

Frits Kalshoven

Liesbeth Zegveld

RESTRICCIONES  
EN LA  
CONDUCCIÓN  
DE LA GUERRA

Introducción al derecho internacional humanitario



CICR

ISBN 2-88145-127-6

© Comité Internacional de la Cruz Roja,  
Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld

**Original en inglés:** Constraints on the Waging of War,  
Ginebra, marzo de 2001, tercera edición.

**Traducción en español:** Margarita Polo

**Revisión y coordinación:** Luz Ángela Franco Arbeláez

**Producción:** Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina – CICR

**Impreso en:** Buenos Aires, abril de 2005, segunda edición, por Latin Gráfica

Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld

**RESTRICCIONES  
EN LA  
CONDUCCIÓN  
DE LA  
GUERRA**

Introducción al derecho internacional humanitario



**CICR**

*Ahora debo desandar lo andado y despojar a quienes hacen la guerra de casi todos los privilegios que, al parecer, les había concedido, aunque, a decir verdad, nada les había concedido. Pues desde que comencé a explicar esta parte del derecho de gentes, he dicho que muchas cosas se consideran "lícitas" o "permitidas", porque se hacen impunemente, y en parte también porque algunos tribunales les dan su autoridad. No obstante, son cosas que se desvían de la norma de rectitud –que ésta se base, sea en el derecho en sentido estricto, sea en los preceptos de otras virtudes– o, en todo caso, que se pueden evitar por razones más elevadas, con las más grandes alabanzas de los hombres de bien.*

Grocio, *De iure belli ac pacis*  
Libro III, Capítulo X, Sección I.1.

(Traducción propia de la versión en inglés  
de Francis G. Kelsey, Oxford, 1925)

# ÍNDICE

<b>PREFACIO</b> .....	7
<b>PRÓLOGO</b> .....	9
CAPÍTULO 1	
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	11
1.1. Objeto y propósito .....	12
1.2. Normas consuetudinarias y tratados .....	15
1.3. Aplicación y cumplimiento .....	17
1.4. Estructura .....	19
CAPÍTULO 2	
<b>LAS CORRIENTES PRINCIPALES: LA HAYA, GINEBRA, NUEVA YORK</b> .....	21
2.1. La Haya .....	21
2.2. Ginebra .....	29
2.3. Nueva York .....	33
2.4. Confluencia: 1977 y después .....	36
CAPÍTULO 3	
<b>EL DERECHO ANTES DE LOS PROTOCOLOS DE 1977</b> .....	43
3.1. La índole del derecho .....	43
3.2. El ámbito de aplicación .....	44
3.3. La Haya .....	46
3.3.1. <b>Combatientes</b> .....	46
3.3.2. <b>Medios de hacer la guerra</b> .....	48
3.3.3. <b>Métodos de hacer la guerra</b> .....	51
3.3.4. <b>Objetivos militares y protección de la población civil</b> .....	51
3.3.5. <b>Armas nucleares</b> .....	54
3.3.6. <b>Bienes culturales</b> .....	56
3.4. Ginebra .....	59
3.4.1. <b>Personas protegidas</b> .....	59
3.4.2. <b>El principio de protección</b> .....	62
3.4.3. <b>El I Convenio</b> .....	63
3.4.4. <b>El II Convenio</b> .....	66
3.4.5. <b>El III Convenio</b> .....	67

3.4.6.	<b>El IV Convenio</b> .....	72
3.4.6a	<i>Protección general de la población contra ciertos efectos de la guerra</i> .....	72
3.4.6b	<i>Disposiciones comunes a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados</i> .....	74
3.4.6c	<i>Extranjeros en el territorio de una parte en conflicto</i> ..	75
3.4.6d	<i>Territorios ocupados</i> .....	76
3.4.6e	<i>Internamiento</i> .....	80
3.4.6f	<i>Oficinas de información y Agencia de Búsquedas</i> .....	80
3.4.7.	<b>El artículo 3 común</b> .....	80
3.5.	Aplicación y cumplimiento .....	82
3.5.1.	<b>Instrucción y educación</b> .....	82
3.5.2.	<b>Las Potencias protectoras y otros organismos humanitarios</b> .....	83
3.5.3.	<b>Responsabilidad colectiva</b> .....	86
3.5.3a	<i>Reciprocidad</i> .....	87
3.5.3b	<i>Represalias</i> .....	88
3.5.3c	<i>Indemnizaciones</i> .....	89
3.5.3d	<i>Presiones externas</i> .....	91
3.5.3e	<i>Castigos colectivos</i> .....	92
3.5.4.	<b>Responsabilidad individual</b> .....	93

## CAPÍTULO 4

	<b>LOS PROTOCOLOS DE 1977</b> .....	97
4.1.	Protocolo I .....	98
4.1.1.	<b>La índole del derecho</b> .....	98
4.1.2.	<b>El ámbito de aplicación</b> .....	99
4.1.3.	<b>Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra</b> ...	101
4.1.3a	<i>Calificación de «fuerzas armadas» y de «combatiente»: normas generales</i> .....	101
4.1.3b	<i>La obligación del combatiente de distinguirse de la población civil</i> .....	102
4.1.3c	<i>Excepción a la norma general de distinción</i> .....	103
4.1.3d	<i>Espionaje</i> .....	104
4.1.3e	<i>Mercenarios</i> .....	105
4.1.3f	<i>Trato en caso de duda respecto del estatuto</i> .....	106
4.1.4.	<b>Métodos y medios de hacer la guerra</b> .....	107
4.1.4a	<i>Normas fundamentales</i> .....	107
4.1.4b	<i>Perfidia y estratagemas de guerra</i> .....	108
4.1.4c	<i>Emblemas, banderas y uniformes</i> .....	110
4.1.4d	<i>Cuartel</i> .....	111
4.1.4e	<i>Ocupantes de una aeronave en peligro</i> .....	112
4.1.5.	<b>Protección de la población civil</b> .....	113
4.1.5a	<i>Norma fundamental y ámbito de aplicación</i> .....	113

4.1.5b	<i>Personas civiles y combatientes</i> .....	115
4.1.5c	<i>Bienes civiles y objetivos militares</i> .....	116
4.1.5d	<i>Los dos principales ejes de la protección</i> .....	118
4.1.5e	<i>Prohibición de ataques contra la población civil y los bienes civiles</i> .....	119
4.1.5f	<i>Prohibición de atacar bienes específicos</i> .....	122
4.1.5g	<i>Medidas de precaución</i> .....	125
4.1.5h	<i>Protección de la población civil y armas nucleares</i> ...	130
4.1.5i	<i>Localidades y zonas bajo protección especial</i> .....	131
4.1.5j	<i>Protección civil</i> .....	133
4.1.6.	<b>Heridos, enfermos y náufragos</b> .....	136
4.1.6a	<i>Observaciones generales</i> .....	136
4.1.6b	<i>Unidades sanitarias, personal sanitario, personal religioso</i> .....	138
4.1.6c	<i>Transporte sanitario</i> .....	142
4.1.6d	<i>Identificación</i> .....	144
4.1.6e	<i>Protección general de la misión médica</i> .....	145
4.1.6f	<i>Cometido de la población civil y de las sociedades de socorro</i> .....	146
4.1.6g	<i>Asuntos varios</i> .....	147
4.1.7.	<b>Socorros en favor de la población civil</b> .....	148
4.1.8.	<b>Trato a las personas en poder de una parte en conflicto</b> .....	150
4.2.	Protocolo II .....	154
4.2.1.	<b>Ámbito de aplicación</b> .....	154
4.2.2.	<b>Personas protegidas</b> .....	156
4.2.3.	<b>Trato humano</b> .....	157
4.2.4.	<b>Heridos, enfermos y náufragos</b> .....	159
4.2.5.	<b>Población civil</b> .....	160
4.3.	Aplicación y cumplimiento .....	162
4.3.1.	<b>Instrucción y educación</b> .....	163
4.3.2.	<b>Potencias protectoras y otros organismos humanitarios</b> .....	164
4.3.3.	<b>Responsabilidad colectiva</b> .....	166
4.3.3a	<i>Reciprocidad</i> .....	167
4.3.3b	<i>Represalias</i> .....	168
4.3.3c	<i>Indemnizaciones</i> .....	171
4.3.4.	<b>Responsabilidad individual</b> .....	172
4.3.5.	<b>Otras medidas de aplicación y de cumplimiento</b> .....	176
4.3.5a	<i>Actividades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y de otras organizaciones humanitarias</i> .....	176
4.3.5b	<i>Actividades internacionales para la promoción del derecho internacional humanitario</i> .....	178
4.3.5c	<i>Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta</i> .....	179

## CAPÍTULO 5

**LOS DESARROLLOS POSTERIORES A 1977:**

<b>PRINCIPALES TRATADOS</b> .....	181
5.1. Armas convencionales .....	181
5.1.1. <b>La Convención de 1980 sobre Ciertas</b> <b>Armas Convencionales y Protocolos anexos</b> .....	181
5.1.1a <i>La Convención</i> .....	182
5.1.1b <i>Protocolo I: fragmentos no localizables</i> .....	185
5.1.1c <i>Protocolo II: minas, armas trampa y otros artefactos</i> ..	186
5.1.1d <i>Protocolo III: armas incendiarias</i> .....	189
5.1.1e <i>Protocolo IV: armas láser cegadoras</i> .....	191
5.1.1f <i>Protocolo II enmendado: minas, armas trampa</i> <i>y otros artefactos</i> .....	193
5.1.1g <i>Reciprocidad y represalias</i> .....	195
5.1.2. <b>La Convención de Ottawa sobre minas antipersonal</b> ....	196
5.2. Armas nucleares .....	198
5.3. Armas químicas y bacteriológicas .....	201
5.4. Bienes culturales .....	205
5.5. La guerra en el mar .....	211

## CAPÍTULO 6

**LOS DESARROLLOS POSTERIORES A 1977:**

<b>APLICAR Y HACER RESPETAR EL DERECHO</b> .....	217
6.1. Los Tribunales para ex Yugoslavia y para Ruanda .....	219
6.2. Corte Penal Internacional .....	221
6.3. Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas .....	228
6.4. Responsabilidad colectiva e indemnizaciones por violaciones del derecho .....	229
6.5. Jurisdicciones nacionales y responsabilidad individual .....	230
6.6. El trabajo del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja .....	231
6.7. Organismos de derechos humanos y derecho internacional humanitario .....	234

## CAPÍTULO 7

<b>CONCLUSIÓN</b> .....	237
-------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA</b> .....	239
--	-----

<b>ÍNDICE DE PALABRAS CLAVE</b> .....	249
---------------------------------------	-----

<b>ÍNDICE DE ARTÍCULOS</b> .....	255
----------------------------------	-----

# PREFACIO

**H**an pasado casi quince años desde que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) publicó, por primera vez, el libro del profesor Frits Kalshoven, *Constraints on the Waging of War*. Hoy más que nunca, se necesita un texto de introducción al derecho humanitario, que incluya tanto sus orígenes como su más reciente evolución.

