los logros supremos del proceso diplomático que culminó con la adopción del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra. Aunque la mayor parte de estas reglas han recogido amplia aceptación y han pasado a ser derecho consuetudinario en los años transcurridos desde entonces, se reconoce que ciertas ambigüedades en la formulación han suscitado diferencias en la interpretación y, por consiguiente, en su aplicación práctica. La naturaleza cambiante de la guerra debido a los constantes adelantos en materia de tecnología militar -entre otras razones- también ha contribuido a que se den lecturas distintas de las disposiciones pertinentes. Figuran entre ellas la definición de objetivos militares, el principio de proporcionalidad y las reglas sobre las medidas de precaución.

Objetivos militares

En la conducción de las operaciones militares, sólo se pueden atacar directamente los objetivos militares. En general se considera que la definición de objetivos militares prevista en el Protocolo adicional I refleja el derecho internacional consuetudinario. Con arreglo al artículo 52 (2) del Protocolo, “los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”.

El hecho de que el Protocolo adicional I contenga una definición general en vez de una lista específica de objetivos militares exige a las partes en un conflicto armado adherirse estrictamente a las condiciones establecidas en el artículo 52: es decir, el objeto que ha de atacarse debe contribuir eficazmente a la acción militar del enemigo, y su destrucción, captura o neutralización deben ofrecer una ventaja militar definida al bando contrario en las circunstancias imperantes en el momento en cuestión. Así pues, los redactores quisieron excluir las contribuciones indirectas y las ventajas probables. Sin estas restricciones, podría verse socavada con demasiada facilidad la limitación de los ataques lícitos a los objetivos “militares” y podría quedar sin efecto el principio de distinción.

La definición de objetivos militares, leída conjuntamente con el principio de distinción, la prohibición de los ataques indiscriminados, la obligación de reducir todo lo posible los muertos y heridos entre los civiles, así como el principio de proporcionalidad, rechaza claramente las interpretaciones propuestas antaño en las doctrinas de la “guerra total” en las que se consideraba objetivo militar “cualquier objetivo que contribuya eficazmente a la destrucción de los medios de resistencia del enemigo y al debilitamiento de su determinación de combatir”⁹.

Si la importancia política, económica, social o psicológica de los objetos se convierte en el factor determinante –como se propone en ciertos escritos militares-, la evaluación de si un objeto es o no un objetivo militar se vuelve algo muy especulativo e invita a interpretaciones ilimitadas. De la misma manera, las interpretaciones que aceptan los ataques a la moral de la población civil como medio de influir en la determinación de

⁹ Definición de 1928 del Mariscal Trenchard, de la Real Fuerza Aérea Británica, citada en C. Webster y N. Frankland, *The Strategic Air Offensive Against Germany 1939-1945*, Londres, 1961, p. 96.

combatir del enemigo darían lugar a una guerra ilimitada y el CICR no podría apoyarlas. De apenas causar penalidades a la población civil, que es una consecuencia inevitable de todos los conflictos armados, se pasaría, con un paso ciertamente pequeño, a causar daños sustanciales a la infraestructura civil, por ejemplo, lo cual podría llevar a los beligerantes a renunciar lentamente a cualquier forma de restricción en su elección de los objetivos.

Un problema particular surge en relación con los denominados objetos de doble uso, es decir, objetos que cumplen fines tanto civiles como militares, como los aeropuertos o los puentes. Hay que hacer hincapié en que “doble uso” no es un término jurídico. En opinión del CICR, la índole de cualquier objeto debe evaluarse con arreglo a la definición de objetivos militares prevista en el Protocolo adicional I. Así pues, cabe argüir que incluso un uso militar subsidiario puede convertir el objeto en cuestión en objetivo militar. No obstante, un ataque contra tal objeto puede ser, sin embargo, ilícito si al considerar los efectos del ataque sobre el uso civil del objeto en cuestión se viola el principio de proporcionalidad, es decir, si cabe esperar que, incidentalmente, se causen daño excesivo o excesivos muertos o heridos civiles o si los métodos o medios del ataque no se eligen con miras a tratar de evitar o al menos reducir todo lo posible el número de muertos o heridos o los daños entre los civiles.

Principio de proporcionalidad en la conducción de las hostilidades

A fin de preservar a los civiles y los bienes de carácter civil tanto como sea posible de los efectos de la guerra, el derecho internacional humanitario prohíbe los ataques indiscriminados. Se consideran indiscriminados “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.” (Protocolo adicional I, artículo 51 (5)(b)). Se considera en general que esta definición refleja el derecho internacional consuetudinario.

El texto adoptado del artículo 51 (5) (b) del Protocolo adicional I fue criticado en la Conferencia Diplomática de 1974-77 y posteriormente. La crítica se dirigía en particular a la redacción y terminología imprecisas y a la dificultad de aplicar la prueba de equilibrio que exigía. La puesta en práctica de la disposición exige completa buena fe de los beligerantes, así como deseo de ajustarse al principio general de respeto de la población civil.

La desproporción entre, por una parte, las pérdidas civiles y los daños causados a los civiles y, por otra parte, la ventaja militar prevista, plantea un delicado problema: en algunas situaciones no hay lugar a dudas, mientras que en otras pueden haber razones para vacilar. En tales situaciones complejas, deben prevalecer los intereses de la población civil. Se debe tener en cuenta que el derecho internacional humanitario exige que constantemente se tenga cuidado de preservar a la población civil, a los civiles y a los bienes de carácter civil. No hay que olvidar que incluso ataques que podrían ser lícitos, es decir, ajustados a la regla de la proporcionalidad y a otros principios jurídicos, pueden causar, a pesar de todo, sufrimiento enorme entre los civiles.

Por lo que se refiere a la interpretación del principio de proporcionalidad, el significado del término “ventaja militar concreta y directa prevista” es crucial. Nunca podrá recalcarse lo suficiente que la ventaja prevista debe ser una ventaja militar, que generalmente consiste en ganar terreno o destruir o debilitar las fuerzas armadas del

enemigo. El propósito de la expresión “concreta y directa” es señalar que la ventaja en cuestión debe ser sustancial y relativamente inmediata, y que una ventaja que apenas sea perceptible o que sólo aparezca en el largo plazo debería descartarse.

En cuanto a los daños de carácter civil importantes para la determinación de si un ataque concreto viola el principio de proporcionalidad, se plantea la cuestión de cuál daño es pertinente para la prueba de equilibrio prevista en el Protocolo adicional I. Por ejemplo, ataques contra instalaciones industriales, redes eléctricas o infraestructura de telecomunicaciones, que pueden ser objetivos militares en una situación particular, pueden causar daños incidentales a la vida y el bienestar futuros de la población civil. Es muy probable que tengan consecuencias directas e indirectas, tales como la muerte de pacientes en las instalaciones sanitarias, la interrupción a largo plazo del suministro eléctrico, los daños medioambientales y ecológicos provocados por los bombardeos a plantas industriales y químicas y el empobrecimiento de amplios sectores de la población debido a la destrucción de instalaciones militares que proporcionen ingresos a decenas de miles de familias. Asimismo, grandes cantidades de residuos explosivos de guerra que quedan después de un ataque, como proyectiles de artillería, morteros, granadas y submuniciones de bombas-racimo sin estallar pueden tener consecuencias graves y a largo plazo para la población civil.

Si se fuera a ampliar el concepto de ventaja militar, parece apenas lógico que se consideraran también los “efectos secundarios”, es decir, los efectos que causa el ataque de manera no directa ni inmediata pero que, no obstante, son consecuencia suya. El CICR estima que en relación con la ventaja militar y con los heridos y muertos resultantes entre los civiles hay que utilizar la misma balanza. Esto implica que, en el caso de una operación militar concreta, la ventaja militar previsible debe sopesarse con respecto al número previsible de muertos o heridos entre los civiles o los daños de carácter civil previsible que incidentalmente cause dicha operación, entre los que se incluyen los efectos secundarios. Habida cuenta de la creciente interrelación e interdependencia de la sociedad moderna en ámbitos como la infraestructura, las comunicaciones y los sistemas de información, la cuestión de los efectos secundarios cobra cada vez mayor importancia.

Medidas de precaución

A fin de aplicar las restricciones y prohibiciones sobre los objetivos y de reducir todo lo posible los muertos y heridos entre los civiles y los daños de carácter civil, hay que acatar reglas específicas sobre precauciones en el ataque. Estas reglas están codificadas en el artículo 57 del Protocolo adicional I y se aplican a la planificación de un ataque, así como al ataque mismo. Reflejan en gran medida el derecho internacional consuetudinario y se proponen garantizar que en la conducción de las operaciones militares se tenga constantemente cuidado en preservar a los civiles y los bienes de carácter civil.

Varias de las obligaciones previstas no son absolutas sino que dependen de lo que sea “viable” en el momento en cuestión. Una vez más, se otorga cierta discreción a quienes planifican o toman la decisión respecto de un ataque. Según varias de las interpretaciones dadas al momento de la firma o la ratificación del Protocolo adicional I y las definiciones adoptadas ulteriormente en el Protocolo sobre minas (en sus versiones original y enmendada), así como en el Protocolo sobre armas incendiarias, que complementan la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales, “se

entiende por ‘precauciones viables’ aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso consideraciones humanitarias y militares”¹⁰.

En este contexto es debatible el peso que pueda darse al objetivo comprensible de garantizar la seguridad de las fuerzas armadas del bando atacante (“consideración militar”), cuando se inicia un ataque. Parece poco defendible que pueda servir como justificación para no tomar ninguna medida de precaución exponiendo con ello a un mayor riesgo a la población civil y los bienes de carácter civil.

En la conducción de las hostilidades no es sólo la parte atacante la que tiene obligaciones con miras a garantizar la protección de la población civil y de los civiles, pues también las tiene la parte que se defiende. En general, hasta donde sea posible, para preservar de los peligros resultantes de las operaciones militares a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil bajo su control, la parte que se defiende tiene la obligación de tomar las medidas de precaución necesarias, tales como alejarlos de la proximidad de objetivos militares o evitar situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de las zonas densamente pobladas. Bajo ninguna circunstancia puede utilizarse a civiles como escudo para proteger objetivos militares de los ataques o para proteger operaciones militares.

Habida cuenta de que la parte que se defiende puede ejercer control sobre su población civil, a veces se sugiere en escritos académicos que el defensor debe tener mayor responsabilidad en la toma de precauciones. Según esta opinión, las reglas del Protocolo adicional en materia de precauciones contra los ataques son más bien débiles y el Protocolo crea un desequilibrio que favorece sin razón al defensor. Con todo, hasta ahora no se ha hecho ninguna propuesta concreta acerca de cómo debe aumentar el defensor la protección de su población civil. Se sostiene también a veces que se debería dar otro enfoque a la cuestión y que las obligaciones del atacante deberían ser menos estrictas.

El CICR no podría respaldar los intentos de reducir las obligaciones de la parte atacante. Sin embargo, hay que alentar a los Estados a que, ya en tiempo de paz, tomen las medidas necesarias para reducir o eliminar el peligro para la población civil. En particular, al calor de un conflicto armado es a menudo imposible cumplir con la obligación de evitar emplazar objetivos militares en el interior o en las proximidades de las zonas densamente pobladas, por lo que dicha obligación debería acatarse en tiempo de paz.

Según la evaluación del CICR, en la actualidad no hay muchas probabilidades de que las reglas sobre los objetivos militares, el principio de proporcionalidad o las precauciones en los ataques, así como otras reglas sobre la conducción de las hostilidades previstas en el Protocolo adicional I, puedan desarrollarse con miras a mejorar la protección de los civiles o de los bienes de carácter civil. Existen escritos importantes de expertos tanto jurídicos como militares, así como ejemplos de la práctica de los Estados, en que se propone de hecho una reducción del nivel de protección

¹⁰ Artículo 3 (4) del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II) que complementa la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. V. también el artículo 3 (10) del Protocolo II en su versión enmendada en 1996 y el artículo 1 (5) del Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III).

previsto en el Protocolo adicional I. Así pues, el reto actual es evaluar el efecto práctico de las reglas existentes en lo relativo a la protección de los civiles y de los bienes de carácter civil, mejorar la aplicación de las reglas, o clarificar la interpretación de los conceptos específicos sobre los que se basan las reglas, sin perturbar el marco ni los principios jurídicos del Protocolo adicional, cuya meta es garantizar la protección de los civiles.

Dentro de algún tiempo el CICR se propone, por sí solo o en colaboración con otras organizaciones, iniciar consultas con expertos para hacer un balance de la doctrina y las prácticas actuales y determinar si sería útil emprender un proceso de clarificación de las reglas y cómo debería procederse.

El concepto de ocupación

No cabe la menor duda de que las reglas sobre la ocupación establecidas en el IV Convenio de Ginebra siguen siendo plenamente aplicables en todos los casos de ocupación total o parcial de un territorio extranjero por una Alta Parte Contratante, encuentre o no dicha ocupación resistencia armada¹¹. Se reconoce que esas reglas tipifican un concepto de ocupación basado en la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y en el derecho de La Haya anterior a dicha guerra¹². En el reglamento se prevé una noción de ocupación basada en el control efectivo del territorio y en la suposición de que la Potencia ocupante puede o quiere reemplazar la autoridad del gobierno anterior con la suya. Se presume asimismo que la Potencia ocupante tiene la intención de mantener su posesión del territorio en cuestión, al menos temporalmente, y administrarlo.

Pese a que subsisten aún casos que corresponden a la noción tradicional de ocupación y a que han surgido recientemente nuevas situaciones de la misma índole, la práctica también ha mostrado que hay situaciones en que puede ser necesario un enfoque más funcional de la ocupación a fin de garantizar la protección cabal de las personas. Un ejemplo de ello sería cuando las fuerzas armadas de un Estado, pese a no estar “ocupando” un territorio extranjero en el sentido descrito antes, ejercen sin embargo un control completo y exclusivo sobre personas y/o instalaciones en un territorio durante cierto período de tiempo y con un propósito limitado, sin suplantar a ninguna autoridad interna (porque tal autoridad no existe o no está en capacidad de ejercer sus funciones).

Otra cuestión que merecería examinarse es la de la protección de las personas que se encuentran en poder de una parte en el conflicto como consecuencia de operaciones militares anteriores al establecimiento de un control territorial efectivo o en situaciones de operaciones militares que no dan lugar a una ocupación en el sentido tradicional. Parte de esta reflexión sería la cuestión a la que ya se hizo alusión antes de la protección que se aplica a los civiles que han tomado parte directa en las hostilidades y que han sido capturados en la zona que no se considera “ocupada” en el sentido tradicional.

Una cuestión completamente aparte es la de las normas aplicables a las fuerzas multinacionales presentes en un territorio en virtud de un mandato de las Naciones Unidas. Aunque, en general, el IV Convenio de Ginebra no es aplicable a las fuerzas de

¹¹ Artículo 2 (1) y (2) de los cuatro Convenios de Ginebra.

¹² Reglamento del IV Convenio de La Haya, artículo 42.

mantenimiento de la paz, la práctica ha demostrado que las fuerzas multinacionales aplican por analogía algunas de las reglas pertinentes del derecho de ocupación. En diciembre de 2003, el CICR organizará en Ginebra una pequeña reunión de expertos para realizar un primer debate sobre algunas de las cuestiones jurídicas inherentes a la administración internacional de un territorio.

El CICR está convencido de que ciertos asuntos prácticos relacionadas con la noción de ocupación plantean una serie de cuestiones jurídicas que merecen examinarse en el futuro. La institución tiene la intención de proseguir la reflexión y las consultas sobre estos temas con miras a determinar si es o no necesaria y viable una clarificación.

III. Conflictos armados no internacionales y DIH

El alcance y el número de las reglas convencionales del DIH que rigen los conflictos armados no internacionales son muchísimo menos amplios que las que se aplican a los conflictos armados internacionales. Los conflictos armados internos están cubiertos por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, el Protocolo II adicional los Convenios, adoptado en 1977 (157 Estados Partes, a la fecha), por cierto número de otros tratados¹³ y por el derecho internacional consuetudinario. Como bien se sabe, el proceso de elaboración que condujo al Protocolo adicional II tenía previsto un instrumento mucho más amplio, pero la falta de acuerdo político en los días finales de la Conferencia Diplomática de 1977 no permitió alcanzar tal resultado. No obstante, el Protocolo adicional II fue innovador en el sentido de que fue el primer tratado que estableció normas para la protección de las personas y reglas básicas sobre métodos de guerra aplicables por grupos armados estatales y no estatales participantes en conflictos armados internos.

En los más de veinticinco años que han transcurrido desde que se adoptó el Protocolo se ha hecho evidente que, como resultado de la práctica internacional y de los Estados, muchas reglas aplicables en los conflictos armados internacionales han pasado también a ser aplicables en los conflictos armados internos como derecho internacional consuetudinario¹⁴. El Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable en los conflictos armados, en vías de preparación, confirma esta evolución.

El estudio se propuso inicialmente en la reunión de enero de 1995 del Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra, celebrada en Ginebra, en la cual se adoptaron una serie de recomendaciones encaminadas a mejorar el respeto del derecho internacional humanitario. Entre ellas figuraba una invitación al CICR a que preparara, con la asistencia de expertos, un informe sobre las reglas consuetudinarias del DIH aplicables a conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. En diciembre de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja endorsó esta recomendación y encomendó oficialmente al CICR un mandato para que preparara dicho informe.

¹³ Por ejemplo, la Convención de 1980 sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados y sus Protocolos; la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

¹⁴ Para un examen del pensamiento actual sobre las maneras de mejorar la aplicación del DIH en los conflictos armados no internacionales, v. pp. 28-29 del presente Informe y el Anexo 3.

La labor sobre el Estudio fue realizada por la División Jurídica del CICR y por más de 50 equipos nacionales de investigación que recogieron y analizaron las prácticas existentes en todas las regiones del mundo, y supervisada por un Comité Directivo integrado por expertos eminentes en el ámbito del derecho internacional humanitario. El Estudio está dividido en seis títulos que tratan los temas siguientes: principio de distinción; personas y bienes especialmente protegidos; métodos específicos de hacer la guerra; armas; trato a los civiles y a los combatientes fuera de combate; y aplicación. Está dividido en dos partes: el Volumen I (“Reglas”) contiene las reglas consuetudinarias de DIH, además de un breve comentario y una indicación de las tendencias que se ven en la práctica cuando no ha surgido aún ninguna regla clara de derecho internacional consuetudinario (alrededor de 400 páginas). El Volumen II (Práctica) contiene resúmenes de todas las prácticas de las que se dedujeron las reglas y los comentarios incluidos en el Volumen I (alrededor de 4.000 páginas).

El Estudio revela cuán extensa es la práctica en la esfera del derecho internacional humanitario –desde los manuales militares y las leyes nacionales hasta las acciones de las Naciones Unidas y del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Asimismo, confirma el profundo impacto y la aceptación general de las reglas de los Protocolos adicionales. El Estudio muestra que 25 años después de su adopción, las reglas esenciales de los Protocolos han pasado a ser parte del derecho internacional consuetudinario y vinculan a todos los Estados y a todas las partes en todos los conflictos armados.

Quizá el resultado más sorprendente del Estudio –y el motivo por el cual se ha incluido un breve panorama de él en esta sección del presente Informe- es el número de reglas que se consideran hoy consuetudinarias en los conflictos armados no internacionales. Esto es particularmente cierto en el caso de las reglas sobre la conducción de las hostilidades. El Estudio confirma que el principio de distinción, la definición de objetivos militares, la prohibición de los ataques indiscriminados, el principio de proporcionalidad y el deber de tomar precauciones en el ataque son, todos, parte del derecho internacional consuetudinario, sea cual fuere el tipo de conflicto de que se trate.

No obstante, el Estudio no se limita a la conducción de las hostilidades. También muestra, por ejemplo, lo que no es ninguna sorpresa, que el deber de respetar y proteger al personal y los bienes sanitarios y religiosos, así como al personal imparcial y los bienes que se utilizan en las operaciones humanitarias de socorro son reglas de derecho internacional consuetudinario vinculantes en todos los tipos de conflictos. Lo mismo se aplica al deber de proteger los bienes culturales y el medio ambiente natural. El Estudio especifica asimismo las reglas de derecho internacional consuetudinario aplicables al trato de las personas privadas de la libertad y las garantías judiciales que deben observarse con respecto a las personas sometidas a cargos criminales.

Las conclusiones del Estudio en cuanto a la índole consuetudinaria de ciertas reglas independientemente del tipo de conflicto de que se trate tendrán el efecto benéfico de facilitar el conocimiento de las reglas aplicables a los conflictos armados no internacionales y de clarificar dichas reglas. Los usos específicos que probablemente darán otros al Estudio, tales como su uso en calidad de herramienta de difusión, la inclusión de sus conclusiones en los manuales militares y la confianza que depositen en él los tribunales internos e internacionales para la interpretación del DIH, están más allá del alcance de este Informe. Lo que puede decirse en esta etapa es que luego de que expertos gubernamentales y de otra índole hayan tenido la oportunidad de familiarizarse

con el Estudio, el CICR dedicará el tiempo y los recursos necesarios para ponerlo a disposición de otros públicos diversos. También se consagrará a promover los análisis, la clarificación y la interpretación jurídicos de ciertas disposiciones del cuerpo de derecho vinculante en los conflictos armados no internacionales, y que hayan surgido como consecuencia del Estudio, proceso que se emprenderá a inicios de 2004.

Por todos los beneficios que se espera traerá el Estudio, no cabe duda de que su publicación constituirá en ciertos aspectos el inicio más que el fin de un proceso. Será necesario actualizar periódicamente el Estudio si se quiere preservar su valor. Mucho más importante aún, el estudio debería permitir un proceso de consolidación del derecho internacional aplicable a los conflictos armados no internacionales.

No obstante, hay que tener en cuenta que las normas del derecho consuetudinario se formulan de modo más bien general, por lo que inevitablemente surgirán preguntas sobre cómo deben interpretarse en la práctica. Las interpretaciones ya mencionadas de conceptos tales como participación directa en las hostilidades, objetivos militares, proporcionalidad en el ataque y medidas de precaución, que surgen en los conflictos armados internacionales generan los mismos interrogantes, o incluso más, en los conflictos armados no internacionales. Además, como ya se señaló, hay esferas en las que el Estudio ha encontrado pocas reglas –o ninguna- aplicables en un conflicto armado no internacional y sigue pendiente la cuestión acerca de cómo deben colmarse esas lagunas. El CICR seguirá de cerca los debates jurídicos y de otra índole que surjan del proceso de consolidación y propondrá medidas adicionales que puedan ser necesarias para ayudar en este proceso. Si esto implica examinar la viabilidad de otro esfuerzo de elaboración de un tratado en el futuro, el CICR está dispuesto a emprender esa tarea.

En síntesis, aumentar la protección de los civiles y de otras personas afectadas por los conflictos armados no internacionales sigue siendo un reto primordial y será una prioridad del CICR en los tiempos que vienen.

IV. DIH y lucha contra el terrorismo

La consecuencia inmediata de los ataques de septiembre 11 de 2001 contra los Estados Unidos fue el inicio de lo que coloquialmente se ha denominado “guerra contra el terrorismo”. Habida cuenta de que el terrorismo es esencialmente un fenómeno criminal –como el tráfico de estupefacientes, contra el cual los Estados también han declarado “guerras”-, la cuestión es si la “guerra contra el terrorismo” es una “guerra” en el sentido jurídico. A la fecha, las respuestas no son uniformes¹⁵.

Quienes sostienen que se está librando esencialmente una “guerra” en el sentido jurídico están convencidos de que lo ocurrido en septiembre 11 de 2001 y los acontecimientos subsiguientes confirman el surgimiento de un nuevo fenómeno, el de las redes transnacionales con capacidad de infligir violencia mortífera a blancos en Estados geográficamente distantes. La índole transnacional, en lugar de internacional, de tales redes queda demostrada por el hecho de que sus actividades, que también son geográficamente dispersas, no son por lo general imputables a un Estado específico en virtud de las reglas sobre la responsabilidad de los Estados.

¹⁵ A manera de recordatorio, el terrorismo no está definido en virtud del derecho internacional. La labor de elaboración de una Convención general sobre el terrorismo ha estado estancada en las Naciones Unidas desde hace ya varios años.

Según este punto de vista, el paradigma de la represión del delito, aplicable previamente a la lucha contra los actos de terrorismo tanto internacional como internamente, ha dejado de ser adecuado, puesto que la magnitud ya probada y potencial de los ataques terroristas los coloca en la categoría de actos de guerra. Se sostiene que los estándares de prueba requeridos en las diligencias penales no permitirían la detención o el enjuiciamiento de la mayoría de las personas sospechosas de cometer actos de terrorismo, y los sistemas jurídicos internos, con sus reglas minuciosas y sus elaborados procedimientos, se verían arrollados por el número de casos que posiblemente tendrían que tratar.

