

**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
CONSUECUDINARIO**

ANTON CAMEN*

* El autor es asesor jurídico para América Latina y el Caribe del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). En el presente texto se plasman las opiniones del autor que no necesariamente coinciden con las del CICR.

Sumario: I. Función de la costumbre; II. Estudio sobre las normas consuetudinarias; III. Calificación de los conflictos armados; IV. Ejemplos de la costumbre alrededor del principio de distinción; V. Aplicación nacional.

I. Función de la costumbre

A pesar de los numerosos tratados de derecho internacional humanitario, incumbe a las normas consuetudinarias un papel que es absolutamente crítico para mitigar las consecuencias de los conflictos armados en la salud, la integridad y la dignidad de las personas. No es tanto que los tratados tengan en sí deficiencias, pero tropiezan, casi inevitablemente, con una serie de dificultades inherentes a la misma naturaleza de instrumentos internacionales, siempre sujetos a coyunturas históricas y políticas, además de la necesidad de encontrar un consenso, lo que significa tener que situar una solución normativa al nivel del denominador común más bajo, pero capaz de reunir la aceptación de todos.

A veces esta aceptación se alcanza al detrimento de las necesidades experimentadas por las personas atrapadas en un conflicto armado. Los ejemplos del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional II de 1977, recuerdan dramáticamente la escisión que se puede abrir entre las respuestas que se deberían brindar y aquellas sobre las cuales fue posible ponerse de acuerdo. Tanto el artículo 3 común como el Protocolo adicional II constituyen herramientas de las más fuertes para prevenir o por lo menos reducir los sufrimientos de las víctimas de conflictos armados que no sean internacionales.¹ Sin embargo, ambos textos tuvieron que contentarse con una regulación que aparece bastante simplificada, comparada con las demás normas de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I, aplicables en los conflictos armados internacionales. En particular, estos textos no han desarrollado las reglas aplicables a la distinción entre las personas y bienes civiles y los

¹ Hoy día, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional II son los principales cuerpos normativos que regulan la protección de las personas en los conflictos armados no internacionales. Esta protección está completada por algunos tratados sobre materias específicas. Entre estos destacan la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales de 1954, la Convención sobre la prohibición de las armas biológicas de 1972, la enmendada Convención sobre las armas convencionales de 1980 con sus protocolos (si la enmienda de 2001 fue aceptado por los Estados Partes), la Convención sobre la prohibición de las armas químicas de 1993, la Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonal de 1997, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 o el recién tratado sobre las municiones en racimo de 2008. Estos, y otros tratados de derecho internacional humanitario, se pueden consultar en : http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/section_ihl_databases?OpenDocument.

A. CAMEN

objetivos militares, a los ataques indiscriminados, a la proporcionalidad en los ataques, a las precauciones en los ataques, a las precauciones contra los efectos de los ataques, a la protección de las organizaciones de socorro humanitario y al acceso de la ayuda humanitaria, a los periodistas, a las zonas protegidas, a la prohibición de no dar cuartel o a la perfidia.

El CICR había tratado de formalizar la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales por lo menos desde 1912, cuando hizo una propuesta en este sentido a la Conferencia Internacional de la Cruz Roja. No hubo de inmediato un consenso, pero en 1921, luego de la revolución de octubre en Rusia, la conferencia adoptó la resolución XIV que le asignaba “al Comité Internacional de la Cruz Roja el cometido de intervenir en la labor de socorro en caso de guerra civil”, reconociendo que “todas las víctimas de la guerra civil o de los disturbios mencionados, sin ninguna excepción, tienen el derecho de ser socorridas, de conformidad con los principios generales de la Cruz Roja.”² Dicha resolución fue complementada en bastante detalle por otra en 1938, influida por la guerra civil en España, la cual buscaba obtener en los conflictos armados no internacionales “la aplicación de los principios humanitarios que han hallado su expresión en los dos Convenios de Ginebra de 1929 y el X Convenio de La Haya de 1907, especialmente en lo que se refiere al trato debido a los heridos, enfermos y prisioneros de guerra, así como a la inmunidad del personal y del material sanitario.”³

Estas resoluciones indican que cada vez más, existía una mayor conciencia acerca de las necesidades humanitarias en los conflictos no internacionales, y también abrieron la posibilidad de ir un paso adelante. Parecía posible que los Estados estuvieran de acuerdo con normas legalmente vinculantes, aplicables a la protección de las víctimas de los conflictos no internacionales. Una conferencia de expertos gubernamentales convocada por el CICR en 1947 confirmó la disponibilidad de los Estados al respecto. El CICR elaboró en seguida un proyecto que buscaba extender las disposiciones de los Convenios de Ginebra a los conflictos no internacionales. Esta ambición fue reducida considerablemente en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja en 1948 y otra vez en la conferencia diplomática de 1949, la cual adoptó el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra hoy vigentes.

Aunque coherente y completo en los principios que enuncia, en la práctica durante los numerosos conflictos no internacionales que han estallado desde 1949, el CICR tuvo que constatar que no siempre era fácil aplicar el artículo 3 común. Sus normas reflejan estándares mínimos, pero poco específicos, lo que no facilitaba su aplicación en casos concretos. Había entonces una serie de razones, tanto prácticas como legales, que incitaron al CICR a continuar sus esfuerzos de fortalecer el derecho internacional de los conflictos armados no internacionales.

² Texto reproducido en Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Decimotercera edición, Ginebra 1994, p. 810 s.

³ Ibid., p. 812.

Contando con el apoyo de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena en 1965, y luego de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en particular a través su resolución 2444 (XXIII) de 1968, el CICR sometió a la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja de 1969 un texto preliminar.⁴ La conferencia encargó al CICR seguir con la elaboración de nuevas reglas en este ámbito. Después de una serie de consultas con expertos y los gobiernos, se presentó un primer borrador para un protocolo adicional en 1972, inspirado en un texto que Canadá había circulado el año anterior. Este texto no pasó sin controversias. El CICR volvió a trabajarlo y propuso otro proyecto en 1973. Este último constituyó la base para las negociaciones que resultaron en el Protocolo adicional II de 1977.⁵ Hasta este momento, con la excepción del artículo 19 de la Convención de La Haya sobre la protección de los bienes culturales de 1954, ningún tratado de derecho internacional humanitario puntualizaba específicamente las reglas aplicables en los conflictos armados no internacionales.

Sin embargo, estas reglas existían y los Estados y las partes en conflicto las observaron, y si no las observaron, fueron conscientes de ello. Así, por ejemplo, nadie hubiera puesto en duda la obligación de proteger a la población civil contra los peligros de las hostilidades, sin que importara la índole del conflicto armado. Pero como las reglas no estuvieron escritas, quedó un espacio que pudo fácilmente nutrir incertidumbre acerca de su contenido, pero también acerca de sí, cómo y cuándo se aplicaban. Eso va incluso por reglas que son fundamentales y que parecen generalmente aceptadas. Lo verdaderamente preocupante en los conflictos armados actuales no es que se violan algunas de las normas del derecho internacional humanitario que sí son complejas de aplicar, sino que se violan normas que son las más básicas y cuyo respeto parece exigir nada más que un poco de sentido común. El axioma de *silent enim leges inter armis*, enunciado por Ciceron hace dos mil años, parece seducir hasta nuestros días algunos que se creen por encima de la ley cuando se encuentran en un conflicto armado.

De hecho, el mismo ejemplo de la protección de la población civil no era tan claro durante mucho tiempo y no solo en relación con los conflictos armados no

⁴ La resolución 2444 (XXIII) reconoció “que es necesario aplicar los principios humanitarios básicos en todos los conflictos armados.” Invitó “al Secretario General a que, en consulta con el Comité Internacional de la Cruz Roja y otras organizaciones internacionales adecuadas, estudie [...] la necesidad de nuevas convenciones humanitarias internacionales, o de otros instrumentos jurídicos apropiados para asegurar la protección mejor de los civiles, prisioneros y combatientes en todo conflicto armado y la prohibición y limitación del empleo de ciertos métodos y medios de guerra.” La referencia a “todo conflicto armado” deja pensar que se trataba tanto de los conflictos armados internacionales como de los que no fuesen de índole internacional.

⁵ Para más detalles sobre la elaboración del Protocolo adicional II, véase : Sylvie Junod et al., Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), CICR - Plaza & Janés Editores, Santa Fe de Bogotá, 1998, Introducción general.

