

Ámbitos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario*

Juan Hernández Pastor**

El derecho internacional humanitario (DIH) es el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicable en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto.¹

1. Ámbitos de aplicación

Los ámbitos de aplicación del DIH han sido objeto de reflexión permanente a partir de las nuevas realidades presentadas por los sucesivos conflictos armados.

1.1. Ámbito de aplicación material

Partiendo de la definición previamente expuesta, se reconoce que el DIH está destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales. Por tanto, las implicancias relativas a la elección del término *conflicto armado*, constituyen un presupuesto necesario para una aproximación analítica a las condiciones que determinan la aplicabilidad de dicho cuerpo normativo.

* Este artículo se basa en otra obra publicada del mismo autor, titulada «Definición y Ámbito de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario». *Revista Virtual. Observatorio Regional sobre Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional*, julio de 2007.

** Las opiniones del autor no representan necesariamente los puntos de vista oficiales del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

¹ SWINARSKI, Christophe. *Introducción al derecho internacional humanitario*. San José/Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 11.

Con anterioridad a la utilización del término *conflicto armado*, las limitaciones aplicables en una circunstancia de enfrentamiento militar estaban circunscritas a una situación de guerra. «[...] the definition of «war» had as its main purpose the distinguishing of actions characterized as «war» from «measures of war» such as reprisals, armed interventions, blockades and other uses of armed force which did not have the same effect as that produced by a state of war [...]».²

De conformidad con el derecho internacional clásico, la guerra era un recurso permitido en el marco de la política exterior de los Estados soberanos y las condiciones para su reconocimiento estaban sujetas a la discrecionalidad de los mismos.

A state of war arises in International Law (a) at the moment, if any, specified in a declaration of war; or (b) if none is specified, then immediately upon the communication of a declaration of war; or (c) upon the commission of an act of force, under the authority of a State, which is done *animo belligerendi* or which, being done *sine animo belligerendi* but by way of reprisals or intervention, the other State elects to regard as creating a state of war, either by repelling force by force or in some other way; retroactive effect being given to this election, so that the state of war arises on the commission of the first act of force.³

En consecuencia, los Estados tenían la competencia para decidir si sus acciones correspondían o no a una guerra, pero el adversario quedaba en posibilidad de corregir dicha decisión. La adopción de la Convención de la Sociedad de Naciones en 1919, tampoco supuso la formulación de criterios objetivos, en la medida que sus disposiciones se limitaron a prohibir de manera general el recurso a la guerra y a establecer sanciones respecto de las infracciones a sus reglas sobre la observancia de un período de tres meses previo al inicio de las hostilidades:

The absolute right of states to go to war was not intended to be excluded altogether. [...] If the League Council, the Permanent Court of International Justice or an arbitral tribunal were concerned with a dispute, war was only permitted three months after a decision by the Court or the Tribunal or the submission of the Council report. Members disregarding such obligations under the Covenant were deemed to have committed an «act of war», entitling, but not obliging, other member states to go to war with the state which has broken the Covenant. In article 16 the Covenant provided for economic sanctions as an instrument of redress [...].⁴

² PARTSCH, Karl Josef. «Armed conflict». En Rudolf Bernhardt (director). *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. I. Amsterdam: Max Planck Institute, 1992, pp. 249-250.

³ McNAIR, A. D. «The legal meaning of war and the relation of war to reprisals». En *Transactions of the Grotius Society*, vol. 11, 1925, p. 45, citado por *Ibid.*, p. 250.

⁴ MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. Séptima edición. Londres: Routledge, 1997, p. 24.

Ante la ausencia de los elementos necesarios para la calificación objetiva de una situación de guerra, los Estados podían desentenderse, tanto de las prohibiciones existentes respecto de su inicio, como de las limitaciones relativas a su conducción. «In several cases during the inter-war period, States carried out warlike operations against others while declaring that they were not conducting war but measures short of war».⁵

En este sentido, la Carta de las Naciones Unidas (CNU) y los Convenios de Ginebra de 1949 constituyeron un cambio fundamental, en la medida que sus respectivas disposiciones descartaron el uso del término «guerra» e introdujeron conceptos ajenos a la intencionalidad de las partes involucradas. Así, mientras la CNU estableció una prohibición general respecto de la amenaza o el uso de la fuerza entre Estados, los Convenios de Ginebra reemplazaron el concepto de guerra por el de conflicto armado internacional. Este abarcaba tanto la guerra declarada como los restantes enfrentamientos armados entre Estados y las situaciones de ocupación total o parcial, con resistencia militar o sin ella.⁶ «This «objective formula» recognizes that military conflict in the post-Charter era is likely to take forms which do not fit the historic notions of warfare as formally declared between sovereigns».⁷

Posteriormente, la adopción del Protocolo I adicional amplió el espectro de situaciones calificadas como conflictos armados internacionales e incorporó en dicha categoría a las denominadas *guerras de liberación nacional*. Una guerra de liberación nacional es un conflicto en el que un pueblo, en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación, se enfrenta a un régimen que se lo impide. En consecuencia, la sustitución terminológica referida tuvo un efecto sustantivo respecto del ámbito de aplicación situacional de las normas de carácter humanitario.

La utilización del término *conflicto armado* también posibilitó el desarrollo de una normativa internacional aplicable a la conducción de hostilidades entre dos partes pertenecientes a un mismo Estado. En la medida que el derecho internacional clásico solo preveía normas respecto de una situación de guerra, definida como el enfrentamiento entre Estados soberanos, las denominadas *guerras civiles* eran ajenas a toda regulación internacional; la única posibilidad de hacerles extensiva la aplicación de las leyes de la guerra vigentes, era la obtención de un reconocimiento de beligerancia por parte del gobierno del Estado afectado. «Before the adoption of the 1949 Conventions civil war only came within the scope of international law if the insurgents

⁵ SCHINDLER, Dietrich. «The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols». *Recueil des cours de droit international*, tomo II, vol. 163, 1979, p. 125.

⁶ Véase artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

⁷ FRANCK, T. M. «Fairness in the international legal and institutional system. General Course on Public International Law». *Recueil des cours de droit international*, tomo III, vol. 240, 1993, p. 259.

were recognized as belligerents. Recognition of belligerency lays at the free discretion of the government which was opposing the insurgents [...] If the government recognized the insurgents, the laws of war became applicable in their entirety». ⁸

La adopción del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, marcó un hito en este sentido y determinó la superación del reconocimiento estatal de beligerancia, mediante la formulación de un mínimo de reglas automáticamente aplicables en todo conflicto armado «que no sea de índole internacional». ⁹ Por su parte, el Protocolo II adicional, desarrolló una normativa complementaria al artículo 3 común, aplicable de manera automática en aquellos conflictos armados entre Estados parte en dicho instrumento y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, caracterizados por contar con un mando responsable y un territorio respecto del cual ejerzan un control suficiente para la realización de operaciones militares sostenidas y concertadas y para la aplicación del Protocolo II adicional. ¹⁰

Por tanto, la ausencia de una declaración gubernamental respecto de la aplicabilidad de las normas de DIH en una situación de conflicto armado no internacional, no perjudica la exigibilidad jurídica de su observancia; tal y como declaró el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), las partes enfrentadas no pueden desconocer sus obligaciones una vez que el conflicto se ha iniciado en los hechos: «If the application of international humanitarian law depended solely on the discretionary judgment of the parties to the conflict, in most cases there would be a tendency for the conflict to be minimized by the parties thereto. Thus, on the basis of objective criteria, both Common Article 3 and Additional Protocol II will apply once it has been established there exists an internal armed conflict which fulfills their respective predetermined criteria». ¹¹

Una reflexión final sobre el término «conflicto armado», tiene que ver con la ausencia de una definición jurídica general en los instrumentos de DIH. De conformidad con la doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), dicha omisión facilita una interpretación amplia del espectro de aplicabilidad de sus normas:

Any difference arising between two States and leading to the intervention of armed forces is an armed conflict within the meaning of article 2 [...] It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place. The respect due to human personality is not measured by the number of victims. Nor, incidentally, does the application of the Convention necessarily involve the intervention of cumbersome machinery.

⁸ SCHINDLER, Dietrich. Ob. cit., p. 145.

⁹ Véase artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

¹⁰ Véase artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

¹¹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, N° ICTR-96-4-T, Judgement, para. 603.

It all depends on circumstances. If there is only a single wounded person as a result of the conflict, the Convention will have been applied as soon as he has been collected and tended [...] and his identity notified to the power on which he depends.¹²

Con ocasión de comentar el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, la doctrina del CICR mantuvo su posición respecto de la conveniencia de no limitar el concepto de conflicto armado mediante la formulación de una definición jurídica. «[...] it was suggested that the term “conflict” should be defined or, which would come to the same thing, that a certain number of conditions for the application of the Convention should be enumerated. The idea was finally abandoned—wisely, we think».¹³

Los riesgos inherentes a la caracterización normativa de una situación de conflicto armado, quedaron evidenciados con la redacción del supuesto de aplicación del Protocolo II adicional. «[...] al tratar de contener los elementos más objetivos posibles, la definición acaba por ser muy estricta, lo que limita extraordinariamente el ámbito de aplicación del Protocolo. En realidad, el Protocolo Adicional II solo se aplicaría a las guerras civiles clásicas. La mayoría de los conflictos armados internos que se han producido desde 1945, sin embargo, no encajan en esta definición [...]».¹⁴

Sin embargo, la determinación objetiva de la existencia de un conflicto armado suele ser un asunto controversial. De conformidad con la práctica observada, es usual que alguna de las partes enfrentadas pretenda desconocer la aplicabilidad del DIH, alegando que la situación de violencia atravesada no llega a constituir un conflicto armado; rebatir una afirmación en tal sentido, sin contar con argumentos jurídicamente oponibles, representa una dificultad considerable. En consecuencia, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los pronunciamientos por parte de terceros Estados y los llamamientos del CICR, cumplen una función trascendental en favor de la observancia del DIH en numerosas situaciones de conflicto. «Such reactions from the international community are important if the Conventions are not to remain a dead letter. It would also be desirable if the International Court of Justice were called on more often to clarify the legal situation».¹⁵

¹² PICTET, Jean. *Commentary. I Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field*. Ginebra: International Committee of the Red Cross, 1952, pp. 32-33.