Otro problema, según esta opinión, es que el modelo de represión del delito está dirigido hacia la acción punitiva y no hacia la acción preventiva. Además, no es posible confiar en la cooperación internacional en cuestiones penales, ni en la aplicación práctica de las disposiciones sobre “extraditar o enjuiciar” existentes en los tratados internacionales, debido a los obstáculos políticos, burocráticos y jurídicos que surgen a menudo en las relaciones interestatales.

La conclusión de los defensores de los argumentos esbozados arriba es que el mundo se enfrenta a un nuevo tipo de violencia al que deberían aplicarse las reglas del conflicto armado. Según esta opinión, la violencia transnacional no se ajusta a la definición de conflicto armado internacional porque no se libra entre Estados, y tampoco corresponde a la comprensión tradicional de conflicto armado no internacional porque ocurre en múltiples zonas geográficas. Así pues, es necesario adaptar el derecho del conflicto armado a fin de que se convierta en la principal herramienta jurídica para tratar los actos de terrorismo internacional. Se sostiene que, por el momento, tal adaptación está ocurriendo en la práctica, por ejemplo, mediante el desarrollo del derecho internacional consuetudinario (no se están proponiendo tratados ni otros instrumentos jurídicos). Algunos defensores de esta opinión sostienen que las personas sospechosas de haber participado en actos de terrorismo constituyen “combatientes enemigos” que pueden ser sometidos a ataque directo y, una vez capturados, pueden ser detenidos hasta el fin de las hostilidades activas en la “guerra contra el terrorismo”.

Los argumentos en contra de esta posición pueden, también brevemente, resumirse de la manera siguiente: el terrorismo no es un fenómeno nuevo. Al contrario, durante siglos se han llevado a cabo actos de terrorismo, tanto en el plano interno como en el plano internacional, que han dado lugar a una serie de convenios internacionales que penalizan actos específicos de terrorismo y obligan a los Estados a cooperar en su prevención o su castigo. El carácter no estatal, es decir, privado, de esta forma de violencia, en general realizada por motivos ideológicos o políticos más que por el afán de lucro, ha sido igualmente una característica regular del terrorismo. El hecho de que personas o grupos puedan ahora dirigir su violencia traspasando fronteras internacionales o crear redes transnacionales no justifica, en sí mismo, el calificar este fenómeno criminal como conflicto armado.

Según este punto de vista, se ha creado una confusión desafortunada al utilizar el término de “guerra” para calificar la totalidad de actividades que quedarían mejor descritas mediante el término de “lucha contra el terrorismo”. Es evidente que la mayor parte de las actividades emprendidas para prevenir o reprimir los actos de terrorismo no equivalen a un conflicto armado ni implican su existencia. La campaña contra el terrorismo se libra utilizando una multitud de medios tales como la recolección de

información de inteligencia, la cooperación policial y judicial, la extradición, las sanciones penales, la presión diplomática y económica, las investigaciones financieras, el congelamiento de activos, los esfuerzos para controlar la proliferación de armas de destrucción en masa, entre otros, los cuales no implican el uso de la fuerza armada. Se señala además que ningún conjunto de derecho, por sí solo, puede garantizar la represión absoluta de los actos de terrorismo, porque el terrorismo es un fenómeno que, como otros, sólo puede erradicarse atacando sus causas profundas, no sus consecuencias.

Los defensores de esta opinión hacen hincapié en que la cooperación internacional en la lucha contra la violencia terrorista no debe abandonarse sino, más bien, intensificarse, precisamente por el carácter transnacional de las redes implicadas y porque la represión del delito desempeña también una función preventiva. Más importante aún, cuando se tratan los casos de personas sospechosas de actos de terrorismo, esgrimir como razón que se hace lo que es más conveniente no puede servir de excusa para las ejecuciones extrajudiciales, para negar a los individuos los derechos básicos en el momento de su detención o para negarles el acceso a los tribunales interdependientes y legítimamente constituidos cuando se los somete a procesos penales. Las normas internacionales e internas sobre el debido proceso se desarrollaron históricamente con el fin de evitar la arbitrariedad y preservar la vida, la salud y la dignidad humanas, fuese cual fuere la naturaleza odiosa del acto que, según se sospecha, hubiese cometido la persona. Suavizar esos estándares equivaldría a pisar una pendiente resbalosa cuyo fondo no se alcanza a vislumbrar.

Como ya ha afirmado públicamente el CICR en varias ocasiones, el CICR cree que el derecho internacional humanitario es aplicable cuando la “lucha contra el terrorismo” equivale o implica un conflicto armado. Tal fue el caso en Afganistán, situación regida claramente por las reglas del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales. A falta de mayores pruebas fácticas, no hay certeza acerca de si la totalidad de la violencia que ocurre entre Estados y redes transnacionales pueda considerarse conflicto armado en el sentido jurídico. Para que se dé un conflicto armado de cualquier tipo, se requiere cierta intensidad de violencia y, entre otras cosas, la existencia de partes en conflicto. Lo que, en general, se entiende por parte en un conflicto armado son fuerzas armadas o grupos armados con cierto nivel de organización, estructura de mando y, por lo tanto, capacidad para aplicar el derecho internacional humanitario.

La misma lógica subyacente al DIH exige partes identificables en el sentido anteriormente mencionado, porque este conjunto de derecho –sin afectar el estatuto jurídico de las partes- establece igualdad de derechos y obligaciones entre ellas en virtud del DIH (no del derecho interno) cuando están en guerra. Los derechos y obligaciones de las partes en virtud del DIH están establecidos a fin de que ambas partes sepan las reglas con las cuales se les permite llevar a cabo sus actividades y de que puedan confiar en que la otra parte se comportará de la misma manera. Los principales beneficiarios de esas reglas son los civiles, así como otras personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, a quienes el DIH procura proteger principalmente.

En el caso en cuestión, es difícil ver cómo una red clandestina de células sin mucha conexión –caracterización indiscutible por el momento- podría reunir las condiciones para ser considerada “parte” en el conflicto. Quedan aún muchas preguntas sin resolver,

como por ejemplo, ¿de cuáles redes independientes se trata? ¿Cuáles actos de terrorismo perpetrados en distintos puntos del mundo pueden relacionarse con estas redes? ¿Cómo se caracterizarían los actos estrictamente individuales? En síntesis, para poder determinar mejor la calificación jurídica, se necesitaría más conocimiento fáctico acerca de quién es “parte” en el conflicto. También podrían plantearse preguntas relativas a la conducción de las hostilidades, como, por ejemplo, ¿cuáles objetos constituyen objetivos militares en la “guerra contra el terrorismo”? ¿Cómo va a aplicarse el principio de proporcionalidad?, etc.

Otro aspecto que no debería pasarse por alto es que, como ya se ha mencionado, el DIH implica igualdad de derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el conflicto armado. Esto es particularmente cierto en el conflicto armado internacional, que es el único tipo de conflicto en el que –en virtud del derecho internacional humanitario tanto convencional como consuetudinario- existe el estatuto jurídico de “combatiente”. Si una persona –hombre o mujer- es “combatiente”, esto implica que, entre otras cosas, no puede ser castigada por haber tomado parte directa en las hostilidades y tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra cuando es capturado. Si una persona no es “combatiente”, sólo puede ser blanco de un ataque si toma parte directa en las hostilidades, y en el momento en que lo haga, condiciones que constituyen una limitación clara para el atacante.

El principio de la igualdad entre los beligerantes es subyacente al derecho de los conflictos armados; en otras palabras, por lo que respecta al derecho, no pueden existir guerras en las que un bando tiene todos los derechos y el otro no tiene ninguno. Aplicar la lógica del conflicto armado a toda la violencia que ocurre entre Estados y redes transnacionales implicaría que a dichas redes o grupos se les debe acordar los mismos derechos y obligaciones que, en virtud del DIH, se otorgan a los Estados que los combaten, propuesta que los Estados no parecen estar dispuestos a considerar.

Se sostiene que, a falta de más pruebas fácticas que permitan un mayor análisis jurídico, los actos de terrorismo transnacional y la respuesta a ellos deben calificarse según el caso. En algunos casos, la violencia utilizada equivaldría a una situación cubierta por el DIH (conflicto armado en el sentido jurídico), mientras que en otros no será así. Igualmente importante es el hecho de que, independientemente de si existe o no conflicto armado en el sentido jurídico, el DIH no constituye el único marco jurídico aplicable. El DIH no se utiliza ni debería utilizarse para excluir la aplicación de otros conjuntos pertinentes de derecho, como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho interno.

El CICR ha estado llevando a cabo un cuidadoso análisis jurídico de los dilemas jurídicos mencionados arriba, así como de otros, en relación con la violencia transnacional, y continuará haciéndolo, manteniendo un espíritu abierto en cuanto a los modos de hacer frente a los retos planteados. Su principio rector, como siempre, será el que cualquier posible progreso del derecho en esta esfera, como en otras, debe preservar las normas existentes de la protección de las personas.

La Mesa Redonda de San Remo

Con miras a generar un debate acerca de las cuestiones jurídicas pendientes de resolución relativas a las situaciones actuales de violencia, entre ellas la “lucha contra el terrorismo”, el CICR y el Instituto de Derecho Internacional Humanitario dedicarán la 27ª

Mesa Redonda sobre Problemas Actuales del Derecho Internacional Humanitario al tema “El derecho internacional humanitario y otros regímenes jurídicos: su interacción en situaciones de violencia”. La Mesa Redonda se realizará en San Remo, Italia, en septiembre de 2003. Debido a varias fechas límite fijadas para la elaboración de documentos para la Conferencia Internacional, un informe sobre los debates de la Mesa Redonda se pondrá a disposición de los delegados en la Conferencia misma. En el Anexo 2 al presente Informe se presenta el programa de la Mesa Redonda.

Como se indica en el título, el objetivo principal de la Mesa Redonda será examinar la interacción entre varios conjuntos de derecho: el DIH, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho penal internacional en situaciones de violencia, y debatir acerca de los diversos criterios jurídicos y fácticos para calificar jurídicamente las situaciones de violencia. Entre las cuestiones que han de examinarse figuran las siguientes: la definición de conflicto armado internacional (es decir, ¿pueden situaciones diferentes a las previstas en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra calificarse como conflicto armado internacional en virtud del derecho internacional humanitario consuetudinario? De ser así, ¿qué serían y cuáles reglas del derecho consuetudinario se aplicarían?). Se debatirá también el conflicto armado no internacional (es decir, ¿cuál es la interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos en el conflicto armado no internacional?).

Los participantes de la Mesa Redonda tendrán además la oportunidad de reflexionar sobre el derecho aplicable a las denominadas operaciones “extraterritoriales”, sobre las reglas que, en virtud de diferentes regímenes jurídicos, son aplicables a la detención de personas, y la relación entre tales reglas, así como sobre las disposiciones del DIH y del derecho de los derechos humanos relativas a las garantías judiciales.

Según sean los resultados de la Mesa Redonda, y sobre la base de la pertinencia de algunas de las cuestiones mencionadas arriba a las situaciones actuales de violencia, el CICR determinará cómo continuar con el trabajo. Se prevé realizar consultas ulteriores con expertos sobre algunos de los temas específicos implicados, con miras a la clarificación del derecho.

V. Reforzar el respeto del DIH

Un respeto insuficiente de las reglas del derecho internacional humanitario ha sido un resultado constante –y desafortunado– de la falta de voluntad política y capacidad práctica de los Estados y grupos armados implicados en conflictos armados para cumplir con sus obligaciones jurídicas. Es cierto que no se trata de un problema exclusivo del derecho internacional humanitario, sino que puede afirmarse que caracteriza también a otros conjuntos de derecho destinados a la protección de las personas. Como guardián del DIH con un cometido especial en virtud de los tratados de derecho humanitario, el CICR ha desarrollado, durante un largo período de tiempo, una variedad de actividades operacionales y de otra índole tendientes a mejorar el respeto del DIH tanto en tiempo de paz como en situación de conflicto armado. Este objetivo seguirá siendo una prioridad institucional permanente¹⁶.

En el transcurso de los años, los Estados, apoyados por otros actores, han dedicado esfuerzos considerables a concebir y aplicar en tiempo de paz medidas preventivas

¹⁶ V., por ejemplo, Informe anual del CICR, 2002.

tendientes a garantizar un mejor respeto del DIH. Se ha reforzado en general la difusión del DIH en los círculos académicos y entre las fuerzas armadas y los grupos armados, y el DIH se incorpora cada vez más en los manuales y la doctrina militares. Se han ido adoptando o adaptando leyes y reglamentos en el plano interno y se han establecido las estructuras necesarias para hacer efectivas las reglas contenidas en los tratados pertinentes de DIH. En muchos Estados se han instituido órganos asesores específicos, tales como Comités Nacionales de DIH, y cada vez más el DIH es considerado parte del programa político de los gobiernos. Al mismo tiempo, al alentar el enjuiciamiento interno de los crímenes de guerra y, lo que es más significativo, al establecer órganos internacionales como los tribunales penales internacionales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional, la comunidad internacional ha concentrado sus esfuerzos desde comienzos del decenio de 1990 en la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario¹⁷.

Aunque los esfuerzos por mejorar la prevención y la represión de las violaciones del DIH son fundamentales y deben continuar, sigue pendiente la cuestión de cómo puede garantizarse un mejor acatamiento del derecho internacional humanitario *durante* los conflictos armados. En virtud del artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra, los Estados se comprometieron a “respetar y hacer respetar” estos convenios en todas las circunstancias. La interpretación que en general se da ahora a esta disposición es que en ella se expresa una responsabilidad específica de terceros Estados no implicados en conflictos armados de garantizar el respeto del derecho internacional humanitario por las partes en un conflicto armado. Por otra parte, el artículo 89 del Protocolo adicional I prevé la posibilidad de que las Partes Contratantes realicen acciones en cooperación con las Naciones Unidas en situaciones de violaciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I. No obstante, es evidente que la función y la influencia de los terceros Estados, así como de las organizaciones internacionales –sean universales o regionales– son cruciales para el mejoramiento del acatamiento del derecho internacional humanitario.

En 2003, el CICR, en cooperación con otras instituciones y organizaciones¹⁸, ha organizado una serie de seminarios regionales de expertos para examinar esta cuestión. Se han celebrado seminarios regionales en El Cairo, Pretoria, Kuala Lumpur, Ciudad de México y Brujas, Bélgica. Entre los participantes figuran expertos gubernamentales, parlamentarios, académicos, miembros de órganos regionales o de organizaciones no gubernamentales, y representantes de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. El tema general de todos los seminarios fue “Reforzar el respeto del derecho internacional humanitario”. El objetivo era centrar la atención, en particular, en maneras en que podría hacerse efectivo el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, es decir, la obligación de los Estados de “respetar y hacer respetar” el derecho internacional humanitario, y en cómo podría utilizarse mejor el potencial del artículo 89 del Protocolo adicional I. Se hizo también hincapié en el problema específico de mejorar el acatamiento del derecho internacional humanitario por las partes en conflictos armados no internacionales.

¹⁷ V., por ejemplo, el Informe bienal 2000-2001 del Servicio de Asesoramiento del CICR.

¹⁸ Los seminarios regionales de expertos fueron organizados por el CICR en colaboración con la Comisión Nacional Egipcia de Derecho Internacional Humanitario (El Cairo), el Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de la República de Sudáfrica, el Ministerio de Relaciones Exteriores de México (Ciudad de México) y el College of Europe (Brujas).

Se anticipó que los debates generarían una reflexión creativa acerca de procedimientos existentes o nuevos y de posibles mecanismos nuevos de supervisión del DIH que pudieran tener un impacto concreto en el respeto del derecho. Un informe sucinto en el que se esbozan los resultados de los cinco seminarios celebrados hasta la fecha se adjunta como Anexo 3 del presente Informe.

Habida cuenta de la amplia gama de los debates y de la riqueza de ideas y propuestas que presentaron los participantes en los seminarios de expertos, en esta sección sólo se intentará destacar algunos puntos generales.

Alcance y obligación de “hacer respetar” el DIH

Durante todos los debates de los seminarios se reafirmó la importancia y pertinencia del DIH en los contextos contemporáneos de conflicto armado. Tanto en las ponencias de los expertos como en los debates se hizo hincapié en que la obligación prevista en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra significa que los Estados tienen la obligación tanto de no alentar a una parte en un conflicto armado a violar el DIH, como de no tomar acciones que impliquen prestar asistencia a dichas violaciones. Los participantes ilustraron esta obligación negativa refiriéndose a la acción prohibida de, por ejemplo, transferir armas o vender armamento a un Estado del que se sabe que utiliza dicho armamento o dichas armas para cometer violaciones del DIH. A este respecto, se hizo referencia al proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados (artículo 16), en el que se atribuye responsabilidad a un Estado que, a sabiendas, ayuda o asiste a otro Estado en la comisión de un acto internacional ilícito.

Los participantes en los seminarios también reconocieron una obligación positiva de los Estados no implicados en un conflicto armado de tomar medidas contra Estados que violan el DIH, en particular mediante el uso de su influencia para hacer cesar las violaciones. En general se estuvo de acuerdo en que esto constituye una obligación jurídica en virtud del artículo 1 común. No se consideró que los Estados tuvieran una obligación de alcanzar un resultado específico, sino, más bien, una “obligación de medios”, la de tomar todas las medidas apropiadas posibles, en un intento por poner fin a las violaciones del DIH. Entre las medidas posibles que puede un Estado contemplar tomar contra los violadores del DIH se incluyen la vigilancia estricta de las ventas de armas, la denegación de derechos de sobrevuelo, el congelamiento de activos y la exigencia de acatamiento del DIH como condición para recibir ayuda intergubernamental o asistencia al desarrollo.

La obligación de los Estados de “respetar y hacer respetar” los Convenios de Ginebra, contenida en el artículo 1 común, se confirmó como aplicable a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

Mecanismos y órganos de DIH existentes

Los participantes en todos los seminarios encomiaron al CICR por sus iniciativas relativas al acatamiento del derecho internacional humanitario y señalaron su gran reputación de independencia e imparcialidad y el prestigio que ha cosechado gracias al éxito de sus esfuerzos. Se mencionaron específicamente las actividades del CICR en la promoción de los tratados de DIH y su aplicación, su labor de asistencia y protección, su supervisión del acatamiento del DIH, y su contribución al desarrollo del derecho

internacional humanitario. Los participantes estimaron que el mandato del CICR debería reforzarse, en particular en lo relativo al acceso a las víctimas de los conflictos armados.

Por lo que atañe a los mecanismos de DIH existentes, la mayoría de los participantes convinieron en que, en principio, no eran defectuosos. Aunque es posible y necesario realizar algunos ajustes, el problema principal es la falta de voluntad política de los Estados para acudir a ellos y, en particular, el hecho de que la activación de la mayor parte de los mecanismos de DIH existentes depende del consentimiento de las partes en un conflicto. También se estimó que la falta de voluntad política era resultado de la falta de medios financieros y de otras condiciones prácticas, así como de una falta de conocimiento del potencial de los mecanismos. Se consideró especialmente urgente la necesidad de remediar la falta de conocimiento específico sobre los mecanismos existentes por parte de los orientadores de opinión influyentes, y los participantes indicaron la necesidad de identificar a quiénes se debe informar y sobre quiénes hay que ejercer influencia al respecto: las autoridades públicas, los intelectuales, los medios de difusión y la sociedad civil.

Hubo unanimidad en cuanto a que los mecanismos de aplicación del DIH existentes adolecen de falta de uso y de falta de eficacia, aunque se señaló también que la falta de uso en la práctica hace imposible evaluar adecuadamente la eficiencia de los diversos mecanismos de DIH. No obstante, del acuerdo acerca de la falta de uso y la falta de eficacia, los participantes al seminario pasaron a una considerable división de opiniones respecto a lo que debería ser la respuesta adecuada al problema. Aunque muchos participantes expusieron ideas acerca de nuevos mecanismos, otros expresaron enfáticamente su preferencia por centrar los esfuerzos en la reforma o la revitalización de los mecanismos existentes, declarando que únicamente mediante el uso de los mecanismos se podría probar su eficacia.

Entre los mecanismos existentes debatidos, la Comisión Internacional de Encuesta, prevista en el artículo 90 del Protocolo adicional I, fue considerada por los participantes como la de mayor potencial. La gran ventaja de la Comisión Internacional de Encuesta es que ya existe, que tiene reglas de procedimiento detalladas y que está disponible en cualquier momento. Los participantes señalaron que las limitaciones actuales, como la restricción de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta a conflictos armados internacionales puede remediarse con el consentimiento de las partes concernidas. Asimismo, sus procedimientos pueden modificarse sobre la base del consenso. También se propuso que la Comisión Internacional de Encuesta ofrezca sus “buenos oficios”, como se prevé en el artículo 90, para trabajar con las partes en un conflicto armado en pro de la reconciliación y una actitud de respeto del DIH.

Por lo que atañe a los mecanismos de supervisión existentes o a órganos de supervisión de otras ramas del derecho internacional, se convino en general en que los órganos existentes de derechos humanos –y en particular los órganos regionales- han sido útiles en su consideración del DIH. No obstante, habida cuenta de su falta de competencia explícita para examinar cuestiones de DIH y el riesgo potencial de ocultar las distinciones entre ambos conjuntos de derecho, algunos participantes desaconsejaron alentar activamente esta práctica creciente. En el Anexo 3 figura un resumen detallado de los debates a este respecto.

Nuevos mecanismos de supervisión del DIH: pro y contra

En general, los participantes que apoyaron la idea de establecer nuevos mecanismos de supervisión del DIH convinieron en que, a fin de remediar la debilidad de los mecanismos existentes, cualquier nuevo mecanismo de supervisión que potencialmente adopten los Estados debería ser neutral e imparcial, debería constituirse de tal manera que pueda operar eficazmente, debería estar en capacidad de actuar sin el consentimiento de las partes en cuestión (es decir, tener facultades obligatorias), y debería tener en cuenta los costos y cargas administrativas impuestos a los Estados. Con todo, se reconoció un poco entre los participantes que la atmósfera internacional existente en general en el momento no es propicia para el establecimiento de nuevos mecanismos. Por consiguiente, muchos participantes abogaron por un proceso gradual, que comenzara con la creación y utilización de mecanismos regionales o *ad hoc* que pudieran ganar confianza y recoger apoyo con el tiempo, y que potencialmente condujera a la creación de un nuevo mecanismo universal permanente.

Algunos de los nuevos mecanismos propuestos fueron un sistema de elaboración de informes, bien *ad hoc* bien periódicos, y la institución de un mecanismo de denuncias individuales, bien independiente bien como parte de una Comisión de DIH (v. la propuesta más adelante). Sin embargo, muchas de las preguntas quedaron sin respuesta, por lo que respecta a la viabilidad política y jurídica de un mecanismo de denuncias individuales, sus procedimientos, su jurisdicción *ratione materiae*, la cuestión del agotamiento de los recursos locales y su incidencia en la garantía del acatamiento durante un conflicto armado.

También se propuso la idea de crear un “Foro Diplomático”, que estaría integrado por un comité de Estados o un comité de expertos en DIH, similar a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o a su Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Según los participantes, muchos de los mecanismos antes mencionados podrían colocarse dentro de la competencia de una Comisión de DIH o una Oficina de un Alto Comisionado para el DIH que se crearía como un “órgano convencional” de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales. Entre sus funciones podría incluirse el examen de informes, el examen de denuncias individuales, la publicación de observaciones generales, etc. En el Anexo 3 se consigna un recuento detallado de las diversas propuestas sobre éste y otros mecanismos.

Los participantes que respaldaron la idea de recurrir a los mecanismos existentes en lugar de crear otros nuevos defendieron vehementemente la opinión de que el aumento de mecanismos no conducirían necesariamente al incremento de la eficacia. Algunos manifestaron su preocupación acerca del peligro potencial de fragmentación que podría resultar de una proliferación de mecanismos de acatamiento del DIH y propugnaron preservar la universalidad del DIH. Señalaron el bajo nivel actual de entusiasmo respecto de los mecanismos actuales por parte de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos adicionales y advirtieron que, pese a ser un objetivo a largo plazo encomiable, no sería realista en las circunstancias internacionales actuales contemplar la introducción de nuevos órganos. También se mencionó el riesgo de duplicar las tareas que eficazmente cumple el CICR. Los defensores de esta postura hicieron un llamamiento a todos a centrar la atención en el mejoramiento de los mecanismos existentes, así como a su adaptación para permitirles tratar situaciones de conflicto armado no internacional. Parte de la revitalización de los mecanismos

existentes podría ser confiarles funciones que se consideren deseables en mecanismos nuevos potenciales y fortalecer así los cometidos de los mecanismos existentes.