A. CAMEN

internacionales si no también los internacionales. A pesar de las inquietudes del CICR frente a las consecuencias de las hostilidades en lugares donde hay una concentración de civiles, los Estados no estaban preparados para comprometerse en este aspecto. Un factor que generó dudas era la cuestión de la legalidad de las armas nucleares. En 1949, cuando se logró reformar el derecho internacional humanitario mediante la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra, las armas nucleares eran percibidas de una trascendencia geopolítica tal que escaparon del alcance de las reglas normalmente aplicables en los conflictos armados. Solo mucho más tarde la Corte Internacional de Justicia aclaró que “[e]sa conclusión sería incompatible con el carácter intrínsecamente humanitario de los principios jurídicos en cuestión, que está presente en todo el derecho relativo a los conflictos armados y es válido para todas las formas de guerra y todos los tipos de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro.”⁶

Sin embargo, en 1949, el principio de la inmunidad de la población civil y con ello la lógica subyacente del derecho internacional humanitario en su conjunto corría un riesgo a ser socavado. El CICR estaba determinado a no dejar que eso pasara, por lo que embarcó en un esfuerzo que debería resultar al final en la adopción del Protocolo adicional I de 1977.

Convocó una conferencia de expertos en 1954 cuyos resultados le permitieron elaborar una primera propuesta de normas para limitar los riesgos de la guerra para la población civil. Cuando la presentó a la Conferencia Internacional de la Cruz Roja en 1957 no recibió el apoyo esperado. Con la Guerra Fría, la cuestión de las armas nucleares continuaba dominando la discusión en este ámbito. Solo en 1965 la XX Conferencia Internacional adoptó una resolución XXVIII, animada por un informe del CICR, en donde se afirmaban los principios básicos de la inmunidad de la población.

Esta es una resolución importante, porque sirvió como base para la resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 19 de diciembre 1968 sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados. A partir de este momento, las Naciones Unidas empezaron a mostrar una creciente preocupación concerniente al respeto del derecho internacional humanitario. Pero tuvieron que pasar nueve años más hasta que el problema de la protección de la población civil recibió una respuesta convencional en el Protocolo adicional I de 1977 y, en mucho menor detalle, en el Protocolo adicional II.

Estos ejemplos muestran la dinámica que ha acompañado el desarrollo del derecho internacional humanitario, desde el inicio de la codificación en 1864 hasta la adopción en mayo de 2008 de la Convención sobre las Municiones en Racimo.⁷ Pero también muestra la necesidad e inclusive la urgencia de conocer

⁶ Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, 1996, UN doc. A/51/218, párr. 86.

⁷ La Convención sobre Municiones en Racimo fue adoptada por 110 Estados en Dublín el 30 de mayo de 2008. Estará abierta a los Estados para su firma a partir del 3 de

con mayor precisión las reglas consuetudinarias de dicho derecho. En la ausencia de reglas convencionales, escritas en un tratado, cuyo ámbito de aplicación abarca una determinada situación de conflicto armado y que cuenta con la participación de los Estados afectados, la protección y la asistencia de las personas depende del derecho consuetudinario.⁸

II. Estudio sobre las normas consuetudinarias

Fue precisamente con el objeto de mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados que la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja encomendó en 1995 al CICR de elaborar un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario.⁹ Diez años más tarde, en 2005, el informe fue publicado en forma del mencionado estudio. Compuesto y publicado originalmente en inglés, se presentó a principios de 2008 al público hispanohablante una traducción en español. La presentación de la traducción española fue acompañada por un evento que reunió a expertos militares, gubernamentales y académicos de América Latina en Bogotá el 7 de marzo de 2008. Este mismo evento fue luego saludado por la Asamblea General de la OEA mediante su resolución AG/RES. 2433 (XXXVIII-O/08) de junio de 2008.

El estudio identificó 161 normas de derecho internacional humanitario, las cuales reflejan la costumbre internacional.¹⁰ Para llegar a la identificación de

diciembre de 2008 hasta su entrada en vigor, luego del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión. Véase los artículos 15 y 17 de la Convención.

⁸ No es raro que los mismos tratados de derecho internacional humanitario indiquen la complementariedad entre costumbre y tratados. Por ejemplo cuando aclaran que en los casos que no prevén, las personas “quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.” Véase: Artículo 1(2) del Protocolo adicional I de 1977. Dicho artículo expresa la versión moderna de la cláusula de Martens, originalmente contenida en el Convenio de La Haya II de 1899. También los artículos 63, 62, 142 y 158 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente. La cláusula de Martens es ella misma la expresión de la costumbre internacional.

⁹ La XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja se llevó a cabo en Ginebra del 3 al 7 de diciembre de 1995. Con dicho mandato la Conferencia Internacional hizo suyo una recomendación de un grupo de expertos, reunidos por el Gobierno de Suiza en 1995 para dar seguimiento a la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, celebrada en Ginebra del 30 de agosto al 1 de septiembre de 1993. Véase : Revista Internacional de la Cruz Roja, Número especial, No. 133, 1996.

¹⁰ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, Volume II: Practice, Cambridge University Press, 2005. La primera parte de la obra, en la cual se presentan las normas, fue traducida en español y publicado como Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, CICR, Buenos Aires,

A. CAMEN

dichas normas, se llevó a cabo un proceso de investigación de la práctica en más de 150 Estados. Tanto en la recopilación de los datos, como en su análisis y explotación, el CICR contó con el apoyo de expertos académicos y gubernamentales de diferentes regiones del mundo. Eso permitió valorar la práctica de la manera más inclusiva y comprensiva posible para así establecer el estado del derecho internacional humanitario consuetudinario vigente.

Los datos analizados incluyeron todo tipo de materiales, de los cuales se puede desprender la actitud oficial de los Estados acerca de los problemas humanitarios que entrañan los conflictos armados. Se tomó en cuenta la *dicta* de la Corte Internacional de Justicia, según la cual “[n]ot only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.”¹¹

Por tanto, se trataba de buscar en la práctica y en la convicción jurídica de los Estados las reglas que derivan de la costumbre, de acuerdo con la metodología tradicionalmente admitida para determinar la costumbre internacional, a saber que “the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States [...]”¹²

Así pues, se valorizaron tanto expresiones materiales de la práctica, tales como la conducta durante hostilidades o el trato de personas en manos de una parte adversa, como las expresiones verbales, tales como aparecen en leyes nacionales, doctrinas militares, informes o declaraciones de gobiernos u opiniones jurídicas oficiales, etc. Además, se comprobó en cada caso si la práctica se realiza bien porque el Estado lo considera como “de derecho” y no por otro motivo. Se trataba de distinguir entre normas que son legalmente vinculantes y conductas que se llevan a cabo sin que haya una obligación legal.

Desde un principio, el estudio se centró en seis áreas de trabajo, a saber:

2007. Para un resumen sobre el estudio, véase: Jean-Marie Henckaerts, Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados, Revista Internacional de la Cruz Roja, Vol. 87, No. 857, marzo 2005.

¹¹ International Court of Justice, North Sea Continental Shelf cases, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 44, párr. 77.

¹² International Court of Justice, Continental Shelf case (Lybian Jamahiriya v. Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 20, párr. 27.

- el principio de distinción;
- personas y bienes especialmente protegidos;
- métodos específicos de guerra;
- armas;
- trato debido a las personas civiles y a las personas fuera de combate; y
- aplicación.

La presentación de las reglas examinadas por el estudio sigue la misma división. Es sobre todo en estas áreas que el derecho convencional ha dejado abierto cuestiones, por las razones antes mencionadas, a las cuales convenía responder, si se intentaba mejorar el respeto del derecho internacional humanitario. Mediante el estudio se han podido aportar soluciones a muchas de estas cuestiones, pero naturalmente no a todas.

Así, aparece que las lagunas que subsisten en la cobertura del Protocolo adicional I de 1977 por todavía no vincular algunos Estados, tienen menos incidencia en la práctica que el mero número de ratificaciones podría sugerir.¹³ Gran parte de las disposiciones del Protocolo y sobre todo sus reglas fundamentales gozan en realidad hoy día de tan amplia aceptación por los Estados que constituyen derecho consuetudinario.

El Protocolo ha introducido numerosas disposiciones que a su vez fundamentaron nuevas normas consuetudinarias (además de haber codificado otras que ya reflejaban la costumbre en 1977), porque han entrado subsecuentemente en la “práctica generalmente aceptada como derecho”.¹⁴ Estas normas corresponden entonces a una práctica generalizada, representativa y uniforme de los Estados, inclusive de los 27 países que todavía no son partes en el Protocolo.

¹³ A la fecha, 168 Estados son partes en el Protocolo adicional I. Véase: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView>.

¹⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38(1)(b). Muchas de las disposiciones del Protocolo adicional I constituyen entonces “a norm-creating provision which has constituted the foundation of, or has generated a rule which, while only conventional or contractual in its origin, has since passed into the general corpus of international law, and is now accepted as such by the opinio juris, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention.” Citada: International Court of Justice, North Sea Continental Shelf cases, *op. cit.*, p. 42, párr. 71.