¹³ *Ibíd.*, p. 49.

¹⁴ COMELLAS, María Teresa. «El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales». En José Carrillo Salcedo (coordinador). *La criminalización de la barbarie*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 335-336.

¹⁵ GASSER, Hans-Peter. *International Humanitarian Law. An Introduction*. Berna/Stuttgart/Viena: Henry Dunant Institute Paul Haupt Publishers, 1993, p. 23.

La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) recoge el siguiente pronunciamiento respecto de la existencia de un conflicto armado: «[...] we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State».¹⁶ Si bien esta caracterización omite criterios discutibles —como la intensidad de las hostilidades, o la extensión geográfica abarcada por los enfrentamientos—, introduce un criterio que condiciona el reconocimiento de los conflictos armados no internacionales a la existencia de una situación de violencia armada «prolongada» entre sus partes. En la medida que la sentencia no establece elementos objetivos para calificar la duración de una situación de violencia, estaría sentando un precedente peligroso respecto de la aplicabilidad del DIH.

Al respecto, cabe recordar que una interpretación acorde con el objeto y el fin de los instrumentos de DIH, deberá favorecer la aplicabilidad de sus disposiciones en toda situación que pueda conllevar al sufrimiento de las personas que se busca proteger; en consecuencia, toda vez que un Estado o un grupo armado organizado, destine la fuerza armada o la violencia armada en contra de un adversario, deberá tener presentes las reglas contenidas en el cuerpo normativo referido.

1.2. **Ámbito de aplicación personal**

Las normas de DIH han sido formuladas con la intención de vincular a todas las partes enfrentadas en una situación de conflicto armado; al respecto, resulta oportuno introducir algunas reflexiones acerca de la aplicabilidad de esta rama del derecho, en relación con las características particulares que presentan los destinatarios de sus disposiciones.

1.2.1. *Los Estados*

Los principales destinatarios formales de las normas de DIH son los Estados. «Although international humanitarian law has increasingly been implemented against and for the benefit of individuals [...] violations are attributed to States and measures to stop, repress and redress them must therefore be directed against the State responsible for the violations».¹⁷

¹⁶ Prosecutor *v.* Tadic a/k/a «Dule», N° IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, para. 70.

¹⁷ SASSOLI, Marco. «State responsibility for violations of international humanitarian law». *International Review of the Red Cross*, vol. 84, N° 846, 2002, p. 402.

La casi totalidad de los Estados de la comunidad internacional ha ratificado los cuatro Convenios de Ginebra de 1949;¹⁸ paralelamente, el carácter consuetudinario de algunas de sus principales normas, ha sido objeto de reconocimiento jurisprudencial. Asimismo, con ocasión de los juicios seguidos en Nuremberg por el Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra alemanes, se reconoció el carácter consuetudinario de importantes normas relativas a la conducción de hostilidades:

In response to the argument that Hague Convention No. IV did not apply because of the general participation, *si omnes*, clause (several of the belligerents were not parties to the Convention), the IMT appeared to acknowledge that at a time the Regulations were adopted, the participating states believe that they were making new law: «but by 1939 these rules laid down in the Convention were recognised by all civilised nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war».¹⁹

Una situación particular se observa respecto de los Protocolos I y II adicionales, en la medida en que dichos instrumentos no han sido ratificados por Estados como Irak y Estados Unidos, protagonistas de algunos de los conflictos armados de mayor envergadura de la historia reciente. A pesar del alto número de ratificaciones obtenido por dichos Protocolos,²⁰ tan solo aquellas reglas contenidas en las normas consuetudinarias, pueden ser consideradas como universalmente oponibles.

En consecuencia, las normas aplicables a los Estados enfrentados en una situación de conflicto armado pueden variar, atendiendo a las obligaciones vigentes respecto de cada uno de ellos. Al respecto, también se debe tener en cuenta la existencia de reservas formuladas por los Estados al momento de ratificar algunos instrumentos de DIH. Así, la mayoría de los Estados anteriormente denominados *socialistas*, formuló una reserva por la cual se excluye la aplicación del Convenio III de Ginebra de 1949 a los prisioneros de guerra que sean hallados culpables de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad;²¹ otro ejemplo destacable es la reserva formulada por algunos Estados en relación con la prohibición de imponer la pena de muerte en un territorio ocupado, respecto de aquellas personas protegidas que hubieran sido halladas culpables de espionaje, de actos graves de sabotaje contra las instalaciones militares de la potencia ocupante o de infracciones intencionales que causen la muerte de una o de varias personas, cuando la legislación vigente en dicho

¹⁸ Hacia el 08.05.03, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 contaban con 190 ratificaciones.

¹⁹ MERON, Theodor. «Geneva Conventions as customary law». *The American Journal of International Law*, vol. 81, N° 2, 1987, p. 359.

²⁰ Hacia el 08.05.03, el Protocolo I adicional contaba con 161 ratificaciones y el Protocolo II adicional contaba con 156.

²¹ Véase artículo 85 del Convenio III de Ginebra de 1949.

territorio, antes de la ocupación, no hubiera previsto la pena de muerte como sanción para tales conductas.²²

Una vez determinadas las vinculaciones jurídicas de un Estado en materia de DIH, puede plantearse el problema de la atribución de responsabilidad por las violaciones cometidas a sus normas. Si la violación de una norma de DIH consiste en una conducta que resulta atribuible a un Estado, ella generará su responsabilidad internacional.

El Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre estableció la responsabilidad de sus Estados parte, respecto de los actos cometidos en contra de su Reglamento Anexo por las personas que formen parte de su fuerza armada.²³ Asimismo, en desarrollo de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 91 del Protocolo I adicional estableció la responsabilidad de los Estados parte en los Convenios y en dicho Protocolo, respecto de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas.²⁴

Art. 91 was adopted by consensus [...] Viewed as a result pertaining to the cumulative application and interpretation of The Hague and Geneva rules, it lays down a principle for the origination of responsibility for any humanitarian *delicta juris gentium*. The attribution clause [...] is a new codification of a long applied customary and treaty rule, and is a coherent part of the Protocol.²⁵

De conformidad con el Protocolo I adicional, las fuerzas armadas de un Estado parte están compuestas por «todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte».²⁶ En consecuencia, la responsabilidad estatal puede ser generada por los actos cometidos, tanto por las fuerzas armadas regulares, como por las milicias, cuerpos voluntarios y movimientos de resistencia, que tengan un estatus gubernamental de acuerdo con el derecho interno de la parte en cuestión.

Attributable as *prima facie* acts of the party to the conflict in accordance with the humanitarian *ratio materiae* of the Protocol are all authorized or unauthorized actions and omissions of every low-ranking soldier, minor officer and even medical personnel and chaplains, belonging to the armed forces of that party. Members of the armed forces and military units assigned to civil defence under Art. 67 Protocol I are also included,

²² Véase artículo 68 del Convenio IV de Ginebra de 1949.

²³ Véase artículo 3 del Convenio IV de La Haya de 1907.

²⁴ Véase artículo 91 del Protocolo I adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

²⁵ KAMENOV, Tihomir. «The origin of state and entity responsibility for violations of international humanitarian law in armed conflicts». En Frits Kalshoven e Yves Sandoz (editores). *Implementation of international humanitarian law*. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 173-174.

²⁶ Véase artículo 43 del Protocolo I adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

as well as persons of the police and other law-enforcement agencies organized along military lines, after notification to the opposing party.²⁷

La redacción del artículo 7 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, podría llevar a cuestionar la responsabilidad estatal por los actos cometidos por sus soldados, en tanto particulares. «Under the said Draft article, a State is, however, responsible only for the conduct of members of its armed forces acting in that capacity. This limitation may exclude all acts committed as a private person, such as theft or sexual assaults by a soldier during leave in an occupied territory».²⁸ En este sentido, resulta importante mencionar que el proyecto de la Comisión prevé una excepción en su aplicación respecto de aquellas reglas de derecho internacional que tengan un carácter especial. En la medida que las fuerzas armadas constituyen una categoría particular de agentes estatales —respecto de los cuales se ejerce un control especialmente estricto, y cuya participación en una circunstancia de conflicto armado obedece siempre al cumplimiento de un deber asignado—, cabe plantear una interpretación acorde con el Protocolo I adicional, por la que se exceptúe la regla contenida en el artículo 7 del proyecto y se reconozca una responsabilidad estatal absoluta respecto de la conducta de sus fuerzas armadas.

Otra reflexión sobre la atribución de responsabilidad estatal por la comisión de violaciones al DIH se refiere a los actos cometidos en un conflicto armado, por un grupo armado que pueda ser considerado como un agente *de facto* de un Estado extranjero. Con ocasión de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, se estableció que para atribuirle a un Estado extranjero la responsabilidad por las violaciones al DIH cometidas por un grupo armado, debía probarse que dicho Estado tenía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se hubieran cometido las violaciones alegadas; por tanto, se consideraba excluida la responsabilidad estatal en el caso que su participación se hubiera limitado al financiamiento, organización, entrenamiento, abastecimiento o equipamiento del grupo armado en cuestión.

Sin embargo, en el marco de un proceso de responsabilidad individual seguido ante el TPIY, su Cámara de Apelaciones resolvió sobre la base de un criterio de control general: «The ICTY Appeals Chamber correctly rejects this argument. [...] In its view, when responsibility for a military organization is in question, overall control by a foreign State over that organization is sufficient to render the foreign State

²⁷ KAMENOV, Tihomir. Ob. cit., p. 175.

²⁸ SASSÒLI, Marco. Ob. cit., p. 405.

responsible for all acts of that organization [...]».²⁹ Así, el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones del TPIY coincide con la propia lógica de la responsabilidad internacional de los Estados, al establecer un grado de control general como requisito suficiente para atribuir a un Estado extranjero la responsabilidad por las violaciones al DIH cometidas por grupos armados.