Reforzar el respeto del DIH en conflictos armados no internacionales

Los debates en los seminarios regionales de expertos confirmaron que el mejoramiento del acatamiento del DIH en conflictos armados no internacionales sigue siendo una tarea desafiante. Entre los obstáculos generales se mencionó que los Estados a menudo niegan la aplicabilidad del DIH por renuencia a reconocer que una situación de violencia equivale a un conflicto armado interno. Se hizo hincapié en que la injerencia extranjera en muchos conflictos armados internos también crea confusión con respecto a la calificación jurídica y, por ende, al conjunto de reglas aplicables al conflicto. Por otra parte, los grupos armados carecen de incentivos suficientes para acatar el DIH, puesto que la aplicación de sus obligaciones jurídicas en virtud de este conjunto de derecho les ayuda en general poco a evitar el castigo con arreglo al derecho interno.

Una mejor rendición de cuentas por parte de los Estados y los grupos armados respecto de sus obligaciones para con el DIH puede lograrse, entre otras cosas, alentando la celebración de acuerdos especiales entre los Estados y los grupos armados, tales como los que se prevén en virtud del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. También se propuso alentar a los grupos armados a emitir y depositar declaraciones unilaterales de su compromiso de acatar el DIH, así como a adoptar códigos de conducta internos sobre respeto del DIH. Se consideraron útiles la intervención de terceras partes en forma de “buenos oficios” al igual que otras iniciativas diplomáticas. Los participantes recalcaron que la difusión del DIH antes y después de la iniciación del conflicto armado sigue siendo un método esencial para garantizar un mejor respeto del DIH por todos los implicados, incluidos los miembros de los grupos armados.

El hecho de que los grupos armados en general no estén exentos de procesamiento penal interno por su mera participación en las hostilidades (incluso si respetan el DIH) sigue siendo un desincentivo importante en la práctica para un mejor acatamiento del DIH por esos grupos. Los participantes manifestaron que otorgar inmunidad de procesamiento por la mera participación en las hostilidades mediante amnistías o la introducción de un sistema de amnistías obligatorias, así como el otorgamiento de alguna forma de inmunidad del combatiente podrían ser formas de proporcionar a los grupos armados un incentivo para que acaten el DIH. Entre los incentivos mencionados se destaca la reducción de los castigos penales en virtud del derecho interno en casos de acatamiento del DIH por los grupos armados. Huelga decir que se subrayó que no puede haber amnistías u otras formas de inmunidad frente a procesos penales para miembros de grupos armados que presuntamente hayan cometido crímenes de guerra.

Se propuso que el CICR emprendiera la preparación de un estudio acerca de las prácticas en conflictos armados no internacionales con miras a identificar situaciones en que se garantizara a los grupos armados algo similar al estatuto de combatientes y que se hiciera un resumen de las “enseñanzas extraídas”. Se pensó que dicho estudio debería además centrar su atención en los motivos que llevaron a los grupos armados a respetar el DIH cuando así lo hicieron¹⁹.

¹⁹ Un estudio que de hecho está realizando actualmente el CICR trata, entre otras cosas, de la cuestión de las motivaciones para aplicar el DIH mencionadas arriba.

Se observó que, aparte del papel del CICR al que se hace alusión en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, ninguno de los mecanismos de supervisión existentes tienen el mandato explícito de abordar situaciones de conflicto armado no internacional y que esa función la estaban asumiendo mecanismos de otros conjuntos de derecho (la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). La mayor parte de los participantes acogieron con satisfacción el hecho de que la Comisión Internacional de Encuesta, establecida en virtud del artículo 90 del Protocolo adicional I, hubiese expresado su disponibilidad para aceptar también conocer de situaciones de conflicto armado no internacional.

Los participantes también propusieron otras ideas, como el establecimiento de una reserva común integrada por estadistas respetados a quienes pudiera llamarse para intervenir en situaciones de conflicto armado no internacional, y que sería además un medio de alentar a las partes respectivas a un mejor acatamiento del DIH.

Por último, los expertos manifestaron que la iniciativa del CICR para abordar estas cuestiones era oportuna y apropiada. Se alentó al CICR a continuar con las consultas con el fin de afinar aún más las propuestas formuladas en los seminarios regionales con miras a garantizar un mejor acatamiento del DIH por todos los actores en los conflictos armados.

Teniendo presente que en el momento en que se escribe este texto aún no se ha completado un análisis de las deliberaciones del proceso de seminarios de expertos regionales, sería prematuro presentar conclusiones generales de cualquier tipo. Aunque quizá sí debería hacerse una observación y es que los participantes en los seminarios mencionaron a menudo la falta de voluntad política de los Estados -y los grupos armados- como el principal impedimento para un mejor acatamiento del DIH. El seguimiento que hará el CICR al proceso de seminarios se hará una vez que se tenga a disposición un análisis completo de las reuniones. No obstante, hay que subrayar que incluso las mejores reglas no pueden compensar la falta de voluntad para garantizar el respeto del derecho. Este problema harto conocido no es inherente al derecho internacional humanitario sino que, como se mencionó al comienzo, caracteriza, lamentablemente, otros conjuntos de derecho internacional.

Conclusiones

El propósito del presente Informe era poner de relieve varios retos que plantean al derecho internacional humanitario los conflictos armados contemporáneos, esbozar la posición del CICR sobre la mayoría de ellos y proporcionar información sobre las actividades que se propone realizar el CICR para enfrentar esos retos que se avecinan. En opinión del CICR, el panorama general que emerge es el de un conjunto de derecho bien establecido y maduro cuyos principios fundamentales, si se aplican de buena fe y cuentan con la voluntad política necesaria, seguirán cumpliendo su propósito inicial, es decir, reglamentar la conducción de las hostilidades y con ello paliar el sufrimiento causado por la guerra. La aplicación y el desarrollo del derecho internacional humanitario, a lo largo de los años, han contribuido a salvar innumerables vidas, a proteger la integridad, la salud y la dignidad humanas y aumentar la concienciación acerca de los principios esenciales sobre los que descansa nuestra civilización común.

El derecho internacional humanitario es un edificio, basado en una experiencia antiquísima, cuyo objetivo es establecer un equilibrio entre dos conceptos enfrentados: las consideraciones de humanidad y la necesidad militar. El CICR estima que, en términos generales, este conjunto de derecho sigue abordando adecuadamente el entorno actual de conflictos. El derecho internacional humanitario ha demostrado ser flexible en el pasado y seguirá evolucionando teniendo en cuenta las nuevas modalidades de la guerra. La función del CICR en ese proceso será, como siempre, garantizar que los avances del derecho internacional humanitario y su aplicación en la práctica preserven las normas existentes de protección de las personas. Hasta donde le sea posible, el CICR seguirá obrando por mejorar esa protección.

ANEXO I

Informe sucinto

Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario

Introducción

En junio 2 de 2003, el Comité Internacional de la Cruz Roja –conjuntamente con el TMC Asser Institute- organizó un seminario oficioso de expertos de un día de duración titulado “Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario”. Celebrada en el TMC Asser Institute, la reunión congregó a cerca de 50 expertos en el ámbito militar y del DIH provenientes de diversos origen geográficos y poseedores de experiencia profesional muy variada, así como representantes del CICR y del TMC Asser Institute (se anexa a este informe el programa del seminario).

Antes de la reunión, los participantes recibieron un completo documento de trabajo en el que se proporcionaba un panorama de las cuestiones jurídicas aún no resueltas en materia de participación directa en las hostilidades con arreglo al DIH, así como las diversas posiciones asumidas actualmente en los escritos académicos o en la práctica de los Estados con respecto a cada uno de los temas del programa¹. En el documento de trabajo se incluía además una lista preliminar de preguntas para cada tema con el propósito de facilitar la reflexión previa a la reunión, la cual se había previsto como una sesión de intercambio espontáneo de ideas. Además de los interrogantes temáticos, se pidió específicamente a los participantes que compartieran con los demás sus opiniones sobre tres preguntas generales:

1. ¿Sería útil y necesario clarificar la noción de “participación directa en las hostilidades” con arreglo al derecho internacional humanitario?
2. De ser así, ¿qué tipo de clarificación sería más útil, una definición jurídica general o algún otro enfoque?
3. ¿Cómo debería llevarse a cabo la labor de clarificación del concepto de “participación directa”, si se concluyera que es útil y necesaria?

El propósito de este informe es proporcionar una reseña de los debates y de los resultados del seminario oficioso de expertos. En aras de la claridad, se seguirá el mismo orden de la reunión y se presentará: I) un panorama del derecho aplicable, II) retos actuales a la noción de “participación directa en las hostilidades”, III) consecuencias jurídicas de la “participación directa” y IV) medidas futuras.

¹ El documento de trabajo, elaborado por Jean-François Quéguiner, fue escrito a título personal y no expresa ni se propone expresar la posición institucional ni del Comité Internacional de la Cruz Roja ni del TMC Asser Institute sobre ninguna de las cuestiones examinadas.

I. Panorama del derecho aplicable

En la primera reunión se centró la atención en el derecho aplicable a la “participación directa” en las hostilidades. Los participantes hicieron hincapié en que la determinación del estatuto jurídico y la protección de los civiles que participan directamente en las hostilidades ha sido una preocupación constante a lo largo de toda la historia de la codificación del derecho internacional humanitario. Estimaron que era importante tener presente el sentido original de esta noción, así como sus raíces históricas, a fin de asegurar la coherencia del enfoque; por consiguiente, observaron que los debates no deberían limitarse únicamente a los términos utilizados en los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra, sino que, además, deberían incluir el desarrollo histórico de las disposiciones convencionales pertinentes y la evolución del derecho consuetudinario en la materia.

Sobre la base de esta perspectiva histórica, los participantes examinaron qué diferencias existían, de ser el caso, entre las nociones de participación “activa” y participación “directa” en las hostilidades. Aunque la frase “active part in the hostilities” (“parte activa en las hostilidades sería la traducción literal, aunque el término en español es “que participen directamente en las hostilidades”. N. del T.) utilizada en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ha pasado a ser, en el texto de los Protocolos adicionales de 1977, “direct participation in the hostilities” (en inglés, puesto que en español se mantiene la noción de “participación directa en las hostilidades”, N. del T.), en el Comentario del Protocolo adicional I se consideraron sinónimas esas dos formulaciones (algo que confirma la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda)². En cambio, la Comisión Preparatoria para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional pareció considerar distintas estas dos nociones, al menos en el contexto específico del reclutamiento de niños. La Comisión Preparatoria afirmó que “*Se han adoptado los términos “utilizar” y “participar” para cubrir tanto la participación directa en el combate como la participación activa en las actividades militares relacionadas con el combate*” (traducción nuestra, N. del T.).

Algunos de los participantes en el seminario estimaron que la dicotomía entre participación “activa” y participación “directa” podría servir de fundamento para distinguir entre dos grupos de civiles: los que cada vez más contribuyen al apoyo de las operaciones militares, y los civiles “puros”, como los niños, a los que hay que proteger en todas las circunstancias y separar por completo de cualquier actividad vinculada con las operaciones militares. Se podría considerar que los civiles integrantes del primer grupo participan directamente en las hostilidades y, por lo tanto, estarían sujetos al régimen jurídico específico previsto en los Protocolos adicionales, que contempla, entre otras cosas, la pérdida de inmunidad frente al ataque. Esta propuesta no contó con un apoyo unánime. Algunos participantes consideraron que en una situación de conflicto armado sería difícil aplicar una distinción entre estas dos categorías. Por otra parte, se afirmó que tratar a determinados civiles como más “civiles” que otros podría, en última instancia, socavar la protección general acordada a los civiles como tales³.

² TPIR, *El Fiscal contra Jean-Paul Akayesu*, Caso No TPIR-96-4-T, Decisión de 2 de septiembre de 1998, § 629.

³ En aras de la conveniencia, en este documento se utilizará únicamente el término participación “directa” en las hostilidades, en lugar del término participación “activa”. Se optó por esta solución por razones puramente prácticas y ello no debe considerarse como algo que vaya en detrimento de ninguna de las posiciones expresadas.

Se pasó luego en el debate a identificar actos específicos que pudieran considerarse incluidos en el ámbito de la noción de “participación directa” en las hostilidades. Hubo acuerdo general en que se debería considerar que los civiles que atacaran o trataran de capturar a miembros de las fuerzas armadas del enemigo o sus armas, equipo o posiciones, o que colocaran minas o sabotearan líneas de comunicación militar estarían participando directamente en las hostilidades. Asimismo, no hubo objeción a la propuesta de que, en principio, no se debería considerar que los civiles que trabajen en fábricas de plataformas para armas estén participando directamente en las hostilidades. Se citaron además otros ejemplos.

Con todo, hubo intensos debates sobre la calificación de una serie de situaciones ambiguas, como la de un civil que conduce un camión con municiones en una zona de combate. Este ejemplo se citó a lo largo de todas las discusiones, porque se consideró sintomático de la variedad y complejidad de las cuestiones generadas por la noción de “participación directa” en las hostilidades. Si bien los participantes convinieron en que el camión mismo era un objetivo militar, no hubo consenso en cuanto a la licitud de atacar directamente al conductor. Algunos de los participantes estimaron que el conductor no podía ser un blanco directo y que la legalidad de cualquier ataque al camión, que causaría lesiones al conductor civil, debería considerarse con arreglo al principio de proporcionalidad. Otros opinaron que el conductor –hombre o mujer- civil había renunciado a su protección contra el ataque durante el tiempo en que estuviese participando así en las hostilidades y podría ser blanco de ataques si no se tenían a disposición otros medios para detener la entrega de la munición. Uno de los expertos expresó la opinión de que el conductor había perdido su inmunidad contra los ataques de manera definitiva y que podría ser objeto de ataque incluso en su residencia.

También se debatieron otras situaciones ambiguas. Algunos expertos observaron que la posesión de armas no podría constituir “participación directa en las hostilidades” por sí misma, porque el derecho internacional humanitario autorizaba a ciertas categorías de no combatientes a portar armas (por ejemplo, el personal perteneciente a las unidades y establecimientos sanitarios). Otros señalaron que portar armas podría, sin embargo, ser pertinente en determinadas circunstancias, como lo había demostrado la interpretación de la noción de “intención hostil” en las reglas para trabar combate de varias fuerzas armadas.

Por enumerar sólo algunas de otras situaciones poco claras que se mencionaron, se observó que el bombardeo de estaciones de radio o televisión –en la asunción de que dichos lugares tuviesen cierto valor estratégico- llevaba a la espinosa cuestión de si el papel desempeñado por los periodistas en el transcurso de las hostilidades y/o sus actividades podrían, en ciertas circunstancias, considerarse “participación directa en las hostilidades”. En el mismo orden de ideas, se clasificó como potencialmente problemático el estatuto de las autoridades políticas, habida cuenta de que en general eran civiles (a menos que fuesen también miembros de las fuerzas armadas), pero podría considerarse que algunas de sus actividades contribuyen, directa o indirectamente, a las hostilidades. Otro de los ejemplos que se dio fue el del estatuto de quienes “voluntariamente” actúan como escudos humanos. Los participantes concluyeron que se requiere más trabajo para determinar la calificación jurídica exacta del conductor del camión mencionado arriba, así como la de otros individuos implicados en situaciones ambiguas.

A juicio de los participantes, la labor futura sobre la noción de participación directa en las hostilidades debería tener como objetivo la formulación de una definición general de participación directa, a la que acompañe una lista no exhaustiva de ejemplos. Aunque una mayoría abrumadora apoyó la idea de elaborar una lista no exhaustiva, también la mayor parte de los participantes hizo hincapié en que tal ejercicio no debería ser un fin en sí mismo. Cualquier lista potencial debería utilizarse para identificar criterios aplicables en el campo de batalla y como ilustración de la definición general.

Con objeto de compilar dicha lista, se propuso que la primera fase fuese la identificación de los actos que se consideren no ambiguos en cualquiera de los extremos de la gama de participación (actos que constituyen participación directa, por un lado, y actos que definitivamente no caen dentro de tal noción, por el otro), y que se extrajesen de tal lista criterios abstractos sobre la base de cuál acto podría clasificarse como perteneciente a una u otra de las categorías. En segundo lugar, se propuso que se refinase luego la definición general, aplicándola a casos ambiguos para poner a prueba su idoneidad.

Independientemente del método que se elija en última instancia para clarificar la noción de “participación directa”, el contenido de los debates mostró que los participantes consideraron tres criterios básicos como esenciales para la labor prospectiva. Según casi todos los participantes, un proceso de clarificación debería:

- (a) garantizar el respeto de las reglas fundamentales del derecho internacional humanitario, en particular el principio de distinción, que no debe ser socavado en ninguna circunstancia;
- (b) tener en cuenta aspectos prácticos referentes a la aplicación de la noción de participación directa, entre ellos los medios a disposición para determinar si un civil está participando directamente en las hostilidades;
- (c) asegurarse de que cualquier definición prospectiva sea compatible, entre otras cosas, con las normas del derecho penal internacional, a fin de garantizar su aplicabilidad en todos los regímenes jurídicos pertinentes.

Aunque aceptaron que cualquier definición de participación directa en conflictos armados internacionales tendría una importante función en la determinación de la participación directa en los conflictos armados no internacionales, algunos expertos señalaron que la definición de la noción no debería necesariamente ser idéntica en ambos contextos. Subrayaron la particular importancia que, en los conflictos armados no internacionales, tienen el derecho interno y el derecho de los derechos humanos.

II. Retos actuales: ¿Corresponde el derecho a la realidad?

La segunda sesión se dedicó a la noción de “participación directa en las hostilidades” en el contexto de los conflictos armados contemporáneos. Hubo acuerdo en que la evolución reciente en las teorías estratégicas y prácticas militares habían tenido definitivamente una repercusión en el significado de “participación directa”. Se observó, por ejemplo, que la desaparición progresiva del campo de batalla en el sentido tradicional como resultado de los nuevos métodos de conducción de la guerra hacían inoperantes las definiciones basadas en la proximidad geográfica de una persona a la zona de combate. Otro de los ejemplos relacionados que se dieron fue el de la creciente confianza depositada por algunos países en los medios de combate de tecnología avanzada, lo que a menudo daba lugar a una guerra asimétrica.

Uno de los expertos explicó cómo una serie de factores —en particular la dependencia de las armas modernas en la tecnología, combinada con una disminución en los presupuestos militares y la eficacia en función del costo de las empresas privadas— habían llevado a algunos países a encomendar a terceros algunas de sus actividades militares. Por ejemplo, los contratos para la venta de armas no se limitan ya a la simple compra de un arma sino que, a menudo, incluso durante un conflicto armado, incluyen el mantenimiento y el funcionamiento del sistema por el empleado civil del vendedor. Tales acuerdos plantean cuestiones legítimas sobre el estatuto de los empleados implicados.

Si bien los civiles siempre han apoyado de alguna manera a las fuerzas armadas, los nuevos adelantos han colocado a los empleados civiles de dichas fuerzas en posiciones vitales para el éxito de las operaciones de combate. Así pues, el conductor civil del camión al que se hizo alusión en la primera sesión se reemplazó en las discusiones posteriores por el civil experto en informática que, sentado en un emplazamiento remoto, participa en una operación militar integrada, mediante, por ejemplo, la compilación e interpretación de datos informáticos, inclusive para verificar la naturaleza militar de un blanco potencial. Éste y otros ejemplos suscitaron numerosas observaciones y dieron lugar a una clara divergencia de opiniones. Como en la primera sesión, el debate giró alrededor de los significados relativos dados a combatientes y civiles:

- Un grupo de los participantes intentó clasificar en subcategorías los diferentes tipos de civiles que podrían considerarse blancos legítimos. Algunos sugirieron que estar afiliado a una estructura militar podría, por ejemplo, ser razón suficiente para que se le considere blanco legítimo de ataque. No obstante, otros expertos estimaron que este criterio “orgánico” no era suficiente y observaron que este enfoque daría lugar a aberraciones, tales como la de tratar a los residentes de una escuela militar como blancos legítimos. Si bien se rechazó unánimemente la noción de “casi-combatientes”, se propuso un enfoque “funcional”, dependiente del tipo de actividad emprendida por el civil, aunque también se rechazó finalmente por no ser práctico. Algunos participantes estimaron que sería difícil establecer distinciones entre un empleado de un sistema de armas y un cocinero que suministra la alimentación a las fuerzas armadas, ya que todos usan uniformes.
- Una segunda escuela de pensamiento se opuso a la creación de subcategorías de civiles que podrían ser blanco de ataques. Repitiendo las dudas expresadas en la primera sesión respecto a la creación de una dicotomía entre los civiles, se afirmó que el establecimiento de grupos intermedios afectaría negativamente la aplicación del principio de distinción. Señalando el peligro de aplicar los mismos criterios a un contratista civil de sistema de armas y al caso ya mencionado del conductor civil del camión, los participantes hicieron hincapié en que discusiones similares se habían presentado durante las negociaciones del Protocolo adicional I y que ese debate se había resuelto sirviéndose de la noción definida de “fuerzas armadas”. Por consiguiente, concluyeron que no era necesario crear nuevas categorías jurídicas. Sin embargo, uno de los expertos señaló que depender exclusivamente de la noción de (ser miembro de las) fuerzas armadas no resolvería todas las cuestiones, pues este concepto comprendía múltiples

subcategorías jurídicas y, además, sólo era pertinente en el contexto de conflictos armados internacionales.

- Por último, algunos expertos consideraron que la noción de civiles que siguen a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas – establecida en el artículo 4(A)§4 del III Convenio de Ginebra- podría proporcionar una solución a esta difícil cuestión.

En este contexto, se discutió brevemente la noción de ataque contra las redes informáticas (Computer Network Attack, CNA), definida tentativamente como toda operación cuya finalidad sea perturbar, denegar, deteriorar o destruir la información contenida en ordenadores o en redes informáticas⁴. No se plantearon objeciones a la idea de que un CNA podría equivaler a un ataque armado incluso si no implicara el uso de fuerza cinética. Se hizo hincapié en que el factor determinante eran las consecuencias reales o potenciales de un ataque y no los medios y métodos empleados.

Tampoco hubo oposición a la hipótesis de que un CNA estaría sujeto al DIH si fuera parte ora de un conflicto “clásico” ora de una guerra cibernética en la que se previera o se procurara causar heridas, daños o destrucción y que alcanzara suficiente nivel de intensidad como para ser calificado de “ataque”. Por último, señalando que la mayor parte de los operadores informáticos son civiles, los participantes recalcaron que la cuestión principal seguía siendo el estatuto del individuo que realiza el CNA. No se cuestionó la afirmación de que un intento de neutralizar una red informática enemiga mediante un CNA podría considerarse “participación directa en las hostilidades”.

Otro reto actual a la noción de “participación directa en las hostilidades” mencionado brevemente en el seminario se desprende de la lucha contra el terrorismo. El debate se centró en determinar si el uso de la fuerza contra actores transnacionales no estatales podrían reunir las condiciones para ser calificados de conflicto armado (internacional o no internacional). Uno de los participantes sostuvo que aunque las operaciones de actores no estatales (como las de septiembre 11 de 2001) podrían considerarse ataques armados, no podrían calificarse de conflictos armados. Este participante señaló que los tratados existentes de derecho internacional humanitario no regían la relación entre Estados y actores transnacionales no estatales, y añadió que aunque se les podría aplicar las reglas de represión del delito, éstas no eran siempre adecuadas para la situación particular.

Según el mismo experto, la laguna en la reglamentación jurídica con respecto a la “guerra contra el terrorismo” podría colmarse potencialmente remitiéndose al derecho de legítima defensa que está subdesarrollado. A esta propuesta se le hizo la objeción de que la legítima defensa era un concepto de *ius ad bellum* y no un criterio pertinente para la conducción de las hostilidades. En síntesis, las pocas intervenciones del seminario que se refirieron explícitamente a la lucha contra el terrorismo resumieron esencialmente los principales argumentos del debate sobre este tema que se han expuesto desde septiembre 11 de 2001.

⁴ Para una definición de CNA y las referencias pertinentes, V. SCHMITT, M., La guerra de la información: los ataques por vía informática y el *ius in bello*, RICR, junio de 2002, Vol. 84 (846), p. 367 (y nota 5). (Paginación de la versión inglesa; la versión en español está disponible en Internet. N. del T.)