A. CAMEN

Eso es el caso en relación con el principio de distinción entre civiles y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares¹⁵; la prohibición de los ataques indiscriminados¹⁶; el principio de proporcionalidad en el ataque¹⁷; la obligación de tomar las precauciones que sean factibles en el ataque y contra los efectos de los ataques¹⁸; la obligación de respetar y proteger al personal sanitario y religioso, las unidades y los medios de transporte sanitarios¹⁹, al personal y los bienes de las organizaciones de ayuda humanitaria²⁰ y a los periodistas civiles²¹; la obligación de proteger a la misión médica²²; la prohibición de atacar localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas²³; la obligación de dar cuartel y salvaguardar al enemigo fuera de combate²⁴; la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra²⁵; la prohibición de atacar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil²⁶; la prohibición del uso inapropiado de los emblemas y de la perfidia²⁷; la obligación de respetar las garantías fundamentales de las personas civiles y fuera de combate²⁸; la obligación de buscar a las personas desaparecidas²⁹; y las protecciones específicas conferidas a las mujeres y los niños^{30 31}.

El estudio encontró que la regulación de los conflictos armados no internacionales es mucho más densa de que lo dejan suponer los tratados. Eso es particularmente visible cuando uno compara el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales a la luz de las reglas de derecho consuetudinario reflejadas en el Protocolo adicional I. En gran medida, las normas codificadas por dicho Protocolo para los conflictos armados internacionales se aplican como derecho consuetudinario en cualquier conflicto armado. En otras palabras, la práctica de los Estados iba más allá de lo que los mismos Estados fueron dispuestos a conceder en los tratados, sobre todo por lo que atañe la conducción de las hostilidades y el trato a las personas.

¹⁵ Véase: Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *op. cit.*, volumen I, normas 1 y 7.

¹⁶ *Ibíd.*, normas 11 a 13.

¹⁷ *Ibíd.*, norma 14.

¹⁸ *Ibíd.*, normas 15 a 24.

¹⁹ *Ibíd.*, normas 25 y 27 a 30.

²⁰ *Ibíd.*, normas 31 y 32.

²¹ *Ibíd.*, norma 34.

²² *Ibíd.*, norma 26.

²³ *Ibíd.*, normas 36 y 37.

²⁴ *Ibíd.*, normas 46 a 48.

²⁵ *Ibíd.*, norma 53.

²⁶ *Ibíd.*, norma 54.

²⁷ *Ibíd.*, normas 57 a 65.

²⁸ *Ibíd.*, normas 87 a 105.

²⁹ *Ibíd.*, norma 117.

³⁰ *Ibíd.*, normas 134 a 137.

³¹ Véase: Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, p. 187-188.

En primer lugar, resulta que, como en el caso del Protocolo adicional I, la mayoría de las disposiciones del Protocolo adicional II de 1977 expresan el derecho consuetudinario. Estas disposiciones incluyen la prohibición de los ataques contra la población civil³²; la obligación de respetar y proteger al personal sanitario y religioso, las unidades y los medios de transporte sanitarios³³; la obligación de proteger a la misión médica³⁴; la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra³⁵; la prohibición de los ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil³⁶; la obligación de respetar las garantías fundamentales de las personas civiles y fuera de combate³⁷; la obligación de buscar, respetar y proteger a los heridos, los enfermos y los náufragos³⁸; la obligación de buscar y proteger a las personas fallecidas³⁹; la obligación de proteger a las personas privadas de libertad⁴⁰; la prohibición de los desplazamientos forzados de la población civil⁴¹; y las protecciones específicas conferidas a las mujeres y los niños^{42, 43}.

En segundo lugar, llama la atención que las normas consuetudinarias vigentes en los conflictos armados no internacionales, desde luego, no se limitan a lo que está reflejado en el artículo 3 común y el Protocolo adicional II. La labor del tribunal internacional para la antigua Yugoslavia ya había señalado en esa misma dirección. El tribunal constató, en efecto que “[n]otwithstanding these limitations, it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. These rules, as specifically identified in the preceding discussion, cover such areas as protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks, protection of civilian objects, in particular cultural property, protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities.”⁴⁴ Hay aquí probablemente el aporte más importante de la clarificación del derecho consuetudinario por el estudio. En efecto, con pocas excepciones, casi la totalidad de las 161 reglas identificadas se aplican en cualquier conflicto armado, lo que constituye un desarrollo importante en el derecho internacional humanitario. Así, de las 161 reglas, 13 se aplican sólo en los conflictos armados internacionales y 2 en los

³² Véase: Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *op. cit.*, volumen I, norma 1.

³³ *Ibíd.*, normas 25 y 27 a 30.

³⁴ *Ibíd.*, norma 26.

³⁵ *Ibíd.*, norma 53.

³⁶ *Ibíd.*, norma 54.

³⁷ *Ibíd.*, normas 87 a 105.

³⁸ *Ibíd.*, normas 109 a 111.

³⁹ *Ibíd.*, normas 112 y 113.

⁴⁰ *Ibíd.*, normas 118, 119, 121 y 125.

⁴¹ *Ibíd.*, norma 129.

⁴² *Ibíd.*, normas 134 a 137.

⁴³ Véase: Jean-Marie Henckaerts, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁴ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párr. 127.

A. CAMEN

conflictos armados no internacionales, mientras 146 rigen todo conflicto armado sin que importara su índole.

III. Calificación de los conflictos armados

Sin embargo, para que las normas se apliquen hace falta que una situación constituya un conflicto armado. En efecto, la existencia de un conflicto armado es una condición *sine qua non* para que el derecho internacional humanitario se aplique. Aunque parece casi trivial, no es nada fácil saber cuando una situación determinada califica como conflicto armado. Negar la existencia de un conflicto armado cuando existe y por tanto negar la aplicación del derecho internacional humanitario cuando se aplica, tiene repercusiones inmediatas para la protección de las personas. Expone a las personas a la violencia de la guerra sin ofrecerles la protección de las reglas específicamente diseñadas para aliviar sus sufrimientos.

Por cierto, el conflicto armado no invalidará *a priori* la vigencia de las normas aplicables en tiempos de paz, pero estas normas no permiten responder adecuadamente a las necesidades generadas por la guerra. Por ello han sido suplementadas por reglas específicas. Sin estas, sería difícil argumentar que las partes en conflicto están obligadas a recoger y asistir a los heridos; a respetar el emblema de la cruz roja; a proteger quienes no participan en las hostilidades; a dirigir los ataques sólo contra objetivos militares; a no emplear métodos y medios que son excesivos; a tratar prisioneros de guerra como tales y repatriarles una vez terminadas las hostilidades; etc. Los conceptos y mecanismos propios al derecho internacional humanitario simplemente no estuvieran disponibles. Conducir una guerra sin aplicar el derecho internacional humanitario resultaría inevitablemente en una masacre.

Por otro lado, pretender estar en un conflicto armado cuando una situación no lo es, trae el riesgo de introducir conceptos de la guerra en tiempos de paz, incompatibles con el derecho de los derechos humanos. Es por ello que la resolución 3 de la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 2007 puso de relieve “que el derecho internacional humanitario cubre únicamente las situaciones de conflicto armado y que no ha de extenderse a otras situaciones”.⁴⁵ Lo contrario invitaría fácilmente el trato arbitrario contra personas privadas de libertad, por ejemplo cuando se les niegan sus derechos fundamentales con motivo de que constituyan una amenaza a la seguridad del Estado. Entrañaría contradicciones insuperables, con consecuencias invariablemente dramáticas, en el momento de tratar de designar objetivos que pudieran ser atacados legítimamente en un conflicto armado, pero nunca fuera de este, ya que el principio de distinción entre objetivos militares y personas y bienes

⁴⁵ Véase Resolución 3, Reafirmación y aplicación del derecho internacional humanitario, preámbulo. La XXX Conferencia Internacional se llevó a cabo en Ginebra del 26-30 de noviembre de 2007. La resolución es accesible en <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/p1108>.

civiles simplemente no se aplica en la paz y “[e]n cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.⁴⁶ En otras palabras, afuera de un conflicto armado y más precisamente de la conducción de hostilidades, el propósito del uso letal de la fuerza siempre consiste en proteger la vida. Además, dicho uso está sujeto a un riguroso criterio de necesidad.⁴⁷

A. Conflicto armado internacional

Con respecto a los conflictos armados internacionales, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977 brindan los elementos para calificar la situación. Cada uno de los Convenios de Ginebra contiene un artículo 2 común que dispone que “el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.” Cualquier diferencia entre dos o más Estados que involucra la intervención de fuerzas armadas califica como conflicto armado internacional. No importa cuánto

⁴⁶ Véase el principio 9 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Con respecto al derecho a la vida, entre otros garantizados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte Internacional de Justicia aclaró: “En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades. Así pues, que un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra, se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto, es cosa que sólo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto.” Véase: Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, *op. cit.*, párr. 25.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 68: “En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler [...] . Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria.”