Un supuesto adicional de responsabilidad estatal por violaciones al DIH tiene que ver con la conducta de los grupos armados organizados en contra de las autoridades gubernamentales de un Estado. El artículo 10 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* de la Comisión de Derecho Internacional ha contemplado el tema y ha establecido que los actos cometidos por un movimiento insurreccional serán atribuibles al Estado afectado, siempre que dicho movimiento llegue a convertirse en el nuevo gobierno; asimismo, si el movimiento consigue establecer un nuevo Estado, su conducta será atribuible a este. Si bien la Comisión ha considerado que la definición de los grupos aludidos por el término *movimiento insurreccional*, puede tomar como pauta el umbral de aplicación establecido por el Protocolo II adicional,³⁰ dicha interpretación no podría justificar la exoneración de responsabilidad por la comisión de violaciones al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ocurridas en un momento previo a la aplicación del referido Protocolo.

Finalmente, resulta pertinente referirse a la responsabilidad estatal generada por la obligación de «hacer respetar» las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 en todas las circunstancias.³¹ Si bien la CIJ reconoció que dicha obligación constituía un principio general de derecho humanitario, aplicable en toda situación de conflicto armado, no existe una formulación jurisprudencial o doctrinaria que defina su contenido de manera específica. Al respecto, algunos autores han planteado una aplicación concreta de la obligación de «hacer respetar», con relación a la falta de diligencia de un Estado, frente a la comisión de violaciones al DIH por parte de individuos que no puedan ser considerados como sus agentes. «Private entities or individuals may violate international humanitarian law even if their conduct cannot be attributed to a State. In relation to such conduct, a State may have an obligation to exercise new diligence in order to prevent conduct contrary to international law and to prosecute and punish it if it occurs».³² Si bien la violación del DIH por parte de entidades

²⁹ SASSÒLI, Marco y Laura M. OLSON. «The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case. New horizons for international humanitarian and criminal law?». *International Review of the Red Cross*, vol. 82, N° 839, 2000, pp. 738-739.

³⁰ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, para. 11 on article 10.

³¹ Véase artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

³² SASSÒLI, Marco y Laura OLSON. Ob. cit., p. 411.

privadas o individuos es un tema controversial para la doctrina especializada, cabe mencionar que existen normas de DIH que remiten directamente a la observancia de una diligencia debida por parte de los Estados, en relación con la conducta de los particulares.³³ Asimismo, la inobservancia de las obligaciones preventivas a ser tomadas en tiempo de paz,³⁴ o de las obligaciones relativas a la represión de las infracciones graves al DIH,³⁵ pueden ser factores a tenerse en cuenta en el debate sobre la posibilidad de atribución de responsabilidad estatal mencionada.

1.2.2. Los movimientos de liberación nacional

La aplicación del DIH respecto de las partes enfrentadas en un conflicto armado, a través del cual un movimiento de liberación nacional lucha en ejercicio del derecho a la libre determinación de un pueblo, supuso una revisión de la división objetiva entre las normas aplicables a los conflictos armados internacionales y aquellas aplicables a los conflictos armados no internacionales.

De conformidad con el derecho a la libre determinación de los pueblos, un pueblo tiene el derecho de establecer libremente su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural.³⁶ La consagración de este derecho como una de las bases de las relaciones internacionales bajo el sistema de las Naciones Unidas³⁷ dio lugar a la formulación de una serie de documentos que aludían a la legitimidad de las luchas emprendidas en su defensa, equiparando su tratamiento con la protección destinada por el DIH a los conflictos armados internacionales.

El proceso se inició con la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, titulada *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, en la cual se demandó el cese del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones. En este orden de ideas, la Resolución 2105 (XX) de la Asamblea General reconoció la legitimidad de la lucha por ejercer el derecho a la libre determinación y a la independencia e invitó a los Estados a prestar ayuda a los movimientos de liberación nacional en los territorios coloniales. La cuestión de la aplicabilidad del DIH fue recogida, tanto por la Resolución XXIII de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán (1968), como por la Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General,

³³ Así, el artículo 13 del Convenio III de Ginebra de 1949, establece que «los prisioneros de guerra deberán ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra todo acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública».

³⁴ Véanse artículo 47 del Convenio I de Ginebra de 1949, artículo 48 del Convenio II de Ginebra de 1949, artículo 127 del Convenio III de Ginebra de 1949 y artículo 144 del Convenio IV de Ginebra de 1949.

³⁵ Véanse artículo 49 del Convenio I de Ginebra de 1949, artículo 50 del Convenio II de Ginebra de 1949, artículo 129 del Convenio III de Ginebra de 1949 y artículo 146 del Convenio IV de Ginebra de 1949.

³⁶ Véase artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁷ Véase artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas.

las cuales reclamaron el tratamiento de prisionero de guerra, de conformidad con el Convenio III de Ginebra de 1949, para los detenidos con ocasión de una lucha contra regímenes coloniales o contra regímenes minoritarios racistas. Resoluciones similares fueron adoptadas en relación con las luchas de liberación producidas en Sudáfrica, Namibia, Rhodesia del Sur y los territorios bajo administración portuguesa. Finalmente, la Asamblea General adoptó la Resolución 3103 (XXVIII), titulada *Principios básicos de la condición jurídica de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y foránea*, la que reconoce a los conflictos armados que involucran una lucha contra la dominación colonial y extranjera y contra regímenes racistas, el carácter de conflicto armado internacional con arreglo a los Convenios de Ginebra de 1949.

En atención a lo expuesto, pueden identificarse tres supuestos contemplados por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la dominación colonial, la dominación extranjera y los regímenes racistas. «[...] these situations are three examples of denial of self-determination, which have acquired a specific meaning and content within the United Nations. [...] armed struggles aimed at resisting the forcible imposition or maintenance of these situations in order to allow the people subjected to them to exercise its right of self-determination can be legally characterized as wars of national liberation».³⁸ Al respecto, cabe precisar que una interpretación acorde con la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (1970), excluye la calificación de *guerra de liberación nacional*, respecto de la secesión de un Estado respetuoso del derecho a la libre determinación de los pueblos:

Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color.

En el marco del desarrollo reseñado, se produjo la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados (1974-1977), cuyo corolario fue la adopción de los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. Una de las razones que motivó dicho esfuerzo de actualización del DIH vigente a la época tuvo

³⁸ ABI-SAAB, G. «Wars of national liberation in the Geneva Conventions and Protocols». *Recueil des cours de droit international*, tomo IV, vol. 165, 1979, pp. 393-394.

que ver con la ausencia de normas adecuadas para el tratamiento de los problemas relativos a las guerras de liberación nacional. En consecuencia, se acordó convocar la participación, sin derecho a voto, de aquellos movimientos de liberación nacional que contaran con el reconocimiento de una organización internacional de carácter regional, y se extendió una invitación que reconocía de manera expresa que tales movimientos podían contribuir positivamente al desarrollo progresivo y a la codificación del DIH.

El debate relativo a la regulación de las guerras de liberación nacional, condujo a la adopción del artículo 1.4 del Protocolo I adicional, por el cual se estableció que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo referido, serían de aplicación en aquellas situaciones de conflicto armado «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, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas».

Si bien el artículo 1.4 recogió los supuestos de guerras de liberación nacional establecidos por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, introdujo una variante al referirse a «la ocupación» y no a «la dominación» extranjera. El cambio obedeció a una propuesta de los países latinoamericanos participantes, quienes buscaron excluir una posible interpretación por parte de grupos disidentes, en el sentido de considerar que una insurrección armada podía justificarse en el caso de aquellos gobiernos que, según su apreciación, se encontraran bajo una «dominación extranjera».

De conformidad con el artículo 96.3 del Protocolo I adicional, la aplicación de las normas de DIH en los supuestos mencionados se produce una vez que la autoridad que representa al pueblo enfrentado con un Estado parte dirige una declaración unilateral al depositario del instrumento³⁹ y se compromete a aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 y dicho Protocolo en relación con el conflicto armado.

Con ocasión de la Conferencia Diplomática de Ginebra, se planteó la posibilidad de exigir el reconocimiento por parte de la organización internacional regional competente, para que un movimiento de liberación nacional pudiera formular una declaración unilateral en el sentido del Protocolo I adicional. Dicha propuesta fue descartada, en vista del riesgo que implicaba en relación con la escasa probabilidad de que un movimiento de liberación nacional fuese reconocido por una organización regional

³⁹ El depositario del Protocolo I adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 es el gobierno suizo.

integrada por su adversario. «[...] while recognition by regional organizations reduces the margin of possible controversy, it is not constitutive of the international status or *locus standi* of the liberation movement for the purposes of the Geneva Conventions and the Protocol».⁴⁰

En consecuencia, para que un movimiento de liberación nacional pueda comprometerse a la aplicación del DIH, solo se requerirá que ostente el carácter de autoridad representativa del pueblo en cuestión; una evaluación al respecto, deberá tener en cuenta que el propio gobierno o régimen enfrentado perjudica la verificación del requisito, en la medida que su actitud contraria al ejercicio del derecho a la libre determinación, dificulta el desarrollo de una representatividad formal al interior del pueblo.

Algunas normas del Protocolo I adicional suponen la existencia de un grado de organización que permita al movimiento dar cumplimiento a sus disposiciones respectivas. En este sentido, el artículo 96.3 implica que el movimiento esté en capacidad de obligarse respecto de la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I adicional, en la misma medida que el Estado parte adversario. Asimismo, la redacción del artículo 43 hace una referencia expresa a un mínimo de organización exigible, al determinar que las fuerzas armadas de las partes en conflicto son «todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte» y que las fuerzas armadas así descritas, «deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados».

La doctrina ha señalado que la capacidad de sostener un conflicto de manera continua y efectiva, resulta un indicio importante en relación con la representatividad ejercida por un movimiento de liberación nacional. Sin embargo, no debe perderse de vista que dicha efectividad no supone el desarrollo de un conflicto armado de alta intensidad, en la medida que las operaciones militares al alcance de las capacidades de un movimiento de liberación nacional suelen estar limitadas a métodos ajenos al despliegue masivo de recursos bélicos. En respaldo de esta interpretación, cabe recordar que el propio Protocolo I adicional reconoce que en los conflictos armados se producen situaciones en las que un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil debido a la índole de las hostilidades,⁴¹ descripción que remite al método de guerrilla característico de dichos movimientos.