También se planteó en el debate la distinción entre participación directa en las hostilidades y legítima defensa individual. Todos los expertos que intervinieron sobre el tema recalcaron que no debería considerarse que los civiles que utilicen una cantidad de fuerza proporcional en respuesta a un ataque ilícito e inminente contra ellos o sus bienes estén participando directamente en las hostilidades.

III. Consecuencias jurídicas de la participación directa en las hostilidades

En la tercera sesión se examinaron las consecuencias jurídicas de la participación directa en las hostilidades centrandó la atención en especial en tres cuestiones: 1) pérdida de la inmunidad contra el ataque, 2) régimen jurídico aplicable en caso de captura y 3) falta de inmunidad contra el enjuiciamiento.

1) *Pérdida de la inmunidad contra el ataque (blanco del ataque)*

Teniendo presente que los combatientes tienen derecho a participar directamente en las hostilidades y, por consiguiente, no se benefician de inmunidad contra los ataques, se preguntó si sería lícito un ataque contra miembros individuales de las fuerzas armadas mientras estén disfrutando de licencia, vacaciones o asignados a deberes no relacionados con el conflicto armado. Los expertos tendieron a convenir en que, puesto que los miembros de las fuerzas armadas tienen derecho a tomar las armas en cualquier momento, podían entonces ser blanco de un ataque en las circunstancias mencionadas arriba y, además, cuando están durmiendo. No obstante, algunos participantes matizaron esta afirmación recordando que el principio del “menor daño” prohibía los ataques a las personas en caso de tenerse a disposición alternativas menos letales.

Con todo, se consideró que la situación era más compleja con respecto a los civiles que toman parte directa en las hostilidades –denominados en general “combatientes ilícitos” o “beligerantes no privilegiados”-. De conformidad con los artículos 51 § 3 del Protocolo adicional I y 13 § 3 del Protocolo adicional II, los civiles pierden su inmunidad contra los ataques, pero sólo “mientras dure tal participación” directa. La manera de determinar la duración de la participación directa fue objeto de considerable debate en el seminario. A este respecto, algunos participantes recalcaron que las fases de planificación de una operación militar deberían estar incluidas en la definición de ataque armado. No obstante, la mayor parte de los participantes centro su atención en cuestiones derivadas de la interpretación “puerta giratoria”, según la cual los civiles pueden reclamar el disfrute de la inmunidad contra el ataque tan pronto como hayan depuesto sus armas.

Algunos expertos sostuvieron que la noción de combatiente debería definirse de manera amplia para incluir en ella a los civiles que participan en las hostilidades, con lo que se evitaría la posibilidad de que un individuo –hombre o mujer- pase del estatuto de participante en operaciones de combate al de civil en función de las actividades que realiza en un momento dado. Se consideró que se debería considerar a dichos individuos combatientes, ora “lícitos” ora “ilícitos” y, por consiguiente, sería legítimo hacerlos objeto de un ataque. Otros refutaron enérgicamente esta postura, y subrayaron que dicha interpretación podría socavar la protección prevista para los civiles por el principio de distinción. Añadieron además que tal interpretación no podía defenderse invocando la necesidad militar, puesto que tales individuos podían ser neutralizados –

mediante su detención, por ejemplo- a partir del mismo momento en que hubiesen depuesto las armas.

El debate abarcó igualmente el denominado “enfoque de afiliación” a grupos armados, que suscitó posturas muy divergentes entre los participantes. Se reconoció en general que, incluso en conflictos armados internacionales, personas que no son miembros de las fuerzas armadas en el sentido del artículo 43 del Protocolo adicional I pueden, no obstante, pertenecer a un grupo armado que utilice la fuerza de manera habitual. Se formuló entonces la pregunta de si pertenecer a un grupo que participa directamente en las hostilidades podría considerarse criterio suficiente para perder la inmunidad contra el ataque. Según muchos de los expertos, tal enfoque no podría justificarse ni sobre la base de los Convenios de Ginebra o del Protocolo adicional I, ni sobre la de la historia legislativa de las disposiciones pertinentes.

La situación estuvo menos clara en el contexto de un conflicto armado no internacional. A falta de una definición de “combatiente” o de “fuerzas armadas”, algunos expertos recalcaron que existían otros argumentos jurídicos y justificaciones prácticas adicionales que podrían utilizarse para sustentar un enfoque colectivo en este contexto. Sugirieron que, por ejemplo, la afiliación a una organización militar podría dar lugar a pérdida de inmunidad contra el ataque siempre que la organización funcionara como una unidad militar. Unos pocos expertos, que no apoyaron el enfoque de afiliación, sugirieron que una alternativa podría basarse en la noción de “conspiración” del derecho consuetudinario. No se profundizó más sobre esta idea, aunque otro experto se limitó a observar que esta noción podría ser de alcance sumamente amplio⁵.

Los expertos convinieron en que los combatientes podían emprender actos lícitos que implicaran el uso de la fuerza militar en el contexto de un conflicto armado y que en otras situaciones –entre las que se incluyen los disturbios internos y las tensiones interiores- las reglas tradicionales de represión del delito regían el uso de la fuerza letal, incluso la utilizada en la defensa personal legítima. Con todo, algunos participantes recalcaron que las normas que reglamentan el uso de la fuerza en situaciones de ocupación difieren de las aplicables en situaciones de violencia interna. Señalaron que no estaba claro cuál era el preciso momento en que el nivel de hostilidades podría desencadenar la aplicación de las reglas de conducción de las hostilidades en situación de ocupación y que –al menos con arreglo al espíritu del IV Convenio de Ginebra- se suponía que las Potencias ocupantes tenían la obligación de garantizar la seguridad mediante medidas de represión del delito (detención, internamiento y enjuiciamiento por delitos penales). A ese respecto, uno de los expertos se preguntó si no serían necesarias nuevas reglas, habida cuenta de que el derecho de ocupación se había elaborado para períodos de transición, mientras que la práctica demostraba que tales situaciones podían prolongarse durante decenios.

⁵ La noción de conspiración puede definirse como “una confabulación o alianza constituida entre dos o más personas con el propósito de cometer, mediante sus esfuerzos conjuntos, algún acto ilícito o delictivo, o algún acto lícito en sí mismo pero que se vuelve ilícito por la acción concertada de los conspiradores, o con el propósito de utilizar medios delictivos o ilícitos para cometer un acto que en sí mismo no es ilícito” (traducción nuestra, N. del T.); cf. BLACK’S Law Dictionary, West Publishing Co., St. Paul, Sixth Edition, 1990, p. 309. Sobre la base de la jurisprudencia adoptada por los tribunales de los Estados Unidos, el Diccionario BLACK señala además (p. 310) que “una conspiración puede ser continuada; sus participantes pueden ingresar y salir de ella; los detalles de la operación pueden cambiar de tiempo en tiempo; no es necesario que los miembros se conozcan entre sí ni que conozcan el papel que desempeñan los demás; no es necesario que un miembro conozca todos los detalles del plan o de las operaciones, aunque sí debe conocer, sin embargo, el propósito de la conspiración y convenir en ser parte de un plan para llevar a cabo dicho propósito”. (traducción nuestra, N. del T.).

2) Régimen jurídico aplicable en el momento de la captura

El régimen jurídico aplicable en el momento de la captura y detención de los civiles que han tomado parte directa en las hostilidades planteó algunas preguntas difíciles, en particular con respecto al ámbito de aplicación del IV Convenio de Ginebra. Algunos expertos –basándose, entre otras cosas, en los *travaux préparatoires* del IV Convenio de Ginebra y en una interpretación literal de los artículos 50 §1 y 45 §3 del Protocolo adicional I- consideraron que personas que no cayeran dentro del ámbito del III Convenio de Ginebra estarían necesariamente protegidas por el IV Convenio de Ginebra (siempre que se cumplieran los criterios de nacionalidad del artículo 4 del IV Convenio de Ginebra). Según esos expertos, la posibilidad de participación de civiles en actos de violencia (como sabotadores por ejemplo) está reconocida implícitamente en ciertas disposiciones del IV Convenio de Ginebra, entre ellas los artículos 5 y 68. Otros, sin embargo, refutaron esta interpretación, argumentando que los civiles que participan directamente en las hostilidades constituyen una categoría “intermedia” *de facto* que no está prevista en ninguno de los dos convenios mencionados arriba.

No obstante, incluso quienes niegan la aplicabilidad del IV Convenio de Ginebra a los civiles que participan directamente en las hostilidades reconocieron que ningún individuo podría ser dejado sin protección. Hubo un acuerdo general en que el artículo 75 del Protocolo adicional I, como mínimo, comprendía a los individuos capturados en el contexto de un conflicto armado internacional. Por otra parte, muchos estimaron que cualquier persona, capturada ya fuere en un conflicto armado internacional o no internacional ya fuere en cualquier otra situación, estaba protegida por derechos humanos que no admiten excepciones. A este respecto, se señaló que si bien podía entenderse que la regla *lex specialis* reglamentaba las interacciones entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el contexto de la conducción de las hostilidades, no era éste el caso en lo relativo al derecho aplicable a la protección de un individuo en manos del enemigo.

La cuestión de la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario se mencionó también en el contexto específico del internamiento de los civiles. Ninguno de los expertos cuestionó el hecho de que el internamiento podría ser una de las consecuencias jurídicas y prácticas de la participación directa en las hostilidades por los civiles. Tampoco se puso en duda que tal medida sólo podía ser tomada si fuese absolutamente necesaria para la seguridad del Estado, y si la seguridad no pudiese estar garantizada por la aplicación de medios menos rigurosos.

Con todo, los debates no se centraron en la naturaleza de las actividades que pudiesen considerarse tan perjudiciales para la seguridad interna o externa de un Estado como para justificar la privación de la libertad, sino, más bien en el alcance de los derechos en situación de internamiento. Algunos de los participantes sugirieron que las disposiciones del artículo 5 de los Convenios de Ginebra no podían interpretarse hoy como si no hubiese habido ningún progreso en el derecho de los derechos humanos desde la adopción de los cuatro Convenios hace más de 50 años. Así pues, se señaló que el derecho de *habeas corpus*⁶ seguía siendo plenamente aplicable durante la detención y

⁶ El derecho de *habeas corpus* se define en general como “una variedad de mandatos judiciales cuyo objeto es hacer que una parte comparezca ante un tribunal o un juez”. (traducción nuestra, N. del T.). En el uso común y en el contexto específico mencionado arriba, este término se utiliza para indicar el *habeas corpus ad subjiciendum*, definido como “un mandato judicial dirigido a la persona que detiene a otra, por medio del cual se le ordena presentar el cuerpo del

el internamiento, como también lo era el derecho de las personas internadas a tener acceso a un abogado, a la familia y al personal sanitario, durante los días del internamiento.

Algunos expertos subrayaron también que existía presunción de estatuto de prisionero de guerra en caso de duda acerca del estatuto de una persona que hubiese tomado parte en las hostilidades en un conflicto armado internacional. Añadieron que cualquier decisión sobre esta cuestión no debería depender de declaraciones de un poder ejecutivo sino que debería tomarla un tribunal competente según el significado establecido en el artículo 5 del III Convenio de Ginebra.

3) Falta de inmunidad contra el enjuiciamiento

Con arreglo al derecho internacional, los combatientes en un conflicto armado internacional no pueden sufrir consecuencias penales por haber participado directamente en las hostilidades –o por actos de guerra lícitos que puedan haber cometido durante tal participación- y se benefician del estatuto de prisionero de guerra en caso de captura. Los participantes en el seminario convinieron en que incluso si no era una violación del derecho internacional humanitario el hecho de que un civil luchara por su propio país, la falta de estatuto de combatiente o de prisionero de guerra implicaba que dicha persona no estaba protegida contra el enjuiciamiento en virtud de las reglas nacionales pertinentes. Nadie puso en duda que la participación directa de un civil en las hostilidades no podría ser considerada crimen de guerra⁷.

Algunos expertos agregaron que el enjuiciamiento por un acto de hostilidad realizado por un civil que no goce del estatuto de combatiente o de prisionero de guerra debería estar claramente cimentado en el derecho interno, como lo exige el principio de legalidad que no admite menoscabo y figura en varios tratados de derechos humanos y en el derecho internacional humanitario. Incluso quienes cuestionaron el carácter de no admisibilidad de excepción de este derecho reconocen, no obstante, que un civil capturado tras su participación directa en las hostilidades gozaba del beneficio de las garantías judiciales fundamentales previstas notablemente en el derecho internacional consuetudinario.

Por último, algunos expertos recordaron que aunque los civiles que participan directamente en las hostilidades podían ser enjuiciados con arreglo al derecho interno independientemente de si habían respetado o no las leyes del conflicto armado, ha cobrado forma, en particular mediante tratados de paz⁸, la práctica de otorgar amnistías a individuos que hubiesen tomado las armas. Se sugirió que otorgar la amnistía más amplia posible al final de las hostilidades activas podría servir de incentivo eficaz para alentar a los civiles que tomaran parte en las hostilidades a respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. En el mismo orden de ideas, un experto propuso *de lege ferenda* que las partes en un conflicto armado deberían abstenerse de dictar sentencias de muerte contra civiles

prisionero o de la persona detenida" (traducción nuestra, N. del T.). El propósito de este mandato judicial es poner a prueba la legalidad de la detención o encarcelamiento, no si la persona detenida es culpable o inocente. Para la definición, cf. *BLACK'S Law Dictionary*, *ibid.*, p. 709.

⁷ El término crimen de guerra –utilizado a veces en el derecho interno en sentido genérico para calificar cualquier violación del derecho internacional humanitario- se restringe aquí a su significado moderno, es decir, una violación grave del derecho internacional humanitario que dé lugar a la posible aplicación del principio de jurisdicción universal.

⁸ A ese respecto, obsérvese que el artículo 6 § 5 del Protocolo adicional II estipula que: "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado".

que hubiesen participado directamente en las hostilidades, siempre que hubiesen respetado las normas fundamentales del derecho internacional humanitario.

IV. El futuro de la noción de "participación directa en las hostilidades": ¿Sería útil una clarificación?

La cuarta sesión se dedicó a un debate sobre la necesidad o viabilidad de emprender un proceso de clarificación de la noción de "participación directa en las hostilidades" y, de haber acuerdo al respecto, sobre cómo debería llevarse a cabo la labor.

La opinión general fue que la noción de "participación directa en las hostilidades" no se prestaba a una nueva codificación, aunque sería sumamente útil investigar más, a fin de delinear con mayor precisión el contenido de esta noción y sus consecuencias jurídicas. Los expertos se expresaron con unanimidad acerca de la necesidad de una reunión de seguimiento y expusieron ideas sobre la manera de proceder. Algunos expertos propusieron que el CICR acometiera un desarrollo del derecho sin carácter obligatorio, mientras que otros propusieron que el proceso de clarificación se emprendiera mediante una conferencia electrónica. En síntesis, los expertos se pronunciaron claramente a favor de clarificar la noción de "participación directa en las hostilidades".

El CICR aprovechó la oportunidad de la reunión de expertos para presentar sucintamente algunas de sus propias ideas sobre elementos para una definición jurídica general de la noción de "participación directa en las hostilidades". El propósito era recabar allí mismo reacciones iniciales de los expertos que pudieran ayudar a la División Jurídica del CICR a refinar aún más su reflexión interna en la materia. Aunque algunos de los expertos expresaron renuencia a comentar sobre una definición que no habían tenido tiempo de estudiar cabalmente, otros proporcionaron observaciones iniciales sumamente útiles.

Conclusión

Aunque probablemente la reunión de un día de duración fue muy corta en vista de la multiplicidad y complejidad de las cuestiones planteadas, permitió una primera sesión oficiosa de intercambio espontáneo de ideas sobre la noción de "participación directa en las hostilidades". La variedad de opiniones expresadas confirmó la percepción de que no existe una interpretación unánime sobre este concepto jurídico y que se necesita mucho trabajo al respecto.

En su respuesta a las tres preguntas generales formuladas por el CICR al inicio de la reunión, los participantes fueron prácticamente unánimes. Se consideró claramente, como se mencionó arriba, que la noción de "participación directa en las hostilidades" exigía mayor clarificación. El proceso de clarificación podría facilitarse compilando en una lista no exhaustiva actos que claramente se estimara que debían caer dentro de la noción de "participación directa", o quedar fuera de ella. Esta lista debería verse acompañada de una definición general. Se estimó que el CICR era la organización que naturalmente debería liderar el proceso y se le encomendó la tarea de encontrar el mejor medio de continuar con el arduo e importante proceso que había comenzado en cooperación con el TMC Asser Institute. Habida cuenta de los alentadores resultados de la reunión, el CICR se propone mantener consultas con los expertos, entre las que se incluye la organización, en 2004, de una reunión de expertos para hacer un seguimiento a la cuestión, con la participación de especialistas en derecho internacional humanitario.



“Participación directa en las hostilidades” con arreglo al derecho internacional humanitario”

Programa de la reunión

8.45h – 09.00h

Bienvenida y registro

09.00h – 09.15h

Observaciones preliminares por:
Avril Mc Donald, Director, Sección DIH/DPI, T.M.C. Asser Institute
Jean-Philippe Lavoyer, Jefe de la División Jurídica, CICR

PARTE I (09.15h – 12.40h)
La noción de “participación directa en las hostilidades”

Presidencia: Jean-Philippe Lavoyer, Jefe de la División Jurídica, CICR

Primera sesión: Panorama del derecho aplicable

Fundada en los Convenios de Ginebra de 1949 –en los que se utilizó por primera vez- la noción de “participación directa en las hostilidades” reaparece frecuentemente en los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios. Sin embargo, los tratados no proporcionan una definición de este concepto jurídico. El propósito de esta sesión será examinar el significado de los términos “hostilidades” y “participación directa” e identificar diferencias en su contenido en el contexto de conflictos armados internacionales y no internacionales, sobre la base de ejemplos concretos. La discusión también se centrará en determinar si es viable o útil establecer criterios para definir la “participación directa en las hostilidades” y, de ser así, cuáles podrían ser esos criterios (¿tipos de actividad?, ¿duración?). También se abordarían cuestiones tales como: ¿es la noción de “participación directa en las hostilidades” solamente aplicable a los individuos? O ¿puede también aplicarse a grupos armados? De establecerse una categoría de civiles que contribuyen al esfuerzo militar pero no participan directamente en las hostilidades, en la sesión se examinaría asimismo cuáles serían las normas aplicables a este grupo particular.

09.15h - 09.35h

Ponencia de antecedentes

Horst Fischer, Director Académico del Institute for International Law of Peace and Armed Conflict, Ruhr-Universität, Alemania; Catedrático de DIH, Universidad de Leiden, Países Bajos

09.35h - 09.45h

Comentarista

Charles Garraway, Coronel, ALS 2, Dirección de Servicios Jurídicos del Ejército, Reino Unido

9.45h – 10.45h

Debate

10.45h – 11.00h Receso

Segunda sesión: Retos actuales: ¿corresponde el derecho a la realidad?

Los conflictos contemporáneos plantean retos especiales en relación con la noción de “participación directa en las hostilidades”. Cabe citar como ejemplos la creciente interrelación de los grupos armados con la población civil, la falta de identificación de quienes toman “parte directa en las hostilidades” y cuestiones relativas a las medidas que podrían emprenderse para garantizar la protección a quienes no participan directamente en las hostilidades. Otra cuestión adicional es cómo distinguir una operación policial de una militar y cuáles son las reglas que rigen el uso de la fuerza en estas respectivas situaciones. Otro reto actual es el de la denominada “privatización” de las fuerzas armadas y cómo se aplican las reglas a los empleados subcontratados de las empresas privadas. La segunda sesión se centraría en estos y otros asuntos actuales de tensión en la aplicación de la noción de “participación directa en las hostilidades”, así como en soluciones posibles.

- 11.00h – 11.20h** **Ponencia de antecedentes**
Michael Schmitt, Catedrático de derecho internacional humanitario, George C. Marshall European Center for Security Studies, Alemania
- 11.20h - 11.30h.** **Comentarista**
Hans-Peter Gasser, ex Asesor Jurídico, CICR
- 11.30h – 12.40h** **Debate**

12.40h – 14.00h Almuerzo

PARTE II (14.00h – 17.30h)

Las consecuencias de la participación directa en las hostilidades

Presidencia: Maria Nybondas, Investigadora, T.M.C. Asser Institute

Tercera sesión: Consecuencias jurídicas de la participación directa en las hostilidades

Tradicionalmente se considera que los civiles que participan directamente en las hostilidades han renunciado a su inmunidad contra los ataques, con lo que se convierten en blancos legítimos de ataques mientras dure su participación, en conflicto armado tanto internacional como no internacional. En el conflicto armado internacional, ¿cuál es el alcance de la protección de que gozan los individuos que participan directamente en los ataques y caen en poder del enemigo?: ¿cuál es la aplicabilidad de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I en tales casos? ¿Cuál es el ámbito de aplicación del artículo 5 del IV Convenio de Ginebra? ¿Están los individuos que participan en la hostilidades siempre sujetos a procesamiento penal? ¿Es necesario que las preguntas planteadas arriba se analicen desde una perspectiva diferente? La tercera sesión de la Reunión de Expertos se dedicará al examen de éstas y otras cuestiones.

- 14.00h – 14.20h** **Ponencia de antecedentes**
Louise Doswald-Beck, Secretaria General, Comisión Internacional de Juristas
- 14.20h – 14.30h** **Comentarista**
William K. Lietzau, Asistente Especial del General Counsel (Asuntos Jurídicos del Departamento de Asuntos de los Veteranos), Departamento de Defensa, Estados Unidos
- 14.30h – 15.45h** **Debates**

15.45h – 16.15h Receso

Cuarta sesión: El futuro de la noción de participación directa en las hostilidades: ¿se requieren más leyes?

El propósito de la última sesión sería resumir los debates y, en particular, determinar las medidas adicionales que se requieren, de ser el caso, para clarificar la noción de “participación directa en las hostilidades”.