A. CAMEN

tiempo dura el conflicto, ni cuántas víctimas resultan de este. En principio, es necesario que se produzca un mínimo de hostilidades.⁴⁸

Sin embargo, puede ser suficiente que un Estado realice operaciones militares contra otro Estado sin que haya hostilidades para que la situación califique como conflicto armado y el derecho internacional humanitario se aplique. Tal es el caso con respecto a la ocupación de un territorio de otro Estado que no se opone con las armas a dicha ocupación. Puede abstenerse por varios motivos, por ejemplo por no controlar el territorio, no tener gobierno o simplemente por preferir opciones diplomáticas. El mismo artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra contempla tales situaciones cuando dice que el “Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.” Aparecen como elementos decisivos la presencia de Estados como partes en el conflicto y la intervención de las fuerzas armadas de por lo menos uno de ellos.

Esta definición de los conflictos armados internacionales ha sido ampliada por el Protocolo adicional I de 1977 que completa los Convenios de Ginebra. En efecto, el Protocolo dispone en su artículo 1(3) que “se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios.” Además, el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I puntualiza que las “situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación [...]”

Se asimila entonces a los pueblos que luchan por su libre determinación a los Estados, a condición que la lucha se dirija contra un régimen colonial, de ocupación o basados en criterios racistas. En consecuencia, su lucha constituye un conflicto armado internacional aún cuando tiene lugar dentro del territorio de un solo Estado. Se trata de una situación que es diferente de aquella donde un grupo toma las armas contra un gobierno que impugna sin que este ejerza una dominación colonial, ocupación o régimen racista. Sin estos elementos la lucha no califica como conflicto armado internacional, pero puede constituir un conflicto armado no internacional.⁴⁹

⁴⁸ Véase también el Comentario del artículo 2, párrafo 1, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. El comentario es disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView>.

⁴⁹ Véase también: Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I); Sandoz Yves et al; CICR - Plaza & Janés, Bogotá, 2000, párr. 113.

B. Conflicto armado no internacional

Los conflictos armados no internacionales son regidos, principalmente, por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo adicional II de 1977. En principio, ni las otras disposiciones de los Convenios ni el Protocolo adicional I se aplica en ellos, salvo acuerdos especiales entre las partes en conflicto. Es decir que la gran mayoría de las reglas del derecho internacional humanitario sólo se aplica a ellos en la medida en que el derecho consuetudinario lo prevé.

El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra estipula que en “caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones [...]”

Eso es una definición muy amplia. Abarca todos los conflictos armados que no sean internacionales, es decir todos aquellos que no caen en la definición del artículo 2 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 o del artículo 1 del Protocolo adicional I de 1977. Por otro lado, la definición es poco explicativa acerca de lo que constituye un “conflicto armado”. No todas las manifestaciones de violencia armada permiten calificar una situación como conflicto armado. Existen situaciones que no son conflictos armados, a pesar de que pueden ser bastante violentas. La violencia puede tomar formas distintas como peleas entre bandas criminales, protestas violentas, represión violenta de manifestaciones, acciones de grupos insurgentes, etc., sin que alcancen el umbral crítico que la convierta en conflicto armado. Por debajo de este umbral el derecho internacional humanitario no se aplica. Un ejemplo son los disturbios y tensiones interiores a los cuales se refieren varios tratados de derecho internacional humanitario para delimitar su ámbito de aplicación material.⁵⁰

Para que una situación constituya un conflicto armado no internacional, es necesario que la violencia se caracterice por hostilidades entre las fuerzas antagonistas. Es decir, que haya enfrentamientos entre fuerzas o grupos armados que van más allá de “actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos [...]”⁵¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos habló de “confrontaciones armadas abiertas” para determinar el ámbito de aplicación del

⁵⁰ Comparar el artículo 1(2) del Protocolo adicional II de 1977; el artículo 1((2) del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996; el artículo 22(2) del Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1999; el párrafo 2 de la enmienda de 2001 al artículo 1 de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados de 1980. También los artículos 8(2)(d) y 8(2)(f) del Estatuto de Roma de 1998.

⁵¹ Artículo 1(2) del Protocolo adicional II de 1977.

A. CAMEN

artículo 3 común en un caso donde las fuerzas armadas argentinas chocaron con un grupo armado que había tomado un cuartel militar.⁵² Las hostilidades constituyen entonces un criterio decisivo para determinar si existe un conflicto armado no internacional en el sentido del artículo 3 común.⁵³ La conducción de las hostilidades implica que las partes en conflicto disponen de un mínimo de organización, sin la cual no podrían llevar a cabo actividades concertadas, que además están normalmente orientadas en función de un objetivo determinado.

En la práctica, la apreciación del grado de la violencia para discernir entre conflicto armado y disturbio puede presentar dificultades considerables que solo pueden resolverse por una evaluación de cada caso concreto. Más que un ejercicio teórico, la calificación de la situación tiene consecuencias directas para las víctimas de la violencia, porque condiciona la aplicación de normas que ofrecen una protección que aparece más o menos pormenorizada, según se trate de disturbios o de un conflicto armado.⁵⁴ La experiencia enseña que, en materia de protección de las personas, cuanto más detalladas sean las normas, tanto más chances habrá que sean efectivamente respetadas.⁵⁵

⁵² Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párr. 152: “En general, se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular.[...] Por lo tanto, el artículo 3 común no se aplica a motines, simples actos de bandolerismo o una rebelión no organizada y de corta duración.”

⁵³ El Comentario del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra explica al respecto: “De manera general, hay que admitir que los conflictos a los que se refiere el artículo 3 son conflictos armados caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan fuerzas armadas.”

⁵⁴ Las diferencias en los regímenes de protección aparecen, por ejemplo, en el hecho de que contrariamente al derecho internacional humanitario, el derecho de los derechos humanos no toma en cuenta las características de una situación concreta; vincula a los Estados y sus agentes, pero, en principio, no a los actores no estatales; está sujeto a derogación de ciertos derechos, lo que puede contribuir a un entorno propicio para la violación inclusive de los derechos no derogables; etc.

⁵⁵ Es precisamente por ello que el derecho internacional humanitario se iba puntualizando cada vez más. No pudo contentarse, por ejemplo, con una regla que prescribe que las personas civiles están protegidas contra los efectos de los conflictos armados. Era necesario reglamentar dicha protección en todo el detalle para que sea efectivamente aplicada por las partes en conflicto. La recién adoptada Convención sobre las Municiones en Racimo ilustra este hecho. Hasta este momento, las municiones en racimo fueron reguladas, en particular, por la normas del Protocolo adicional I de 1977 y en la medida en que éstas reflejan la costumbre, el derecho consuetudinario. Así que, su uso ha sido sujeto al artículo 48 sobre la distinción entre personas y bienes civiles y objetivos militares; al artículo 51(4) y 51(5)(a) sobre la prohibición de ataques indiscriminados; al artículo 51(5)(b) sobre la prohibición de ataques desproporcionados; y el artículo 57 sobre las precauciones en el ataque. Todas estas disposiciones reflejan normas de derecho consuetudinario, por lo que su aplicación no se limita a los Estados

Los otros elementos del artículo 3 común parecen menos problemáticos que el criterio de las hostilidades. La condición de que el conflicto armado no internacional surja en el territorio de un Estado Parte en los Convenios de Ginebra no pone mayores problemas, puesto que todos los Estados son partes en dichos tratados.⁵⁶ Como consecuencia, el conflicto se situará necesariamente en el territorio de uno de ellos. Contrariamente a los conflictos armados internacionales, la definición del conflicto armado no internacional tampoco parece exigir mayores criterios para calificar las partes en conflicto, las cuales deben sin embargo presentar cierto nivel de organización que les permite “aplicar, como mínimo” las disposiciones de dicho artículo. En efecto, el artículo 3 trata de enunciar para todos los casos de conflictos no internacionales, una definición de los principios humanitarios que deben aplicarse y un mínimo de normas imperativas.⁵⁷

Cubre varios escenarios en los cuales las partes pueden ser un gobierno que se enfrenta a grupos armados de oposición o tales grupos que se enfrentan entre sí mismos sin que haya intervención del Estado. También es posible que un Estado se enfrente a grupos armados en el territorio de otro Estado. Mientras que este último está de acuerdo con la presencia del primero, el conflicto mantiene su índole no internacional ya que no se desarrolla entre dos o más Estados. En cualquier tipo de conflicto armado no internacional, tanto el tercer Estado como los grupos armados son vinculados, por lo menos, por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y las otras normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario.

partes en el Protocolo. Sin embargo, a pesar de que no se disputa la validez de dichas normas, resultaron poco eficaz para prevenir que un gran número de civiles han sido atentado por las municiones en racimo y sigue siendo atentado cada vez que se utilizan dichas municiones. Estas armas presentan un alto riesgo de atentar contra personas civiles por el hecho de que dispersan grandes cantidades de submuniciones en un área extendido hasta varios kilómetros cuadrados, equivalente a varias canchas de fútbol. La mayoría de estas municiones no se pueden dirigir contra un objetivo con precisión. Estas características dejan ver que tan difícil, si no imposible en muchos casos, es de respetar las normas mencionadas en el uso de municiones de racimo. Además, como se utilizan en grandes cantidades - en ciertos conflictos se observaron decenas de millones de submuniciones, y tienen un alto porcentaje de fallas - un ataque con estas armas regularmente deja numerosos residuos explosivos de guerra que causan a su vez muertos y heridos civiles, inclusive por años tras el cese de las hostilidades.