De conformidad con el Protocolo I adicional, la declaración extendida tiene carácter unilateral y surte sus efectos una vez recibida por el depositario; en este sentido, se

⁴⁰ ABI-SAAB, G. Ob. cit., p. 409.

⁴¹ Véase artículo 44.3 del Protocolo I adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

otorga a los movimientos de liberación nacional la posibilidad de someterse o no a las normas del DIH convencional. «A este respecto, están en una situación jurídica fundamentalmente diferente de la de una parte insurrecta en un conflicto armado no internacional: si el Estado en cuyo territorio se desarrolla dicho conflicto es Parte en los Convenios y en el Protocolo II, el artículo 3 común a los Convenios y, en su caso, el Protocolo II, obligarán desde el comienzo a todas las partes en ese conflicto armado».⁴²

Así, en concordancia con la opinión mayoritaria de la comunidad internacional manifestada en el sistema de Naciones Unidas, la solución establecida por el Protocolo I adicional busca superar la imposibilidad de los movimientos de liberación nacional de acceder a la condición de parte en los instrumentos de DIH aplicables a los conflictos armados internacionales. «Le mouvement de libération nationale ne devient donc pas une Haute Partie contractante *stricto sensu*. Dans ces limites, la déclaration entraîne l'application des Conventions et du Protocole entre le mouvement de libération nationale et l'État qu'il combat [...]».⁴³

Con miras a lograr la aplicabilidad de las normas destinadas a los conflictos internacionales en todos los casos de guerras de liberación nacional, la doctrina ha interpretado que la vía de aceptación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, según lo dispuesto en su artículo 2.3 común, estaría abierta a la autoridad que represente a un pueblo que lucha por su derecho a la libre determinación, en contra de un Estado parte en los referidos Convenios pero no en el Protocolo I adicional. «If the term "Power" is interpreted according to the objective and purpose of the Geneva Conventions, it does not seem out of question to regard a liberation movement as a "Power". [...] It is revealing for the objective and purpose of the Geneva Conventions that already during the drafting of the Conventions it was declared to be in the spirit of the Conventions that the parties to a conflict would apply them to the broadest possible extent».⁴⁴

Finalmente, más allá de las eventuales controversias relativas a la aplicabilidad de las normas convencionales mencionadas, cabe recordar que las guerras de liberación nacional constituyen un supuesto ineludible de aplicación de las reglas de DIH contenidas en normas consuetudinarias y en normas de *jus cogens*.

⁴² ZIMMERMANN, Bruno. «Protocolo I. Artículo 96 – Relaciones convencionales a partir de la entrada en vigor del presente Protocolo». En Yves Sandoz y otros (editores). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*. Tomo II. Santa Fe de Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja/Plaza y Janés, 2001, p. 1514.

⁴³ DAVID, Eric. *Principes de droit des conflits armés*. Bruselas: Bruylant, 1994, pp. 189-190.

⁴⁴ SCHINDLER, Dietrich. Ob. cit., pp. 135-136.

1.2.3. *Los grupos armados organizados*

Las normas convencionales de DIH destinadas a regular los conflictos armados no internacionales están dirigidas tanto a los Estados parte en dichos instrumentos, como a los grupos armados organizados —término que alude de manera general a todo grupo de particulares que se constituye como parte en un conflicto armado— en su territorio.

En opinión de la doctrina, la vinculación de cada una de las partes enfrentadas cumple un objetivo humanitario esencial, en la medida que favorece la aplicabilidad del DIH en relación con todas las posibles víctimas del conflicto. «This is necessary not only because victims must equally be protected from rebel forces but also because, if IHL did not respect the principle of equality of belligerents before it in non-international armed conflicts, it would have an even smaller chance of being respected by either the governmental forces, because they would not benefit from any protection under it, or by the opposing forces, because they claim not to be bound by it».⁴⁵

En este sentido, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, señala que la aplicación de sus disposiciones es obligatoria para «cada una de las Partes» en un conflicto armado que no sea de índole internacional. Dicha disposición supuso una innovación respecto del derecho internacional existente al momento de su adopción. «Todavía no hace mucho se consideraba como jurídicamente irrealizable la idea de obligar mediante un Convenio internacional a una parte no signataria y, lo que es más, a una parte aún no existente, de la que ni siquiera se exige que represente a una entidad jurídica capaz de comprometerse internacionalmente».⁴⁶

Por su parte, la redacción del Protocolo II adicional ha sido objeto de cierta controversia, en la medida que su texto definitivo no recoge el término *partes en conflicto*. Algunas opiniones han señalado que esta reformulación respecto del artículo 3 común consagra una desigualdad jurídica perjudicial para los Estados parte, ya que les atribuye una serie de obligaciones en relación con los conflictos armados no internacionales de manera exclusiva.

La omisión terminológica referida fue resultado de una preocupación coyuntural por parte de un grupo de Estados negociadores del Protocolo II adicional. «[...] la

⁴⁵ SASSÒLI, Marco y Antoine A. BOUVIER. *How does law protect in war?* Ginebra: International Committee of the Red Cross, 1999, p. 214.

⁴⁶ PICTET, Jean. «Comentario del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional». En Sylvie Junod y otros (editores). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*. Santa Fe de Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja/Plaza y Janés, 1998, p. 338.

versión final del Protocolo suprimió la expresión “Partes contendientes”, a petición de los países del Tercer Mundo que veían en ella una equiparación legal inaceptable entre el gobierno establecido y los grupos rebeldes». ⁴⁷ Sin embargo, dicha opción legislativa debe ser interpretada en el marco del artículo 3 común, respecto del cual el Protocolo II adicional tiene una relación complementaria; en este sentido, una lectura adecuada del Protocolo en cuestión, en tanto desarrollo de la regulación contenida en el artículo 3 común, permite concluir que sus disposiciones están dirigidas a todos aquellos que toman parte en un conflicto armado no internacional.

Si bien el Protocolo II adicional establece un umbral de aplicabilidad superior en relación con el artículo 3 común, las condiciones objetivas que establece respecto de las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, ⁴⁸ no representan una variante en relación con su capacidad para asumir compromisos internacionales.

La atribución de los derechos y obligaciones contenidos en el artículo 3 común y en el Protocolo II adicional, respecto de grupos armados organizados que no están en capacidad de ser partes en los instrumentos señalados, suscita una serie de dificultades de orden práctico. «A pesar de que la responsabilidad de los grupos armados de oposición respecto de violaciones del derecho internacional humanitario, es una consecuencia lógica de su obligación de aplicar las disposiciones de ese derecho, la aplicación práctica de esa responsabilidad plantea problemas que son de una índole diferente a los que se relacionan con la responsabilidad del Estado». ⁴⁹

Algunas interpretaciones han procurado una solución a esta aparente paradoja mediante la atribución directa de responsabilidad internacional a los grupos armados organizados. Así, un sector de la doctrina considera que la creación de reglas convencionales a ser respetadas por todas las partes enfrentadas en conflictos armados no internacionales supone que todas las partes cuenten con la personalidad jurídica necesaria para darles cumplimiento. En consecuencia, los Estados habrían conferido cierto grado de subjetividad internacional a los grupos armados organizados, responsabilizándolos internacionalmente por la observancia de las normas que les resultan aplicables.

La posición referida ha buscado sustento en las reglas clásicas de responsabilidad del Estado en caso de una insurrección victoriosa; estas reglas reconocen que el Estado

⁴⁷ VALENCIA VILLA, Alejandro. «El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra». En *Conflicto armado y derecho humanitario*. Santa Fe de Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja/Universidad Nacional de Colombia/Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 1994, p. 109.

⁴⁸ Véase artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

⁴⁹ KALSHOVEN, Frits y Liesbeth ZEGVELD. *Restricciones a la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario*. Tercera edición. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001, p. 87.

es internacionalmente responsable por los actos de los insurrectos, siempre y cuando estos lleguen al poder. En este orden de ideas, se ha pretendido que una interpretación *contrario sensu*, llevaría a que los insurrectos derrotados sean internacionalmente responsables por sus actos. «Une responsabilité internationale propre du mouvement insurrectionnel est donc imaginable, bien qu'en pratique, elle ne devrait pas jouer un rôle considérable puisque, soit le mouvement triomphe et sa responsabilité internationale est absorbée par celle de l'État, soit le mouvement échoue, et sa responsabilité internationale ne risque guère d'entraîner beaucoup de conséquences étant donné que le mouvement disparaît ...». ⁵⁰

El *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* de la Comisión de Derecho Internacional, ha recogido la regla de atribución de responsabilidad internacional a un Estado por los actos cometidos por un movimiento insurreccional victorioso; no obstante, si bien excluye la responsabilidad internacional estatal por actos cometidos por movimientos insurreccionales fracasados, no llega a atribuir dicha responsabilidad a tales movimientos en sí mismos: «A further possibility is that the insurrectional movement may itself be held responsible for its own conduct under international law, for example for a breach of international humanitarian law committed by its forces. The topic of the international responsibility of unsuccessful insurrectional or other movements, however, falls outside the scope of the present Articles, which are concerned only with the responsibility of States». ⁵¹

En la medida en que no quede establecida la posibilidad de atribuir responsabilidad internacional a los grupos armados organizados, no podrá considerarse que la exigibilidad de su observancia respecto de las normas de DIH constituya un reconocimiento de subjetividad internacional. Ante la ausencia de instrumentos normativos o precedentes jurisprudenciales que dispongan dicha atribución de manera expresa, la posición señalada permanece como una aproximación teórica controversial.