Una vez más, el profesor Kalshoven, cuya experiencia y conocimiento en derecho humanitario son reconocidos universalmente, ha logrado reunir las principales normas de ese derecho en una obra de extensión limitada y con un estilo que, por su precisión y minuciosidad, atraerá a los especialistas y, por su claridad, será accesible a los estudiantes que aborden el tema por primera vez. La combinación de la teoría con la práctica real hace que este libro sea no sólo muy útil, sino también de interesante lectura.

En esta nueva edición, los autores actualizan el texto teniendo en cuenta el desarrollo que el derecho humanitario ha conocido en los últimos años, en particular por lo que se refiere a las normas sobre armas y al derecho penal internacional.

El CICR se complace en publicar esta tercera edición en inglés del libro del profesor Kalshoven\*, y da la bienvenida a Liesbeth Zegveld en esta empresa, que contribuirá ampliamente a la difusión de las normas del derecho internacional humanitario, de las que muchas vidas dependen.

**Dr. Jakob Kellenberger**  
Presidente  
Comité Internacional de la Cruz Roja

---

\* N. del T.: La presente es la segunda edición en español.



## PRÓLOGO

La primera versión en inglés (*Constraints on the Waging of War*) del presente libro se publicó en 1987 y se hizo una segunda edición el año 1991. En realidad, en 1974 y 1985, ya se habían publicado dos ediciones en holandés, cuyo título *Zwijgt het recht als de wapens spreken?* cuestionaba la corrección de la máxima *inter arma silent leges*, frecuentemente citada. Éstas, a su vez, estuvieron precedidas de un texto multicopiado sobre «derecho internacional – guerra» para la instrucción de los cadetes navales del Instituto Naval Real de Holanda en Den Helder. El original de ese texto multicopiado, que tengo en mi poder, se remonta a 1963, cuando llevaba varios años enseñando derecho internacional en ese Instituto.

Al igual que en todas esas ocasiones, en el texto de la presente edición se ha tenido en cuenta la reciente evolución del derecho. Ésta fue particularmente amplia y trascendental en el último decenio del siglo XX, tanto en el ámbito del derecho internacional humanitario propiamente dicho, como en los ámbitos del derecho de los derechos humanos y del derecho penal internacional, que están cada vez más relacionados con el primero. Como consecuencia manifiesta de esos cambios, la tercera edición es un poco más voluminosa que las anteriores, y consta de más de 200 páginas.

Pero la diferencia más importante entre esta edición y todas las anteriores es que, por primera vez, figuran los nombres de dos autores en la portada. Y esto, por dos razones.

La primera es que el derecho internacional humanitario ha ampliado sus límites y abarca temas de derechos humanos y de derecho penal internacional; por lo tanto, era conveniente contar con la colaboración de una persona entendida en esas cuestiones. La otra razón es que me he ocupado de las diferentes versiones de este texto por tanto tiempo que necesitaba encontrar a alguien que, a la larga, pudiera encargarse de esa tarea.

Pensé en Liesbeth Zegveld, a quien conocí por su trabajo en una tesis doctoral sobre *Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability* (*Los grupos armados de oposición en el derecho internacional: la búsqueda de responsabilidad*). Liesbeth Zegveld, ya versada en derechos humanos y en derecho penal internacional, aprendió rápidamente los temas propios al derecho internacional humanitario mediante su trabajo de tesis (la que defendió con honores, en la Universidad Erasmo, Rotterdam, el año 2000; el libro será publicado en 2001).

Así, fue muy grato para mí saber que estaba dispuesta no sólo a cooperar en la redacción de las partes que requerían conocimientos específicos de derechos humanos y de derecho penal internacional, sino también a actuar como coautora del libro (de hecho, el uso de la expresión «grupos armados de oposición», a lo largo del libro, para hacer referencia a las partes no estatales en un conflicto armado interno se debe a esa cooperación). Así pues, le doy aquí la bienvenida, sobre todo en su calidad de coautora. Estoy convencido de que vendrán otras publicaciones de su autoría sobre derecho internacional humanitario, relacionadas o no con los derechos humanos y el derecho penal, que son las principales materias por las que se interesa actualmente.

Quiero asimismo expresar mi gratitud a la Universidad Erasmo, que, en consideración a la brillante defensa de tesis que hizo Liesbeth Zegveld, decidió mantenerla en su nómina durante un semestre, para que trabajara en la realización de la presente edición.

Por último, y también en nombre de Liesbeth Zegveld, agradezco al Comité Internacional de la Cruz Roja por su constante interés en utilizar esta obra como uno de sus instrumentos para la difusión del derecho internacional humanitario. Un especial agradecimiento a Emanuela-Chiara Gillard y a Jean Perrenoud, de la División Jurídica del CICR, que, con energía y entusiasmo, colaboraron en las etapas finales de la producción del libro, incluida la más laboriosa de ellas: la estructuración del índice de palabras clave.

Frits Kalshoven  
Wassenaar, enero de 2001

## CAPÍTULO 1

# INTRODUCCIÓN

Acontecimientos como los conflictos armados en el territorio de ex Yugoslavia, entre Etiopía y Eritrea, en Sudán, Ruanda, la República del Congo, Sri Lanka, Colombia, y muchos otros, nos ponen, día a día, en presencia de la crueldad de la guerra, así como del sufrimiento, la mortandad y la destrucción que ésta trae consigo. También hacen surgir una pregunta obvia: ¿se impone algún tipo de restricción al comportamiento de las partes en esos conflictos armados? No es difícil responder a esta pregunta; efectivamente, tales restricciones existen, aunque no siempre sean del todo claras o inequívocas. Si nos circunscribimos al ámbito del derecho (y no sólo al de la moral), esas restricciones son, de hecho, múltiples: están determinadas en el derecho de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho de los derechos humanos, el derecho internacional relativo al medio ambiente, el derecho de neutralidad y, último en orden –aunque no en importancia–, el derecho de la guerra, cuya finalidad específica es «poner límites a la guerra».

Actualmente, se hace referencia al derecho de la guerra mediante acuñaciones que expresan mejor su objeto y su propósito: «derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados» o «derecho humanitario»; términos que emplearemos indistintamente, tal como haremos con «guerra» y «conflicto armado». El objetivo del presente libro es proporcionar algunos conceptos básicos sobre el origen, la índole, el contenido y los problemas actuales de ese derecho. Al hacerlo, también tendremos que referirnos a los otros ordenamientos jurídicos arriba mencionados, pero nuestro principal interés se centra en el derecho de la guerra propiamente dicho.

Esta tarea nos parece útil por dos motivos. Por un lado, el respeto del derecho de la guerra depende del conocimiento que el mayor número de personas tenga de esas normas jurídicas. Por otro, los importantes cambios que los recientes trabajos de conferencias diplomáticas y de instituciones como las Naciones Unidas (ONU) y los Tribunales de Ruanda y de ex Yugoslavia han aportado a esa reglamentación se deberían difundir lo más ampliamente posible. Sin embargo, antes de abordar la esencia de nuestra materia, en esta Introducción plantaremos algunas cuestiones fundamentales en relación con la noción de «derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados».

## 1.1. OBJETO Y PROPÓSITO

El derecho humanitario se propone mitigar el sufrimiento humano causado por la guerra o, como suele decirse, «humanizar» la guerra. Pero podemos preguntarnos si este objetivo declarado no está en total contradicción con la esencia misma de la guerra, e incluso si es siquiera un objetivo deseable.

La respuesta a la primera pregunta es que el derecho humanitario de ningún modo pretende hacer de la guerra una actividad ‘de buen tono’ y esencialmente humana, más o menos comparable a una justa de la Edad Media. Antes bien, y mucho más modestamente, se propone impedir que las partes en un conflicto armado actúen con una crueldad ciega e implacable, y proporcionar la protección fundamental que los más directamente afectados por el conflicto necesitan, sin que por ello la guerra deje de seguir siendo lo que siempre ha sido: un fenómeno aterrador.

La segunda pregunta, es decir, si la mitigación del sufrimiento causado por la guerra es en modo alguno deseable, requiere una respuesta un poco más detallada. En primer lugar, se sostiene que, en vez de «humanizar» la guerra, hay que abolirla totalmente. Se puede decir sin temor a equivocarse que, en opinión de los promotores del derecho humanitario, y de cualquier persona, debe evitarse, en lo posible, el recurso mismo a la guerra. La cuestión es saber en qué medida puede evitarse; ¿acaso el recurso a la fuerza armada no parece, a veces, no sólo inevitable, sino también completamente justificable? ¿Ha de condenarse en forma categórica, incluso cuando están en juego derechos humanos fundamentales? Por ejemplo, ¿cuando se trata de la liberación de un pueblo sometido a la esclavitud o de la destitución de un gobierno opresor? En las «guerras de liberación nacional» que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial, en Argelia, Indonesia, Vietnam, Mozambique y otros lugares, ¿se debería haber dicho a los combatientes de la guerrilla que depusieran las armas porque está mal hacer la guerra? Esto hubiera sido, sin duda alguna, una provocación.

Del mismo modo, se necesita una buena dosis de presunción para atreverse a sostener que, una vez eliminados los últimos remanentes del colonialismo, no volvería a haber ninguna causa que justifique el recurso a la fuerza armada. En primer lugar, la Carta de las Naciones Unidas legitima expresamente la facultad del Consejo de Seguridad de decidir el recurso a la fuerza, cuando el fin sea restaurar la paz. Además, es obvio que, hasta ahora, las Naciones Unidas no han adquirido el monopolio de la fuerza, lo cual deja la posibilidad de recurrir a la acción armada a los actores individuales que puedan sentirse justificados para hacerlo. La conclusión debe ser que la guerra, sea bajo la forma de un conflicto armado internacional o interno, sea de una acción coercitiva de las Naciones Unidas, no ha pasado a la historia.

Pero aun así, ¿no cabe argumentar que, mitigando el sufrimiento que causa, la guerra resulta más aceptable, más tolerable? o, en otras palabras, ¿que

la sola existencia del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados contribuye a perpetuar el fenómeno de la guerra? ¿Acaso una guerra conducida según modalidades «intolerables en sumo grado» haría que la humanidad se dé cuenta de que la situación no puede seguir igual y de que la guerra, en todas sus manifestaciones, por muy justa que sea su causa, debe ser, efectivamente, eliminada de la faz de la tierra?

En respuesta a estas preguntas, se pueden señalar en la historia muchos casos de guerras libradas por motivos religiosos o por otras causas nobles, pero en las que se emplearon formas inconcebibles de crueldad, sin siquiera un instante de compasión por el enemigo. Desde luego, ninguno de estos acontecimientos resultó en una prohibición categórica del recurso a la guerra. Sin embargo, se podría objetar que, por horribles que hayan sido, esas guerras fueron restringidas, en la medida en que no afectaron en forma directa, o incluso, tangencialmente, a la humanidad en su conjunto. Pero, si así hubiera sido, ¿el efecto no habría sido diferente?