16.15h – 16.30h	Resumen de los debates <i>Avril McDonald</i> , Director, Sección DIH/DPI, T.M.C. Asser Institute
16.30h – 16.45h	Pasos futuros <i>Jelena Pejic</i> , Asesora jurídica, CICR
16.45h – 17.30h	Debate

ANEXO 2

**El Instituto Internacional de Derecho internacional,
San Remo, Italia**

en cooperación con

El Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, Suiza



**XXVII Mesa Redonda sobre Problemas Actuales
del derecho internacional humanitario:**

**“El derecho internacional humanitario y
otros regímenes jurídicos:
interacciones en situaciones de violencia”**

Programa

4-6 de septiembre de 2003
San Remo, Italia
Centro Internacional de Conferencias
Gran Hôtel de Londres

“El derecho internacional humanitario y otros regímenes jurídicos: interacciones en situaciones de violencia”

Programa

Miércoles 3 de septiembre de 2003

15.00h – 19.00h

Registro

*Centro Internacional de Conferencias
Gran Hôtel de Londres*

Jueves 4 de septiembre de 2003

09.00h – 12.30h

Sesión Inaugural – Plenaria

09.00h – 09.30h

Discursos de bienvenida

09.30h – 10.45h

Discursos principales:

Dr. Ruud Lubber, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
Dr. Jakob Kellenberger, Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja

10.45h – 11.15h

Receso

11.15h – 12.30h

Debate

12.30h – 14.00h

Almuerzo

14.00h – 16.00
Sesión II – Plenaria

“Relaciones entre el DIH y otros regímenes jurídicos”

Presidente: Magistrado Abdul Koroma, Corte Internacional de Justicia, La Haya

14.00h – 15.00h Ponencias de antecedentes

- **Evolución histórica del DIH, el derecho de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho penal internacional**
Prof. Michael Bothe, Universidad Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt
- **Mecanismos de aplicación en virtud del DIH, el derecho de los derechos humanos y el derecho de los refugiados**
Dr. Yves Sandoz, Miembro del Comité Internacional de la Cruz Roja

15.00h – 16.00h Debate

16.00h – 16.30
Receso

16.30h – 18.30h
Sesión III (inicio) – Tres grupos de trabajo – mismo tema

“Calificación jurídica de las situaciones de violencia y retos conexos”

Presidentes: Prof. Laurence Boisson de Chazournes, Universidad de Ginebra
Prof. Chaloka Beyani, London School of Economics
Dr. Elzbieta Mikos-Skuza, Cruz Roja Polaca

16.30h – 17.00h Ponencias de antecedentes

- **Conflicto armado internacional: calificación jurídica y DIH como *lex specialis***
Prof. Frits Kalshoven, Universidad de Leiden
Prof. Viti Muntarbhorn, Universidad de Bangkok
Prof. Yoram Dinstein, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Tel Aviv

17.00h – 18.30h Debate

19.00h
Recepción

Viernes 5 de septiembre de 2003

09.00h – 12.30h

Sesión III (conclusión) - Tres grupos de trabajo – mismo tema

“Calificación jurídica de las situaciones de violencia y retos conexos”

Presidentes: Los mismos de la sesión anterior

09.00h - 09.30h

Ponencias de antecedentes

- **Conflicto armado internacional: calificación jurídica de las partes en conflicto**
Prof. Dieter Fleck, Ministerio de Defensa, Alemania
Brigadier Titus K. Githiora, Jefe del Servicio Jurídico, Departamento de Defensa, Kenia
Prof. Marco Sassoli, Universidad de Québec
- **Conflicto armado no internacional: la interacción de diferentes regímenes jurídicos**
Prof. Djamchid Momtaz, Universidad de Teherán
Dr. Toni Pfanner, CICR
Prof. Habib Slim, Universidad de Túnez, Secretario General Adjunto, Media Luna Roja Tunecina

09.30h - 10.30h

Debate

10.30h - 11.00h

Receso

11.00h - 11.30h

Ponencias de antecedentes

- **Operaciones de “autoayuda” extraterritorial: significado y derecho aplicable**
Dr. Yuval Shani, College of Management Academic Studies, Law School, Rishon Le Zion
Dr. Michel Veuthey, Director Académico, Catedrático adjunto, Fordham School of Law, New York
Dr. Avril Mc Donald, TMC Asser Institute

11.30h - 12.30h

Debate

12.30h - 14.00h

Almuerzo

14.00h – 15.30h
Sesión IV – Plenaria

***“Protección de las personas en situaciones de violencia:
aspectos específicos”***

Presidente: *Prof. Sir Nigel Rodley*, Centro de Derechos Humanos – Departamento de
Derecho, Universidad de Essex

09.00h - 09.30h Ponencia de antecedentes

- **Privación de la libertad**
Dr. Hans-Peter Gasser, ex Asesor jurídico superior, Comité Internacional de la Cruz Roja
- **Garantías judiciales**
Sr. Stephane Bourgon, Abogado Defensor ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, La Haya
- **Uso de la fuerza**
Sr. Anthony Dworkin, Proyecto de Crímenes de Guerra

15.30h - 16.00h
Receso

16.00h – 19.00h
Sesión IV (conclusión) – Tres grupos de trabajo

***“Protección de las personas en situaciones de violencia:
Aspectos específicos”***

Presidentes: *Prof. Sir Nigel Rodley*, Centro de Derechos Humanos,
Departamento de Derecho, Universidad de Essex
Sr. Arthur Mattli, Jefe de Sección, Sección de Derechos
Humanos y Derecho Humanitario, International Law Directorate,
Departamento de Relaciones Exteriores Suizo
Prof. Chris Maina, Universidad de Dar Es Salaam

Debate

- **Privación de la libertad**
- **Garantías judiciales**
- **Uso de la fuerza**

21.00h
Cena oficial

Sábado 6 de septiembre de 2003

09.00h – 12.30h
Sesión V – Plenaria

“Sesión de conclusión”

Presidente: *Dr. François Bugnion*, Director, Departamento de Derecho Internacional y Cooperación en el Movimiento, Comité Internacional de la Cruz Roja

09.00h - 10.15h Relatores

- **Sesión II, Relatora:**
Sra. Monette Zard, Consejo Internacional para Estudios de Derechos Humanos, Ginebra
- **Sesión III, Relatores:**
Grupo de trabajo 1: *Dr. Toni Pfanner*, CICR
Grupo de trabajo 2: *Dr. Yuval Shani*, College of Management Academic Studies, Law School, Rishon Le Sion
Grupo de trabajo 3: *Dr. Knut Dörmann*, CICR
- **Sesión IV, Relatores:**
Grupo de trabajo 1: *Sra. Helen Duffy*, Interights
Grupo de trabajo 2: *Sr. Stephane Bourgon*, Abogado Defensor ante el TPIY
Grupo de trabajo 3: *Dr. Anne-Marie La Rosa*, organización Internacional del Trabajo

10.15h - 10.45h
Receso

10.45h - 12.00h Debate

12.00h - 12.30h Conclusiones

Prof. Jovan Patrnogic, Presidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario

ANEXO 3

Informe sucinto

Reforzar el respeto del derecho internacional humanitario Seminarios de Expertos, CICR

Introducción

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en cooperación con otras instituciones y organizaciones¹, organizó una serie de seminarios de expertos sobre el tema “Reforzar el respeto del derecho internacional humanitario”. Los seminarios se organizaron como parte de los preparativos para la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Se celebraron cinco seminarios en: El Cairo (23 y 24 de abril de 2003), Pretoria (2 y 3 de junio de 2003), Kuala Lumpur (9 y 10 de junio de 2003), Ciudad de México (15 y 16 de julio de 2003), y Brujas, Bélgica (11 y 12 de septiembre de 2003).

En cada seminario se siguió el mismo programa y entre sus participantes figuraban expertos gubernamentales, parlamentarios, académicos, miembros de órganos regionales, expertos de organizaciones no gubernamentales y representantes de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cada uno de los cuales actuó a título individual como experto en derecho internacional humanitario (DIH). En este informe se sigue el esquema de las preguntas del programa y se incluye una reseña de las ponencias de los expertos sobre cada pregunta y los debates subsiguientes de todos los participantes en los seminarios.

El objetivo primordial de la serie de seminarios fue hacer que expertos en derecho internacional humanitario procedentes de todas las regiones del mundo emprendieran una discusión creativa y con visión de futuro acerca de maneras en que se podría hacer efectivo el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra (“artículo 1 común”), es decir, la obligación de los Estados de “hacer respetar” el derecho internacional humanitario. Se prestó especial atención a las medidas para garantizar el acatamiento que pueden tomar los Estados *durante* el conflicto armado, en lugar de centrar dicha atención en los temas sobre los que se debate con mayor frecuencia acerca de la aplicación y las iniciativas de difusión antes del conflicto o las medidas represivas, que se toman más frecuentemente después del conflicto. Se hizo especial hincapié en el problema específico de garantizar un mejor acatamiento del derecho internacional humanitario por las partes en conflictos armados no internacionales.

¹ Los seminarios regionales de expertos fueron organizados por el CICR en colaboración con la Comisión Nacional Egipcia de Derecho Internacional Humanitario (El Cairo), el Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de la República de Sudáfrica, el Ministerio de Relaciones Exteriores de México (Ciudad de México) y el College of Europe (Brujas).

Los debates en todos los seminarios estuvieron animados y dinámicos y pusieron de manifiesto el gran interés de los expertos participantes por el tema. Los expertos expresaron su agradecimiento al CICR por haber tomado la iniciativa de discutir estas cuestiones, y resaltaron que, en el contexto actual, dichas discusiones son tanto apropiadas como necesarias.

I. Resumen de las conclusiones

Las discusiones durante todos los seminarios confirmaron la importancia y pertinencia del derecho internacional humanitario en los contextos contemporáneos de conflicto armado y proporcionaron ideas innovadoras sobre cómo mejorar el acatamiento del derecho internacional humanitario.

Por lo que atañe al artículo 1 común, los participantes en los seminarios confirmaron que implica una obligación, tanto para los Estados partes en un conflicto armado como para terceros Estados no implicados en un conflicto armado en curso. Además de la clara obligación que tienen los Estados de “respetar y hacer respetar” el derecho internacional humanitario en su propio contexto interno, los terceros Estados están vinculados por una obligación jurídica negativa de no alentar a una parte en un conflicto armado a violar el derecho internacional humanitario ni tomar ninguna medida que ayude a dichas violaciones. Por otra parte, los terceros Estados tienen una obligación positiva de tomar las medidas apropiadas –unilateral o colectivamente- contra las partes en un conflicto que violen el derecho internacional humanitario. Todos los participantes afirmaron que esta acción positiva es, como mínimo, una responsabilidad moral y que los Estados tienen derecho a tomar tales medidas. La mayoría de los participantes estuvieron de acuerdo en que, con arreglo al artículo 1 común, dicha acción constituye una obligación jurídica.

Al debatir acerca de los mecanismos de DIH existentes, la mayor parte de los participantes convinieron en que, en principio, los mecanismos existentes no eran defectuosos y, de hecho, tenían un gran potencial, pero adolecían de falta de uso, relacionado con la falta de voluntad política de los Estados para acudir a ellos. Los participantes señalaron en particular el gran potencial de la Comisión Internacional de Encuesta (artículo 90 del Protocolo adicional I), abogaron por su uso y propusieron formas en que podría ser más activa.

El papel y la credibilidad excepcionales del CICR en cuanto a asegurar el acatamiento del derecho internacional humanitario fue un tema frecuente de los debates, y se puso claramente de manifiesto que los participantes esperan que el CICR continúe emprendiendo medidas activas en este sentido. Los participantes en todos los seminarios encomiaron al CICR por sus iniciativas, observando la gran reputación de la institución por su independencia e imparcialidad y el prestigio al que se había hecho acreedora por sus exitosas empresas. Los participantes tuvieron cuidado en señalar que cualquier actividad del CICR en esta esfera no debería, sin embargo, vulnerar su neutralidad ni su imparcialidad ni poner en peligro sus actividades operacionales y la protección que ofrece en el terreno a quienes son vulnerables a los efectos del conflicto armado.

Los participantes realizaron debates animados e imaginativos sobre nuevos mecanismos potenciales para conseguir el respeto del derecho internacional

humanitario. Entre las diversas propuestas figuran: una Comisión de DIH, a la que se aludió frecuentemente, procedimientos de presentación de informes, mecanismos de denuncias individuales o misiones de observación. No obstante, la mayor parte de los participantes estimaron que el actual clima político no es propicio para el establecimiento de una institución permanente o automática, y algunos de ellos propusieron que, como alternativa, se deberían emprender propuestas graduales, comenzando quizá con un mecanismo *ad hoc*, un órgano con una o dos funciones deseadas, o un mecanismo regional, que con el tiempo se fuera ganando la confianza y el apoyo gracias a su demostrado éxito. Con todo, los participantes advirtieron el peligro de una potencial fragmentación de la interpretación del DIH que podría resultar de este enfoque e instaron a preservar la universalidad del derecho internacional humanitario.

Por último, los participantes manifestaron que tanto los actores estatales como los grupos armados están vinculados por las disposiciones del derecho internacional humanitario aplicable en situaciones de conflicto armado no internacional y exhortaron a todos los actores a trabajar en pro de un mejor acatamiento de estas disposiciones. Entre las sugerencias más importantes sobre cómo mejorar en la práctica el acatamiento entre los grupos armados se destacan la celebración de acuerdos especiales entre actores estatales y grupos armados (artículo 3 común (3) a los cuatro Convenios), declaraciones unilaterales de los grupos armados y garantías del Estado de otorgar algún tipo de inmunidad a los miembros de grupos armados por su participación en las hostilidades. Se hicieron varias propuestas de mecanismos nuevos de DIH y, una vez más, se encomió al CICR por ser un de los agentes más competentes para realizar mejoras en el acatamiento del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales.

Para concluir, los expertos participantes acogieron con satisfacción la oportunidad de discutir estas acuciantes y pertinentes cuestiones del respeto del derecho internacional humanitario. Pese a las dificultades resultantes de la falta de voluntad política que menoscaba los mecanismos de DIH existentes y un ambiente general no propicio para la creación de nuevos mecanismos permanentes, los participantes mantuvieron su optimismo considerando que pueden adoptarse medidas significativas para mejorar el acatamiento en los conflictos armados internacionales y no internacionales de la actualidad. Exhortaron al CICR a continuar con su labor de deliberación y consulta a fin de refinar aún más las propuestas de los seminarios regionales, con miras a seguir mejorando el acatamiento de las obligaciones del derecho internacional humanitario por todos los actores armados.

II. Tema de discusión I – Puesta en práctica del artículo 1 común

- 1) ¿Cuál es el alcance y la aplicación de la obligación de “hacer respetar” en el derecho internacional humanitario?**
- 2) ¿Cómo plasmar en la práctica el deber de cada Estado de garantizar ese respeto en sus políticas y acciones?**

A fin de sentar los cimientos para las preguntas subsiguientes relativas a mecanismos y procedimientos de acatamiento, en cada seminario se comenzó con un examen del artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo adicional I, que reza así: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el

presente Convenio en toda circunstancia”². Se pidió a los participantes que consideraran el alcance de esta obligación y, además, que identificaran las medidas concretas que podría emprender un Estado para cumplir este deber.

Los participantes en los seminarios reconocieron que el artículo 1 común impone una obligación, tanto a los Estados partes en un conflicto armado como a terceros Estados que no están implicados en un conflicto armado en curso. Los participantes señalaron que todos los Estados tienen que hacerse cargo de esta obligación de buena fe³. Es generalmente aceptado que la obligación del artículo 1 común confiere una obligación aplicable a situaciones de conflicto armado tanto internacional como no internacional.

Además de la clara obligación jurídica de los Estados de “respetar y hacer respetar” el derecho internacional humanitario en su propio contexto interno⁴, en todas las ponencias de los expertos durante los seminarios y en las discusiones resultantes se hizo hincapié en la obligación que impone el artículo 1 común a terceros Estados. Los terceros Estados están vinculados por una obligación jurídica de no alentar a una parte en un conflicto armado a violar el derecho internacional humanitario⁵ ni emprender acciones que ayuden a cometer esas violaciones. Los participantes ilustraron esta obligación negativa refiriéndose a acciones prohibidas como la transferencia de armas o la venta de armamento a un Estado del que se sepa que utiliza dicho armamento o dichas armas para cometer violaciones del derecho internacional humanitario. En este sentido, aparte del artículo 1 común, se hizo alusión al proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados (artículo 16), en el que se atribuye responsabilidad a un Estado que, a sabiendas, ayuda o asiste a otro Estado en la comisión de un acto internacional ilícito⁶.

Los participantes en los seminarios también reconocieron una obligación positiva de los Estados no implicados en un conflicto armado de tomar medidas –unilateral o colectivamente– contra Estados que violen el derecho internacional humanitario, en particular interviniendo ante Estados sobre quienes puedan tener cierta influencia para instarlos a hacer cesar las violaciones⁷. Todos los participantes afirmaron que esto acarrea, como mínimo, una responsabilidad moral y que los Estados tienen derecho a tomar tales medidas⁸. La mayoría de los participantes estuvieron de acuerdo en que,

² Artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra (1949) y Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra (1977).

³ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26, *Pacta sunt servanda*, “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

⁴ Los participantes señalaron que esto exige el acatamiento del DIH por todas las ramas del gobierno: la ejecutiva, la judicial, la legislativa y las fuerzas armadas.

⁵ V. el caso Nicaragua, en el que la Corte Internacional de Justicia señaló que con arreglo al artículo 1 común los Estados Unidos estaban sujetos a “una obligación de no alentar a personas o a grupos participantes en el conflicto en Nicaragua a actuar en violación de las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 [...]”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Fondo de la cuestión, fallo del 27 de junio de 1986, I.C.J. Reports, 1986, párr. 115.

⁶ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Comisión de Derecho Internacional, 53º período de sesiones, 2001), artículo 16: “El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y

b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia”.

⁷ Llevando a un nivel superior la cadena de la obligación, uno de los expertos recomendó que los Estados deberían ejercer presión sobre un Estado del que supieran tiene influencia sobre un Estado infractor, e instar al tercer Estado a que cumpla su obligación positiva con arreglo al artículo 1 común de procurar garantizar el respeto por parte del Estado infractor.

⁸ En uno de los seminarios los participantes debatieron acerca de si existen diferentes niveles de responsabilidad entre Estados enemigos, Estados neutrales y aliados, pues consideraron que puede ser que haya un mayor nivel de

con arreglo al artículo 1 común, esto constituye una obligación jurídica. No se consideró que esto debiera interpretarse como una obligación de alcanzar un resultado específico, sino, más bien, una “obligación de medios”, que se imponía a los Estados: la de tomar todas las medidas apropiadas posibles, en un intento por poner fin a las violaciones del DIH. Los Estados expresaron esta obligación positiva, por ejemplo, en la Declaración final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, en 1993:

“Afirmamos nuestra obligación, de conformidad con el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra, de respetar y de hacer respetar el derecho internacional humanitario con miras a proteger a las víctimas de la guerra. Solicitamos encarecidamente a todos los Estados que no escatimen esfuerzo alguno para: [...] Garantizar la eficacia del derecho internacional humanitario y, de conformidad con este derecho, tomar enérgicas medidas contra los Estados a los que incumba la responsabilidad de violaciones del derecho internacional humanitario, con miras a poner término a tales violaciones.”⁹

Al considerar las violaciones del derecho internacional humanitario como una cuestión de preocupación internacional, los participantes aclararon que la acción que se emprenda con arreglo al artículo 1 común no debería entenderse como una injerencia ilícita en los asuntos internos de otro Estado. Por otra parte, se entendía claramente que el artículo 1 común no autoriza a recurrir a la fuerza, cuestión que está regida, exclusivamente, por la Carta de las Naciones Unidas, y que las medidas adoptadas con arreglo al artículo 1 común deben ajustarse al derecho internacional humanitario.

A partir de este entendimiento esencial sobre el alcance y las implicaciones del artículo 1 común, se pidió a los participantes en los seminarios que consideraran cómo podría plasmarse en la práctica esta obligación en medidas y políticas de los Estados. Una pregunta clave al respecto se refería a **cómo crear la voluntad política de los Estados**, tanto para garantizar su propio respeto interno por las disposiciones del derecho internacional humanitario, como para asegurar su respeto por otros actores implicados en un conflicto armado. En este sentido, se vio que un requisito previo era una actitud positiva de los Estados que tenían influencia sobre otros.

Más allá de la cuestión de la voluntad política de los Estados, los participantes en los seminarios abogaron vehementemente por la promoción de una **mayor cultura de respeto del derecho internacional humanitario** entre todos los sectores de la sociedad, en los planos nacional e internacional¹⁰. Es imperativo que a todos los actores –partes en el conflicto, Estados y sociedad civil– se les haga conscientes de que un mayor respeto del derecho internacional humanitario es esencial para limitar el sufrimiento humano y la destrucción provocados por el conflicto armado.

Para conseguir esta “cultura del respeto” hay que sensibilizar a la **sociedad civil** sobre cuestiones del derecho internacional humanitario de la misma manera que se hizo para que ahora esté tan versada en materia de derecho de los derechos humanos. En los esfuerzos para influir sobre las instancias con poder decisorio se deben incluir a otros

obligación de intervenir en el caso de Estados cuyos aliados o asociados en una coalición violen el derecho internacional humanitario.

⁹ Revista Internacional de la Cruz Roja, septiembre-octubre de 1993, CICR, Ginebra.

¹⁰ En la conferencia de Pretoria se estableció un paralelo entre la estigmatización de la esclavitud y la necesidad de una estigmatización semejante en el futuro de las violaciones del DIH.

actores tales como las iglesias o las comunidades religiosas, los sindicatos y otras organizaciones comunitarias, muchas de las cuales quizá no sean conscientes de que sus ideas e ideales son las mismas que subyacen en el derecho internacional humanitario. Los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja pueden ser de utilidad en la labor de sensibilización y creación de capacidad. Por último, hay que fortalecer la opinión pública, tanto contra los efectos de la guerra como en lo relativo al papel del derecho internacional humanitario en la protección de las personas afectadas por el conflicto armado.

En una cultura fuerte de respeto del derecho internacional humanitario, muchos actores pueden obrar por que los Estados respondan del cumplimiento de sus obligaciones en virtud del DIH y, más específicamente, con arreglo al artículo 1 común. En cuanto a las acciones concretas que podrían tomar los Estados –sea individual sea colectivamente– para cumplir con sus obligaciones con arreglo al artículo 1 común, los participantes en los seminarios instaron a lo siguiente¹¹:

- **La difusión y la educación** son acciones esenciales que deben emprenderse vigorosamente en tiempo de paz, dirigiéndose a varios sectores beneficiarios entre ellos los políticos, los orientadores de la opinión, los académicos, el personal militar, la juventud, la sociedad civil, los medios de divulgación y el público en general. En este sentido, los participantes hicieron referencia a campañas exitosas de la sociedad civil gracias a las cuales se logró que Estados que asistían a Estados infractores dejaran de hacerlo o que se tomaran medidas eficaces para asegurar el acatamiento del derecho internacional humanitario. Los participantes respaldaron los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales por considerarlos sumamente eficaces en su labor de determinación de los hechos e investigación, elaboración de informes y denuncias en materia de cuestiones de derecho internacional humanitario. Se mencionó el papel importante desempeñado por las comisiones nacionales de DIH y algunos oradores instaron a los Estados a establecerlas. También se respaldó a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja por considerarlas interlocutoras valiosas en la difusión de conocimientos, aunque se estimó que quizá los miembros de su personal y sus voluntarios necesitaban capacitación adecuada para emprender esta tarea. Algunos participantes indicaron que los programas de difusión y educación deberían ajustarse a cada cultura para que fueran comprensibles.
- Es imperativo alentar a los Estados a que promulguen leyes en su **legislación penal interna** a fin de estar en capacidad de castigar las violaciones del DIH, durante y después de un conflicto armado. El enjuiciamiento de los criminales de guerra debe ser objeto de gran visibilidad para crear un efecto disuasivo durante los conflictos armados¹².
- Los participantes acogieron con satisfacción la creciente aplicación de la *jurisdicción universal* y otros **progresos internacionales en la represión de las violaciones del derecho internacional humanitario**, tales como la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) y tribunales *ad hoc*.

¹¹ Uno de los participantes pidió la elaboración de una lista de obligaciones mínimas requeridas por el artículo 1 común.

¹² No obstante, se señaló que un hincapié en la legislación nacional da por sentado que los sistemas jurídicos internos son capaces y eficaces aunque, en realidad, hay muchos sistemas que son quizá débiles y en la práctica las normas pueden en ellos pasarse por alto.

- Utilizar los **mecanismos existentes de DIH**, por ejemplo, sometiendo situaciones de conflicto a la Comisión Internacional de Encuesta u ofreciendo sus servicios como Potencia protectora (v. más adelante una discusión pormenorizada al respecto, pp. 62-65).
- **Someter a estricto escrutinio todas las ventas de armamento previstas** a fin de garantizar que sus exportaciones no violen las disposiciones de ningún instrumento de derecho internacional humanitario o de desarme y que dicho armamento no se utilice en violación de las disposiciones de cualquiera de los Convenios. A este respecto, los Estados deberían adoptar leyes que limiten su capacidad de ayudar a otros en violaciones del derecho internacional humanitario, por ejemplo, leyes que prohíban la transferencia de armas a Estados infractores. En particular, es necesario enfrentar el comercio de armas pequeñas a actores no estatales. Esto es algo que debe hacerse a todos los niveles: internamente, regionalmente -en cooperación entre gobiernos-, y mundialmente. Se debe enjuiciar a los infractores. Se propuso tomar medidas similares contra el tráfico ilícito de estupefacientes, recursos naturales (entre ellos las piedras preciosas y los diamantes) y obras de arte, realizado a menudo como medio de financiar la continuación del conflicto armado.
- En conflictos en los que pueden ejercer alguna influencia, los Estados deberían **emprender negociaciones confidenciales discretas**¹³.
- Las **sanciones** pueden ser una medida eficaz, si sus destinatarios se eligen adecuadamente y no causan daño a quienes pretenden proteger en última instancia. Con todo, se señaló que en la práctica se ha evadido con facilidad las sanciones.
- Se instó a los Estados a iniciar más acciones **en cooperación con las Naciones Unidas** (v. más adelante una discusión pormenorizada al respecto, pp. 65-66).
- Ejercer **presión diplomática** sobre los Estados infractores, individual o colectivamente o mediante acciones de organizaciones regionales o internacionales.
- Hacer **denuncias públicas** de violaciones del derecho internacional humanitario, individual o colectivamente o mediante acciones de organizaciones regionales o internacionales.
- Tomar medidas coercitivas, tales como **represalias lícitas o actos lícitos de retorsión** (tales como el negarse a celebrar tratados o acuerdos con un Estado infractor; la expulsión de diplomáticos; la ruptura de los vínculos diplomáticos; y la suspensión de ayuda pública, entre otras)¹⁴. El retiro del apoyo financiero,

¹³ Uno de los participantes señaló que aunque esta forma de diplomacia discreta puede ser eficaz, su debilidad es que el público no se entera de ella.