⁵⁶ Los Convenios de Ginebra de 1949 son los únicos tratados multilaterales que han sido aceptados por la totalidad de los Estados.

⁵⁷ Véase: Comentario del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. También: International Court of Justice, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 27 June 1986, Merits, párr. 218, donde la Corte Internacional de Justicia nota que “[a]rticle 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules [...] which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called “elementary considerations of humanity” [...]”

A. CAMEN

El Protocolo adicional II de 1977, que desarrolla y completa el artículo 3 común de los Convenios, contiene una definición más restringida de los conflictos armados no internacionales que cubre. En su artículo 1 dispone que “se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.”

Esta definición excluye la hipótesis de enfrentamientos sin la participación del Estado al cual pertenece el territorio donde se desarrollan. Además, exige un mayor nivel de organización por parte de los grupos armados que inclusive tienen que controlar una parte del territorio. Siempre y cuando exista un conflicto armado en el sentido del Protocolo adicional II, se aplica también el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pero no siempre que exista un conflicto armado en el sentido de este último, ello permitirá aplicar el Protocolo adicional II.

Resulta que el derecho internacional humanitario, convencional y consuetudinario, se aplica cuando una situación de violencia constituye *de facto* un conflicto armado, lo cual puede ser internacional o de índole no internacional. Sin embargo, en el momento en que ambos tipos de conflicto armado son regidos por las mismas normas, la índole de los conflictos pierde considerablemente en importancia como criterio para determinar la aplicabilidad de normas más o menos extensas.

IV. Ejemplos de la costumbre alrededor del principio de distinción

Sin embargo, de lo anterior no se puede inducir que tales reglas se pueden simplemente transplantar en todos sus detalles desde su ámbito original de situaciones de conflictos armados internacionales a los ámbitos de los conflictos que no son de índole internacional. Se trata más bien de la esencia de las normas que se aplican también en estos últimos conflictos. Las reglas que no se aplican en los conflictos armados no internacionales son, generalmente, aquellas que operan con conceptos que son propios al derecho de los conflictos armados internacionales, como es el caso del estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.

Así, por ejemplo, rige el principio de la distinción tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. La distinción entre los combatientes y las personas civiles y entre los objetivos militares y los bienes de carácter civil es la base de todo el derecho internacional humanitario. Radica en la

idea de que “la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo.”⁵⁸

Implica saber quiénes son los combatientes y quiénes las personas civiles. Sólo los combatientes pueden ser atacados. Por otro lado, los combatientes tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.⁵⁹ Principalmente, se trata de los miembros de las fuerzas armadas, excepto el personal sanitario y religioso.⁶⁰ Las fuerzas armadas comprenden a su vez “todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable” ante una parte en el conflicto.⁶¹ Ellos no incurrir en responsabilidad penal por conductas conformes al derecho internacional humanitario, aunque éstas constituyan delitos graves en tiempos de paz, por ejemplo causar la muerte.

Los civiles gozan de una inmunidad contra los ataques. Más aún, tienen derecho a ser protegidos contra los efectos de los conflictos armados. Una consecuencia de esta inmunidad es que los civiles no gozan de un “privilegio” de combatir. Se exponen inclusive a sanciones penales cuando participen en las hostilidades. El artículo 50(1) del Protocolo adicional I de 1977 define una persona civil como “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.” Es decir que, en principio, las personas civiles son aquellas que no son miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto. “En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.”⁶²

Para que esta distinción fundamental entre los combatientes y los civiles pueda funcionar, resulta imprescindible que los combatientes sean identificables por la parte adversaria en un conflicto armado. El uniforme, por ejemplo, indica normalmente que se trata de un miembro de las fuerzas armadas y por consiguiente de un combatiente. El Protocolo adicional I aclaró en su artículo 44(3) que “los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque”.

Sin embargo, se pueden dar situaciones que impidan a los combatientes distinguirse. El artículo 44(3) del Protocolo adicional I concede esta posibilidad, cuando dispone que “en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la

⁵⁸ Véase: Declaración con el objeto de prohibir el uso de ciertos proyectiles en tiempo de guerra (Declaración de San Petersburgo) de 1868.

⁵⁹ Artículo 43(2) del Protocolo adicional I de 1977.

⁶⁰ Véase también la norma 5 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, *op.cit.* nota 10.

⁶¹ Artículo 43(1) del Protocolo adicional I de 1977. Véase también la norma 4 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, *op.cit.* nota 10. Una excepción existe con respecto a la *levée en masse*.

⁶² Artículo 50(1) del Protocolo adicional I de 1977.

A. CAMEN

población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente:

- a) durante todo enfrentamiento militar; y
- b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar.”

Resulta entonces posible que el combatiente no se distingue en todo tiempo de los civiles, pero durante los enfrentamientos y los despliegues anteriores a estos, está obligado a hacerlo. El Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario encontró esta regla válida en los conflictos armados internacionales, pero no en los conflictos armados que no fuesen de índole internacional.⁶³

A pesar de que el artículo 13(2) del Protocolo adicional II prohíbe atacar a los civiles, no articula explícitamente la obligación de distinguir entre éstos y los combatientes. Se explica por la reticencia de los Estados a otorgar cualquier derecho a combatir a los grupos armados de oposición. Ni el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, ni el Protocolo adicional II se refieren a un concepto de combatiente. Como consecuencia tampoco definen lo que entienden por persona civil, ya que esta definición tiene que hacerse en oposición al combatiente.

Sin embargo, el derecho consuetudinario aclara que el principio de distinción rige también los conflictos armados no internacionales. El Estudio encontró una norma, según la cual “[l]as partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes.”⁶⁴

Aquí surge un problema que no se ha podido solucionar en el derecho. El problema consiste en saber cómo considerar a los miembros de los grupos armados de oposición en un conflicto armado no internacional, puesto que estos miembros actúan en contra de la ley nacional aún cuando acatan el derecho internacional humanitario.

En efecto, los miembros de los grupos armados no gozan de una inmunidad similar al estatuto de combatiente y pueden ser castigados por su mera participación en las hostilidades, independientemente de que si respetaron o no el derecho internacional humanitario. La combinación de estos factores parece ofrecerles pocos incentivos para cumplir con el derecho internacional

⁶³ Véase la norma 106 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, *op.cit.* nota 10.

⁶⁴ *Ibid.*, norma 1.

humanitario, sobre todo si la pena por haber levantado las armas suele ser una pena máxima.⁶⁵

Tal vez aún más compleja parece la pregunta de saber en qué medida los miembros de los grupos armados pueden ser legítimamente atacados y no únicamente arrestados. Como técnicamente no son combatientes, pueden ser considerados como civiles que participan en un conflicto armado. Similar a la situación en el contexto de un conflicto armado internacional, los civiles en un conflicto armado no internacional también pierden su inmunidad contra ataques “si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.”⁶⁶

Sin embargo, en relación con los grupos armados de oposición, la práctica de los Estados no es uniforme. Mientras que algunos Estados parecen considerar a los miembros de grupos armados de oposición como una especie de no-civiles, susceptibles de ser atacados en cualquier momento, otros tienden a apoyarse en el concepto de la participación directa de civiles en las hostilidades, pero sin que lo aplican de la misma manera.

Considerar los miembros de grupos armados de oposición como civiles parece conducir a un desequilibrio entre las partes en conflicto. Mientras que dichos miembros solo podrían ser atacados cuando participan directamente en las hostilidades, la misma restricción no se aplicaría a los ataques dirigidos contra las fuerzas armadas gubernamentales. En un conflicto armado, los miembros de éstas pueden ser atacados independientemente de un criterio de participación directa en las hostilidades, sin que eso constituya una violación del derecho internacional humanitario, y a pesar de que el mismo ataque puede constituir un delito grave según el derecho penal nacional.⁶⁷ La situación se podría equilibrar, hasta cierto punto, si se interpretaría que la pertenencia a un grupo armado de oposición constituye como tal una forma de participación directa en las hostilidades.⁶⁸ Pero no hay una respuesta clara al respecto en el derecho internacional humanitario y la práctica de los Estados parece dividida.

⁶⁵ Véase, sin embargo, el artículo 6(5) del Protocolo adicional II de 1977 según el cual “[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.”

⁶⁶ Véase el artículo 13(3) del Protocolo adicional II de 1977 lo cual dispone que “[l]as personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.” También el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

⁶⁷ Comparar también Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *op. cit.*, pp.19 y 21.

⁶⁸ *Ibid.*, ad normas 5 y 6, pp. 20 - 27.

A. CAMEN

Eso también tiene que ver con el hecho de que el contenido del concepto de la participación directa en las hostilidades no está definido, ni en los conflictos armados internacionales, ni en los que no son de índole internacional.