En una época que se caracteriza por la existencia de armas nucleares, esta sola pregunta parece estar en absoluta contradicción con aspectos fundamentales de la naturaleza humana. Los autores de esta obra no podemos imaginar que alguien pueda pensar seriamente en la posibilidad de comprobar esa hipótesis, sometiendo a la humanidad entera al terror de una guerra totalmente ilimitada.

Otro argumento, de menor alcance, que a veces se sostiene contra la sola existencia del derecho humanitario es que la guerra librada de conformidad con ciertas normas humanitarias durará más que una sin restricciones. En este sentido, probablemente deberíamos reconocer que tal efecto no puede descartarse en todas las circunstancias (aunque una causa más probable de la prolongación de una guerra es la falta de capacidad o de voluntad de las partes para ponerle término). Pero ¿se desprende de ello que todas las restricciones deberían suprimirse? Qué es preferible: ¿una guerra más larga o una guerra peor?

En ese sentido, las siguientes observaciones nos parecen pertinentes. Suponiendo que una mejora prácticamente insignificante en la situación de las víctimas de una guerra sólo se pueda conseguir mediante una prolongación indefinida de la guerra, el precio que se debe pagar es, claramente, demasiado alto y, en tal caso, más vale abandonar esa «empresa». Pero ésta no es una hipótesis muy plausible. Las normas esenciales del derecho humanitario, las que establecen una verdadera diferencia entre una guerra limitada y otra sin restricciones, se refieren a asuntos absolutamente fundamentales; por ejemplo, ¿la población civil estará expuesta a bombardeos ilimitados o será objeto de malos tratos o exterminada? ¿se emplearán armas químicas o bacteriológicas para hacer la guerra? ¿los enemigos capturados serán torturados y asesinados de forma sistemática? Lo mejor es dejar que quienes crean que la supresión de todas estas restricciones reducirá en forma

significativa la duración de la guerra, y que estén preparados para aceptar cualquier forma imaginable de barbarie, a fin de lograr ese efecto hipotético, sigan solos con sus fantasías.

Los autores del presente libro hallamos que es difícil seguir ese argumento, y más aún aceptarlo. ¿Acaso la opinión pública mundial estaba totalmente equivocada cuando alzó la voz para protestar contra los bombardeos norteamericanos sobre Vietnam, porque esos bombardeos podrían haber contribuido a apresurar el término de las hostilidades? ¿Estaba la ONU en un completo error cuando pidió, repetidas veces, que los combatientes por la liberación en las colonias portuguesas, y en otras, fueran tratados como prisioneros de guerra? ¿Más bien debería haber instado a las partes beligerantes a hacer la guerra con la máxima crueldad e implacabilidad posibles? El mero hecho de formular estas preguntas causa repulsión. En otras palabras, la afirmación según la cual el derecho humanitario puede prolongar la guerra y, por lo tanto, debe ser anulado, no es sino una tesis puramente teórica y abstracta. Trasladada a la práctica del comportamiento concreto de los combatientes, resulta tan insostenible como abominable. Además, esa tesis es totalmente ahistórica, en la medida en que niega y trata de dejar de lado los acontecimientos ocurridos durante siglos.

Esto plantea otra cuestión. Aunque se reconozca que, en el transcurso de los años, se ha desarrollado una reglamentación de derecho internacional que se llama derecho humanitario aplicable en los conflictos armados, ¿qué valor puede tener en una época como la actual, en la que factores tanto tecnológicos como ideológicos parecen propiciar, de muchas maneras, una guerra «total»?

En este sentido, es indudable que, por ejemplo, la población civil a menudo sufre las consecuencias de la guerra mucho más directamente hoy que en otros períodos de la historia. Es tan cierto en un conflicto armado internacional de gran envergadura, con la posibilidad de bombardeos aéreos masivos en el territorio enemigo, como en una guerra de guerrilla, con sus actividades militares diseminadas en todo el territorio. Obviamente, sería fútil y de ninguna manera realista establecer normas que pretendan abolir los bombardeos aéreos o la guerrilla, o sugerir que el derecho podría garantizar la inmunidad total de la población civil contra los efectos de la guerra.

Sin embargo, hay bastantes posibilidades entre los dos extremos inaceptables que son abandonar totalmente a la población civil y asignarle una absoluta inmunidad. Hallar esas posibilidades y ponerlas en práctica, en un modo factible, precisamente en una época como la actual, en que se pone en peligro con demasiada facilidad la vida de la población civil, es una tarea esencial de aquellos que se abocan a la promoción de la causa del derecho humanitario. Cabe observar que la protección de la población civil, uno de los objetivos fundamentales del derecho internacional humanitario contemporáneo, no es sino un ejemplo entre muchos. En otras palabras,

hoy tanto como siempre, es necesario evitar que el mundo conozca la absurda violencia de una «guerra total».

Así, volvemos a nuestro punto de partida: la conducción de una guerra está sujeta a restricciones jurídicas, a las que hace referencia el título de este libro, con una expresión tomada de *De iure belli ac pacis* de Grocio: «restricciones en la conducción de la guerra». En su famoso tratado, escrito en tiempo de la Guerra de los Treinta Años (1618-1648), Grocio comparaba la práctica de una guerra casi sin restricciones –todas las barbaries que los beligerantes podrían cometer, según dijo, impunemente, hasta donde incumbía al «derecho positivo» de su tiempo–, con otro modo de hacer la guerra, más recomendable, «por razones más elevadas, con las más grandes alabanzas de los hombres de bien». Las *temperamenta belli*, o «restricciones en la conducción de la guerra», que entonces expuso como exigencias de un orden moral más elevado, corresponden, en muchos aspectos, a las normas del derecho humanitario, tal como se lo conoce actualmente.

Se debería poner de relieve, una vez más, que sin esas restricciones jurídicas, la guerra puede degenerar, con demasiada facilidad, en una barbarie absoluta. El resultado puede ser que los efectos del «flagelo de la guerra», al que se hace referencia con evidente horror en la Carta de las Naciones Unidas, sean muchísimo más devastadores y que la pérdida de dignidad humana de las personas que participan activamente en las hostilidades sea, en la misma proporción, mayor. Otro efecto probable es que, una vez terminada la guerra, la restauración de la paz entre las partes que han combatido con tanta crueldad sea mucho más dificultosa, e incluso que llegue a ser casi imposible.

## 1.2. NORMAS CONSUETUDINARIAS Y TRATADOS

El derecho de los conflictos armados, en la forma en que hoy se lo conoce, es más bien reciente; sin embargo, tiene una larga historia tras de sí. Ya en un pasado lejano, los dirigentes militares ocasionalmente ordenaban a sus tropas que respetaran la vida de los enemigos capturados y les brindaran un buen trato, y que evitaran hacer objeto de ataques a la población civil enemiga; al término de las hostilidades, las partes beligerantes convenían a veces en hacer un canje de los prisioneros en su poder. Con el tiempo, esas prácticas fueron transformándose, gradualmente, en normas consuetudinarias sobre la guerra, es decir, normas que las partes en un conflicto armado deben respetar, incluso en ausencia de una declaración unilateral o de un acuerdo mutuo a tal efecto.

Por mucho tiempo, el ámbito de aplicación y el contenido de las normas consuetudinarias sobre la guerra, al igual que el derecho internacional consuetudinario, fueron un tanto inasibles e inciertos. La manera más efectiva que los Estados hallaron para suprimir tales imprecisiones fue la elaboración de tratados, es decir, la negociación de versiones consensuadas de esas

normas y la expresión de éstas en instrumentos vinculantes internacionalmente aceptados. En general, estos reciben el nombre de tratados, aunque algunos se llaman convenios, declaraciones o protocolos. Si bien los tratados pueden ser el resultado de un acuerdo entre dos Estados (tratados bilaterales), aquí nos ocuparemos de tratados concertados por varios Estados (tratados multilaterales).

En el siglo XIX, los tratados multilaterales se convirtieron en un instrumento importante para la reglamentación de las relaciones internacionales. El número de Estados era entonces mucho menor al actual, y no existían las Naciones Unidas ni ningún otro organismo comparable. Por consiguiente, la suscripción de tratados multilaterales era un asunto que se decidía en conferencias internacionales especiales.

La transformación inicial del derecho de la guerra en derecho convencional también comenzó bajo esa modalidad. En dos oportunidades, durante el decenio de 1860, se convocaron conferencias internacionales para redactar un tratado sobre un único y específico aspecto del derecho de la guerra: una, el año 1864, en Ginebra, sobre la suerte de los militares heridos en campaña; otra, el año 1868, en San Petersburgo, sobre el uso de ciertos proyectiles en tiempo de guerra. Estos modestos comienzos son la base de dos corrientes distintas (aunque nunca completamente separadas) de ese ordenamiento jurídico, cada una con su propia perspectiva. La primera de estas corrientes, usualmente llamada derecho de La Haya (por razones que explicaremos más adelante), se refiere a la conducción de la guerra y a los medios y métodos permitidos para hacerla. La otra corriente, usualmente llamada derecho de Ginebra, se ocupa, en forma más particular, de la condición de las víctimas de la guerra que se encuentran en poder del enemigo (como los prisioneros de guerra o los internados civiles). Examinaremos estos dos derechos en los apartados 2.1 y 2.2, respectivamente, del siguiente capítulo.

Con el paso de los años, el derecho convencional relativo a los conflictos armados se ha ido completando y ampliando, al punto que tiende a eclipsar las normas consuetudinarias que fueron su fuente. Un conjunto particular de tratados, los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra, ha sido ratificado por tantas Partes (casi todos los Estados existentes), que se puede perder de vista el hecho de que buena parte de su contenido también pertenece al derecho consuetudinario. En cuanto a otros tratados en esta materia, que han sido ratificados por menos Partes, es bueno recordar que son vinculantes sólo para los Estados Partes. Al mismo tiempo, las normas incluidas en esos tratados que ya pertenecían al derecho consuetudinario, o que se han convertido en normas del derecho consuetudinario con posterioridad a la firma y a la entrada en vigor del tratado, también obligan a los Estados que no son Partes en los tratados, así como a los grupos armados de oposición, es decir, las partes no gubernamentales en un conflicto armado interno. En los últimos años, órganos

judiciales, como los Tribunales de ex Yugoslavia y Ruanda o la Corte Internacional de Justicia, han encontrado cada vez más ocasiones de determinar que ciertas normas del derecho convencional han adquirido, efectivamente, la índole de normas consuetudinarias. Se puede hacer notar aquí que, en 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja pidió al CICR que preparara un informe sobre las normas de derecho consuetudinario del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales y no internacionales. Se prevé que el CICR publique ese estudio en 2001\*.