En otro orden de ideas, algunos autores han derivado la exigibilidad de las obligaciones contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo II adicional, de la incorporación de sus disposiciones en la legislación interna de los Estados parte:

Una explicación, más aceptable desde el punto de vista jurídico, consiste en considerar que una vez que el Gobierno ha manifestado que el Estado acepta quedar vinculado en el plano internacional por el Protocolo, este pasa a formar parte del derecho interno del Estado (*part of the law of the land*) y vincula tanto a los individuos como al gobierno,

⁵⁰ DAVID, Eric. Ob. cit., p. 547.

⁵¹ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, para. 16 on article 10.

el actual y los futuros, así como a cualquier movimiento de oposición que ponga en tela de juicio la representatividad o la autoridad de dicho gobierno.⁵²

De conformidad con esta interpretación, los instrumentos de DIH aplicables en una situación de conflicto armado no internacional obligarían de manera indirecta a cada uno de los integrantes de un grupo armado organizado. «Once the State is bound by IHL, those rules either become part of its internal law or must be put into effect through implementing legislation. This internal law then applies to everyone on the territory of the State. Under this construction, IHL indirectly obliges [...]».⁵³

Paralelamente, algunas opiniones han preferido una interpretación que vincule directamente a los individuos respecto de los instrumentos mencionados, lo que ha dado lugar a una atribución de responsabilidad internacional individual, más allá de toda consideración acerca de la condición del grupo armado organizado como tal. «The entity is not a Party to the Conventions, nor does it exist until there is a conflict. A possible solution avoiding that complexity and artificiality is to consider that the obligations imposed by the article devolve upon the whole of the population of the State concerned [...] This would, if correct, be an instance of obligations, international in nature, inhering directly in individuals».⁵⁴

La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, han contribuido a centrar cada vez más el interés de la doctrina en la conducta de los particulares individualmente considerados, en detrimento de las reflexiones relativas a la existencia de una responsabilidad internacional colectiva a cargo de los grupos armados organizados.

1.2.4. *Los miembros de operaciones de paz*

La ONU establece que el propósito fundamental de la organización es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales;⁵⁵ en este sentido, su capítulo VII prevé la posibilidad de que el Consejo de Seguridad ejerza acciones coercitivas para el restablecimiento o mantenimiento de la paz y la seguridad, mediante operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres facilitadas por los Estados miembros.⁵⁶ Sin embargo, dado que no se han suscrito los convenios especiales para poner

⁵² ABI-SAAB, Georges. «Los conflictos armados no internacionales». En *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*. Madrid: Tecnos/Instituto Henry Dunant/UNESCO, 1990, pp. 229-230.

⁵³ SASSOLI, Marco y Antoine A. BOUVIER. Ob. cit., p. 215.

⁵⁴ DRAPER, G. I. A. D. «The Geneva Conventions of 1949». *Recueil des cours de droit international*, tomo I, vol. 114, 1965, p. 96.

⁵⁵ Véase artículo 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁵⁶ Véase artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas.

a disposición del Consejo de Seguridad las fuerzas armadas mencionadas,⁵⁷ el mecanismo previsto en el capítulo VII nunca se ha puesto en práctica.

La inacción del Consejo de Seguridad ha motivado el desarrollo de medidas provisorias, consentidas por las partes enfrentadas en una situación de conflicto armado, que consisten en el despliegue de efectivos militares bajo el comando y control de las Naciones Unidas, para la creación y mantenimiento de zonas de interposición, o para la supervisión del cumplimiento de los acuerdos celebrados por las partes. La determinación del fundamento jurídico de estas medidas, denominadas *operaciones para el mantenimiento de la paz*, ha sido objeto de controversia por parte de la doctrina especializada:

Para algunos, estas operaciones funcionan como mecanismos pacíficos de solución de diferendos, empleados en virtud del art. 14, en el caso de la AG o del art. 36 si la autoriza el CS. No tendrían, en consecuencia, distinción entitativa de otras medidas que se pueden tomar para el arreglo pacífico de controversias [...] Otros prefieren ver en las operaciones de mantenimiento de la paz una enmienda a la Carta por la práctica general de la Organización, o bien un desarrollo constitucional de la Carta, realizado en función de los propósitos enumerados en su art. 1. Finalmente, hay quienes consideran que las operaciones de mantenimiento de la paz, son organismos subsidiarios creados por la AG —en virtud del art. 22— o por el CS —según el art. 29— dado que los han estimado «necesarios para el desempeño de sus funciones».⁵⁸

Las operaciones para el mantenimiento de la paz admiten el uso de la fuerza por parte de sus integrantes en caso de defensa propia; en consecuencia, toda vez que se ha organizado una operación, el CICR ha llamado la atención del Secretario General de las Naciones Unidas respecto de la necesidad de que se garantice el respeto al DIH. Sin embargo, la posición tradicional de la organización, en relación con la aplicación del DIH por parte de las fuerzas de paz, no resultaba lo suficientemente concluyente.

La tesis tradicionalmente sostenida en el ámbito de la ONU, sobre la aplicabilidad del DIH a las OMP, señalaba que las fuerzas que actuaban bajo su autoridad debían respetar los principios y el espíritu del DIH; siendo los Estados participantes los que resultaban obligados por los instrumentos que ellos mismos hubieran ratificado. Esta afirmación resultaba preocupante por su falta de claridad y las graves incertidumbres que engendraba.⁵⁹

⁵⁷ Véase artículo 43 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁵⁸ CONSIGLI, José Alejandro y Gabriel Pablo VALLADARES. «Las operaciones de mantenimiento de la paz y el derecho internacional humanitario». <<http://www.cicr.org/ircspa.nsf/5cacfd48ca698b641256242003b3295/21b31f932bb63ef8412566360048d597?OpenDocument>>.

⁵⁹ HENRÍQUEZ PALMA, Felipe. «El derecho internacional humanitario y las operaciones de paz de

Al respecto, se argumentaba que las organizaciones internacionales no podían acceder a la condición de parte en los instrumentos de DIH y que las disposiciones contenidas en dichos instrumentos no podían ser cumplidas por una entidad carente de la estructura y los poderes privativos de un Estado.

UN regulations and agreements on peacekeeping forces consistently refer to «the principles and spirit» of the *Conventions* on IHL [...] but never to the *Conventions* in their entirety. This may be explained by the fact that the United Nations is not a party to these *Conventions* and does not consider it possible to accede to them. Its representatives have repeatedly argued that the *Geneva Conventions* contain provisions which are designed to be applied by States only. The United Nations therefore could not comply with them.⁶⁰

Asimismo, se señalaba que la naturaleza de la misión conferida a las operaciones para el mantenimiento de la paz no permitía considerar a sus fuerzas como partes en un conflicto armado; como sustento de esta interpretación, se hacía referencia al artículo 37 del Protocolo I Adicional, que consideraba como un ejemplo de perfidia «simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto».

En consecuencia, de conformidad con la postura tradicional de las Naciones Unidas, la aplicación del DIH respecto de los eventuales enfrentamientos sostenidos por las fuerzas de paz en caso de defensa propia, quedaba limitada a las normas de carácter consuetudinario y a las normas de *jus cogens*, vinculantes para todo sujeto de derecho internacional que se encuentre en una situación de conflicto armado.

Sin embargo, algunas operaciones para el mantenimiento de la paz posteriores a la guerra fría obligaron a una reconsideración del esquema tradicional, en la medida que su mandato contemplaba la autorización del uso de la fuerza como un medio para dar cumplimiento a sus fines.

Así en el caso de UNIKOM (Misión de Observación de las Naciones Unidas para el Irak y Kuwait), el CS decidió [...] ampliar su mandato para que incluyera la capacidad de adoptar medidas físicas para evitar las violaciones de la zona desmilitarizada y de la frontera demarcada entre ambos Estados. La Fuerza de protección de las Naciones Unidas en los territorios de la ex Yugoslavia (UNPROFOR) fue recibiendo sucesivas

Naciones Unidas». <<http://www.icrc.org/ihrcspa.nsf/5cacdf48ca698b641256242003b3295/bd533b275e8aab903256b73005c2afa?OpenDocument>>

⁶⁰ SCHINDLER, Dietrich. «United Nations forces and international humanitarian law». En Christophe Swinarski (coordinador). *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. Ginebra/La Haya: Comité International de la Croix Rouge/Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 524.

ampliaciones de su mandato, hasta llegar a la resolución 836 [...] que le permite el uso de la fuerza necesaria para la protección de los convoyes de asistencia humanitaria, la vigilancia de las zonas de seguridad y el cumplimiento de la prohibición de sobrevuelo. Igualmente ONUSOM II (Operación de las Naciones Unidas en Somalia II) fue autorizada [...] a utilizar «todos los medios necesarios» con el objeto de establecer un ambiente seguro para las operaciones de socorro humanitario en ese país africano.⁶¹

Las intervenciones de las operaciones para el mantenimiento de la paz en los términos expuestos tuvieron un fuerte impacto desde el punto de vista humanitario, lo que ha producido una serie de actos contrarios al DIH cometidos por integrantes de las fuerzas de paz y un incremento dramático en el número de víctimas en de dichos contingentes. La formulación relativa al respeto de «los principios y el espíritu» del DIH no ofrecía soluciones a los problemas concretos ocasionados por los enfrentamientos. «In the operations of the United Nations Protection Force and the United Nations Operation in Somalia, questions concerning the legal status of UN forces taken hostage, that of combatants or other detainees held by UN peacekeepers, the use of certain types of weapons, and the feigning of the UN distinctive emblem and military insignia demanded clear answers. The need to concretize the broad formula of “principles and spirit” had thus become acute».⁶²

Un primer avance en este sentido fue la adopción de la *Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado* (1994), cuyas disposiciones establecen un trato de conformidad «con los principios y el espíritu de los Convenios de Ginebra de 1949» en favor de las fuerzas de las Naciones Unidas detenidas o capturadas,⁶³ y precisan que su contenido no afectará «la aplicabilidad del derecho internacional humanitario ni de las normas universalmente reconocidas de derechos humanos según figuran en instrumentos internacionales en relación con la protección de las operaciones de las Naciones Unidas y del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, ni a la responsabilidad de ese personal de respetar ese derecho y esas normas».⁶⁴

Si bien la primera disposición referida mantiene la remisión a «los principios y el espíritu» de las normas de DIH, la segunda disposición pareciera reconocer la aplicabilidad de esta rama del derecho en las operaciones para el mantenimiento de la paz;

⁶¹ CONSIGLI, José Alejandro y Gabriel Pablo VALLADARES. Ob. cit.