¹⁴ Uno de los participantes cuestionó la licitud de que terceros Estados tomen acciones de represalias, lo que sostuvo refiriéndose al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Comisión de Derecho Internacional, 53º período de sesiones, 2001), artículo 54, *Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado*: "Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48

como se hizo con Sudáfrica durante el apartheid, se consideró una medida eficaz, lo mismo que el negarse a conceder derechos de sobrevuelo a aeronaves de un Estado del que se sepa que está en violación del derecho internacional humanitario.

- Cuando se ha creado una situación mediante violaciones del derecho internacional humanitario (por ejemplo, la creación de un nuevo Estado o el establecimiento de un nuevo gobierno), los Estados deberían **negarse a reconocer el estado de las cosas en el plano político** y deberían suspender toda ayuda o asistencia.
- En el contexto de la próxima XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, los Estados deberían hacer **promesas de promover el respeto y la aplicación del derecho internacional humanitario**. Como indicación de ese compromiso, los Estados deberían examinar sus reservas a los Convenios de Ginebra y a otros instrumentos de derecho internacional humanitario y considerar el retirarlas.
- **Recurrir a la Corte Internacional de Justicia (CIJ)**¹⁵ en casos de diferencia de opinión en materia de interpretación del derecho internacional humanitario en un contexto concreto¹⁶ o solicitar una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica relacionada con el acatamiento del derecho internacional humanitario¹⁷.
- **Ofrecer enviar fuerzas de mantenimiento de la paz**, asegurándose de que dichas fuerzas tengan un mandato específico para garantizar el respeto del derecho internacional humanitario en el contexto en cuestión.
- **Enmendar las leyes internas sobre el asilo** a fin de que a las personas que hayan sido víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario se las acepte más fácilmente, y de que no se dé asilo a los perpetradores de violaciones.

Los participantes, en particular en Pretoria, Ciudad de México y Brujas, se mostraron muy entusiasmados con la **cooperación regional** para garantizar el acatamiento del derecho internacional humanitario, señalando que muchas de las iniciativas propuestas antes se fortalecerían si se considerasen colectivamente o a nivel regional. Se estimó que las iniciativas regionales eran eficaces, no sólo para responder a las violaciones del derecho internacional humanitario, sino también en los sistemas de “alerta temprana”, antes del desencadenamiento de las hostilidades. Los participantes en el seminario de Pretoria expresaron su gran esperanza en las estructuras regionales y subregionales

para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”. Sobre la base del artículo 54, el participante sostuvo que los términos “medidas lícitas” excluyen las represalias.

¹⁵ Aunque esta propuesta recibió el apoyo de algunos participantes, otros expresaron sus dudas acerca de si la CIJ es el instrumento más eficaz para utilizar en este sentido.

¹⁶ Esto es posible jurídicamente si los Estados en cuestión han dado su consentimiento a la competencia de la CIJ, sea mediante la cláusula opcional de jurisdicción obligatoria sea mediante un acuerdo *ad hoc*.

¹⁷ Sólo pueden solicitar una opinión consultiva la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad u otro órgano u organismo especializado autorizado por la Asamblea General, y únicamente en relación con una “cuestión jurídica abstracta” y no con una controversia específica, aunque a menudo una controversia específica puede estar subyacente a la cuestión sometida a la Corte.

existentes y previstas¹⁸. Los participantes en Ciudad de México abogaron vehementemente por el recurso a la Organización de los Estados Americanos (OEA), a su Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a su Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando en particular la credibilidad que ha adquirido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos gracias a la manera precisa y experta con que ha tratado cuestiones de acatamiento del derecho internacional humanitario. Los participantes en Brujas discutieron las ventajas de elaborar “posturas comunes” dentro de la Unión Europea en relación con el acatamiento del derecho internacional humanitario. En El Cairo y en otros seminarios, los participantes propugnaron la cooperación con la Unión Interparlamentaria, así como otros medios de fortalecer los grupos de presión internos (“grupos de presión de elites nacionales”) en países que puedan establecer redes de contacto y convencer a Estados de que cumplan con sus obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario. Así pues, incluso donde no existen órganos regionales, los participantes en los seminarios defendieron la utilidad de la cooperación entre Estados, para garantizar el respeto del derecho internacional humanitario.

3) ¿Cómo pueden utilizarse mejor los mecanismos existentes del derecho internacional?

En cuanto a los mecanismos existentes del derecho internacional humanitario, la mayor parte de los participantes convinieron en que, en principio, los mecanismos existentes no son defectuosos y, de hecho, tienen gran potencial. Aunque quizá sea necesario y posible realizar algunos ajustes, el principal problema es la falta de **voluntad política** de los Estados para acudir a ellos y, en particular, el hecho de que la mayoría de los mecanismos de DIH existentes dependen de la iniciativa o aceptación de las partes en un conflicto para poder actuar. Se consideró que falta de voluntad política era también una consecuencia de la falta de medios financieros y de otros apoyos y de la falta de conocimiento de su potencial. Se estimó particularmente urgente la necesidad de aumentar entre los orientadores de opinión influyentes el conocimiento específico relacionado con los mecanismos existentes, por lo que los participantes recalcaron la necesidad de identificar las personas a quienes se debía informar y sobre las cuales había que influir al respecto: las autoridades estatales, los intelectuales, los medios de divulgación y la sociedad civil.

Hubo acuerdo en que los mecanismos de DIH existentes adolecen de **falta de uso y, como consecuencia de ello, carecen de eficacia**, aunque también se indicó que, debido a la falta de uso, es imposible evaluar apropiadamente en la práctica la eficacia de los diversos mecanismos. Varios participantes exhortaron a todos a que centraran la atención con creatividad y optimismo en maneras de mejorar la situación.

No obstante, del acuerdo acerca de la falta de uso y la falta de eficacia, los participantes al seminario pasaron a una considerable división de opiniones respecto a lo que debería ser la respuesta adecuada al problema. Aunque muchos participantes expusieron ideas acerca de nuevos mecanismos (v. más adelante una discusión pormenorizada al

¹⁸ Se mencionó específicamente el papel futuro de organizaciones subregionales tales como la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC) y la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), así como el de varios órganos o concejos de la Unión Africana. Los participantes en Pretoria también discutieron acerca de la efectividad potencial del proceso y la mediación resultantes del mecanismo de examen entre los propios africanos, aplicado por el Consejo de Sabios de la Unión Africana.

respecto, pp. 70 y ss.), otros –quizá un número mayor- expresaron enfáticamente su preferencia por centrar los esfuerzos en la reforma o la revitalización de los mecanismos existentes (discutidos a continuación), declarando que únicamente mediante el uso de los mecanismos se podría evaluar adecuadamente su eficacia.

Los participantes que defendieron la idea de recurrir a los mecanismos existentes sostuvieron enfáticamente que más mecanismos no necesariamente implican más eficacia. Algunos expresaron su preocupación ante el peligro potencial de fragmentación debido a una proliferación de mecanismos de acatamiento del DIH y abogaron por preservar la universalidad del derecho internacional humanitario¹⁹. Señalaron el bajo nivel de entusiasmo por los mecanismos actuales por parte de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos adicionales, y advirtieron que, pese a que podría ser un encomiable objetivo a largo plazo, en el ambiente actual es demasiado idealista pensar en la introducción de nuevos órganos o mecanismos permanentes. Los defensores de esta postura instaron a centrar la atención en el mejoramiento de los mecanismos existentes y en su adaptación a las situaciones de conflicto armado no internacional. Parte de la revitalización de los mecanismos existentes podría residir en conferirles funciones que los participantes habían considerado deseables en nuevos mecanismos potenciales, y aumentar sus tareas, fortaleciéndolas en lugar de debilitarlas.

Los participantes consideraron cada mecanismo existente y las posibilidades que ofrecía de reforma o renovación:

Procedimiento de encuesta (Convenios de Ginebra I-IV, artículos 52/52/132/149)

Algunos participantes apoyaron la idea del procedimiento de encuesta como una opción potencialmente atractiva para las partes en conflicto, debido a la índole bilateral del procedimiento. Habida cuenta de que aunque un Estado beligerante está *obligado* a aceptar la encuesta una vez ha sido activada por una parte en el conflicto, los Estados deben ponerse de acuerdo sobre el procedimiento de encuesta o la designación de un árbitro, se sugirió que la elaboración de un procedimiento modelo podría quizá facilitar la aceptación de los Estados. Se propuso una disposición más estricta en la que se exigiera la aceptación automática de un procedimiento modelo propuesto.

También se recomendó que el acuerdo sobre un procedimiento de encuesta se incluyera regularmente en los acuerdos bilaterales entre las partes en un conflicto armado. Con todo, los participantes no se pusieron de acuerdo en cuanto a si sería más realista procurar celebrar tales acuerdos bilaterales durante la “fase blanda” previa a un conflicto armado pleno o después de que hayan estallado las hostilidades.

Las disposiciones sobre el arbitraje contenidas en la Convención de La Haya (I) sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales (La Haya I)(29 de julio de 1899), revisada el 18 de octubre de 1907, podrían servir hoy como fundamento. Su falta de uso en el pasado no significa que no pueda utilizarse en el futuro.

¹⁹ A fin de reducir el riesgo de fragmentación de la interpretación del DIH, uno de los participantes propugnó un sistema mediante el cual los casos relativos al DIH se remitieran del sistema judicial interno a un órgano de DIH, siguiendo el modelo de la oportunidad que se tiene en la Unión Europea de remitir casos a la Corte Europea de Justicia. Con respecto a los Tribunales especiales, se señaló que la Sala de Apelaciones común facilita un derecho de jurisprudencia uniforme y se expresó la esperanza de que la Corte Penal Internacional tuviera en consideración la jurisprudencia de los dos Tribunales especiales.

Reuniones de las Altas Parte Contratantes (Protocolo adicional I, artículo 7)

Los participantes estimaron valiosa la celebración de reuniones de las Altas Partes Contratantes. La propuesta de reuniones periódicas más asiduas obtuvo apoyo.

Se señalaron a la atención dos retos principales: primero, el tema, y, segundo, quién podría proponer la convocación de la reunión. Por lo que atañe al tema, el artículo 7 del Protocolo adicional I estipula que se pueden convocar reuniones “para estudiar los problemas generales relativos a la aplicación de los Convenios y del Protocolo.”

Aunque algunos podrían considerar que una reunión para discutir “problemas generales” quizá no tenga repercusiones directas en la conducta de las partes durante un conflicto armado, varios expertos señalaron que todos los “problemas generales” relativos al acatamiento del derecho internacional humanitario se originan necesariamente en violaciones específicas. Así pues, no debería vacilarse en cuanto a la convocación de reuniones de las Altas Partes Contratantes, puesto que cualquier decisión o deliberación será pertinente para la práctica de los Estados. Varios de los que vieron méritos en una reunión de las Altas Partes Contratantes acerca de un conflicto específico indicaron que una reunión de esa índole no tendría ningún efecto sin la posibilidad de adoptar sanciones en caso de no acatamiento.

En uno de los seminarios se debatió acerca de las reuniones de las Altas Partes Contratantes previstas en el artículo 7, las cuales se consideraron una oportunidad potencialmente valiosa para lograr el consenso de los Estados acerca de interpretaciones de cuestiones generales de derecho internacional humanitario. Se estimó que tal consenso sobre la interpretación era más fácil de asegurar que acuerdos sobre revisiones o enmiendas al derecho.

En virtud del artículo 7 del Protocolo adicional I, el depositario del Protocolo adicional convoca reuniones de las Altas Partes Contratantes a petición de una o varias de las Partes. Algunos participantes sugirieron que el CICR podría también desempeñar un papel activo para proponer que el depositario convocara una reunión, pues señalaron que a menudo era políticamente difícil para los Estados adoptar tal iniciativa. Una nueva propuesta se refería a reuniones de las Altas Partes Contratantes que se convocaran sobre la base de un informe sobre problemas relacionados con la falta de respeto del derecho internacional humanitario. Aunque algunos abogaron por que el informe lo sometiera el CICR, en general se consideró que esto podría tener repercusiones negativas sobre la neutralidad de la institución. Como alternativa se propuso la creación de un nuevo órgano de expertos cuya tarea sería compilar informes de los Estados, organizaciones no gubernamentales e individuos, para someterlos a las Altas Partes Contratantes. Este órgano no tomaría decisiones acerca del acatamiento sino que se limitaría a establecer el informe y a pedir que se convocara la reunión.

Comisión Internacional de Encuesta²⁰ (Protocolo adicional I, artículo 90)

Entre los mecanismos existentes que se debatieron, el que recogió mayor aceptación fue la Comisión Internacional de Encuesta, así como las ventajas que podrían obtenerse

²⁰ A la Comisión se la denomina frecuentemente, de manera alternativa, Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

sometiendo una cuestión a su examen. Se describió la Comisión como un órgano existente de expertos, dispuesto a ayudar en los esfuerzos para mejorar el acatamiento del derecho internacional humanitario, tanto mediante determinación de los hechos como la asistencia a los esfuerzos de reconciliación gracias a su función de “buenos oficios”. Comparada con el procedimiento de encuesta descrito arriba, tiene la ventaja de ser un órgano permanente con un procedimiento normalizado.

No obstante, se estimó que la **falta de voluntad** de las partes en un conflicto armado era el principal escollo del procedimiento existente de la Comisión Internacional de Encuesta, que se basa en la iniciativa y la aceptación de los Estados. En efecto, Estados que podrían ser objeto de una encuesta, podrían decidir no acudir a la Comisión porque protegen su soberanía, porque no desean que sus acciones se sometan al escrutinio de otros o porque les preocupa que lo que descubra la Comisión pueda tener repercusiones directas en la responsabilidad del Estado y quizá también en cuestiones relativas al *ius ad bellum* (reglas internacionales que rigen el derecho al empleo de la fuerza). No obstante, se señaló que progresos recientes, tales como la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional y avances en el contexto de la Organización Mundial del Comercio²¹ indican un cambio en la voluntad de los Estados a aceptar el escrutinio de otros. Con todo, para beneficiarse de este cambio de actitud, es necesario aumentar la concienciación en cuanto a la utilidad y la necesidad de la Comisión Internacional de Encuesta.

Se instó a que **se alentara a las Naciones Unidas a utilizar la Comisión Internacional de Encuesta**²², sobre la base del Capítulo VII de la Carta, por ejemplo, y aprovechar así los conocimientos especializados de sus miembros. Se preguntó por qué las Naciones Unidas hasta ahora habían utilizado misiones *ad hoc* de determinación de los hechos en lugar de confiar en la Comisión Internacional de Encuesta ya existente. Habida cuenta de sus conocimientos especializados en derecho internacional humanitario, se puede utilizar a los miembros de la Comisión en misiones de determinación de los hechos que hayan recibido el mandato de las Naciones Unidas con lo que se tendría la oportunidad de probar en la práctica su competencia y aumentar la futura aceptabilidad de la Comisión Internacional de Encuesta.

Para contrarrestar el problema de la falta de voluntad, algunos participantes mencionaron la posibilidad de **enmiendas al mecanismo de activación** de la Comisión Internacional de Encuesta, a fin de que el sometimiento de cuestiones a la Comisión se disocie de la iniciativa estatal. La Comisión puede tener una competencia *proprio motu*; se podría otorgar a organizaciones no gubernamentales o a individuos derecho de iniciativa; las Potencias protectoras o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas podrían remitir cuestiones a la Comisión. En casos en que la propia Comisión Internacional de Encuesta tome la iniciativa para alentar a Estados a someterle una investigación, se recomendó que si un Estado se negara a ello, la Comisión lo hiciera público. Se recordó que, sin introducir cambio alguno en el artículo 90 o en los procedimientos existentes, Estados no implicados en un conflicto armado podrían activar la Comisión, siempre que los Estados partes en el conflicto armado en cuestión hayan aceptado la competencia de la Comisión, sea mediante Declaración sea mediante aceptación *ad hoc*. Los terceros Estados deberían también alentar a las

²¹ En relación con la Organización Mundial del Comercio, los Estados han aceptado procedimientos con cierto grado de examen automático.

²² Asimismo, en el seminario de Brujas se propuso que la Unión Europea adoptase una postura común instando a los Estados europeos a recurrir a la Comisión Internacional de Encuesta.

partes en un conflicto armado a someter cuestiones a la Comisión Internacional de Encuesta.

En respuesta a las preocupaciones por los procedimientos sumamente engorrosos o pesados de la Comisión, miembros de la Comisión informaron de que existía **libertad de convenir en modificar los procedimientos** y adoptar a título *ad hoc* otros que fuesen más compatibles con una situación determinada. Por ejemplo, en el caso de una investigación determinada, se propuso modificar el número de miembros de la Comisión y reducirlo a tres (de los siete previstos en el artículo 90).

Por otra parte, se debería hacer más hincapié en la otra función de la Comisión Internacional de Encuesta, la del ofrecimiento de los **buenos oficios de la Comisión**, que, comparada con la función de investigación, tiene la ventaja de tener una perspectiva de futuro y ser quizá percibida como menos amenazante para la soberanía del Estado. Se propuso que en los acuerdos bilaterales entre las partes en un conflicto armado se incluyeran los procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, así como un llamamiento a la Comisión a que ejerciera sus buenos oficios.

Algunos sugirieron que la Comisión Internacional de Encuesta debería tener **facultades cuasi judiciales** para tomar decisiones vinculantes. Asimismo, uno de los participantes estimó que el principal problema era la cuestión de la publicación de los resultados y recomendó que se diera a la Comisión la facultad de hacer públicas sus conclusiones.

Un problema de primer orden para algunos países es, al parecer, la **carga financiera** que tienen que soportar si la Comisión Internacional de Encuesta procede a actuar. Se consideró que este argumento de costo era un asunto crucial para la aceptabilidad de cualquier mecanismo de acatamiento. Para enfrentar esta cuestión, algunos participantes abogaron por la creación de un fondo que estuviera gestionado por un órgano independiente, de manera tal que el 50% de los costos de la investigación de la Comisión proviniera del fondo y el otro 50% de las partes en el conflicto de que se trate.

Potencias protectoras y sus sustitutos (Convenios de Ginebra I-IV, artículos (8/8/8/9; Protocolo adicional I, artículo 5)

Aunque en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo adicional se prevé una *obligación* de designar una Potencia protectora, este mecanismo se ha utilizado muy poco desde la Segunda Guerra Mundial. Algunos participantes sostuvieron que esta disposición había caído en desuso y abrigaban dudas de que el mecanismo pudiese ser revivido²³. Se indicaron varias razones posibles para explicar el que no se designara una Potencia protectora: (1) la percepción de que muy pocos Estados son considerados “neutrales” y capaces de desempeñar la función de Potencia protectora o dispuestos a hacerlo; (2) la mayoría de los conflictos actuales son conflictos no internacionales, para los que no se prevé Potencias protectoras; (3) es posible que los Estados no reconozcan la existencia del conflicto armado; (4) a veces se mantienen relaciones diplomáticas pese al conflicto; a menudo el CICR asume *de facto* la mayor parte de las funciones de una Potencia protectora.

²³ Es interesante que se haya señalado que aunque a algunos gobiernos europeos les puede parecer que este mecanismo ha caído en desuso, gobiernos de otras regiones (Asia y África en particular), según se pretende, no tiene conocimiento de él o de su potencial.

Para revitalizar el papel de las Potencias protectoras, se hicieron las siguientes sugerencias:

- Mejorar el conocimiento de la utilidad potencial de las Potencias protectoras.
- Establecer una lista de Estados neutrales dispuestos a asumir la función de Potencias protectoras.
- Sugerir la designación de una sola Potencia protectora común a todas las partes en el conflicto armado.
- A la inversa, para aligerar la carga impuesta a una o dos Potencias protectoras, designar tres Estados, uno de los cuales provenga de la región del conflicto.
- Confiar a las Potencias protectoras la función de someter a la Comisión Internacional de Encuesta las supuestas infracciones graves y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario, eliminando la condición del consentimiento y la iniciativa de las partes en el conflicto.

Algunos participantes propusieron también que el CICR se muestre más dispuesto a aceptar el papel de sustituto de la Potencia protectora o que asuma automáticamente esa función. No obstante, se señaló que el CICR prefiere intervenir a partir de su propio fundamento jurídico, ya que esto permite a la institución llevar a cabo libremente sus iniciativas sin poner en peligro sus principios fundamentales de neutralidad e independencia.

Cooperación con las Naciones Unidas (Protocolo adicional 1, artículo 89)

En el artículo 89 del Protocolo adicional I se estipula que “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.” Aunque no se discutió en detalle si esta disposición crea una *obligación* de recurrir a las Naciones Unidas en situaciones de violaciones graves del derecho internacional humanitario, en muchas de las sugerencias de los participantes sobre cómo los Estados podrían cumplir con sus obligaciones en virtud del artículo 1 común se mencionó la cooperación con las Naciones Unidas y un mayor uso de los órganos y mecanismos de las Naciones Unidas para el acatamiento del DIH. Al alentar a los Estados a considerar la cooperación con las Naciones Unidas a este respecto, los participantes señalaron el papel cada vez más activo que las Naciones Unidas, y en particular del Consejo de Seguridad, están tomando con relación al acatamiento del derecho internacional humanitario.

Se resumen más adelante (p. 70) las numerosas propuestas relativas al uso de los mecanismos de las Naciones Unidas existentes, junto con una reseña de las deliberaciones relativas a los mecanismos de derechos humanos existentes. En términos más generales, los participantes hicieron las siguientes propuestas adicionales en relación con la cooperación de los Estados con las Naciones Unidas:

- Como miembros integrantes de varios de los órganos de las Naciones Unidas, los Estados deberían solicitar a los órganos apropiados de las Naciones Unidas que: emitan declaraciones sobre la aplicabilidad del derecho internacional humanitario y sobre denuncias de las violaciones cometidas; impongan sanciones; establezcan tribunales *ad hoc*; activen el enjuiciamiento por parte de

- la Corte Penal Internacional; otorguen a las fuerzas de mantenimiento de la paz el mandato específico de garantizar un mejor respeto del derecho internacional humanitario.
- Crear un mecanismo de supervisión del derecho internacional humanitario adscrito al Consejo de Seguridad, que se active automáticamente cuando el Consejo de Seguridad adopte una resolución autorizando el uso de la fuerza. Dicho mecanismo podría concebirse en calidad permanente, activado por una resolución en virtud el Capítulo VII, o como un mecanismo *ad hoc* establecido para el contexto específico relacionado con el uso autorizado de la fuerza.
 - Pedir al Consejo de Seguridad que, en uso de sus facultades para establecer mandatos, decida que se debe someter un asunto a la Comisión Internacional de Encuesta.
 - Abogar por la creación de comisiones *ad hoc* de determinación de los hechos de las Naciones Unidas para evaluar el acatamiento del derecho internacional humanitario. No obstante, otros participantes señalaron, en cambio, que este papel debería dejarse a la Comisión Internacional de Encuesta y que se debería alentar a las Naciones Unidas a que sometieran asuntos a la Comisión existente en lugar de crear su propia comisión *ad hoc* de determinación de los hechos.
 - Procurar obtener una declaración de jefes de Estado, en una reunión de las Naciones Unidas de nivel semejante al de la Cumbre del Milenio, en la que reiteraran su apoyo al derecho internacional humanitario y establecieran metas concretas.

A pesar de los llamamientos frecuentes a los Estados a que cooperasen con las Naciones Unidas, algunos participantes declararon vehementemente su preocupación ante el hecho de que en la actualidad el Consejo de Seguridad, en particular, está demasiado politizado, por lo que se constriñe y es selectivo en relación con los asuntos que aborda. Con todo, otros expertos indicaron que, no obstante esas preocupaciones, es imperativo que se siga pidiendo al Consejo de Seguridad que actúe. Hubo oradores que recordaron que, pese a un desequilibrio aparente de poder entre quienes adoptan las decisiones, todos los Estados deben reconocer que la protección del derecho internacional humanitario es universal y que tanto las naciones fuertes como las débiles deben aplicarlo y acatarlo. Varios de los expertos identificaron una posible obligación de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de no utilizar el veto de manera irrazonable o por motivos políticos, aunque otros participantes expresaron su desacuerdo al respecto.

Es interesante señalar que en este tema del programa muchos de los participantes centraron su atención en la cooperación con órganos regionales en lugar de con las Naciones Unidas.

Papel del CICR

Los participantes en todos los seminarios encomiaron al CICR por su iniciativa en relación con el acatamiento del DIH, señalando su gran reputación de independencia e imparcialidad y el prestigio del que se ha hecho acreedor por sus exitosas empresas. Se recordaron específicamente las actividades del CICR en los ámbitos de la promoción y aplicación de tratados, la verificación del acatamiento del DIH y la contribución a un mayor desarrollo del derecho internacional humanitario.