Un aspecto fundamental de la elaboración de los tratados sobre la conducción de la guerra y sobre la protección de las víctimas de la guerra es saber si quienes participaron en esa actividad eran lo suficientemente realistas como para evitar formular normas que, con sensatez, no se podía esperar que las partes beligerantes respetaran. En este sentido, vale la pena mencionar que las delegaciones de los Estados en las conferencias convocadas a tal fin, solían estar compuestas no sólo por diplomáticos, sino también por militares, cuya tarea era aportar su experiencia militar, a fin de que los requisitos propios de su profesión (el elemento de «necesidad militar») se tomaran debidamente en cuenta.

Otro aspecto importante es que, hasta mediados del siglo XX, los tratados en materia de derecho de la guerra se limitaban a lo que entonces se consideraba «guerra», es decir a los conflictos armados internacionales. A partir de 1949, también se redactaron normas para las «guerras civiles» o los conflictos armados internos; y, por cierto, se considera ahora que incluso algunas de esas normas forman parte del derecho internacional consuetudinario relativo a los conflictos armados. La firma de tratados multilaterales relativos a este ámbito específico también es, y sigue siendo, por supuesto, una prerrogativa de los Estados, en su calidad de principales legisladores internacionales.

### 1.3. APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO

Una cosa es que los representantes de los Estados negocien normas de derecho internacional humanitario y que, incluso, estén persuadidos de que, al hacerlo, han tomado tan en cuenta la realidad, que no habrá lugar de invocar la «necesidad militar» para justificar una desviación respecto de las normas. Otra cosa es garantizar que esas normas se apliquen en la práctica.

Una serie de factores pueden ejercer una influencia negativa sobre la aplicación de las normas. Empezando por arriba: puede ser que las más altas autoridades opten por el desacato de ciertas normas. Como ejemplo, podemos

---

\* El estudio sobre derecho internacional humanitario consuetudinario fue publicado en inglés, en marzo de 2005 por Cambridge University Press.

citar las decisiones, tomadas por ambos lados durante la Segunda Guerra Mundial, de utilizar a la población civil enemiga como blanco de los bombardeos aéreos; la decisión del presidente Truman de Estados Unidos, sobre el final de esa guerra, de emplear la bomba atómica contra ciudades japonesas; la decisión tomada, al principio de la confrontación entre Israel y grupos palestinos, por el líder del Frente Popular para la Liberación de Palestina, el doctor Habash, de que el Frente no respetaría ninguna norma. Si bien estos casos son comparativamente poco frecuentes, otro factor negativo –más importante– se presenta cuando la situación evoluciona de modo tal que propicia, en una medida mayor a la normal, el quebrantamiento de las normas por parte de los combatientes. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se pone especial énfasis en la supuesta índole religiosa o ideológica de la guerra, o cuando el adversario es descrito como bárbaro; o cuando la conducción de las hostilidades se convierte en una operación técnica a larga distancia (bombardeos que operan a grandes altitudes, misiles de largo alcance); o cuando las fuerzas armadas implicadas en una guerra de tipo guerrilla dependen de la potencia de fuego o de otras tácticas que exponen a la población civil a riesgos mayores.

Por lo demás, sería un verdadero milagro que todos los miembros de las fuerzas armadas fueran ángeles, o simplemente combatientes respetuosos del derecho, y que lo fueran durante todo el proceso de la guerra. Ciertos factores, como programas de instrucción insuficientes o erróneamente orientados y la falta de disciplina, pueden influir en este sentido. Otro factor que origina también muchas infracciones del derecho humanitario (y que aparece en todos los niveles, desde las más altas autoridades políticas y militares hasta el soldado raso), es la absoluta ignorancia de las normas.

Ante tantos factores adversos, ¿qué puede hacerse para lograr un mayor respeto del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados? Se debe señalar, en primer lugar, que la responsabilidad primaria y principal incumbe a los Estados implicados y, en el caso de un conflicto armado interno, también a los grupos armados de oposición. Sin embargo, se ha podido comprobar que ello no es suficiente y que se necesita ayuda externa. En este sentido, cabe mencionar el papel del Comité Internacional de la Cruz Roja, organización suiza con sede en Ginebra y activa en el mundo entero, que ha sido, desde su fundación en 1863, el principal promotor del derecho de Ginebra y, en los últimos tiempos, de todo el derecho humanitario. Se han desarrollado otros instrumentos y métodos, tanto entre Estados como en el marco de las organizaciones internacionales, para promover y, si es necesario, hacer cumplir el derecho internacional humanitario. Pasaremos revista a esos diversos medios y mecanismos, cuando sea pertinente, en los capítulos siguientes.

## 1.4. ESTRUCTURA

Resta ahora explicar la estructura de este libro. Al igual que en las ediciones anteriores, la materia está dividida en períodos históricos, por dos razones. La primera es que el derecho humanitario, tal como lo conocemos, se ha desarrollado, sobre todo, como derecho convencional. Dado que un tratado es aplicable a las Partes que lo han aprobado, y no es necesariamente anulado por un tratado posterior sobre el mismo asunto, la situación que se presenta, con frecuencia, es que algunos Estados son Partes en el nuevo tratado, mientras que otros sólo lo son en el anterior. Por consiguiente, para que el presente libro sea útil a todas las Partes, es menester presentar la materia en orden cronológico. De todos modos, incluimos, ocasionalmente, alguna referencia a sucesos posteriores, que se examinan con mayor detenimiento en el marco histórico correspondiente.

El enfoque que hemos adoptado también responde a otro propósito: permitir que los comentadores de la actualidad, o los medios de comunicación, encuentren qué derecho era aplicable cuando ocurrieron los acontecimientos que están reseñando. Quizá ello pueda contribuir a evitar los comentarios demasiado simplistas que consideran los hechos del pasado según los criterios actuales. Baste un ejemplo: el trato que se dio a las poblaciones bajo la ocupación alemana, durante la Segunda Guerra Mundial, estaba regido por las normas pertinentes de los Reglamentos de La Haya de 1899 ó 1907, así como por las normas de derecho consuetudinario que se hubieran podido establecer tras la aprobación de los Reglamentos, pero antes de la guerra; por lo tanto, no estaba regido por las normas del derecho de ocupación incluidas en el Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio), que es posterior a esa contienda y se concibió para tomar en cuenta las experiencias resultantes de ese funesto período.

Habida cuenta de estas consideraciones, la división de la materia en los próximos capítulos es la siguiente: el capítulo 2 presenta un amplio esbozo de las tendencias que ha seguido el derecho humanitario en el curso de la historia; el capítulo 3 trata con mayor precisión el derecho tal como se lo había concebido antes de 1977, año en que se aprobaron los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949; el capítulo 4 describe la situación jurídica que deriva de estos Protocolos; el capítulo 5 plantea un debate acerca de la evolución posterior del derecho positivo (incluidas las prohibiciones o restricciones relativas al uso de armas, la protección de los bienes culturales y la guerra naval); el capítulo 6 presenta los desarrollos relativos a los mecanismos creados para garantizar el cumplimiento de las normas del derecho humanitario y para sancionar su incumplimiento. A modo de conclusión, el capítulo 7 resume algunas características básicas del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados.



## CAPÍTULO 2

# LAS CORRIENTES PRINCIPALES: LA HAYA, GINEBRA, NUEVA YORK

Como se adelantó en el capítulo 1.2, el presente trata, en primer lugar, de la formación, que comenzó en el decenio de 1860, de las dos «ramas» del derecho humanitario, es decir, el derecho de La Haya y el derecho de Ginebra, que examinaremos en los apartados 2.1 y 2.2, respectivamente.

Casi un siglo después de esa fase inicial, en los decenios de 1960 y 1970, las Naciones Unidas empezaron a interesarse activamente en un aspecto de la promoción y del desarrollo del derecho aplicable en los conflictos armados, al que llamó «derechos humanos en los conflictos armados». Además de permitir la incorporación del tema en un ámbito ya existente en sus programas de trabajo, esto puso de relieve la relación cada vez más importante que vinculaba el derecho aplicable en los conflictos armados al derecho de los derechos humanos. Esta «corriente de Nueva York» es objeto del apartado 2.3.

En el apartado 2.4, se ilustra cómo estas tres «corrientes» –La Haya, Ginebra y Nueva York–, sin perder su identidad, han ido convergiendo hacia un movimiento común y cómo, en el decenio de 1990, establecieron nexos estrechos con el derecho penal internacional.

### 2.1. LA HAYA

El desarrollo de la rama del derecho aplicable en los conflictos armados, usualmente llamada «derecho de La Haya», no comenzó, en absoluto, en La Haya, sino en dos localidades muy distantes de esa ciudad: Washington y San Petersburgo.

Durante la guerra civil estadounidense (1861-1865), el presidente de los Estados Unidos de América (la parte Norte en la guerra) promulgó, el año 1863 en Washington, una orden célebre titulada «Instrucciones para el Gobierno de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en Campaña». El texto había sido preparado por Francis Lieber, un jurista internacional de origen

alemán que había emigrado a los Estados Unidos. Las Instrucciones (o Código de Lieber, como a menudo se las llama) proporcionan normas detalladas sobre todos los aspectos de la guerra terrestre, desde la conducción de la guerra y el trato debido a la población civil hasta el trato que deben recibir categorías específicas de personas, como prisioneros de guerra, heridos y francotiradores.

Si bien es, en teoría, un documento interno, redactado para que fuera aplicado en una guerra civil, el Código de Lieber sirvió como modelo y fuente de inspiración para los esfuerzos que la comunidad internacional inició más tarde, en el siglo XIX, a fin de lograr una codificación generalmente aceptable de las leyes y las costumbres de la guerra. Ejerció, pues, una gran influencia sobre estos desarrollos posteriores.

El año 1868, en San Petersburgo, vio la luz otro importante documento: la Declaración sobre la renuncia al empleo, en tiempo de guerra, de proyectiles de un peso inferior a 400 gramos. En más de un aspecto, este documento estaba en las antípodas del Código de Lieber. El Código es un conjunto de leyes internas compiladas unilateralmente, que abarca una muy amplia gama de temas, mientras que la Declaración es un tratado internacional, que versa sobre un único y muy específico aspecto de la conducción de la guerra: el empleo de proyectiles ligeros, desarrollados poco antes, que fueran explosivos o que estuvieran cargados de materias fulminantes o inflamables. El proyectil explosivo de fusil, en particular, ya había probado su eficacia en el material enemigo. En cambio, cuando fue empleado contra seres humanos, no fue más eficaz que una bala común de fusil, pues sólo podía dejar a un único adversario fuera de combate. Sin embargo, debido a su concepción, causaba heridas sumamente graves a la víctima.