⁶² SHRAGA, Daphna. «UN peacekeeping operations: applicability of international humanitarian law and responsibility for operations-related damage». *The American Journal of International Law*, vol. 94, N° 2, 2000, p. 407.

⁶³ Véase artículo 8 de la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado.

⁶⁴ Véase artículo 20 de la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado.

sin embargo, la ambigüedad de su redacción ha motivado que algunos autores la consideren como una mera cláusula de salvaguarda, insuficiente para resolver el problema de la vinculación de las fuerzas de paz de las Naciones Unidas respecto del DIH. «La Convention de 1994 apparaît donc comme visant à prévenir des attaques contre les Forces des Nations Unies dans la logique du *ius ad bellum*, et laisse ouvert le problème du statut de ces Forces dans le cadre du *ius in bello* lorsque les Nations Unies sont attaquées, se trouvant impliquées dans le conflit et se voient obligées à mener des opérations militaires, bien que limitées à l'exercice de la légitime défense».⁶⁵

Posteriormente, con ocasión de la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se afirmó la aplicabilidad del DIH en relación con las fuerzas de paz de las Naciones Unidas, mediante la formulación de las disposiciones que caracterizan como crímenes de guerra a los ataques dirigidos intencionalmente contra dichas fuerzas.⁶⁶ «When in 1998 the Rome Statute of the International Criminal Court defined war crimes to include attacks against peacekeepers “as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects” under the international law of armed conflict, the line between the protected status of peacekeepers “as civilians” and their status otherwise as combatants was finally drawn».⁶⁷

Finalmente, luego de una serie de debates y negociaciones entre el Secretario General de las Naciones Unidas, el CICR y los Estados que ponen tropas a disposición de la organización, se publicó el *Boletín del secretario general sobre la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas*, que entró en vigor el 12 de agosto de 1999, coincidiendo con el aniversario número cincuenta de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

El *Boletín* establece los principios fundamentales y las reglas de DIH aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas conducidas bajo el comando y el control de la organización; por tanto, quedan excluidas las operaciones conducidas por los Estados con la autorización de las Naciones Unidas. «When such actions are merely “authorized” by the Security Council and the armed forces taking part thus remain under the command and control of the State to which they belong, the obligation to abide by international humanitarian law obviously rests wholly on that State. Nonetheless, the UN’s duty in such cases will be to make sure that an operation launched with its endorsement and pursuant to its interests is carried out in conformity with the dictates of international law».⁶⁸

⁶⁵ BENVENUTI, Paolo. «Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: la Circulaire du Secrétaire Général». *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 105, N° 2, 2002, p. 361.

⁶⁶ Véanse artículos 8.2.b.iii y 8.2.e.iii del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁶⁷ SHRAGA, Daphna. Ob. cit., p. 409.

⁶⁸ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y Luigi CONDORELLI. «Common Article 1 of the Geneva

De conformidad con la Sección 1 del texto, los principios y reglas enunciados serán aplicables cuando las fuerzas de Naciones Unidas estén activamente involucradas como combatientes en una situación de conflicto armado, tanto en el marco de las acciones coercitivas contempladas en el capítulo VII de la CNU, como en las operaciones para el mantenimiento de la paz cuando el uso de la fuerza en defensa propia esté permitido. Al respecto, cabe resaltar que la aplicabilidad de la regulación prevista no depende de la calificación del conflicto armado, asimismo queda superada la distinción entre los regímenes aplicables a los diferentes tipos de conflictos contemplados en las normas convencionales de DIH. «En otras palabras, sea que estemos ante un conflicto armado interno o internacional o sea que las fuerzas de la Organización se enfrenten con las fuerzas armadas de un Estado o con un grupo de rebeldes, las normas aplicables son las mismas».⁶⁹

Los principios y reglas contemplados en el *Boletín*, sintetizan las principales disposiciones contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos I y II adicionales y la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954; así, encontramos directrices relativas a la protección de la población civil, a la elección de medios y métodos de combate, al trato debido a la población civil, a los heridos, a los enfermos y a los detenidos, y a la protección de los heridos, los enfermos y del personal médico y de socorro.⁷⁰ Asimismo, la sección 2 precisa que el listado de principios y reglas de DIH contenido no tiene un carácter exhaustivo, y que las fuerzas militares que participan en las operaciones bajo el comando y control de las Naciones Unidas siguen vinculadas por sus respectivas legislaciones nacionales.

En relación con las violaciones al DIH cometidas por los miembros del personal militar de las fuerzas de Naciones Unidas, la sección 4 señala que dichos miembros serán enjuiciados ante los tribunales de sus países de origen. «Dado que el Boletín no es un instrumento vinculante, esta disposición hace poco más que declarar lo obvio, pues las Naciones Unidas no cuentan con un órgano judicial interno competente para conocer de esos casos y, por lo tanto, los Estados que envían sus tropas están obligados a perseguir y enjuiciar a los autores de tales actos».⁷¹ Al respecto, cabe precisar que las Naciones Unidas deberían ejercer su influencia para que los Estados

Conventions revisited: Protecting Collective interests». *International Review of the Red Cross*, vol. 82, N° 837, 2000, p. 73.

⁶⁹ HENRÍQUEZ PALMA, Felipe. Ob. cit.

⁷⁰ Véanse secciones 5, 6, 7, 8 y 9 de *Boletín del secretario general sobre la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas*.

⁷¹ KALSHOVEN, Frits y Liesbeth ZEGVELD. Ob. cit., p. 228.

miembros sancionen las violaciones cometidas en el transcurso de las operaciones conducidas bajo el comando y control de la Organización.

Finalmente, cabe recordar que el *Boletín* vincula a los Estados miembros de las Naciones Unidas en la misma medida que otras instrucciones formuladas por el Secretario General en su condición de comandante en jefe de las operaciones de la Organización. Por tanto, las obligaciones jurídicas del personal militar integrante de las fuerzas de las Naciones Unidas se encuentran en las normas de DIH incorporadas en sus respectivas legislaciones nacionales y en las normas de DIH de carácter convencional y de *jus cogens*.

1.3. **Ámbito de aplicación temporal**

La determinación del ámbito de aplicación temporal del DIH está vinculada a la determinación de la existencia de un conflicto armado, en tanto ámbito de aplicación situacional de esta rama del derecho; las consecuencias producto de la ausencia de una definición jurídica de conflicto armado afectan todo intento por establecer cuándo y hasta cuándo debe aplicarse el DIH.

Una aproximación inicial respecto a la aplicabilidad del DIH en el tiempo permite distinguir tres categorías de normas: en primer lugar, encontramos normas que son aplicables independientemente de la participación del Estado obligado en un conflicto armado; un primer grupo dentro de esta categoría está constituido por aquellas medidas de aplicación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y de los Protocolos I y II adicionales, que deben ser tomadas una vez que dichos instrumentos entran en vigor. Así, encontramos obligaciones de difusión,⁷² de adopción de medidas de ejecución,⁷³ de adopción de medidas de sanción de las infracciones graves,⁷⁴ de formación de personal calificado para la aplicación de los instrumentos referidos,⁷⁵ de puesta a disposición de asesores jurídicos para los comandantes militares,⁷⁶ y de separación de los objetivos militares de las personas y bienes protegidos por el DIH.⁷⁷

⁷² Véanse artículo 47 del Convenio I de Ginebra de 1949, artículo 48 del Convenio II de Ginebra de 1949, artículo 127 del Convenio III de Ginebra de 1949, artículo 144 del Convenio IV de Ginebra de 1949, artículos 83 y 87.2 del Protocolo I adicional y artículo 19 del Protocolo II adicional.

⁷³ Véase artículo 80.1 del Protocolo I adicional.

⁷⁴ Véanse artículo 49 del Convenio I de Ginebra de 1949, artículo 50 del Convenio II de Ginebra de 1949, artículo 129 del Convenio III de Ginebra de 1949, artículo 146 del Convenio IV de Ginebra de 1949 y artículo 85 del Protocolo I adicional.

⁷⁵ Véase artículo 6 del Protocolo I adicional.

⁷⁶ Véase artículo 82 del Protocolo I adicional.

⁷⁷ Véanse artículo 19.2 del Convenio I de Ginebra de 1949, artículo 18.5 del Convenio IV de Ginebra de 1949 y artículos 12.4, 56.5, 58.a y 58.b del Protocolo I adicional.

Un segundo grupo dentro de esta categoría está constituido por el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1 del Protocolo I adicional, que obligan a los Estados a «respetar y hacer respetar» dichos instrumentos «en toda circunstancia». La CIJ ha reconocido que esta obligación es un principio perteneciente al derecho consuetudinario, por lo que su aplicación es independiente de la entrada en vigor de las normas convencionales que lo enuncian. «Under this principle, not only the State directly affected by a violation is concerned and may take measures to stop it, but all other States too may not only, but must take measures».⁷⁸

Seguidamente, encontramos aquellas normas cuya aplicación abarca el transcurso de un conflicto armado, desde el inicio de las hostilidades entre las partes, hasta el cese efectivo de las mismas; la mayoría de normas de DIH pertenece a esta categoría.