Comentando acerca de la autoridad moral y política de que goza el CICR, muchos participantes abogaron por un papel más preponderante del CICR en cuanto a recordar a los actores estatales y no estatales sus obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario. A fin de mejorar el acatamiento del DIH, los participantes en los seminarios sugirieron que el CICR podría considerar hacer lo siguiente:

- Cuando tenga conocimiento de violaciones al derecho internacional humanitario en un contexto particular, el CICR podría someter esas preocupaciones a un grupo de Estados interesados, alentándolos a tomar medidas mediante, entre otras cosas, la denuncia y la presión bilateral. Una disponibilidad de proceder de esta manera realzará el papel de facilitador del CICR y evitará que tenga que asumir el papel de formular denuncias.
- En caso de violaciones flagrantes y sistemáticas del derecho internacional humanitario, el CICR debe hacer llamamientos públicos, como lo ha hecho en varias ocasiones en el transcurso de los años.
- Además de sus actuales esfuerzos por educar a las fuerzas armadas en relación con el DIH, el CICR debería formar a asesores jurídicos de las fuerzas armadas en la “capacidad de ejercer la persuasión” para hacerse oír en la cadena de mando durante el conflicto armado por lo que atañe al respeto del derecho internacional humanitario. No se pretende con ello aumentar el conocimiento, que el instructor militar ya posee, sino centrar la atención más bien en el mejoramiento de las capacidades de ejercer influencia durante el conflicto armado.

Si bien los participantes instaron a una mayor actividad e iniciativa del CICR, también advirtieron que había que proteger el rol extraordinario del CICR; no se le debería pedir hacer nada que menoscabara su neutralidad e imparcialidad o comprometiera sus actividades operacionales y la protección que ofrece en el terreno a las personas vulnerables a los efectos del conflicto armado. Además, señalaron que es imperativo reforzar el cometido del CICR a fin de permitirle un mayor acceso a las víctimas del conflicto armado. Uno de los participantes, quien no se mostró a favor de un papel mayor del CICR en la denuncia de violaciones, señaló que la institución, apropiadamente, está “orientada a las víctimas” y no “orientada a las violaciones”.

Todos los mecanismos mencionados precedentemente están previstos para utilizarse durante conflictos armados internacionales y no se aplican *per se* a conflictos armados no internacionales. Con arreglo al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al artículo 18 del Protocolo adicional II, el CICR u otras organizaciones pueden ofrecer sus servicios en conflictos armados no internacionales. Por otra parte, la Comisión Internacional de Encuesta ha expresado su voluntad de llevar a cabo investigaciones relativas a conflictos armados no internacionales. Más adelante (pp. 75 y ss.) se discute con mayor detenimiento acerca del acatamiento del derecho internacional humanitario en conflictos armados no internacionales.

4) ¿Hasta qué punto los mecanismos u órganos de supervisión de otras ramas del derecho internacional existentes pueden utilizarse eficazmente en el ámbito del derecho internacional humanitario?

Los debates de los seminarios sobre este tema se centraron predominantemente en los diversos sistemas universales y regionales de derechos humanos, y en su examen de cuestiones de acatamiento del derecho internacional humanitario²⁴. Se señaló que muchos órganos de derechos humanos –tanto universales como regionales- han tomado la iniciativa de examinar cuestiones de derecho internacional humanitario; quizá no sea de sorprender esta creciente tendencia, puesto que, en tiempo de conflicto armado, a menudo no se respetan los derechos humanos, a menos que también se respete el derecho internacional humanitario.

En todos los seminarios la mayoría de los participantes reconocieron la fuerte complementariedad entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en particular en lo relativo a su objetivo común: la protección de la humanidad. Los participantes señalaron, en especial, la superposición de los derechos humanos fundamentales y las disposiciones del derecho internacional humanitario relativas a cuestiones tales como el derecho a la vida, las prohibiciones contra la tortura y los tratos degradantes y las condiciones de detención. No obstante, los participantes de todos los seminarios también advirtieron enérgicamente sobre el peligro de difuminar los límites que separan los dos conjuntos de derecho, y expresaron su preocupación ante el hecho de que, en particular, la creciente intervención de los órganos regionales de derechos humanos en cuestiones de DIH puede llevar a la fragmentación o a una falta de universalidad en la aplicación del derecho internacional humanitario.

En cuanto al grado en que los órganos y mecanismos existentes de derechos humanos deben ser alentados a considerar cuestiones de derecho internacional humanitario, aunque en cada seminario hubo algunos participantes que se mostraron a favor y otros en contra de esta creciente tendencia, se dio una diferencia notable entre los diversos seminarios en cuanto a la opinión mayoritaria. En general, los participantes en Pretoria y Ciudad de México apoyaron decididamente la consideración de cuestiones de derecho internacional humanitario por órganos de derechos humanos, mientras que en Kuala Lumpur los expertos prefirieron la revitalización de los mecanismos de DIH existentes. Los participantes en El Cairo y Brujas apoyaron ambas opciones sin privilegiar ninguna de ellas.

La mayor parte de los participantes en Pretoria y Ciudad de México que se expresaron sobre esta cuestión abogaron decididamente por el apoyo a que los órganos de derechos humanos –y, en especial, los sistemas regionales- tomaran en consideración cuestiones de derecho internacional humanitario²⁵. Su práctica creciente de conocer del derecho internacional humanitario se consideró en general útil, habida cuenta de la disponibilidad de los sistemas universales y regionales de derechos humanos, el cada vez mayor reconocimiento público de que gozan y la aceptación de que tanto los

²⁴ Los participantes también discutieron vías para la represión penal, entre las que se incluyen el sometimiento de causas a la Corte Penal Internacional o a tribunales *ad hoc* y el enjuiciamiento de causas sobre la base del principio de jurisdicción universal. No obstante, habida cuenta de que la represión penal está fuera del alcance directo de los seminarios, se omiten en este informe los detalles específicos de estas intervenciones.

²⁵ Entre algunos ejemplos de ello cabe mencionar los siguientes: la Corte Europea, que aplica derechos humanos a situaciones de conflicto; el sistema interamericano, que señala las violaciones del DIH y luego argumenta cómo éstas violan los derechos humanos consagrados en el Tratado Interamericano. En cuanto al sistema africano, es posible que se le dé competencia en materia de derecho internacional humanitario, aunque esto no está aún claro.

derechos humanos como el derecho internacional humanitario se aplican durante el conflicto armado.

En Pretoria, los participantes que no apoyaron la creación de nuevos mecanismos específicamente para el DIH parecieron abogar predominantemente por la utilización de los mecanismos existentes de derechos humanos para conocer de derecho internacional humanitario. Muchos de los expertos en Pretoria expresaron sus esperanzas de que los sistemas regionales y subregionales en África pudieran volverse más eficaces en el ámbito del derecho internacional humanitario.

En Ciudad de México, gran parte de los debates al respecto se centraron en la práctica actual de la Organización de los Estados Americanos (OEA), su Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se encomió en especial a la Comisión Interamericana por su invocación del derecho internacional humanitario en los informes sobre países, informes generales y causas. La Corte Interamericana ha dejado claro que ni la Comisión ni la Corte tienen competencia para aplicar directamente el derecho internacional humanitario o pronunciarse acerca de violaciones de dicho derecho, aunque están en libertad de considerar y utilizar el derecho internacional humanitario en la interpretación de las disposiciones de la Convención Interamericana, en especial al tratar cuestiones de derechos humanos en el contexto de un conflicto armado. En general, se elogió a la OEA por su gran orientación hacia el DIH.

Hay que señalar que tanto en Pretoria como en Ciudad de México, a pesar de los llamamientos en pro de que los órganos de derechos humanos fuesen más activos en el ámbito del derecho internacional humanitario, los participantes también advirtieron sobre el peligro de difuminar los límites que separan los dos conjuntos de derecho. Por otra parte, la mayor parte de los expertos se mostraron en general a favor de un examen *concurrente* del derecho internacional humanitario por mecanismos de derechos humanos, además de la revitalización o creación de un órgano de DIH en el que no se considerarían los derechos humanos.

En cada seminario, los participantes que argumentaron en contra de la creciente consideración del derecho internacional humanitario por órganos de derechos humanos señalaron una serie de problemas específicos: falta de competencia explícita para examinar cuestiones de derecho internacional humanitario, salvo en casos en que se superponen algunos derechos humanos fundamentales y la protección conferida por el derecho internacional humanitario; falta de conocimiento apropiado del derecho internacional humanitario por los miembros de los órganos de derechos humanos; falta de capacidad para enfrentar las violaciones de los grupos armados; la opinión en algunas regiones de que los órganos de derechos humanos están excesivamente politizados o carecen de neutralidad; la fragmentación o “regionalización” potencial del derecho internacional humanitario.

En Kuala Lumpur, en particular, la mayoría de los participantes que se pronunciaron acerca de la cuestión advirtieron enérgicamente que los mecanismos deberían reflejar la clara distinción entre los dos conjuntos de derecho: el de los derechos humanos y el del derecho internacional humanitario. Por otra parte, varios expertos asiáticos expresaron la opinión de que los mecanismos de derechos humanos se han vuelto demasiado politizados con lo que se correría el riesgo de “manchar” el derecho internacional humanitario al someterlo a consideración de mecanismos de derechos humanos. Para

concluir, la mayoría de los expertos en Kuala Lumpur al parecer convinieron en que, si bien los mecanismos existentes de derechos humanos podrían estar en capacidad de contribuir en algo al mejoramiento del respeto del derecho internacional humanitario, habida cuenta de los riesgos inherentes a este enfoque, como se señaló antes, los mecanismos de derechos humanos no deberían ser el único recurso y no se los debería alentar activamente. Como alternativa, prefirieron centrar los esfuerzos en la revitalización de los mecanismos existentes de DIH.

Los participantes en los seminarios que abogaron por que los mecanismos existentes de derechos humanos hicieran un mayor hincapié en el derecho internacional humanitario sugirieron lo siguiente²⁶:

- Remitir cuestiones de derecho internacional humanitario a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que haría uso de sus procedimientos públicos y confidenciales.
- Alentar la designación de relatores especiales o grupos de trabajo sobre cuestiones de acatamiento del DIH.
- Ampliar el alcance de los informes periódicos de los Estados a fin de que abarquen cuestiones de derecho internacional humanitario, a lo que, como es habitual, seguiría la consideración pública y la publicación de observaciones o recomendaciones generales.
- Seguir apoyando la consideración del derecho internacional humanitario por órganos de derechos humanos regionales, que utilicen el derecho internacional humanitario indirectamente como fuente de orientación autorizada cuando apliquen tratados de derechos humanos en tiempo de conflicto armado.

5) ¿Pueden preverse nuevos mecanismos de supervisión?

6) ¿Puede preverse un nuevo órgano de derecho internacional humanitario?

Los participantes en todos los seminarios realizaron deliberaciones creativas y productivas sobre las nuevas propuestas que podrían examinarse, las cuales se reseñan más adelante²⁷. En términos generales, los participantes indicaron que las propuestas sobre nuevos mecanismos deben considerarse complementarias al mejoramiento de los mecanismos existentes que ya se habían recomendado; algunos participantes observaron que las innovaciones deberían servir para fortalecer los mecanismos existentes.

Se sugirió que la creación de cualquier órgano permanente de DIH se emprendiese de manera gradual, comenzando quizá como mecanismo *ad hoc*, como un órgano con una o dos funciones o como un mecanismo sobre un tema específico centrado únicamente en un aspecto del derecho, y que con el tiempo se ganara la confianza y recibiera

²⁶ Debe observarse que en las sugerencias que se hicieron no se discutió sobre la viabilidad o probabilidad del cambio de mandato necesario para que los órganos y mecanismos existentes de derechos humanos consideraran directamente cuestiones de DIH. Sin realizar cambios en el mandato, el alcance de la consideración quedaría limitado a las disposiciones de derechos humanos que se superpongan directamente a cuestiones de derecho internacional humanitario.

²⁷ Además de nuevos medios jurídicos mediante los cuales se puede mejorar el acatamiento del DIH, los participantes observaron la necesidad de pensar fuera del marco jurídico y contemplar medios no jurídicos. Estas consideraciones se discuten a lo largo del informe.

apoyo. Con esto se respondía a inquietudes expresadas sobre el hecho de que la atmósfera actual no es propicia para el establecimiento de una institución permanente o automática. Los participantes atribuyeron esto al problema de la falta de voluntad política, observando que, al parecer, los Estados desean reservarse la opción de iniciar un procedimiento o utilizar un mecanismo únicamente cuando puedan beneficiarse de ello. Los participantes en uno de los seminarios sugirieron que la aceptación gradual podría lograrse mediante la creación inicial de un mecanismo de DIH regional. Por consiguiente, pese al riesgo potencial de dobles raseros o selectividad, la mayoría de los participantes abogó por un comienzo gradual, iniciando con mecanismos o procedimientos *ad hoc*, con el objetivo último de ganar el impulso que llevara a una institución permanente, de la misma manera que los tribunales *ad hoc* allanaron el camino para el gran éxito de aceptación de la Corte Penal Internacional. En todo caso, es imperativo preservar la universalidad del derecho internacional humanitario.

A fin de examinar más constructivamente las propuestas acerca de un nuevo organismo o mecanismos nuevos de DIH, los participantes en los seminarios recomendaron un examen de las fallas y debilidades de los mecanismos existentes²⁸. En suma, en sus recomendaciones los participantes estimaron que cualquier nuevo mecanismo u órgano propuesto:

- Debe ser neutral e imparcial; cualquier tipo de parcialidad o interés propio por parte de un órgano supervisor del DIH socavaría todo el proceso.
- Debe tener suficiente poder sobre los Estados, para poder funcionar eficazmente.
- Debe estar en capacidad de actuar independientemente de la iniciativa o la aceptación de los Estados en cuestión (es decir, debe tener facultades obligatorias).
- Debe tener en cuenta los costos y la carga administrativa.

Teniendo presentes estas diversas consideraciones, los participantes presentaron las siguientes propuestas para mecanismos u órganos nuevos de supervisión del DIH:

Una de las propuestas más recurrentes fue la de una **Comisión de DIH u Oficina del Alto Comisionado para el Derecho Internacional Humanitario**. Tal Comisión podría crearse por resolución en una reunión de las Altas Partes Contratantes, en una Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, como un “órgano convencional” de los Convenios de Ginebra mediante un protocolo facultativo, por iniciativa del CICR, o por conducto del Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas. Muchas de las funciones propuestas para una Comisión de DIH son análogas a las que poseen órganos existentes de derechos humanos, entre las que cabe señalar, entre otras, las siguientes:

- Sistema de elaboración de informes.
- Mecanismo de denuncias individuales.

²⁸ Por otra parte, uno de los ponentes recomendó que cuando se considerasen nuevos mecanismos de DIH se extrajesen enseñanzas de otros órganos de derecho internacional. En concreto, el experto señaló que en los ámbitos del derecho laboral, el derecho medioambiental y el derecho del desarme, los diversos mecanismos de supervisión y represión existentes (entre ellos la elaboración de informes, la investigación, la resolución de controversias y los mecanismos para enfrentar el no acatamiento) están concebidos para responder a las especificidades y objetivos de cada rama del derecho respectiva. Además, los mecanismos eficaces a menudo consideran el control del acatamiento como un proceso de diálogo con un Estado, de largo aliento, cuyo objetivo es alentar a un Estado violador a regresar a la comunidad convencional.

- Examen de las reclamaciones por un Estado contra otro, o de las reclamaciones de grupos armados o contra ellos.
- Mecanismo de observación o de determinación de los hechos relacionado con la elaboración de informes o presentación de recomendaciones generales.
- Examen cuasi judicial de las violaciones.

Varias de las funciones propuestas se consideraron también independientemente, sin la creación de una Comisión preponderante. Estas funciones y propuestas individuales se describen con más detalle a continuación.

Por lo que atañe a la Comisión de DIH propuesta, algunos participantes expresaron su temor de que usurpara el cometido y la labor ya existentes del CICR, y manifestaron su preferencia por un fortalecimiento del papel del CICR y de otros mecanismos existentes. Entre otras de las preocupaciones se incluyen los costos, la burocracia ineficaz, el actual clima político y la viabilidad de la creación.

En cuanto a la sugerencia de un sistema de elaboración de informes, se propusieron diversas variantes. En primer lugar, se consideró un **Sistema de intercambio de información / Sistema periódico de elaboración de informes**, mediante el cual los Estados presentarían informes sobre la aplicación del derecho internacional humanitario. Habida cuenta de las inquietudes acerca de la “fatiga por la elaboración de informes” que existe en los sistemas obligatorios de presentación de informes en la esfera de los derechos humanos y otros ámbitos jurídicos, se sugirió que el sistema de DIH podría comenzar como un procedimiento voluntario de examen utilizado por los Estados que quisiesen someter dichos informes, y a partir de allí aumentar en aceptación y permanencia²⁹. Los participantes señalaron que es probable que esta propuesta sólo sea efectiva en tiempo de paz.

Otros participantes abogaron por un sistema de **elaboración de informes ad hoc**, en el que a los Estados que, según alegaciones presentadas, estuviesen en violación del derecho internacional humanitario se les instase a que presentasen un informe en relación con las alegaciones, bien fuere antes bien fuere después del conflicto. Si bien se reconoció que sería difícil esperar que un Estado en conflicto o directamente después de un conflicto fuese exacto en sus informes o informase ateniéndose a los hechos, los participantes estimaron que un sistema *ad hoc* de elaboración de informes de ese tipo dirigido específicamente a presuntos violadores sería más eficaz en cuanto al acatamiento y podría aplicarse más fácilmente en casos de conflicto u ocupación prolongados.

Por lo que atañe a estas dos propuestas de elaboración de informes, se consideró que los informes podrían presentarse a una nueva Comisión de DIH (discutida precedentemente) o de manera independiente, quizá a una Reunión de las Altas Partes Contratantes, a la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, o a un comité establecido con el único propósito de examinar dichos informes y cotejar con otras fuentes la información contenida en ellos³⁰. Algunos expertos estimaron que cualquier mecanismo de elaboración de informes debería estar acompañado de un

²⁹ Un prototipo de Sistema de intercambio de información (SII) se puso a prueba recientemente en Alemania, sobre cuestiones de aplicación nacional. La Cruz Roja Alemana preparó el marco y los ministerios presentaron la información.

³⁰ Uno de los participantes exhortó a los participantes a que considerasen aprovechar los preparativos actuales de la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en la que se había pedido a todos los Estados presentar un informe sobre el estado de sus promesas y planes de acción desde la Conferencia anterior.

mecanismo de inspección. Como en el caso de los mecanismos de elaboración de informes del derecho medioambiental o del derecho del desarme, se observó que el objetivo final de un sistema de elaboración de informes del derecho internacional humanitario debería ser proporcionar soluciones o trabajar por mejorar la situación; así pues, debería también considerarse el seguimiento que un mecanismo de elaboración de informes exigiría de los Estados bajo escrutinio.

Algunos participantes expresaron en general su apoyo a la institución de un **Mecanismo de denuncias individuales**,³¹ bien fuese independientemente bien como parte de una Comisión de DIH (discutida precedentemente). Los defensores señalaron el efecto de autodisciplina que tendría en los Estados tal mecanismo y pusieron de relieve su potencial como foro para otorgar indemnizaciones a las víctimas de las violaciones del derecho internacional humanitario³². Se observó una vez más que este mecanismo no podría ser efectivo en un conflicto armado activo, salvo en un conflicto o una ocupación prolongados. De la misma manera que en las discusiones acerca de un sistema de elaboración de informes, los expertos manifestaron su esperanza de que un mecanismo de denuncias pudiera de alguna manera vincularse con una herramienta de seguimiento que condujese al mejoramiento de la situación para todos, y no se limitase a tratar violaciones cometidas contra unos cuantos reclamantes. Si bien el concepto de mecanismo de denuncias individuales fue acogido favorablemente por algunos participantes, hubo no obstante muchas preguntas que quedaron sin respuesta en relación con los procedimientos, la competencia *ratione materiae*, el agotamiento de las soluciones locales, la participación de grupos armados y el tipo de resultado esperado, es decir, si debiese tomar éste la forma de recomendaciones, decisiones o alguna determinación cuasi judicial.

En términos más generales, se sugirió que, para ser eficaz, a la Comisión de DIH propuesta se le deberían conferir **funciones cuasi judiciales**. Esto podría lograrse estableciendo un **Comité cuasi judicial sobre DIH** u otorgando tales facultades a una **Comisión de Estados** o a un **Comité de expertos en DIH**, que fueron propuestos alternativamente (sobre los que se discute más adelante). Estas capacidades cuasi judiciales para la Comisión de DIH propuesta se sugirió como alternativa a una propuesta previa de conferir tales facultades a la Comisión Internacional de Encuesta existente. El CICR u otros órganos independientes podrían remitir a dicho Comité o Comisión para su consideración alegaciones sobre violaciones del derecho internacional humanitario.

Varios participantes abogaron por la creación de un foro diplomático como un **Comité de Estados** o un **Comité de expertos en DIH**, semejante a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o su Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Cualquiera de esos órganos podría establecerse independientemente o considerarse como parte de una Comisión de DIH (descrita precedentemente). Tal Comité podría hacer observaciones generales o establecer doctrina, examinar situaciones temáticas y específicas a países, designar relatores

³¹ Este mecanismo ha estado sometido a consideración desde hace ya algún tiempo, comenzando con una propuesta del Llamamiento de La Haya por la Paz y actualmente considerado por la Universidad de Ámsterdam.

³² La exigencia de pagar indemnizaciones a las víctimas está contenida en el IV Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, artículo 3: "La Parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su fuerza armada." Se argumentó que esta disposición confiere a los individuos el derecho a reclamar indemnización.

especiales o grupos de trabajo que podrían realizar investigaciones de determinación de los hechos o examinar de alguna otra manera cuestiones específicas de acatamiento del derecho internacional humanitario. Los participantes no deliberaron sobre cómo podría seleccionarse a los Estados para dicho comité, pero por lo que se refiere al Comité de expertos en DIH propuesto, se recomendó que los expertos fuesen personas independientes de alta integridad y que actuaran a título personal. Los participantes consideraron la posibilidad de que el CICR pudiese someter una cuestión a dicho Comité cuando estuviese particularmente preocupado por violaciones, sin salirse de su mandato.

Durante uno de los seminarios, los participantes respaldaron decididamente la propuesta de desplegar, durante conflictos armados, **“monitores”** en el terreno que fueran testigos oculares de violaciones e indujeran a los Estados a acatar el derecho internacional humanitario. Se propuso como posibilidad que los individuos que aportaran su contribución para servir como monitores procedieran conjuntamente de organizaciones no gubernamentales, las Naciones Unidas y la sociedad civil, y tuvieran un órgano coordinador. Idealmente, los monitores estarían en el terreno antes de que se desencadenaran las hostilidades, con lo cual podrían prestar sus servicios como parte de un sistema regional o mundial de “alerta temprana”.

Entre otras propuestas que no se discutieron en gran detalle, cabe mencionar las siguientes:

- **Comisiones nacionales de DIH para las que se proponía conferir un mandato de determinación de los hechos**, mediante el cual desempeñarían tareas de determinación de los hechos mientras un conflicto estuviera en curso. Se señaló que quizá con esta propuesta los Estados se sentirían más cómodos que con una investigación llevada a cabo por la Comisión Internacional de Encuesta, puesto que sería un órgano nacional. Con todo, no debería considerarse tal mecanismo nacional como un obstáculo a las iniciativas de un órgano o mecanismo internacional.
- Sobre la base de la Convención de 1954 para la protección de bienes culturales:
 - La creación de un **Alto Comisario Nacional para el DIH** (v. artículo 6 del Reglamento para la aplicación de la Convención de 1954);
 - **Inspectores nacionales *in situ*** (en las fuerzas armadas, las fuerzas de policía, las autoridades gubernamentales) (v. artículo 7 del Reglamento para la aplicación de la Convención de 1954);
 - **Un representante para las cuestiones relativas a los grupos y personas especialmente protegidos** y los bienes protegidos, con competencia para personas o bienes bajo el control de ese país (sobre la base del artículo 2 (a) del Reglamento para la aplicación de la Convención de 1954).
- **Red de grupos internos de presión**, con lo que se establecería una red regional o mundial de elites internas procedentes de los Estados (Ministros de Relaciones Exteriores, Ministros de Defensa, parlamentarios) quienes abogarían juntos por un mayor acatamiento del derecho internacional humanitario. Tal red podría también ser de utilidad para los esfuerzos de difusión y servir de grupo de presión para abordar el problema de la falta de voluntad política de los Estados.