La Comisión Militar Internacional que, invitada por el Gobierno ruso, se reunió en San Petersburgo en 1868 «a fin de examinar la conveniencia de prohibir el uso de ciertos proyectiles en tiempo de guerra entre las naciones civilizadas», no tardó mucho en concluir que debía prohibirse el uso de los nuevos proyectiles. La Comisión fundamentó esta conclusión en un argumento interesante. Partiendo de la afirmación según la cual «los progresos de la civilización deben tener por efecto mitigar lo que sea posible las calamidades de la guerra», consideró que «el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo». Para cumplir con tal propósito, es «suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres», y «este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o haría su muerte inevitable». Por lo tanto, «el empleo de armas semejantes sería contrario a las leyes de la humanidad».

Dado que, para la Comisión, los proyectiles en cuestión agravaban inútilmente los sufrimientos o hacían la muerte inevitable, había que fijar «los

límites técnicos en que las necesidades de la guerra deben detenerse ante las exigencias de humanidad». Esto se realizó con una precisión ostensiblemente matemática: 400 gramos fue el peso crítico establecido. El límite era más o menos arbitrario: las balas de fusil pesaban mucho menos, y los obuses de ese tiempo eran considerablemente más pesados. De todos modos, lo importante era que la línea divisoria se encontraba en algún punto entre esos dos extremos. Si bien los obuses también podían infligir heridas muy graves, al punto de «hacer inevitable la muerte» de los hombres puestos fuera de combate, también podían dejar fuera de combate a más de un hombre a la vez y, por consiguiente, no correspondían a la misma categoría que las balas de fusil. Además, y quizá esto sea más importante, los obuses también podían ser usados, por su concepción, contra blancos completamente diferentes. En consecuencia, tenían que quedar fuera del alcance de la prohibición: en este caso, el equilibrio entre la utilidad militar y las exigencias de humanidad se alcanzó de un modo diferente.

Un último asunto tratado en la Declaración de San Petersburgo se refiere a la cuestión de los desarrollos futuros en la fabricación de armamentos. En este caso, también vale la pena citar el texto: «Las Partes contratantes o adherentes se reservan entenderse ulteriormente todas las veces que se formule una propuesta precisa con miras a perfeccionamientos venideros, que la ciencia podría aportar al armamento de las tropas, a fin de mantener los principios que han planteado y de conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad».

Con esto, llegamos finalmente a La Haya, donde, por una nueva iniciativa del Gobierno ruso (y, esta vez, por invitación del Gobierno holandés), se reunieron, en 1899, los delegados de veintinueve de los Estados que existían entonces, a fin de debatir asuntos relativos a la guerra y a la paz. El principal objetivo declarado de esta primera Conferencia Internacional de la Paz era crear las condiciones necesarias para impedir el desencadenamiento de nuevas guerras. Se esperaba alcanzar dicho objetivo obligando a los Estados a someter sus disputas al arbitraje internacional y convocando, periódicamente, una conferencia internacional, a fin de debatir todo problema que pudiera surgir en relación con el mantenimiento de la paz. Pero la Conferencia no pudo lograr su propósito: si bien, en términos generales, los Estados estuvieron de acuerdo en que el arbitraje era un medio excelente para solucionar las controversias entre ellos, muchos no estaban preparados para renunciar al derecho de decidir, en el futuro, si someterlas al arbitraje o no, a medida que se fueran presentando y a la luz de las circunstancias imperantes.

Aunque el mantenimiento de la paz haya sido su principal objetivo, los participantes en la Conferencia eran lo suficientemente realistas como para no excluir la posibilidad de futuros conflictos armados. Habida cuenta de ello, se solicitó a la Conferencia debatir acerca de una serie de propuestas relativas a la conducción de la guerra.

Una propuesta era codificar las «leyes y costumbres de la guerra terrestre». Se basaba, en gran medida, en un texto redactado en una conferencia internacional anterior, celebrada el año 1874 en Bruselas. La «Declaración de Bruselas de 1874», que nunca entró en vigor, había recibido, a su vez, una gran influencia del Código de Lieber. Inspirada por estos textos anteriores, así como, ciertamente, por la Declaración de San Petersburgo de 1868, la Conferencia de 1899 logró aprobar un Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y un Reglamento anejo al Convenio. El Reglamento («Reglamento sobre la guerra terrestre» o «Reglamento») contiene normas relativas a todos los aspectos de la conducción de la guerra terrestre sobre los que las Partes Contratantes pudieron concertarse, por ejemplo, categorías de personas que deben ser consideradas combatientes (llamadas «belligerantes»); trato debido a los prisioneros de guerra; restricciones sobre la adopción de medios y métodos de hacer la guerra, incluidas las normas básicas sobre la protección debida a la población civil (especialmente el artículo 25, por el que se prohíbe bombardear pueblos que no estén defendidos) y a los bienes culturales, y restricciones sobre el comportamiento de una Potencia ocupante (el Reglamento no comprende disposiciones relativas al trato debido a los enfermos y a los heridos, pues ese tema ya había sido tratado en el Convenio de Ginebra de 1864).

Los delegados en la Conferencia no lograron llegar a un acuerdo sobre todas las cuestiones. Una de ellas, contradictoria y finalmente no resuelta, concernía a la situación de las personas civiles que tomaban armas contra el ocupante, durante la ocupación enemiga: ¿la Potencia ocupante estaba obligada a reconocerlos como combatientes o podía someterlos a una ejecución sumaria como francotiradores? En este sentido, las pequeñas Potencias se opusieron a las grandes: las primeras eran conscientes de que sus territorios podían ser los probables teatros de ocupaciones militares futuras y, por ende, abogaban por el derecho de resistencia de la población ocupada, mientras que las grandes Potencias sostenían que, aunque algunos podían considerar como héroes a los habitantes de un territorio ocupado que se comprometieran en la resistencia armada, éstos no podían ser reconocidos como combatientes y, por lo tanto, siempre estarían actuando por su cuenta y riesgo.

A pesar de que fue imposible resolver esta cuestión, el debate se enriqueció significativamente con la inclusión, en el preámbulo del Convenio, de una cláusula que, con razón, es célebre y que, en honor al delegado ruso que la propuso, se conoce como la cláusula de Martens. Reconociendo que no había sido posible resolver todos los problemas, las Partes Contratantes afirmaron que no era su intención que «los casos no previstos fueran, a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirigen los Ejércitos»; por el contrario, en esos casos no previstos, tanto las personas civiles como los combatientes «quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública».

Aunque formulada especialmente para el espinoso problema de la resistencia armada en un territorio ocupado, esta frase ha adquirido una significación que trasciende ese problema particular. Quiere decir, ni más ni menos, que, aunque los Estados no logren un acuerdo acerca de un asunto en particular, la conducción de la guerra siempre estará regida por los principios existentes del derecho internacional.

Aunque la referencia a las «leyes de la humanidad» ya indica que la Declaración de San Petersburgo es la fuente de inspiración, el preámbulo del Convenio de 1899 se refiere en forma más directa a ese documento, al afirmar que la redacción del Reglamento «ha sido inspirada por el deseo de aminorar los males de la guerra, en tanto que las necesidades militares lo permitan». El principio expresado en este párrafo preambular (y repetido en el Reglamento, bajo la forma de una prohibición general del uso de armas que causen sufrimientos innecesarios) refleja el principio que constituye el fundamento del trabajo de la Comisión Militar Internacional de 1868: principalmente, que se debe conciliar la necesidad militar con las exigencias de humanidad.

Como continuación práctica del trabajo iniciado en 1868, la primera Conferencia de la Paz aprobó, en 1889, una Declaración por la que se prohíbe el uso de otro tipo de municiones de fusil que se había desarrollado poco antes, las llamadas balas dum-dum. Estas balas que «se ensanchan o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano», pueden causar heridas tan horribles como las provocadas por los proyectiles explosivos o inflamables ligeros, prohibidos en 1868. La reciente prohibición era una clara aplicación de la idea, expresada por los delegados en San Petersburgo, según la cual debían evaluarse los nuevos perfeccionamientos aportados al armamento, «a fin de mantener los principios que han planteado y de conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad».

En 1907, tal como se había previsto, se convocó la segunda Conferencia de la Paz de La Haya. En esta oportunidad, tampoco se pudo alcanzar el objetivo principal, es decir, garantizar la paz internacional. En realidad, todas las ilusiones forjadas en este sentido fueron brutalmente segadas por el desencadenamiento, en 1914, de la Primera Guerra Mundial, acontecimiento que, en efecto, impidió que se celebrara la tercera Conferencia de la Paz convenida.

Las actividades de la segunda Conferencia de la Paz relativas al derecho de la guerra terrestre se limitaron a una modificación menor del Convenio y del Reglamento de 1899. Un punto importante se refería al bombardeo de pueblos que no estuvieran defendidos. Además del empleo de obuses, los bombardeos desde el aire comenzaron a perfilarse como otra posibilidad. Aunque entonces no era más que una técnica rudimentaria –las bombas se arrojaban desde globos–, el mero hecho de vislumbrar la eventualidad fue suficiente para que la Conferencia de 1907 agregara la expresión «por cualquier medio que sea» a la prohibición estipulada en el artículo 25 del Reglamento.

Asimismo, la Conferencia se ocupó activamente de varias cuestiones relativas a la guerra naval. Un resultado importante fue el Convenio relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales en tiempo de guerra (Convenio IX). En su artículo primero, se reafirma la prohibición del bombardeo de ciudades que no estén defendidas. En el artículo 2, se da una definición de los objetos (tales como los establecimientos navales o las obras militares propios a ser utilizados para las necesidades de la flota enemiga) que, a pesar de estar situados en ciudades no defendidas, pueden ser objetivos militares y, por consiguiente, están sujetos a bombardeos. Esto nos recuerda que, en ese tiempo, los cañones navales podían emplearse para una tarea que la fuerza aérea sólo podría realizar mucho después: el bombardeo preciso de objetivos militares ubicados a considerable distancia del campo de batalla. Por lo tanto, lo dispuesto en el artículo 2 es interesante, porque prevé los perfeccionamientos posteriores. (Lamentablemente, el artículo 3 del Convenio también permite el bombardeo de ciudades enteras no defendidas, pues basta que las autoridades locales rehúsen «obtemperar a requisiciones de víveres o de aprovisionamientos necesarios a las necesidades del momento de la fuerza naval que se encuentre delante de esa localidad». Sin lugar a dudas, una disposición más bien poco feliz, desde una perspectiva moderna.)