Es una cuestión que interpela la práctica, porque los criterios que permiten calificar la participación como “directa” y no “indirecta”, o aquellos que son necesarios para circunscribir los límites temporales de la pérdida de la inmunidad, se pueden interpretar en sentidos opuestos. Ciertos fenómenos recientes plantean dificultades particulares para la aplicación de estas reglas. Así, por ejemplo, la creciente interrelación entre el sector privado y las fuerzas armadas. Parece que éstas externalizan cada vez más a empresas privadas ciertas tareas porque permite reducir gastos o disponer de conocimientos altamente especializados que el manejo de ciertos sistemas de armas o de comunicación requiere.

Personas civiles que atacan a un adversario, tratan de capturar a miembros de sus fuerzas o apropiarse de su equipamiento participan muy probablemente de manera “directa” en las hostilidades. Se exponen entonces a ataques que son, en principio, legítimos. Pero cuando su participación consiste en tareas como mantener los sistemas informáticos del ejército, transportar el combustible de éste o vigilar la seguridad de una instalación, ya no es tan claro si es suficiente para convertir a estos civiles en objetivos militares o si no más bien mantienen su inmunidad contra los ataques.

El Comentario del Protocolo adicional I puntualiza al respecto que “[s]eguramente hay lugar aquí a un cierto margen de apreciación: restringir esta noción al combate y a las operaciones militares propiamente dichas sería demasiado estrecho; extenderla a la totalidad del esfuerzo de guerra sería demasiado amplio [...]. La participación directa en las hostilidades implica un nexo directo de causa a efecto entre la actividad ejercida y los golpes asestados al enemigo, en el momento y en el sitio en que esa actividad se ejerce.”⁶⁹ Si los ataques no pudiesen dirigirse contra los civiles, podrían tal vez ser dirigidos contra el material que manejan, dependiendo de la proporcionalidad entre la ventaja militar que se puede obtener mediante la destrucción del equipamiento y la muerte de los operadores civiles.

Una vez establecido que un civil participa directamente en las hostilidades, queda por saber durante cuánto tiempo no goza de inmunidad. No parece presentar mayores dificultades durante los enfrentamientos. Pero se puede volver muy complicado cuando se consideran las actividades que preceden a éstos y los que siguen. Algunos parecen entender que la fase preparatoria de un ataque es parte de las hostilidades. Como consecuencia, el civil que participara en ella no estaría protegido. ¿Pero a partir de que momento empezaría la preparación? ¿Incluye ya el entrenamiento?

⁶⁹ Comentario del Protocolo adicional I de 1977, *op. cit.*, párr. 1679.

El artículo 51(3) del Protocolo adicional I y el artículo 13(3) del Protocolo adicional II hablan de un tiempo bien restringido. Tratar de estirar este concepto puede socavar el principio de distinción subyacente a todo el derecho internacional humanitario y exponer a la población civil aún más a los efectos de las hostilidades.

Dadas las incertidumbres que persisten en la aplicación del concepto de la participación directa en las hostilidades y las graves consecuencias que resultan de su aplicación incorrecta, el CICR inició en 2003 un proceso de investigación, junto con el TMC Asser Institute. Mediante este trabajo se espera aclarar los elementos constitutivos del concepto y facilitar su interpretación y aplicación en los conflictos armados. Hubo cuatro reuniones de expertos militares, gubernamentales, académicos y de organizaciones internacionales y de la sociedad civil. Los resultados de estas reuniones se recogieron en una serie de informes resumidos de los debates y opiniones.⁷⁰ Un documento final está a punto de ser publicado con la intención de facilitar la interpretación del derecho internacional humanitario relativo a la participación directa de personas civiles en las hostilidades.

Del principio de distinción dimana también la prohibición de los ataques indiscriminados. Los párrafos 4 y 5 del artículo 51(4) del Protocolo adicional I de 1977 enuncian explícitamente esta prohibición que constituye además un caso concreto de la regla según la cual las partes en un conflicto armado no pueden elegir cualquier método, ni cualquier medio para combatir.

En primer lugar, se trata de los ataques que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil, porque no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; y los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar.

Además, los ataques indiscriminados incluyen “los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil”; así como los ataques desproporcionados, a saber “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.”⁷¹

⁷⁰ Los informes resumidos se pueden consultar en:
<http://www.cicr.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ihl-311205#a1>.

⁷¹ Artículo 51(5) del Protocolo adicional I de 1977.

A. CAMEN

El Protocolo adicional II de 1977 no contiene una prohibición de los ataques indiscriminados en los casos de conflictos armados no internacionales que cubre. Sin embargo, de la prohibición de atacar a las personas civiles, contenido en el artículo 13(2) de dicho Protocolo, se puede deducir que incluye los ataques indiscriminados o por lo menos varias de las hipótesis mencionadas por el artículo 51 del Protocolo I.

El derecho internacional consuetudinario descarta cualquier duda que pudiera persistir al respecto. Así que, establece que la práctica de los Estados considera que los ataques indiscriminados, en el sentido de dicho artículo 51, son prohibidos tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Las normas 11, 12, 13 y 14 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario son explicativas al respecto.

En el centro de estas normas, como del principio mismo de la distinción, se ubica la noción de objetivo militar.⁷² La cuestión es de saber lo que significa exactamente la noción de “objetivo militar”. Reaparecieron opiniones que pretenden dar un significado amplio a este término, tratando inclusive de cubrir bienes intangibles, para justificar la destrucción de ciertos bienes de importancia política, económico o psicológico para el adversario, tratando así de influir de manera indirecta en el transcurso del conflicto. Más que el bien como tal, lo que se busca atacar en estos casos es la capacidad de sostener la guerra, lo que puede incluir la economía, pero también la moral o la voluntad de luchar de un adversario. Una interpretación tan amplia conlleva un riesgo de vaciar el principio de distinción de su sustancia, porque abre la puerta a la guerra sin restricciones, rechazada por el derecho.

Los objetivos militares están definidos de manera general por el artículo 52(2) del Protocolo adicional I como “aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.” Esta norma es además de derecho consuetudinario.⁷³ Caen en esta definición, típicamente, bienes tangibles como un tanque, un puesto de artillería, un cuartel del ejército o un depósito de municiones, etc., inclusive las tropas. En cambio, son excluidos, en principio, objetos como un hospital, una escuela, un museo.

La formulación de los objetivos militares parece generalmente aceptada, pero no todos la entienden en el mismo sentido. En la práctica surgen problemas, por ejemplo, cuando los bienes que sirven normalmente para fines civiles, se utilizan

⁷² Sobre la noción de objetivo militar, véase también : Alexandra Boivin, *The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare*, University Centre for International Humanitarian Law, Research Paper Series, No. 2 / 2006.

⁷³ Véase la norma 8 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, *op.cit.* nota 10.

con fines militares. Quizás menos frecuente, pero también posible es el caso de un bien que es normalmente militar, pero que se utiliza con un fin civil, por ejemplo para trasladar a heridos. Un objeto puede además cumplir al mismo tiempo funciones que son a la vez civiles y militares, como sería el caso con una instalación eléctrica que sirve a la vez a la población civil y a las fuerzas armadas. En cada caso es necesario establecer, primero, si un objeto sirve al adversario militarmente y, segundo, si su destrucción mejora concretamente la situación militar del atacante. Con respecto a los bienes civiles, cuando no es posible determinar “si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.”⁷⁴ Como consecuencia no podría ser atacado.

En cambio, una vez establecido que un bien constituye efectivamente un objetivo militar, puede, en principio, ser atacado, pero no en cualquier momento, ni en cualquier forma. Intervienen una multitud de factores como la cercanía de civiles, las condiciones meteorológicas, las armas, etc. La legitimidad del ataque contra el objetivo sigue dependiendo de la proporcionalidad entre la ventaja militar y los daños civiles, así como la obligación de minimizar estos últimos. Serían prohibidos “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.”⁷⁵

Los artículos 57 y 58 del Protocolo adicional I especifican las medidas de precaución que las partes en conflicto deben tomar para evitar que las operaciones militares causen muertos o heridos civiles o daños a los bienes civiles.

Establecen reglas detalladas que requieren de los que preparan o decidan un ataque:

- “i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;
- ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;
- iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de

⁷⁴ Artículo 52(3) del Protocolo adicional I de 1977.

⁷⁵ Véase el artículo 51(5)(b) del Protocolo adicional I de 1977.