Finalmente, existen normas aplicables desde el inicio de un conflicto armado, hasta el cumplimiento de sus objetivos. «Pertenece, por ejemplo, a esta categoría, las reglas sobre las actividades de la Agencia Central de Búsquedas, cuyo propósito es el de preservar los vínculos sociales y familiares de las víctimas de los conflictos armados. La tarea de preservar o de restablecer esos vínculos puede superar, en muchos casos, la duración del conflicto armado [...] y necesita, por lo tanto, un régimen jurídico que no desaparezca con el fin de las hostilidades».⁷⁹

En relación con la aplicación de las normas que se activan con ocasión de una situación de conflicto armado, resulta oportuno realizar algunas precisiones relativas a los momentos de inicio y fin de las hostilidades.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II establecen una formulación objetiva respecto de su ámbito de aplicación situacional; en la medida que se produzca un conflicto armado, serán aplicables las normas destinadas a los conflictos armados internacionales o a los conflictos armados no internacionales, según corresponda. Asimismo, dado que las principales normas sobre limitación de métodos y medios de combate tienen carácter consuetudinario, su aplicación en una circunstancia de conflicto armado resulta inmediata. Sin embargo, no existe en el DIH una disposición que establezca los actos jurídicos o situaciones de hecho que determinan el inicio de un conflicto armado.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 recoge dos supuestos que activan la aplicación del DIH sin que hayan

⁷⁸ SASSÒLI, Marco y Antoine A. BOUVIER. Ob. cit., p. 231.

⁷⁹ SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana*. Segunda edición. San José: Comité Internacional de la Cruz Roja/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991, pp. 40-41.

ocurrido enfrentamientos: tanto la guerra declarada, como la ocupación total o parcial del territorio que no encuentre resistencia militar, suponen la observancia del DIH una vez producidas las condiciones de hecho que las definen, dado que ambas situaciones pueden involucrar a categorías de personas protegidas: «The Conventions are also applicable in a case where a state declares war but does not engage in actual hostilities (as happened with some Latin American states during World War II), so that if such a state interns “enemy” nationals, those internees will be entitled to the protection of the Fourth Convention».⁸⁰

Un razonamiento similar motivó la inclusión de las ocupaciones territoriales que no encuentren resistencia militar: «Thanks to the present paragraph protection is given not only to the sick military personnel of the occupied country, but also to all the personnel, establishments and property covered by the Convention, so that they are all free to carry on their charitable work as required; at the same time [...] the sick, and the protected personnel, establishments and property of the Occupying Power are assured of the respect to which they are entitled».⁸¹

Sin embargo, la mayoría de conflictos armados consiste en enfrentamientos al margen de una declaratoria de guerra; en consecuencia, la apreciación relativa al momento a partir del cual debe aplicarse la regulación en materia de DIH, puede verse seriamente dificultada. En este sentido, las disposiciones finales de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 permiten interpretar que la verificación del supuesto de aplicación situacional de sus normas coincide con el inicio de las hostilidades: «Las situaciones previstas en los artículos 2 y 3 harán que surtan efectos inmediatos las ratificaciones depositadas y las adhesiones notificadas por las partes en conflicto antes o después del comienzo de las hostilidades o de la ocupación».⁸²

La doctrina recoge diversos ejemplos de inicios de hostilidades que permiten caracterizar una situación como conflicto armado. «International Humanitarian law (IHL) starts to apply as soon as an armed conflict arises, *e.g.*, as soon as the first (protected) person is affected by the conflict, the first portion of territory occupied, the first attack launched, etc.».⁸³ Al respecto, cabe destacar que la mayoría de menciones hace referencia a la existencia de personas protegidas: «When a US pilot was shut down and captured by Syrian forces over Lebanon in the 1980s the United States maintained that this incident amounted to an armed conflict and that the pilot was thus

⁸⁰ GREENWOOD, Christopher G. «Scope of application of humanitarian law». En Dieter Fleck (editor). *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 41.

⁸¹ PICTET, Jean. *Commentary. I Geneva Convention*. Ob. cit., p. 33.

⁸² Véanse artículo 62 del Convenio I de Ginebra de 1949, artículo 61 del Convenio II de Ginebra de 1949, artículo 141 del Convenio III de Ginebra de 1949 y artículo 157 del Convenio IV de Ginebra de 1949.

⁸³ SASSÒLI, Marco y Antoine A. BOUVIER. Ob. cit., p. 93.

entitled to be treated as prisoner of war under the third Convention».⁸⁴ En este sentido, el principio de humanidad ha facilitado un consenso en el ámbito doctrinario, respecto de la necesidad de favorecer una aplicabilidad inmediata del DIH cuando hay víctimas de por medio. «[...] the purpose of international humanitarian law is to reduce as much as possible the suffering of people in armed conflicts, to spare human lives as far as the circumstances of warfare will allow [...] Humanitarian law is applied so to say “automatically” [...]».⁸⁵

Una amplitud de criterio, en la línea de las interpretaciones citadas, resulta indispensable en relación con la aplicación del DIH en los conflictos armados no internacionales. «[...] technically, it would be much easier to establish the date of commencement of hostilities in an international war than in an internal one. It would be that date when the defending state had its territorial integrity violated, or when war was declared. As a general pattern, the level of violence in internal strife develops slowly from a simple police security problem to an armed conflict».⁸⁶

La dificultad para determinar el paso de una situación de disturbios interiores a una situación de conflicto armado no internacional fue planteada con ocasión de la reunión de expertos *Reaffirmation and Development of IHL*, convocada por el gobierno suizo y la Universidad de Harvard en enero del año 2003; sobre el tema, se concluyó que todo intento por establecer el momento de inicio de un conflicto armado no internacional, mediante una definición de carácter jurídico, implicaba el riesgo de elevar el umbral de aplicabilidad del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Por tanto, la indeterminación actual resulta más adecuada para lograr una aplicación más extensa del DIH.

En atención a las consideraciones expuestas, cabe resaltar que la comunidad internacional puede jugar un papel fundamental, cuando el desarrollo de hostilidades no es reconocido por las partes enfrentadas como una situación de conflicto armado.

[...] la calificación de una situación como conflicto armado se ha dejado, en gran medida, al juicio y a la buena fe de las partes implicadas, así como al interés que tengan en respetar las obligaciones que les incumben por los tratados. Aun así, la formulación objetiva aceptada en 1949 es un avance significativo [...] pues da a terceras partes, como Estados que no estén involucrados en el conflicto, organismos de las Naciones Unidas y, en la práctica, principalmente al CICR, los medios necesarios para instar a las partes a aplicar los tratados.⁸⁷

⁸⁴ GREENWOOD, Christopher G. Ob. cit., p. 42.

⁸⁵ OBRADOVIC, Konstantin. «International humanitarian law and the Kosovo crisis». *International Review of the Red Cross*, vol. 82, N° 839, 2000, p. 704.

⁸⁶ KIWANUKA, Richard N. «Humanitarian norms and internal strife: problems and prospects». En Frits Kalshoven e Yves Sandoz (editores). Ob. cit., p. 234.

⁸⁷ KALSHOVEN, Frits y Liesbeth ZEGVELD. Ob. cit., p. 45.

Las normas convencionales de DIH tampoco contienen una formulación precisa relativa al término de su aplicación; así, encontramos provisiones vagas referidas al «cese general de las operaciones militares»,⁸⁸ para el caso de los conflictos armados no internacionales, y al «fin del conflicto armado»,⁸⁹ para el caso de los conflictos armados no internacionales.⁹⁰ Sin embargo, la amplitud en la redacción de las disposiciones referidas cumple el propósito de mantener vigente la aplicabilidad del DIH, en la medida en que las hostilidades sigan produciéndose en los hechos.

One difficulty arises in practice, as in an international society where the use of force is outlawed, armed conflicts seldom end with the *debellatio* of one side or a genuine peace. Most frequently, contemporary armed conflicts result in unstable cease-fires, continue at a lower intensity, or are frozen by an armed intervention by outside forces or by the international community. Hostilities or at least acts of violence with serious humanitarian consequences often break out again later. It is however difficult for humanitarian actors to plead with parties, having made declarations ending the conflict, that it in reality continues.⁹¹

En consecuencia, la doctrina coincide en señalar que las normas de DIH deben ser observadas hasta el cese definitivo de las hostilidades, más allá de eventuales acuerdos de cese al fuego, armisticios, etcétera. Así, encontramos posiciones que avalan esta interpretación, inclusive en perjuicio de una liberación y repatriación más rápida de los prisioneros de guerra. Dado que el artículo 118 del Convenio III de Ginebra de 1949 dispone que la liberación y repatriación de los prisioneros de guerra se realice sin demora «tras haber finalizado las hostilidades activas», un acuerdo de cese al fuego, o un armisticio, no obligaría necesariamente a las partes en conflicto a proceder en este sentido. «[...] if an armistice is local or only a cease-fire has been concluded, the signing of the instrument is not necessarily an indication that “active hostilities” have ended. On the contrary, the agreement may be drafted in such a way as to indicate that the agreement is temporary and that hostilities will or may resume. To release prisoners under these circumstances thus go beyond the obligation imposed by article 118».⁹²

Finalmente, cabe mencionar que el DIH contiene normas que prevén la protección de ciertas categorías de personas, más allá del fin de las hostilidades. Así, con relación

⁸⁸ Véanse artículo 6 del Convenio IV de Ginebra de 1949 y artículo 3.b del Protocolo I adicional.

⁸⁹ Véase artículo 2.2 del Protocolo II adicional.

⁹⁰ Al respecto, cabe mencionar que en el caso de territorios ocupados, el artículo 6 del Convenio IV de Ginebra de 1949 dispone que su aplicación terminará un año después del cese de las operaciones militares, mientras que el artículo 3.b del Protocolo I adicional dispone que su aplicación, y la de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, cesará al término de la ocupación; en consecuencia, el Protocolo I adicional prolonga la aplicación del DIH más allá de lo estipulado en el Convenio IV.

⁹¹ SASSÒLI, Marco y Antoine A. BOUVIER. Ob. cit., p. 93.