Otros resultados de la segunda Conferencia de la Paz de La Haya en el ámbito de la guerra marítima comprenden la Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (Convención VIII) que impone ciertas restricciones al uso de esas minas y de torpedos, principalmente para proteger los intereses de la navegación comercial, y varios Convenios sobre los intereses de navegación comercial (de los neutrales y de los adversarios). De especial importancia es el Convenio relativo al establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas (Convenio XII). Sin embargo, los Estados más interesados no llegaron a un acuerdo acerca de las normas esenciales que ese Tribunal debía aplicar, respecto de cuestiones tales como los bloqueos, el contrabando, la visita, el registro y la destrucción de buques mercantes; todos esos puntos de desacuerdo siguieron sin resolverse en 1907. Dos años después, en 1909, se celebró una Conferencia Naval en Londres, que halló soluciones concertadas para las cuestiones pendientes y les dio forma en la Declaración relativa al Derecho de la Guerra Naval. Lamentablemente, no se logró la ratificación de esa Declaración. Dado que el Convenio relativo al Tribunal Internacional de Presas tampoco fue ratificado, nunca se estableció el Tribunal.

La Sociedad de las Naciones, instituida después de la Primera Guerra Mundial, nunca prestó mucha atención al desarrollo del derecho aplicable en los conflictos armados. Después de todo, se consideraba que la finalidad de la organización era mantener la paz y que no habría más guerras, al menos en Europa. Gracias a la Sociedad, por el contrario, el mundo se encaminaría hacia el desarme, y el comercio de armas quedaría bajo control. Con estos objetivos, se convocó una conferencia en Ginebra, en 1925, que

efectivamente aprobó un tratado sobre el control del comercio internacional de armas. Éste, sin embargo, no fue ratificado y, por ende, nunca entró en vigor.

La Conferencia de 1925 tuvo más éxito con lo que era, en realidad, un subproducto de sus debates: el Protocolo sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares, y de medios bacteriológicos. Ya se había codificado, en el Reglamento de La Haya de 1899, la antigua prohibición del uso de «veneno o armas envenenadas», pero el empleo durante la Primera Guerra Mundial de varios agentes químicos (como el cloro, el fosgeno y el gas mostaza), demostró la insuficiencia de esa prohibición. Como se señala en el preámbulo del Protocolo de 1925, la opinión general del mundo civilizado condenaba, a justo título, el empleo de medios químicos en la guerra, y los participantes en la Conferencia de 1925 no dudaron en prohibirlo de una vez para siempre. Con previsión, agregaron la prohibición del empleo de «medios bacteriológicos» en la guerra pues, en ese tiempo, tales medios no eran sino una posibilidad teórica.

En el ámbito del «derecho de La Haya», también cabe mencionar la redacción, en 1923, de un conjunto de Reglas de la Guerra Aérea, por parte de una Comisión de Juristas, a pedido de algunos Estados. Teniendo en cuenta las experiencias de la Primera Guerra Mundial, el texto establece, entre otras cosas, límites estrictos a los bombardeos aéreos. A pesar de su influencia, estas Reglas nunca llegaron a ser un instrumento vinculante. Aun así, en 1938, reaccionando ante los bombardeos aéreos de localidades españolas y otras ciudades, la Asamblea de la Sociedad de las Naciones aprobó una resolución en que se declara la ilegalidad de los bombardeos intencionales contra la población civil, al tiempo que formula normas básicas sobre los ataques aéreos contra objetivos militares.

Por lo demás, en este período, se hicieron repetidos intentos para restringir el uso de los submarinos, dados los grandes riesgos que las operaciones contra buques mercantes realizadas por esos peligrosos, aunque vulnerables, buques de guerra implicaban para «la vida de los neutrales y de los no combatientes en el mar, en tiempo de guerra». Esta cita proviene del frustrado Tratado relativo al empleo de submarinos y de gases asfixiantes, suscrito en Washington en 1922, que nunca entró en vigor. En un nuevo intento, en el artículo 22 del Tratado de Londres de 1930 relativo a la limitación y la reducción del armamento naval, se dispuso, en calidad de «normas establecidas de derecho internacional», que «en su acción respecto a buques mercantes, los submarinos deben respetar las normas de derecho internacional que rigen para los navíos de superficie» y, excepto en caso de resistencia activa o de que persistan en su negativa de detenerse, «no pueden hundir o quitar la capacidad de navegación a un buque mercante, sin primero haber llevado a un lugar seguro los pasajeros, la tripulación y los documentos del navío». Estas «normas» se reafirmaron en 1936, en el Acta de Londres y, a pesar de su amplia aceptación, nunca resultaron muy efectivas.

Todos estos esfuerzos desplegados durante la era de la Sociedad de las Naciones son la prueba de una preocupación creciente acerca del incremento de la capacidad de los Estados para hacer la guerra pues, la población civil, tanto en tierra como en el mar, corría peligros cada vez mayores, derivados de la conducción de las hostilidades. El último y desesperado esfuerzo por detener esos desarrollos, la Conferencia sobre Desarme de 1932-1934, fracasó, desgraciadamente, en la tormenta política que se había ido gestando en Europa, la cual, al desatarse finalmente en 1939, destruyó muchas cosas, incluida la Sociedad de las Naciones.

Los horrores de la Segunda Guerra Mundial motivaron una serie de importantes desarrollos en el ámbito del derecho internacional general, así como en el ámbito del derecho aplicable en los conflictos armados. Cabe mencionar, ante todo, por su especial importancia, la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, en 1945, que instituye a las Naciones Unidas como sucesor de la Sociedad de las Naciones.

Otro hecho notable fue la creación de los Tribunales Militares Internacionales para el procesamiento de los principales criminales de guerra de los países del Eje, en Nuremberg y en Tokio, y los trabajos que éstos realizaron. (Cabe señalar que, en sus Estatutos y Sentencias se declara que los principios y las normas estipulados en el Convenio y el Reglamento de La Haya de 1899 ó 1907 sobre la guerra terrestre habían conocido, en el momento en que se desencadenó la Segunda Guerra Mundial, una aceptación tan amplia por parte de los Estados, que ya formaban parte del derecho internacional consuetudinario.)

Otro de los principales asuntos tratados por las Naciones Unidas desde los primeros días de su creación fue la cuestión de la «bomba atómica». La primera resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la resolución 1 (I) del 24 de enero de 1946, dispuso el establecimiento de una Comisión de Energía Atómica, asignándole, como una de sus tareas, la formulación de propuestas para la eliminación de las armas nucleares de los armamentos nacionales.

Dejando de lado estos y otros aspectos relativos a las guerras contemporáneas (que, debido a sus amplias consecuencias, serán examinados en los apartados 2.3 y 2.4), la posición de las Naciones Unidas, al inicio de sus actividades, siguió siendo la misma que la de la Sociedad de las Naciones: preocupación por el mantenimiento de la paz, poco interés por el desarrollo del derecho aplicable en los conflictos armados, en general, y menos aún por el «derecho de La Haya», en particular.

Una notable excepción a esta falta de interés por parte de las Naciones Unidas concierne la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Para tratar de este asunto, se celebró una conferencia intergubernamental, el año 1954, en La Haya, bajo los auspicios de la Organización de

las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). La conferencia aprobó la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, con un Reglamento anexo y un Protocolo que versa, en forma específica, sobre la cuestión de la exportación de bienes culturales procedentes de un territorio ocupado. En comparación con las escasas disposiciones relativas a esta materia que figuran en el Reglamento sobre la guerra terrestre, estos instrumentos significaron un importante avance en la protección de los bienes culturales en tiempo de guerra.

## 2.2. GINEBRA

A mediados del siglo XIX, las circunstancias en que quedaban los soldados heridos en campaña dejaban mucho –o, más bien, casi todo– que desear. El cuidado que se daba a los heridos era rudimentario e insuficiente en todos los aspectos: el personal sanitario militar y auxiliar era escaso, los tratamientos quirúrgicos y de otra índole se realizaban en condiciones muy precarias, faltaba comprender la necesidad de un tratamiento aséptico de las heridas y no se habían descubierto aún los antibióticos ni el plasma de sangre. Pero, además, y quizá lo peor de todo, las guerras napoleónicas a comienzos del siglo habían acabado con la práctica consuetudinaria de no lanzar ataques contra los hospitales de campaña, el personal médico o los heridos enemigos.

Los hospitales de campaña eran bombardeados, y se hacía fuego contra los camilleros; y, todo aquel que caía en poder del enemigo, herido o no, y sin tener en cuenta si formaba parte de las fuerzas combatientes o del personal sanitario o auxiliar, era hecho prisionero. La consecuencia obvia era que, con frecuencia, cuando las fuerzas enemigas se aproximaban, o incluso, cuando sólo corría el rumor de que se acercaban, los médicos y las enfermeras de los hospitales de campaña huían en las precarias ambulancias de que disponían, llevándose con ellos a todos los heridos que podían y dejando a los otros sin atención.

Tampoco se podía esperar siempre que los habitantes de las localidades cercanas ayudaran a los heridos: los avatares de la contienda eran siempre inciertos, y cualquiera que atendiera a un soldado de una parte corría el riesgo de ser considerado por el otro bando como un partidario activo de esa parte.

Las desastrosas consecuencias de esta acumulación de factores adversos se conocían ampliamente. Pero fue gracias a la iniciativa de un hombre de negocios ginebrino, Henry Dunant, que el mundo dio pasos efectivos para afrontarlas. El año 1859, en las postrimerías de la batalla de Solferino, en el norte de Italia, Dunant se encontró, casi por accidente, en medio de miles de heridos franceses y austríacos, que habían sido trasladados al cercano poblado de Castiglione. Durante varios días, él y otros cuantos voluntarios

hicieron todo lo que estuvo a su alcance para atender a los heridos y para aliviar el sufrimiento de los moribundos.

Más tarde, profundamente afectado por la miseria de que había sido testigo, se retiró durante un tiempo de la vida activa y escribió su experiencia en un libro que tituló *Recuerdo de Solferino*. Publicado en 1862, el libro produjo una conmoción inmediata en toda Europa, en especial en los círculos de elite, donde se comprendió claramente que la situación debía cambiar. En efecto, Dunant señalaba en su libro las dos medidas que, en su opinión, era indispensable tomar: en primer lugar, la fundación, en cada país, de sociedades de socorro privadas, cuya finalidad sería colaborar con los servicios sanitarios militares en una tarea para la cual éstos no contaban con el equipamiento suficiente; en segundo lugar, la aprobación de un tratado para facilitar el trabajo de esas organizaciones y garantizar que los heridos recibieran un tratamiento más apropiado.

Sorprendentemente, la realización de ambas ideas tomó poco tiempo. Ya en 1863, un pequeño grupo de ginebrinos, entre los cuales estaba Henry Dunant, fundaron el «Comité Internacional de Ayuda a los Heridos», que se propuso la tarea de promover los dos objetivos antes mencionados: la creación de sociedades nacionales de socorro y la aprobación de un tratado que facilitara su trabajo. (Poco después, a dicho Comité se dio el nombre de Comité Internacional de la Cruz Roja, al cual nos referiremos con la sigla CICR.) El mismo año, se fundó la primera sociedad nacional en Wurtemberg; en 1864, lo hicieron Oldenburgo, Bélgica y Prusia, y en 1866, los Países Bajos. Con los años, estas primeras sociedades fueron seguidas por otras análogas, en casi todos los países, a las que se dio el nombre de Sociedades de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja.