A. CAMEN

carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.⁷⁶

En la primera de estas hipótesis, incumbe al atacante asegurar que el objetivo del ataque sea efectivamente un objetivo militar. Pero no es suficiente. Inclusive si se identificó el objetivo como un objetivo militar, el ataque no puede concretizarse si el método o las armas contemplados no permiten evitar los daños en los civiles o los bienes protegidos. Es posible que tales consecuencias no se puedan evitar del todo. En este caso, el atacante está obligado, al no renunciar al ataque, de proceder de manera tal que los daños civiles sean los más reducidos posibles. Este es la segunda hipótesis del artículo 57(2) del Protocolo adicional I. Eso es diferente de la proporcionalidad, porque los daños pueden ser proporcionales, pero no los más mínimos que hubiesen sido posible, por ejemplo empleando un método de combate alternativo. La tercera hipótesis refuerza esta obligación de evitar los daños a los civiles, reafirmando la prohibición de ataques desproporcionales. Requiere que el atacante se abstenga del ataque contra un objetivo militar, cuando hay que prever que los daños a los civiles resultan excesivos, comparados con la ventaja militar concreta y directa que espera alcanzar.

En el caso de que podría atacar “varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.”⁷⁷ Además, en la ejecución de un ataque se puede que “se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”; en estos casos, el ataque debe ser suspendido o anulado.⁷⁸ En cualquier caso, a estas obligaciones se junta la obligación del atacante de dar aviso del ataque.⁷⁹

En los conflictos armados no internacionales, este conjunto de precauciones complementarias y vinculadas una a la otra, no se ha codificado en el Protocolo adicional II. Se concentra, en cierta medida, en la exigencia que “[l]a población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”, contenida en el artículo 13(1) de dicho Protocolo. Al no determinar el contenido de la protección, la aplicación de esta disposición puede resultar bastante ilusoria.

Sin embargo, en la práctica los Estados parecen apoyarse en el artículo 57 del Protocolo adicional I cuando de precauciones en los ataques en cualquier conflicto armado se trata. Así que, existe una amplia aceptación de cuidar en las

⁷⁶ Artículo 57(2)(a) del Protocolo adicional I de 1977.

⁷⁷ Ibid., artículo 57(3).

⁷⁸ Ibid., artículo 57(2)(b).

⁷⁹ Ibid., artículo 57(2)(c).

operaciones militares a los civiles mediante la comprobación de que los objetivos que se propone atacar sean efectivamente objetivos militares, y al ser así, que su ataque se lleve a cabo de manera tal que se eviten, o reducen a un mínimo, los daños a los civiles. En la práctica, los Estados reconocen inclusive la obligación de proceder a una evaluación de la proporcionalidad de tales daños comparados con la ventaja militar que esperan obtener y de suspender o anular el ataque si los daños resultarían excesivos.⁸⁰

Esta evaluación de la proporcionalidad de un ataque es sumamente difícil porque exige que se comparen valores que son intrínsecamente distintos. La dificultad crece aún más cuando se considera no únicamente el daño directo, por ejemplo los muertos civiles, sino también el daño indirecto para las personas civiles, por ejemplo en términos de residuos explosivos que contaminarán el área afectada o las consecuencias ecológicas o de salud para una población. El dilema es saber hasta donde el atacante debe apreciar la causalidad de los efectos del ataque para no cometer una violación del derecho internacional humanitario.

V. Aplicación nacional

Los ejemplos de las dificultades que pueden surgir al aplicar las reglas relativas a la distinción, la participación en las hostilidades, los objetivos militares o la proporcionalidad dejan entrever que las soluciones se encuentran muchas veces en las medidas nacionales que los Estados toman para acatar el derecho internacional. Es decir que el respeto del derecho internacional humanitario tanto convencional como consuetudinario depende últimamente de su implementación al nivel nacional. Sin esta implementación, la cual depende enteramente de los Estados y de las partes en conflicto, resultaría bastante ilusorio contar con una prohibición a nivel internacional de un método de combate o la obligación de emprender acciones de socorro. Ya la condición de que tales reglas sean conocidas y comprendidas supone algún tipo de acción o más bien toda una serie de acciones en el ámbito nacional, a empezar con medidas tan básicas, pero muchas veces desatendidas, como la traducción de las reglas en el o los idiomas nacionales.

Es por ello que la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja a finales del 1995 puso un énfasis, además de la elaboración de un estudio sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, en la necesidad de que los Estados adopten medidas nacionales que ponen dicho en derecho en obra.⁸¹ También encomendó al CICR de reforzar su

⁸⁰ Véase las normas 15-21 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, *op.cit.* nota 10.

⁸¹ Más recientemente, a finales de 2007 la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja volvió a insistir en la necesidad de lograr una aplicación eficaz de las normas del derecho internacional humanitario. Véase, en particular, la resolución 3 de la XXX Conferencia Internacional, párr. 21-35.

A. CAMEN

capacidad de proporcionar servicios de asesoramiento a los Estados que lo solicitaban. Se trata de un cometido asignado por los Estados al CICR y definido, en particular, en el artículo 5(2)(c) de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Según dicho artículo el CICR está encargado de “trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario.” Este mandato se puntualizó en la resolución 1 de la XXVI Conferencia Internacional, la cual suscribió tanto la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, aprobada el 1 de septiembre de 1993, como las recomendaciones formuladas por el Grupo Intergubernamental de Expertos que se reunió del 23 al 27 de enero de 1995 en Ginebra, Suiza.

Son numerosas las reglas que necesitan algún tipo de acción complementaria por parte de los Estados para que puedan aplicarse en la práctica una vez que haya estallado un conflicto armado. Las medidas que se deben tomar son de naturaleza diversa, y abarcan tanto ajustes legislativos como medidas de índole administrativa, práctica y educativa. Los tratados insisten expresamente en la importancia fundamental de aquellas medidas para garantizar la protección de las víctimas de la guerra. La costumbre internacional afirma a su vez ciertas obligaciones de los Estados al respecto. Así, el Estudio sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario confirma la regla, codificada en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y reiterada por el artículo 1 del Protocolo adicional I de 1977, según la cual las partes en conflicto deberán respetar y hacer respetar dicho derecho.⁸² Eso supone tomar todas las medidas nacionales apropiadas, sin las cuales no se podría cumplir con esta doble obligación.

El hecho de que los Estados deben ajustar su orden jurídico interno a sus compromisos internacionales no es propio al derecho internacional humanitario. Se trata más bien de un “principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken.”⁸³ Pero lo que sí parece propio o por lo menos característico en derecho internacional humanitario, es la detallada articulación por los tratados de muchas medidas nacionales que los Estados deben adoptar, y el énfasis que este derecho pone en la obligación de adoptarlas.

El Estudio sobre el derecho consuetudinario apunta varias medidas que corresponden a la costumbre. Entre ellas destacan la obligación de poner asesores jurídicos a disposición de los jefes militares;⁸⁴ la obligación de impartir cursos de

⁸² Véase la norma 139 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, *op.cit.* nota 10.

⁸³ Véase Permanent Court of International Justice, Exchange of Greek and Turkish Populations, Collection of Advisory Opinions, Series B, No. 10, 1925, p. 20.

⁸⁴ Véase la norma 141 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, *op.cit.* nota 10.

formación en derecho internacional humanitario a las fuerzas armadas;⁸⁵ la obligación de promover la enseñanza de dicho derecho entre la población civil;⁸⁶ pero también la obligación de poder tener penalmente responsables a los criminales de guerra y la obligación de investigar los crímenes de guerra.⁸⁷

A. Crímenes de guerra

La obligación de castigar los crímenes de guerra constituye una medida crucial para garantizar que se respete el derecho internacional humanitario. El consecuente cumplimiento con esta obligación tiene una alta probabilidad de incidir en el comportamiento de los portadores de armas y otras personas que toman decisiones acerca del respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados. En este contexto, es significativo que la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja recordó en 2007 “que aun cuando la aplicación, la formación y la educación son prerequisites para que los Estados cumplan con su obligación de respetar el derecho internacional humanitario, es necesario hacer respetar el derecho, particularmente mediante la rigurosa aplicación del sistema de responsabilidad individual por las violaciones graves del derecho internacional humanitario, para poner fin a la impunidad y estimular el futuro respeto.”⁸⁸

Los principales tratados del derecho internacional humanitario habían establecido un sistema de represión de los crímenes de guerra. Dicho sistema se basa en la prerrogativa que cada Estado tenga la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, crímenes de guerra, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Los Estados pueden, si así lo prefieren, y según las disposiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado interesado, si éste ha formulado contra ellas cargos suficientes.⁸⁹

El Protocolo adicional I de 1977 complementa estas reglas de los Convenios de Ginebra de 1949. Así, el Título V, Sección II, del Protocolo I puntualiza que las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones se aplican a las reglas establecidas por el Protocolo.⁹⁰ Así pues, el Protocolo desarrolla las normas codificadas por los Convenios de Ginebra en cuanto a la

⁸⁵ Ibid., norma 142.

⁸⁶ Ibid., norma 143.

⁸⁷ Ibid., normas 151 y 158.

⁸⁸ Resolución 3, Reafirmación y aplicación del derecho internacional humanitario, párr. 28. Véase también el párrafo 30 de la misma resolución, en el cual la Conferencia “[s]ubraya la importancia de sanciones visibles, previsibles y eficaces, penales o disciplinarias, a fin de hacer respetar el derecho internacional humanitario y de disuadir de futuras violaciones.”