⁹² BAXTER, R. R. «Armistices and other forms of suspension of hostilities». *Recueil des cours de droit international*, tomo I, vol. 149, 1976, p. 379.

a los conflictos armados internacionales, podemos mencionar las disposiciones que establecen que el DIH seguirá protegiendo a las personas que se encuentren en poder del adversario, hasta que sean liberadas definitivamente, repatriadas, o reasentadas.⁹³ «Se entiende por “liberación definitiva” el fin del cautiverio, de la detención o de otras medidas restrictivas de la libertad resultantes del conflicto armado o de la ocupación; por “repatriación” se entiende el retorno al país cuya nacionalidad se tiene o, en su caso, donde se tenía la residencia habitual; por “reasentamiento” se entiende la instalación en otro país, por la razón que sea».⁹⁴

Al respecto, la doctrina del CICR ha precisado que la aplicación del DIH se extiende inclusive a aquellas personas protegidas que fuesen privadas de su libertad con posterioridad al conflicto armado: «La disposición se refiere principalmente a las personas cuya situación requiera que se les siga protegiendo después de que los Convenios y el Protocolo hayan cesado de aplicarse de manera general. Huelga decir que ampara asimismo a las personas cuya situación sólo empiece a requerir protección después de que haya terminado la aplicación general del derecho humanitario».⁹⁵

En relación con los conflictos armados no internacionales, el artículo 2.2 del Protocolo II adicional dispone que las personas «que hayan sido objeto de una privación o restricción de libertad» sigan gozando de protección hasta el término de dicha privación o restricción; la formulación prevista en el artículo referido, precisa que la protección se extiende a las personas «que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos». En relación con la disposición aludida, cabe aclarar que la distinción entre privación y restricción de libertad obedece a una intención de procurar una aplicación que abarque la mayor cantidad de supuestos posibles: «El artículo menciona «una privación o restricción de libertad» para que no haya lagunas en la protección. Estas expresiones cubren, en efecto, todas las situaciones posibles, desde la libertad vigilada (la residencia forzosa, por ejemplo) hasta el encarcelamiento».⁹⁶

La jurisprudencia del TPIY ha reafirmado la aplicabilidad del DIH en situaciones posteriores al cese de las hostilidades: «International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a

⁹³ Véanse artículo 5 del Convenio I de Ginebra de 1949, artículo 5 del Convenio III de Ginebra de 1949, artículo 6 del Convenio IV de Ginebra de 1949 y artículo 3.b del Protocolo I adicional.

⁹⁴ ZIMMERMANN, Bruno. «Protocolo I. Artículo 3 – Principio y fin de la aplicación». En Frits Kalshoven, Yves Sandoz y otros (editores). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja/Plaza y Janés, 2001, p. 106.

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ JUNOD, Sylvie. «Protocolo II. Artículo 2 – Ámbito de aplicación personal». En Sylvie Junod y otros (editores). Ob. cit., p. 106.

peaceful settlement is achieved». ⁹⁷ Sin embargo, llama la atención que el pronunciamiento citado, basado en la existencia de normas aplicables hasta que se resuelva la situación de las personas protegidas que se encuentran en poder del enemigo, ⁹⁸ en el caso de los conflictos armados no internacionales, o hasta que se resuelva la situación de las personas que hayan sido objeto de una privación o restricción de libertad, ⁹⁹ en el caso de los conflictos no internacionales, introduzca límites temporales relativos a la aplicabilidad del DIH, que no están contemplados en las normas referidas.

Por tanto, resulta oportuno precisar que la aplicación de las normas destinadas a la protección de las personas afectadas por un conflicto armado, no se encuentra limitada en el tiempo por el eventual establecimiento de una situación de paz. En atención a lo dispuesto por los instrumentos de DIH, su aplicación trascenderá la duración del conflicto hasta que se resuelva la situación de las personas en cuestión.

1.4. **Ámbito de aplicación espacial**

Una primera precisión relativa al ámbito de aplicación espacial del DIH se refiere a la vinculación que ejercen sus normas respecto de la actuación de los Estados fuera de su territorio. «Dan la mesure où un conflit armé international conduit les forces d'un État à combattre sur le territoire d'un autre État ou en haute mer, il est évident que les traités régissant les conflits armés vont continuer à lier l'État dont les forces se trouvent en dehors de son territoire». ¹⁰⁰ Al respecto, cabe recordar que los Estados se han comprometido a mantener algunos espacios excluidos de todo desarrollo de hostilidades:

Military operations shall not be carried out in the national territories of neutral or other states not parties to the conflict and in neutralized zones. [...] The duty of the belligerents not to conduct military operations in the territory of the neutral states and states not parties to the conflict applies to all such states and not just to those states, such as Switzerland, with a permanent regime of neutrality. In addition, a number of treaties provide for the neutralization of areas of territory, even if those areas form part of the territory of a belligerent. ¹⁰¹

En atención a lo expuesto, algunos autores han considerado que el ámbito de aplicación espacial del DIH abarcaría todos aquellos lugares que pueden ser utilizados por las partes enfrentadas en un conflicto armado para el planeamiento y puesta en práctica de las hostilidades:

⁹⁷ Prosecutor v. Tadic a/k/a «Dule», N° IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, para. 70.

⁹⁸ *Ibid.*, para. 67.

⁹⁹ *Ibid.*, para. 69.

¹⁰⁰ DAVID, Eric. *Ob. cit.*, p. 202.

¹⁰¹ GREENWOOD, Christopher G. *Ob. cit.*, pp. 52-53.

El ámbito de aplicación espacial comprende todos aquellos lugares en los cuales resulte legítimo que los beligerantes preparen o concreten sus actos de hostilidad recíproca. Deben distinguirse de los teatros de guerra que son los ámbitos en que efectivamente se realizan las hostilidades de hecho. El ámbito espacial comprende el territorio de los beligerantes incluidos los espacios marítimo y aéreos, el que estos ocupan militarmente, las tierras «*res nullius*» y el alta mar y el espacio aéreo suprayacente.¹⁰²

Sin embargo, toda consideración referida a la legitimidad del uso de un espacio con fines bélicos es relativa, en la medida que el recurso a la fuerza armada entre Estados está prohibido por el derecho internacional y que todas las legislaciones nacionales proscriben los levantamientos en armas por parte de su población. En consecuencia, el debate relativo a la aplicabilidad espacial del DIH se ha orientado a la necesidad de brindar una protección efectiva a todas las personas afectadas con ocasión de un conflicto armado.

En este sentido, una reflexión importante tiene que ver con la existencia de zonas que constituyen el teatro de operaciones concreto en un conflicto armado; dado que toda conducción de hostilidades tiene lugar en un determinado espacio, es necesario referirse a la posibilidad de aplicar el DIH más allá de las inmediaciones del mismo.

Desde la perspectiva de las personas afectadas, no se puede pretender que la aplicación de las normas destinadas a la protección de las personas privadas de libertad, o de la población civil, se limite al teatro de operaciones; así, el Convenio III de Ginebra de 1949 protege a los prisioneros de guerra independientemente de su lugar de reclusión. Por su parte, tanto la redacción del artículo 6 del Convenio IV de Ginebra de 1949, como la del artículo 3.b del Protocolo I adicional, hacen referencia al término de su aplicación «en el territorio de las partes en conflicto».

Respecto a los conflictos armados no internacionales, la doctrina del CICR ha precisado los alcances de la aplicación espacial del DIH al comentar el artículo 2.1 del Protocolo II adicional: «Las personas afectadas por el conflicto en el sentido del presente párrafo se benefician del Protocolo estén donde estén dentro del territorio del Estado en conflicto [...]. No se adoptó ningún criterio *ratione loci*. Como acabamos de ver, la aplicabilidad depende de un criterio personal y no geográfico».¹⁰³

La necesidad de rebasar los límites del teatro de operaciones ha demostrado una importancia fundamental en relación con la sanción de las violaciones al DIH contempladas como crímenes por el derecho penal internacional; así, la doctrina

¹⁰² ARBUET VIGNALI, Heber. «El derecho internacional humanitario (*ius in bello*)». En Eduardo Jiménez de Arechaga (director). *Derecho Internacional Público*. Tomo II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, pp. 343-344.

¹⁰³ JUNOD, Sylvie. Ob. cit., p. 105.

especializada considera que un crimen contrario al DIH puede ser cometido en un espacio donde no hayan tenido lugar los enfrentamientos. «[...] hostilities do not have to occur at the exact time and in the exact place of the alleged commission of the crime in order to fulfill the condition of “armed conflict”. Armed force or protracted violence in the general context of the offence in question is sufficient for the offence to fall under the regime of international criminal law».¹⁰⁴ En este sentido, se ha señalado que una apreciación más restrictiva perjudicaría las investigaciones. «Any stricter criterion would saddle the Prosecution with the burden to prove the conduct of actual hostilities on the day or moment the crimes in question were committed, which would be unreasonable and probably even irrelevant».¹⁰⁵

Las interpretaciones citadas han sido confirmadas por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda; así, con ocasión del caso Tadic, la Cámara de Apelaciones del TPIY formuló las siguientes apreciaciones relativas al ámbito de aplicación espacial del DIH en los conflictos armados internacionales: «Although the Geneva Conventions are silent as to the geographical scope of international armed conflicts, the provisions suggest that at least some of the provisions of the Conventions apply to the entire territory of the Parties to the conflict, not just to the vicinity of actual hostilities».¹⁰⁶

El mismo razonamiento fue seguido por la Cámara de Apelaciones respecto de los conflictos armados no internacionales:

[...] beneficiaries of common Article 3 of the Geneva Conventions are those taking no active part (or no longer taking active part) in the hostilities. This indicates that the rules contained in Article 3 also apply outside the narrow geographical context of the actual theatre of combat operations. Similarly, certain language in Protocol II [...] also suggests a broad scope. [...] like common article 3, it explicitly protects all persons who do not take a direct part or who have ceased to take part in hostilities.¹⁰⁷

De conformidad con las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, cabe esperar que toda interpretación futura en relación con la extensión de los ámbitos de aplicación del DIH favorezca la limitación del sufrimiento humano inherente a toda situación de conflicto armado.

¹⁰⁴ SPIEKER, Heike. «The International Criminal Court and non-international armed conflicts». *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, N° 2, 2000, p. 400.

¹⁰⁵ SUNGA, Lyal S. «The Celebici case: a comment on the main legal issues in the ICTY's Trial Chamber Judgment». *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, N° 1, 2000, p. 114.

¹⁰⁶ Prosecutor v. Tadic a/k/a «Dule», N° IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, para. 68.

¹⁰⁷ *Ibid.*, para. 69.