La propuesta relativa a la elaboración del tratado tardó apenas un poco más en realizarse. Un grupo de entusiastas propagandistas –un grupo de acción, se estaría tentado de decir– aprovechó cada oportunidad para difundir la idea de que ese tratado se necesitaba con urgencia. Como resultado de sus esfuerzos, y por invitación del Gobierno suizo, se celebró una conferencia en Ginebra, el año 1864, que aprobó, el 22 de agosto, un Convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña.

Los puntos más importantes del Convenio (que comprende ¡10 artículos!) pueden resumirse del siguiente modo: en la guerra terrestre, las ambulancias y los hospitales militares «serán reconocidos neutrales y, como tales, protegidos y respetados por los beligerantes mientras haya en ellos enfermos o heridos»; el personal de los hospitales y el personal de las ambulancias, no sólo no pueden ser hechos prisioneros o atacados, sino que, por el contrario, participarán «del beneficio de la neutralidad cuando ejerzan sus funciones y mientras haya heridos que recoger o socorrer»; «los militares heridos o enfermos serán recogidos y cuidados, sea cual fuere la nación a la que pertenezcan» y, muy importante también, «los hospitales, las ambulancias y

las evacuaciones» llevarán como distintivo una bandera con una cruz roja sobre fondo blanco.

Este modesto comienzo fue seguido, con los años, por una larga serie de medidas que contribuyeron a desarrollar el «derecho de Ginebra», mediante la ampliación de las categorías de personas protegidas y el fortalecimiento de las normas, a la luz de la experiencia adquirida. En 1899, se firmó un tratado por el cual los principios del Convenio de 1864 se aplicaban también a los heridos, los enfermos y los náufragos en el mar. Dado que, en 1906, se realizó una primera revisión del Convenio de 1864, en 1907, se hicieron los ajustes pertinentes al tratado de 1899.

En 1929, por iniciativa del CICR y por invitación, nuevamente, del Gobierno suizo, se celebró una conferencia diplomática en Ginebra. En primer lugar, se aprobó un Convenio, en gran medida mejorado, relativo a los heridos y los enfermos en campaña, teniendo en cuenta las experiencias de la Primera Guerra Mundial. En segundo lugar, se concluyó un Convenio separado, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Este último tratado amplió significativamente las categorías de personas protegidas por el derecho de Ginebra. Como se mencionó brevemente más arriba, ya existían normas relativas al estatuto de los prisioneros de guerra: al principio, formaban parte del derecho consuetudinario, y en 1899, fueron incorporadas en el Reglamento de La Haya sobre la guerra terrestre. Pero la Primera Guerra Mundial, debido a su larga duración y al elevado número de prisioneros de guerra en poder de ambas partes, puso de manifiesto la necesidad de un reglamento más detallado sobre la protección de los prisioneros. El Convenio de 1929 logró este objetivo. Entre las mejoras particularmente importantes que se introdujeron al derecho existente pueden señalarse las siguientes: normas y principios mucho más claros y completos respecto a la captura y al cautiverio, introducción de una prohibición categórica de las represalias contra los prisioneros de guerra y aceptación del principio según el cual la aplicación de las normas concertadas sería objeto de inspección internacional.

Los trágicos acontecimientos ocurridos después, es decir la Guerra Civil Española y la Segunda Guerra Mundial, fueron causa bastante para efectuar otra revisión importante del derecho de Ginebra y para completarlo. A tal efecto, se celebró una conferencia diplomática en Ginebra, el año 1949, nuevamente por iniciativa del CICR y por invitación del Gobierno suizo. Los tres Convenios de Ginebra entonces vigentes (uno de 1907 y dos de 1929) fueron reemplazados por otros nuevos, que mejoraban muchas de las normas existentes y llenaban las lagunas que la realidad había puesto en evidencia. Por ejemplo, el trato a menudo cruel que recibieron los combatientes de la resistencia armada en países bajo la ocupación alemana, durante la Segunda Guerra Mundial, hizo que se reconociera expresamente que los miembros de los movimientos de resistencia organizados que

reúnan ciertas condiciones (estrictas) pueden beneficiarse del estatuto de prisioneros de guerra.

El derecho de Ginebra se enriqueció también con la aprobación de un Convenio completamente nuevo relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Protege, en particular, a dos categorías de personas: los civiles enemigos en el territorio de una de las partes beligerantes y los habitantes de un territorio ocupado; se trata de categorías de personas civiles que, como consecuencia del conflicto armado, se encuentran en poder del enemigo. Con este nuevo tratado, integraban entonces el derecho de Ginebra cuatro Convenios relativos a los heridos y los enfermos; a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; a los prisioneros de guerra y a las personas civiles protegidas en tiempo de guerra.

Asimismo, cabe mencionar aquí otras dos importantes innovaciones introducidas por la Conferencia Diplomática de 1949. Una es el ámbito de aplicación de los Convenios. Siempre se había considerado que los anteriores Convenios de Ginebra, al igual que los Convenios de La Haya sobre la guerra terrestre y otros instrumentos similares, habían sido concebidos, principalmente, para aplicarlos en caso de guerra entre Estados. La Guerra Civil Española demostró la dificultad, y la necesidad, de hacer que las partes en conflictos armados internos respetaran los principios básicos del derecho humanitario. A la luz de esta experiencia, la Conferencia decidió incluir, en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, un artículo común, el artículo 3, aplicable «en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes», el cual contiene una lista de disposiciones que cada una de las partes en conflicto «tendrá la obligación de aplicar, como mínimo». La aprobación de dicho artículo fue un avance de gran importancia, pues demostró que era posible concertar normas de derecho internacional para reglamentar, expresamente, las situaciones de conflicto armado interno. Otro aspecto sorprendente del artículo 3 común es la notable influencia de las nociones nacientes de derechos humanos en sus disposiciones.

La otra innovación importante fue la introducción, también en los cuatro Convenios, de disposiciones que requieren que los Estados Contratantes tomen las medidas penales, disciplinarias y de procedimiento oportunas para sancionar las infracciones graves y otras violaciones de los Convenios.

Con el paso de los años, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 también comenzaron a revelar algunas deficiencias; por ejemplo, en lo que respecta al trato debido a los combatientes de la guerrilla cuando son capturados en las llamadas guerras de liberación nacional. Dado que el intento de remediar estos nuevos problemas coincidió con desarrollos en otros ámbitos del derecho aplicable en los conflictos armados, se examinará este asunto en el apartado 2.4.

### 2.3. NUEVA YORK

Como se dijo antes, las Naciones Unidas mostraron, en sus primeros años, muy poco interés en el desarrollo del derecho aplicable en los conflictos armados. En 1949, la Comisión de Derecho Internacional, como organismo encargado especialmente de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional, manifestó esa actitud negativa cuando decidió que no incluiría el derecho aplicable en los conflictos armados en sus programas. Estimaba que el hecho de prestar atención a esa rama del derecho internacional era poner en duda la capacidad de las Naciones Unidas para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Aun así, hubo dos temas específicos a los que se prestó atención en ese período: el enjuiciamiento de los criminales de guerra y los problemas planteados por la bomba atómica, que era la innovación más reciente y especialmente aborrecible en armamentos.

La atención se había centrado en la cuestión de la responsabilidad individual respecto de los crímenes de guerra desde que las Potencias aliadas, durante la guerra, concretamente en 1943, hicieron saber que los criminales de guerra de las Potencias del Eje responderían por sus terribles actos, a su debido tiempo. Como ya se mencionó, se establecieron dos tribunales poco después de la guerra, a fin de enjuiciar y castigar a esos criminales: uno, en 1945, para los principales criminales de guerra del Eje europeo (conocido como Tribunal de Nuremberg, por el nombre de la ciudad donde actuó); el otro se reunió, el año 1946, en Tokio, para enjuiciar a los principales criminales de guerra japoneses.

La base para el enjuiciamiento de los criminales de guerra del Eje europeo fue el Acuerdo de Londres de 1945, con el Estatuto anejo que establece el Tribunal Militar Internacional. En el Estatuto se definen tres tipos de categorías de crímenes que incumben a la jurisdicción del Tribunal y para los cuales existe responsabilidad individual: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Asimismo, se definen principios aplicables de responsabilidad penal individual. Según uno de ellos, en particular, se considera que el cargo oficial de los inculpados no exonera de responsabilidad ni es razón para mitigar la pena, y que el hecho de actuar en cumplimiento de una orden tampoco exonera de responsabilidad a los inculpados, pero puede tenerse en cuenta como circunstancia atenuante, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere.

En la resolución 95 (I) de 1946, la Asamblea General de la ONU corrobora estos principios, tal como los había reformulado el Tribunal en su sentencia (razón por la cual se les conoce como «principios de Nuremberg»), en calidad de principios de derecho internacional generalmente válidos. Creyendo, además, que había llegado el momento de establecer un código provisional de derecho penal internacional, en esa misma resolución, la Asamblea

General solicita a la Comisión de Derecho Internacional preparar un Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, como veremos en el apartado 2.4, hubo que esperar hasta el decenio de 1990 para que dieran resultado los esfuerzos tendentes a encontrar una solución más firme a estos problemas.

Como se destacó más arriba, el otro tema específico que la ONU consideró como una cuestión urgente en sus primeros días, fue la «bomba atómica». La Asamblea General creó, mediante la resolución 1 (I) del 24 de enero de 1946, la Comisión de Energía Atómica, encargada *inter alia* de presentar propuestas para eliminar las armas nucleares de los armamentos nacionales. En los años siguientes, el tema del desarme, que se evidencia en este cometido (en contraposición con el empleo real de las armas), dominó ampliamente los debates, tanto de la Comisión como de la Asamblea General.

Una excepción a esta tendencia fue la aprobación, el 24 de noviembre de 1961, de la resolución 1653 (XVI) de la Asamblea General, que se refiere específicamente al uso de las armas nucleares. Se declara que, por varios motivos, tal uso sería completamente ilegítimo. El efecto de esta firme declaración de apertura fue considerablemente mitigado, sin embargo, por la parte dos de la resolución, en la que, sin gran convicción, se pide al secretario general que «celebre consultas con los Gobiernos de los Estados Miembros, a fin de conocer su parecer acerca de la posibilidad de reunir una conferencia especial para firmar un convenio sobre la prohibición del uso de las armas nucleares y termonucleares con fines bélicos», y comuniqué los resultados de tales consultas en la sesión siguiente. (De más está decir que las consultas no dieron ningún resultado.) La autoridad de la resolución se vio aún más socavada por el hecho de que un número significativo de Estados (incluidos los Estados Unidos, el Reino Unido y Francia, tres Potencias nucleares) votaron en contra o se abstuvieron; el resultado de la votación fue 55 a favor, 20 en contra y 26 abstenciones. Sin embargo, a pesar de esas deficiencias, la resolución expresaba la opinión de la mayoría en la Asamblea General. (Muchos años después, en 1996, la Corte Internacional de Justicia, a pedido de la Asamblea General, emitió una opinión consultiva, en la que sostiene una perspectiva más equilibrada acerca de la cuestión de la ilegitimidad del uso de armas nucleares.)