⁸⁹ Artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

⁹⁰ Artículo 85(1) del Protocolo adicional I de 1977.

A. CAMEN

tipificación de las violaciones del derecho internacional humanitario, la comisión por omisión de las violaciones, la responsabilidad de los superiores y la asistencia judicial en materia penal.⁹¹

Por otro lado, el Estatuto de Roma de 1998 establece una Corte Penal Internacional que tiene competencia respecto de los crímenes de guerra.⁹² Es importante recordar que dicha Corte no sustituye a las jurisdicciones nacionales. Son ante todo los Estados a quienes incumbe la obligación y la responsabilidad de enjuiciar a los presuntos criminales de guerra. Sólo cuando un Estado Parte en el Estatuto de Roma no pueda o no quiera llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento, tendría la Corte Penal Internacional competencia. Así, la Corte sería competente para conocer de un asunto siempre y cuando un Estado no reivindique su propia jurisdicción.⁹³

Cabe notar que el Estatuto de Roma no obliga explícitamente a los Estados Parte a castigar los crímenes de la competencia de la Corte, pero sí lo supone, puesto que el mecanismo de complementariedad que prevé depende de la posibilidad de los Estados de reprimir dichos crímenes en el ámbito nacional.⁹⁴ Esto conlleva consecuencias legislativas para con la tipificación de los crímenes e inclusive por lo que atañe a las reglas generales que rigen la improcedencia del cargo oficial, la responsabilidad de los superiores, la imprescriptibilidad o las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.⁹⁵ Por consiguiente, resulta imprescindible que los Estados Parte en el Estatuto de Roma ajusten su derecho penal a dicho tratado para poder reprimir internamente los crímenes de la competencia de la Corte cuando se presente un caso.⁹⁶

La adecuación del derecho penal al Estatuto de Roma no puede menoscabar las obligaciones que dimanen de los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I. Se trata más bien de armonizar el régimen establecido en estos dos últimos con aquel estipulado por el Estatuto. Significa cerciorarse que la legislación penal permite, como mínimo indispensable e obligatorio, castigar los crímenes de guerra definidos por los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I de acuerdo al sistema de represión impuesto por dichos tratados. Las reglas del Estatuto pueden fortalecer, pero no deben debilitar, la arquitectura así

⁹¹ Artículos 85 – 88 del Protocolo adicional I de 1977.

⁹² Además de los crímenes de guerra, la Corte Penal Internacional tiene competencia respecto al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión. Véase el artículo 5 del Estatuto de Roma.

⁹³ Véase el preámbulo y los artículos 1, 17, 18 y 19 del Estatuto de Roma.

⁹⁴ El Preámbulo del Estatuto de Roma recuerda en su inciso 6 “que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.”

⁹⁵ Véase, en particular, los artículos 6, 7, 8, 27, 28, 29, 31, 32 y 33 del Estatuto de Roma.

⁹⁶ Los Estados Parte en el Estatuto de Roma se comprometieron, además, a cooperar plenamente con la Corte Internacional Penal. Véase el artículo 86 del Estatuto de Roma.

erigida, en cuanto a la definición de los crímenes de guerra, así como por lo que atañe a las reglas sobre la responsabilidad penal y el ejercicio de la acción penal.

Tanto los Convenios de Ginebra como el Protocolo adicional I definen los actos que corresponden a las infracciones que los Estados se comprometieron a castigar. Se trata de las violaciones más graves del derecho internacional humanitario. Corresponden a lo que el Protocolo adicional I define como crímenes de guerra.⁹⁷ Dichos crímenes están enumerados en los artículos 50, 51, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente, así como en los artículos 11 y 85 del Protocolo adicional I de 1977.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional codifica también una serie de crímenes de guerra que no siempre corresponden a una infracción grave en el sentido de los Convenios de Ginebra o del Protocolo adicional I. En efecto, el artículo 8 del Estatuto de Roma define cincuenta crímenes de guerra repartidos en cuatro categorías, o sea en (1) infracciones graves de los Convenios de Ginebra, (2) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, (3) violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y (4) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados no internacionales.

Al comparar los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I con el Estatuto de Roma, resulta que éste identifica una serie de crímenes de guerra que no figuran en la lista de las infracciones graves. Conciernen una parte de las violaciones graves contra las leyes y usos de los conflictos armados internacionales, así como todas las violaciones graves contra las leyes y usos de los conflictos armados no internacionales, en el sentido del artículo 8 del Estatuto de Roma.

Ejemplos de ello son los crímenes definidos por los artículos 8(2)(b)(iii), 8(2)(b)(xii), 8(2)(b)(xiv), 8(2)(b)(xvi), 8(2)(b)(xvii), 8(2)(b)(xviii), 8(2)(b)(xix), 8(2)(b)(xx), 8(2)(b)(xxiii), 8(2)(b)(xxiv), 8(2)(b)(xxv), 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto de Roma, por lo que a los conflictos armados internacionales se refiere, así como los crímenes contra el derecho aplicable en los conflictos armados no internacionales, definidos por los artículos 8(2)(c) y 8(2)(e) del Estatuto.

Por otro lado, conviene destacar que el Protocolo adicional I enumera algunos crímenes que no aparecen en el Estatuto de Roma. Se trata, en particular, de los ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, de los ataques contra localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, y de la demora injustificable en la repatriación de los prisioneros de guerra o de personas civiles, definidos por los artículos 85(3)(c), 85(3)(d) y 85(4)(b) del Protocolo adicional I, respectivamente. Además, aparecen en el Estatuto de Roma crímenes que se parecen a ciertas infracciones graves del Protocolo adicional I, pero cuyos elementos son más restrictivos, así que no abarcan la totalidad de las conductas

⁹⁷ Artículo 85(5) del Protocolo adicional I de 1977.

A. CAMEN

delictivas que dicho Protocolo obliga a los Estados castigar como crímenes de guerra.

Por ejemplo, cuando el artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma define el crimen que consiste en lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea, pone condiciones calificativas que no se encuentran en la figura del artículo 85(3)(b) del Protocolo adicional I. Este último define como crimen de guerra el lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos. Contrariamente al artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma, no exige que los daños sean “manifiestamente” excesivos, ni que se comparan con la ventaja militar “de conjunto”. Hacer depender la realización del crimen de estas condiciones imposibilitaría al juez nacional castigar el crimen de guerra del artículo 85(3)(b) del Protocolo adicional I, a pesar del compromiso del Estado de perseguir y enjuiciar la conducta.

En el mismo sentido, el crimen de atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares, definido por el artículo 8(2)(b)(v) del Estatuto de Roma, deja la posibilidad de comprobar que una ciudad sea un objetivo militar. Al ser así, el crimen contemplado no se consumirá. Según el Protocolo adicional I, cualquier ataque contra una ciudad constituye un crimen de guerra, porque nunca puede calificar como un objetivo militar. Tal ataque siempre reunirá los elementos del artículo 85(3)(a) del Protocolo adicional I, lo cual define el crimen de hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; o bien reunirá los elementos del artículo 85(3)(b) del Protocolo adicional I que define el crimen, antes mencionado, de lanzar un ataque indiscriminado.

El Estudio sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario muestra que la práctica de los Estados reconoce como crímenes de guerra una amplia gama de conductas. Entre ellas se encuentran las violaciones definidas como infracciones graves de los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I, así como los crímenes de guerra codificados por el Estatuto de Roma.

Más aún, conforme a la tendencia que se manifestó en otras áreas del derecho humanitario consuetudinario, la práctica parece atribuir menos importancia, que lo hace el derecho convencional, al carácter internacional o no internacional del conflicto armado, en el cual se cometen los crímenes de guerra. Así, por ejemplo, ha criminalizado como tales una serie de violaciones graves a las reglas sobre la conducción de las hostilidades que no se especifican en las letras c y e, referente a los conflictos armados no internacionales, del artículo 8(2) del Estatuto de Roma.

Estas comprendan el empleo de armas prohibidas, los ataques indiscriminados o los ataques contra localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas.⁹⁸

Cabe mencionar también que las normas consuetudinarias relativas a la represión de los crímenes de guerra no se limitan a la tipificación. El Estudio aclara que se han establecidas varias reglas acerca de la responsabilidad de los superiores por conductas de sus subordinados,⁹⁹ la exclusión de una orden como causa eximente de responsabilidad penal,¹⁰⁰ la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra,¹⁰¹ y la cooperación internacional en materia investigación y enjuiciamiento de los crímenes de guerra.¹⁰²

⁹⁸ Véase las explicaciones sobre la norma 156 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, *op.cit.* nota 10.

⁹⁹ Normas 152 y 153.

¹⁰⁰ Normas 154 y 155.

¹⁰¹ Norma 160.

¹⁰² Norma 161.