III. Tema de discusión II – Cómo garantizar el acatamiento en conflictos armados no internacionales

Las animadas discusiones sobre la cuestión del mejoramiento del acatamiento durante los conflictos armados internos o no internacionales mostró el interés de los expertos participantes en esta tarea particularmente estimulante. Puesto que la mayoría de los conflictos armados actuales se libran dentro de las fronteras de Estados, los participantes acogieron con satisfacción la oportunidad de enfrentar este tema acuciante y oportuno.

Las preguntas formuladas durante este segmento de los seminarios trataron tanto sobre las mejores maneras de hacer que los grupos armados rindieran cuentas por su acatamiento del DIH, como sobre los mecanismos o procedimientos que podrían preverse para aumentar el respeto del DIH por los actores estatales y los grupos armados.

Los participantes en los seminarios coincidieron en que no cabe la menor duda de que tanto los actores estatales como los grupos armados están obligados por el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales³³. Sin embargo, los participantes también señalaron varios obstáculos que se interponen en los intentos para garantizar su acatamiento: A menudo los Estados niegan la aplicabilidad del derecho internacional humanitario porque son reacios a reconocer que una situación de violencia equivalga a conflicto armado interno, y porque no están dispuestos a otorgar “legitimidad” a los grupos armados reconociéndolos como parte en el conflicto. La frecuente “internacionalización” de muchos conflictos armados contemporáneos crea confusión con respecto a la calificación jurídica y, por ende, al conjunto de leyes aplicables al conflicto. Por otra parte, los grupos armados carecen a menudo de incentivos suficientes para acatar el derecho internacional humanitario, puesto que la aplicación de sus obligaciones en virtud del DIH generalmente resulta de poca ayuda para ellos en cuanto a evitar el castigo con arreglo al derecho interno por su mera participación en el conflicto. Entre otros problemas que se debatieron, cabe mencionar la naturaleza asimétrica de la relación y de los métodos de guerra entre las fuerzas armadas estatales y los grupos armados; la creciente participación de las empresas privadas de seguridad en situaciones de conflicto armado; y los dilemas que plantea el conflicto en los Estados desestructurados.

Un tema recurrente en todas las deliberaciones fue la importancia de tener en cuenta la causa del conflicto o la motivación de los grupos armados, al considerar qué incentivos o soluciones podrían funcionar para mejorar el acatamiento. Las razones para librar una guerra son tan variadas como los actores implicados: búsqueda del poder, disputas territoriales, intereses económicos, diferencias étnicas o religiosas, denegación de los derechos humanos fundamentales o de los derechos de las minorías, o delincuencia común. Los participantes advirtieron que cualquier solución propuesta –fuesen mecanismos de supervisión, incentivos ofrecidos o negociaciones de mediación- debe tener en cuenta los objetivos de las partes en conflicto. Las soluciones que se

³³ Las normas del derecho internacional humanitario aplicable en conflicto armado no internacional comprenden las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo adicional II (cuando el Estado lo haya ratificado) y las normas de derecho internacional consuetudinario.

propongan también han de tener en cuenta otras características, que pueden variar de un contexto de conflicto armado no internacional a otro, como son el nivel de organización y el control que ejerce el grupo armado, así como el grado de intensidad del conflicto y de la violencia en ese contexto en particular.

Otra de las posibilidades que los participantes examinaron para lograr que todos los actores respeten el derecho internacional humanitario, fue la de reafirmar las principales consideraciones de humanidad, mediante un texto en el que se reúnan y se reiteren las normas jurídicas fundamentales que todos deben respetar en todas las situaciones de violencia armada organizada.

1) **¿Cómo se puede hacer mejor rendir cuentas a los grupos armados por el acatamiento del derecho internacional humanitario?**

Aunque se reconoció que los grupos armados estaban obligados por las disposiciones del derecho internacional humanitario que rige el conflicto armado no internacional, se recomendó que una mejor rendición de cuentas de los grupos armados por su acatamiento del derecho internacional humanitario podría lograrse concediéndoles la oportunidad de expresar su consentimiento a vincularse por las reglas, algo que no está previsto en el derecho convencional existente en materia de DIH. El consentimiento explícito proporcionaría pruebas de su disposición de acatamiento y tendría tremendas repercusiones en cuanto a la difusión.

Los participantes abogaron por instar a la celebración de **acuerdos especiales** entre los Estados y los grupos armados, tales como los que están previstos en el artículo (3) (3) de los Convenios de Ginebra, y consideraron que dichos acuerdos constituyen una de las formas más poderosas en el régimen actual de derecho convencional para reglamentar mejor el conflicto armado no internacional. Los acuerdos especiales proporcionan un incentivo añadido al acatamiento, sobre la base del consentimiento mutuo de las partes, dejando en claro que tanto el Estado como los grupos armados tienen iguales obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario. El obstáculo primordial sería la voluntad de los Estados de celebrar tales acuerdos, en especial cuando el Estado no acepta que la violencia haya alcanzado el nivel de conflicto armado interno o cuando el Estado se niega a reconocer al grupo armado como parte en el conflicto. Es imperativo hacer hincapié en que los términos del artículo 3 común son muy claros en indicar que un acuerdo especial no afecta el estatuto jurídico de las partes.

Si no es posible alcanzar un acuerdo especial sobre un ámbito de aplicación mayor de las obligaciones del derecho internacional humanitario, quizá podría convencerse a los actores estatales y los grupos armados a que lleguen a un acuerdo limitado sobre disposiciones seleccionadas del DIH que convengan a ambas partes, como por ejemplo, zonas de seguridad o zonas sanitarias, disposiciones sobre desaparecidos previstas en el artículo 33 del Protocolo adicional I, o garantías judiciales. Un acuerdo sobre un número más restringido de disposiciones adicionales no modificaría el hecho de que las partes en el conflicto armado seguirían no obstante obligadas por todas las normas aplicables del derecho internacional humanitario.

También podría procurarse una **declaración unilateral** de los grupos armados de su compromiso de acatar el derecho internacional humanitario, especialmente cuando el

Estado no está dispuesto a celebrar un acuerdo especial. La organización Geneva Call³⁴ utiliza ya una herramienta con respecto al Tratado de Ottawa de prohibición de las minas terrestres antipersonal, que consiste en una declaración cuyo objetivo es proporcionar un efecto autodisciplinario en los grupos armados, en especial los grupos preocupados por su imagen pública y su reputación. Aunque reconocieron el riesgo de que las declaraciones pudieran hacerse por puras razones políticas, sin un verdadero compromiso de adherir a las reglas contenidas en ella, a los participantes en los seminarios les parecieron positivas las declaraciones por considerarlas herramientas adicionales de presión que podrían utilizarse para alentar el acatamiento con el derecho internacional humanitario. A fin de garantizar más la capacidad de hacer cumplir los compromisos, varios participantes propusieron que las declaraciones se combinaran con un mecanismo de verificación que pudiera supervisar el acatamiento del derecho internacional humanitario en el conflicto. No quedó claro ante quién deberían depositarse las declaraciones, aunque uno de los expertos sugirió la creación de un “Foro internacional para actores no estatales” que pudiera servir como depositario. Asimismo, las funciones de supervisión y depositario se podrían confiar a la Comisión de DIH propuesta, sobre la que se discutió ya antes, o al CICR, aunque algunos participantes se opusieron, señalando los límites del cometido del CICR.

Por otra parte, debería alentarse a los grupos armados a que adopten un código de conducta o un código disciplinario en los que incorporen disposiciones del derecho internacional humanitario. Aunque quizá sea menos público que una declaración o un acuerdo especial, este dispositivo podría dar lugar a una mayor aplicación de las normas del DIH por los grupos armados y así tener repercusiones más directas en su capacitación y su difusión. También puede hacerse pública la voluntad del grupo armado de incluir estas disposiciones.

Por último, se propuso además que en los acuerdos de cesación del fuego se incluyese un compromiso de adherir a las normas del derecho internacional humanitario. Dicho compromiso se aplicaría a disposiciones del derecho que entren en vigor tras la cesación de las hostilidades, tales como las disposiciones en materia de repatriación, y sería también importante en caso de reanudación de las hostilidades.

2) ¿Qué tipo de incentivo puede darse a los grupos armados para que apliquen en la práctica el derecho internacional humanitario, habida cuenta del hecho de que no gozan de inmunidad penal por su mera participación en las hostilidades?

Cuando se ven enfrentados a un conflicto armado, es probable que los Estados reaccionen con acciones represivas y penas severas a los miembros de los grupos armados, incluso si acatan el derecho internacional humanitario. Los participantes señalaron que de esta manera los grupos armados quedan con pocos incentivos para adherir en la práctica al derecho internacional humanitario, ya que saben que es probable que deban enfrentar penas máximas por su mera participación en las hostilidades.

³⁴ Geneva Call es una organización no gubernamental dedicada a conseguir que grupos armados adhieran a una prohibición de las minas terrestres y respeten las normas humanitarias. Para facilitar ese proceso, Geneva Call proporciona la oportunidad a los grupos armados de firmar una “Escritura de compromiso de adhesión a una prohibición total de las minas antipersonal y a la cooperación en actividades relacionadas con las minas.”

Cuando se les preguntó qué alternativas podrían darse a los grupos armados para que acaten el derecho internacional humanitario, los participantes entablaron un intenso debate sobre las posibilidades de un **otorgamiento de inmunidad contra el enjuiciamiento por participación en el conflicto armado**. A lo largo del examen sobre métodos posibles para otorgar inmunidad, los cuales se discuten más adelante, todos los participantes recalcaron naturalmente que no puede haber amnistía ni otra forma de inmunidad contra enjuiciamiento penal por presuntos crímenes de guerra o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Los participantes vieron un gran potencial en el posible **otorgamiento de amnistía** a los miembros de los grupos armados por actos de mera participación en las hostilidades. Reconociendo que la formulación que se establece en el Protocolo adicional II según la cual los Estados deberían considerar “conceder la amnistía “más amplia posible” (Protocolo adicional II, artículo 6 (5)) llega sólo al final del conflicto armado y no contiene garantías para los miembros de los grupos armados, los participantes recomendaron persuadir a los Estados a que se comprometieran a otorgar una **amnistía obligatoria** para actos de mera participación en las hostilidades. En palabras de uno de los participantes, en conflictos armados no internacionales se trata sencillamente de abstenerse de enjuiciar por actos que serían lícitos en un conflicto armado internacional.

Los participantes abogaron por establecer una conexión entre el propuesto otorgamiento de amnistía por el Estado y un consentimiento explícito del grupo armado de acatar el derecho internacional humanitario, puesto que estimaban que si se otorgasen las suficientes garantías a los miembros del grupo armado, quizá estuviesen más dispuestos a comprometerse a acatar las disposiciones del derecho internacional humanitario. Por consiguiente, los Estados podrían establecer tal compromiso en un acuerdo especial celebrado con el grupo armado, haciendo depender la amnistía del compromiso del grupo armado con el derecho internacional humanitario y de su acatamiento subsiguiente.

Asimismo, los Estados podrían considerar incluir en su derecho penal interno algún tipo de inmunidad por actos de participación en las hostilidades. Aunque es posible que los Estados consideren que tal compromiso de otorgar inmunidad es un incentivo para la rebelión, los participantes estimaron que se podría convencer a los Estados de los beneficios que se derivarían de ello, en cuanto a un mayor respeto del derecho internacional humanitario por ambas partes en el conflicto. Algunos de los participantes señalaron que tal inmunidad no ampararía todos los actos relacionados con el inicio de una rebelión o un levantamiento; por lo que atañe al posible enjuiciamiento por recurrir a la violencia armada en violación del derecho interno de un Estado, las autoridades en el poder deberían abstenerse de aplicar la pena máxima.

Los participantes reflexionaron sobre la práctica reciente en el contexto latinoamericano y en otras partes de otorgar inapropiadas amnistías “generalizadas” por crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario, amnistías otorgadas sobre todo a actores estatales. Debido a esta práctica, algunos participantes que, en otras condiciones, apoyaban la concesión de inmunidad por participación en las hostilidades vacilaron en acoger el término “amnistía”. Así pues, en Ciudad de México se sugirió no utilizar el término “amnistía” sino uno diferente para referirse a esta concesión de inmunidad permisible en virtud del derecho internacional humanitario.

Aunque las amnistías fueron el principal centro de atención de la deliberación, los participantes también discutieron acerca de una posible **reducción del castigo** en casos de acatamiento del derecho internacional humanitario, de tal manera que, durante un juicio interno de miembros de grupos armados por haber tomado parte en las hostilidades, el tribunal tenga en cuenta su nivel de respeto del derecho internacional humanitario a la hora de decidir el castigo o las condenas. Varios participantes consideraron esto un incentivo útil.

En una última propuesta se sugirió que a los miembros de los grupos armados se les concediese una especie de **estatuto similar al del combatiente**, si cumpliesen determinadas condiciones tales como distinguirse de la población civil y respetar las disposiciones del derecho internacional humanitario. Durante el limitado debate alrededor de esta propuesta se expresaron opiniones divergentes.

Aparte de estos incentivos jurídicos, los expertos de los seminarios también examinaron qué **incentivos o argumentos estratégicos** podrían utilizarse para convencer a los grupos armados, así como a los actores estatales, de los beneficios y protecciones derivados de adherir al derecho internacional humanitario. Se debería asesorar a los líderes de los grupos armados y explicarles que el acatamiento podría dar lugar a las siguientes ventajas: respeto recíproco de los actores estatales, lo que incluiría un trato apropiado para los detenidos miembros del grupo armado; mayor eficacia y cohesión del propio grupo armado; fortalecimiento de la legitimidad como actor político; salvaguardia de vidas y preservación de la dignidad de los civiles; mayor probabilidad de diálogo con el Estado; facilitación de la ayuda o asistencia para las zonas afectadas por el conflicto, mediante “corredores humanitarios” convenidos. Por otra parte, se debería recordar a los grupos armados que una vez que el conflicto termine, e independientemente de si asuman o no el papel de autoridad legítima en el poder, se les puede hacer rendir cuentas de los crímenes que hayan cometido durante el conflicto. A la inversa, los participantes observaron que muchos de estos incentivos podrían no resultar atractivos para los grupos armados cuya motivación sea la simple delincuencia o que tengan vínculos con la delincuencia organizada. Los argumentos esgrimidos tendrán que tener en cuenta la motivación y los objetivos del grupo armado.

Los participantes señalaron que los Estados podrían mostrarse receptivos a muchos de estos argumentos estratégicos, especialmente en casos en que el conflicto se ha mantenido durante mucho tiempo o en que se prolonga la violencia entre varios grupos armados. Entre otras consideraciones que pueden presentarse a los Estados, cabe citar las siguientes: la penalización por sí sola probablemente conduzca a una violencia ilimitada; el respeto del derecho internacional humanitario puede servir de modelo para el respeto humanitario en la sociedad civil; la adhesión al derecho internacional humanitario y la exhortación a los grupos armados a que hagan lo mismo puede conducir a una correlativa estigmatización del grupo armado que se niega a acatar el DIH o a un cambio en la percepción que de él tenga el público.

Con todo, el reto predominante que plantean estos argumentos estratégicos es la cuestión de quién puede actuar de mensajero, en particular ante los grupos armados. Los participantes, refiriéndose a la demostrada práctica de la Institución en el establecimiento de contactos con grupos armados, insistieron en instar al CICR a que asuma este papel, a fin de recordar a dichos grupos sus obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario y de abogar por la protección y asistencia a la población civil. Aunque también otros actores podrían utilizar estrategias similares al

intentar negociar entre grupos armados y actores estatales, muchos participantes concluyeron que el CICR es quien tiene mayores posibilidades de éxito al respecto, especialmente a la luz de los fundamentos jurídicos de que goza para intervenir durante conflictos armados no internacionales.

Se propuso que el CICR emprendiera la preparación de un estudio sobre la práctica en conflictos armados no internacionales, con miras a identificar situaciones en las que se otorgara amnistías o algo similar al estatuto de combatiente a grupos armados, y que hiciese una síntesis de las “enseñanzas adquiridas”. En este estudio se deberían igualmente examinar los motivos que han llevado en el pasado a los grupos armados y los actores estatales a respetar el derecho internacional humanitario.

3) **¿Cómo pueden utilizarse los mecanismos y organismos existentes del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales?**

Ninguno de los mecanismos existentes de supervisión del DIH, aparte del CICR, gozan de un mandato explícito para tratar situaciones de conflicto armado no internacional. No obstante, la **Comisión Internacional de Encuesta** ha expresado su disposición de atender casos que se le sometan en situaciones de conflicto armado no internacional, y la mayoría de los participantes recomendaron que de hecho debería utilizarse la Comisión de esta manera o a título *ad hoc*.

Por otra parte, los participantes examinaron cómo podrían el **procedimiento de investigación bilateral** y el concepto de **Potencias protectoras** utilizarse como modelos para situaciones de conflicto armado no internacional. Se evidenció un interés particular por la función protectora de la Potencia protectora, y algunos participantes propusieron que el CICR asumiera la función de Potencia protectora a fin de establecer contactos con las partes, asistir a las víctimas y recordar a las partes sus responsabilidades con arreglo al derecho internacional humanitario. Terceros Estados, en especial los que gozan de credibilidad ante ambas partes en el conflicto, podrían considerar hacer lo mismo o, incluso, podrían estar dispuestos a intentar negociar entre el Estado y los grupos armados, como lo hizo Noruega en Sri Lanka. Los órganos regionales pueden también nombrar facilitadores para reunir a las partes en un conflicto armado interno. Sea quien fuere quien desempeñase ese papel, muchos participantes señalaron que es vital tener una tercera parte neutral, que pueda ofrecer sus buenos oficios a las partes en conflicto.

Una vez más, se dio crédito al **CICR** como el que tendría más probabilidades de éxito en estos esfuerzos. Mientras que podría acusarse a actores externos de “injerencia ilegal”, la posición de confianza y respeto de que goza el CICR, así como el papel que se le reconoce en el artículo 3 común, lo coloca en una situación mejor para alentar a la celebración de acuerdos especiales o a la emisión de declaraciones unilaterales, abogar por las víctimas o recordar a ambas partes en el conflicto sus obligaciones jurídicas con arreglo al derecho internacional humanitario.

No existiendo otros mecanismos, los participantes hicieron hincapié en que los Estados deben penalizar las violaciones graves del derecho internacional humanitario en su derecho penal interno sobre la base de la jurisdicción universal, a fin de garantizar que se castiguen esas violaciones, sea quien fuese el perpetrador. El enjuiciamiento interno,

que debe abarcar a ambas partes en el conflicto, será posible durante un conflicto armado, mientras que los tribunales internacionales a menudo sólo trabajan después del conflicto armado.

Habida cuenta de la falta de mandato entre los mecanismos de DIH para tratar conflictos armados no internacionales, **mecanismos u órganos de otras ramas del derecho internacional**, tales como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han tomado la iniciativa al respecto. Sin embargo, como se discutió antes, la falta de un mandato formal relativo al derecho internacional humanitario restringe su práctica. Por otra parte, los mecanismos de derechos humanos carecen de la competencia para abordar directamente violaciones de los grupos armados, a pesar de sus intentos de enfrentarlas mediante informes o Recomendaciones Generales o declarando a los Estados responsables de omisión o aquiescencia ante las violaciones de los grupos armados³⁵. Por consiguiente, en el derecho internacional, los mecanismos existentes de denuncias individuales son útiles sólo parcialmente en situaciones de conflicto armado no internacional. No obstante, los participantes manifestaron una vez más sus grandes esperanzas en cuanto al potencial de los **sistemas regionales** para abordar las cuestiones de acatamiento del derecho internacional humanitario en conflicto armado no internacional, en especial en África y América Latina.

4) ¿Corresponden las posibilidades específicas de supervisión, investigación o determinación de los hechos a una necesidad?

Las deliberaciones relativas a un nuevo mecanismo u órgano encargado del acatamiento del derecho internacional humanitario en conflictos armados no internacionales suscitaron muchos de los mismos sentimientos que afloraron en los debates anteriores relativos al acatamiento en el conflicto armado internacional. Como se afirmó antes, algunos participantes estaban convencidos de que en el actual clima político es más recomendable comenzar gradualmente, con sistemas *ad hoc* o con mecanismos que incorporen un número limitado de las posibles funciones, y trabajar en pro del establecimiento futuro de un órgano permanente amplio.

A pesar de esta vacilación, los participantes entablaron imaginativas deliberaciones acerca de cuáles mecanismos valdría la pena considerar para el largo plazo. Una vez más, se planteó la idea de una **Comisión de DIH**, respecto de la cual algunos de los participantes propusieron que muchas de las funciones consideradas antes en el contexto de conflicto armado internacional podrían igualmente utilizarse para mejorar el acatamiento en conflictos armados no internacionales. También podrían considerarse de manera independiente funciones individuales entre las que podrían incluirse **elaboración de informes, un mecanismo de denuncias y misiones de observación y determinación de los hechos**. Para que en los conflictos armados no internacionales una Comisión de DIH o cualquier otro mecanismo individual tuviese éxito, habría que considerar con sumo detenimiento cómo incluir los derechos y responsabilidades de los grupos armados. Se propuso que, en el contexto del conflicto armado no internacional, una Comisión de DIH asumiera las tareas adicionales de supervisión o vigilancia de las

³⁵ Uno de los expertos señaló que una debilidad del sistema existente es que, en caso de violaciones cometidas por una colectividad, no hay ningún mecanismo internacional disponible que permita someter a escrutinio el acatamiento de los grupos armados. Por el momento, hay que basarse únicamente en los conceptos de responsabilidad individual por crímenes de guerra.

declaraciones unilaterales o los acuerdos especiales celebrados por las partes, o sirviera de depositario de tales declaraciones o acuerdos especiales.

Durante las deliberaciones acerca de los conflictos armados no internacionales se propuso una ligera variación, la de un **Alto Comisionado para el DIH o un Ombudsman para el DIH**, siguiendo el modelo del Alto Comisionado para las Minorías Nacionales, de la OSCE. A este respecto, se prevería que el Alto Comisionado o Ombudsman fuera un estadista eminente quien mantuviera conversaciones predominantemente entre bastidores con miras a anticiparse a las controversias y, en última instancia, resolverlas. Se respaldó esta idea por considerarla potencialmente útil, en especial en los conflictos armados internos.

Otra propuesta nueva fue el establecimiento de una **reserva de estadistas respetados**, entre los que se incluirían ex jefes de Estado o ex embajadores o ex directores de organizaciones humanitarias, o un “comité de sabios” a quienes podría solicitarse que interviniesen en conflictos armados no internacionales y, quizá, que negociasen entre el Estado y los grupos armados para llegar a una cesación del fuego o a acuerdos de paz.

En particular, en el seminario de Pretoria, los participantes apoyaron la idea de que debía alentarse a las organizaciones no gubernamentales a informar acerca del acatamiento del derecho internacional humanitario de la misma manera que lo hacen acerca del acatamiento de los derechos humanos.

Además de las propuestas de nuevos mecanismos o procedimientos de DIH, los participantes en los seminarios también discutieron acerca de nuevas medidas que podrían adoptarse en términos más generales para mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en el contexto del conflicto armado no internacional. Como en el caso de los debates relativos al conflicto armado internacional, muchos participantes abogaron por incrementar la **difusión y la educación** entre los grupos armados, recordándoles sus obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario y haciéndoles ver que, habida cuenta de que algún día el conflicto armado *llegará a su fin*, su futura aceptación y posición de poder puede depender de su adhesión a los principios del derecho internacional humanitario durante el conflicto armado. La difusión *antes* del desencadenamiento de un conflicto armado es esencial, ya que no sólo ayudará a poner coto a las violaciones durante el conflicto armado, sino que, además, creará idealmente un espíritu de humanitarismo que servirá para mitigar las tensiones en la sociedad antes del desencadenamiento del conflicto armado y, es de esperar, hará menos probable dicho desencadenamiento. Los participantes señalaron que es importante educar al público en general acerca de la protección y las disposiciones del derecho internacional humanitario, creando conciencia en las personas acerca de en qué circunstancias se aplica el DIH y qué protecciones se les debe conceder.

También se abogó por las **sanciones** contra los Estados o grupos armados que violen el derecho internacional humanitario en el conflicto armado interno (mediante el corte de las líneas de abastecimiento y el apoyo financiero, las restricciones a los viajes, los embargos de armas, etc.), así como contra los Estados que ayuden a grupos armados que violen el derecho internacional humanitario.

Por último, se recomendó que se ofrezca **asistencia técnica** a los grupos armados con el fin de ayudarlos a acatar mejor el derecho internacional humanitario, por ejemplo en materia de remoción de minas terrestres.