El año 1968, Año de los Derechos Humanos, marcó el comienzo de un mayor y más activo interés de las Naciones Unidas por el derecho aplicable en los conflictos armados, en general. La Conferencia Internacional de Derechos Humanos, que se reunió del 22 de abril al 15 de mayo de ese año en Teherán, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, aprobó, hacia el final de las sesiones, y sin mucho debate, la resolución XXIII «sobre los derechos humanos en los conflictos armados», en que se solicita a la Asamblea General que invite al secretario general a estudiar «las medidas que podrían tomarse para asegurar una plena aplicación en todos los conflictos armados» de las normas y convenios internacionales de derecho humanitario

existentes. En la resolución también se solicita que se examine la necesidad de aprobar otros convenios internacionales de derecho humanitario o la conveniencia de revisar los convenios existentes, a fin de garantizar una mejor protección de las personas civiles, los prisioneros de guerra y los combatientes en todos los conflictos armados, así como la prohibición y la restricción del empleo de ciertos métodos y medios de hacer la guerra.

La Asamblea General respaldó la iniciativa y, el 19 de diciembre de 1968, mediante la resolución 2444 (XXIII), invitó al secretario general, a efectuar, en consulta con el CICR, los estudios solicitados en la resolución de Teherán. El título de la resolución es «Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados» y, desde entonces, muchas de las actividades de la ONU en este ámbito han sido realizadas teniendo en cuenta los derechos humanos. Como se observó antes, se puede decir que, con este título, la ONU no sólo indica el origen histórico de su interés activo en el derecho aplicable en los conflictos armados, sino que también justifica su radical cambio de curso: según la Carta, la promoción y la protección de los derechos humanos son una de sus principales funciones.

Tras la aprobación de la resolución 2444, las actividades de la ONU en relación con el desarrollo del derecho aplicable en los conflictos armados se dividieron en dos categorías completamente distintas. Por un lado, en una serie de informes anuales, el secretario general proporcionaba una amplia visión del derecho aplicable en los conflictos armados (en términos de la ONU, de los derechos humanos aplicables en los conflictos armados), y formulaba muchas propuestas interesantes para el desarrollo de este derecho. Después de la publicación de esos informes, la Asamblea General aprobaba, en general, resoluciones donde expresaba su respaldo general a las tareas en curso. Por otro lado, en repetidas ocasiones, la Asamblea General y sus diversas comisiones debatieron y aprobaron resoluciones sobre cuestiones específicas bien definidas, en particular, la protección de las mujeres y los niños, la situación de los periodistas y la condición de los combatientes por la liberación en las guerras de liberación nacional.

Las guerras de liberación nacional constituyeron una preocupación particular para las Naciones Unidas; lo cual es entendible, dado que concernían dos cuestiones que han conmovido profundamente a la Organización a lo largo de los años, a saber: la situación en Oriente Próximo (con los diversos grupos dentro de la Organización para la Liberación de Palestina, en calidad de combatientes por la liberación) y los procesos de descolonización. En cuanto a esta última cuestión, basta mencionar los conflictos, con frecuencia prolongados, en las ex Indias Holandesas, en Argelia, en una serie de colonias en África y en Indochina. En África, los últimos remanentes del colonialismo parecieron ser particularmente persistentes: las colonias portuguesas lograron la independencia, sólo después de un cambio de régimen en la madre patria, y la solución a la situación en África meridional sólo se ha encontrado recientemente.

Con respecto a dicho proceso de descolonización, las Naciones Unidas tomaron posición con mayor insistencia. Una y otra vez, en las resoluciones de la Asamblea General y de los principales órganos de la Organización, se hacía hincapié en el derecho a la autodeterminación de los pueblos interesados y se instaba a las autoridades en el poder a no seguir oponiéndose a su realización. Dado que el uso de la fuerza parecía ser cada vez menos evitable para la liberación de los territorios sometidos a la dominación colonial, en las resoluciones se declaraba, cada vez con menos ambigüedad, que el uso de la fuerza en dichas «guerras de liberación nacional» estaba justificado, y se instaba a los otros países a prestar ayuda y apoyo a los combatientes por la liberación. Asimismo, en las resoluciones –y esto nos trae nuevamente a nuestro tema– se declaraba, en repetidas ocasiones, que las guerras de liberación eran conflictos armados internacionales, y se solicitaba que los combatientes por la liberación capturados fueran considerados prisioneros de guerra y tratados como tales. De este modo en particular, la ONU produjo un efecto estimulante en las negociaciones que habían comenzado en otro contexto, en Ginebra, con respecto a la situación de los combatientes de la guerrilla.

Otras resoluciones aprobadas por la Asamblea General en el decenio de 1970 versan sobre posibles prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas «armas convencionales». El término se refiere a aquellas armas que no forman parte de las llamadas armas de destrucción masiva (es decir, armas nucleares, químicas y bacteriológicas). Como veremos más adelante, el verdadero debate sobre este tema también se había estado realizando, desde hacía mucho tiempo, en otro foro; sin embargo, las resoluciones de la Asamblea General fueron importantes, en el sentido de que pusieron el tema ante la opinión pública en forma efectiva.

En suma, las actividades de las Naciones Unidas relativas a la reafirmación y al desarrollo del derecho de la guerra en el decenio de 1970 fueron significativas en tres aspectos. En primer lugar, contribuyeron a que el tema dejara de ser un tabú. En segundo lugar, pusieron de relieve la idea de protección de los derechos fundamentales del ser humano, incluso en tiempo de conflicto armado. Y en tercer lugar, hicieron una importante contribución al debate sobre cuestiones específicas, especialmente la situación de los combatientes de la guerrilla en las guerras de liberación nacional.

## 2.4. CONFLUENCIA: 1977 Y DESPUÉS

En la resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General, se invitaba al secretario general a efectuar estudios «en consulta con el Comité Internacional de la Cruz Roja». A primera vista, puede parecer sorprendente que se mencione al CICR en conexión con una tarea que, una vez emprendida, no se limitaría, por cierto, al «derecho de Ginebra». Sin embargo, no era tan sorprendente, después de todo. Ya en el decenio de 1950, el CICR había tomado un camino que lo había conducido fuera de esa rama específica del

derecho para entrar en el ámbito del llamado «derecho de La Haya»: en 1955, así como en 1956, presentó un conjunto de proyectos de normas relativas a cuestiones en las que, con mayor evidencia, el derecho de La Haya se revelaba inadecuado. Una era la protección de la población civil contra los efectos de la guerra. Las propuestas, presentadas en plena Guerra Fría, no llevaron a resultados positivos porque, simplemente, muchos Gobiernos no estaban todavía preparados para comenzar a discutir un tema tan delicado como la reglamentación detallada de los bombardeos aéreos y su restricción. Las reacciones negativas se vieron reforzadas por el hecho de que las normas provisionales contenían una condena velada de las armas nucleares.

Una década después, el CICR tomó una nueva iniciativa, siguiendo una línea completamente diferente: no se trataba, esta vez, de propuestas detalladas sobre normas precisas, sino de una declaración de algunos principios fundamentales del derecho de la guerra, cuya validez nadie se atrevería a negar. Esta modalidad tuvo éxito: en la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que se celebró en Viena en 1965\*, se aprobó la resolución XXVIII, en la que se «declara solemnemente que todos los Gobiernos y todas las demás autoridades que tengan la responsabilidad de dirigir los combates en los conflictos armados deberían respetar, por lo menos, los principios siguientes»:

- las partes en conflicto no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo;
- está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal;
- deberá establecerse en todo momento una distinción entre las personas que participan en las hostilidades y la población civil, a fin de que se respete a esta última lo más posible.
- los principios generales del derecho de la guerra se aplican a las armas nucleares y similares.

La aprobación de esta resolución (precisamente el año en que Estados Unidos comenzó sus bombardeos en el norte de Vietnam) significó un importante progreso. Las delegaciones gubernamentales de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra participan en las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja con pleno derecho a votar, y el hecho de que la Conferencia de Viena haya aprobado esa resolución fue una clara señal de que, además de los componentes de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, los Gobiernos estaban preparados para examinar el asunto de la reafirmación y el desarrollo del derecho aplicable en los conflictos armados.

---

\* La XXV Conferencia Internacional, celebrada en 1995, fue la primera que se llamó «Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja», pues las conferencias anteriores se llamaban «Conferencias Internacionales de la Cruz Roja». Sin embargo, aquí llamaremos «Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja» a todas las conferencias, sin distinción de la fecha en que tuvieron lugar, para evitar confusiones.

Esa preparación se hizo más evidente con la aprobación, en diciembre de 1968, de la mencionada resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En esta resolución no sólo se solicita que el secretario general efectúe ese estudio «en consulta con el Comité Internacional de la Cruz Roja», sino que también se repiten y reafirman los principios relativos a la protección de la población civil incluidos en la resolución de Viena (con la única excepción del cuarto y último principio, que fue considerado redundante, dado que, previamente, en la resolución 1653 (XVI) de la Asamblea General, se había declarado que el uso de armas nucleares era ilegítimo. Con la aprobación de la resolución 2444, la Asamblea General rechazó, de manera definitiva, la idea de una «guerra coercitiva» como método de hacer la guerra contra una población en su totalidad, a fin de forzar la rendición de la parte enemiga (podemos agregar, de paso, que los principios establecidos en la resolución 2444 han sido ampliamente reconocidos, desde entonces, como principios de derecho consuetudinario).

Con dicha resolución, se desencadenó un acelerado movimiento que hizo confluir a las tres corrientes –La Haya, Ginebra y Nueva York– en un solo cauce. Los Gobiernos, las Naciones Unidas y el CICR participaron en un mismo proceso, y los debates versaron tanto sobre las normas de combate –en el sentido del derecho de La Haya– y la protección de las víctimas de la guerra –en el sentido del derecho de Ginebra–, como sobre la promoción de la idea de la protección internacional de los derechos humanos en los conflictos armados. Esta evolución fue el reconocimiento de la estrecha interacción entre esos aspectos centrales del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados, especialmente en las circunstancias de las guerras contemporáneas.

Este desarrollo acelerado culminó, con el tiempo, en la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, que se celebró el año 1974, en Ginebra, por invitación del Gobierno suizo. En cuatro sesiones anuales y basándose en una serie de proyectos presentados por el CICR, la Conferencia estableció el texto de los dos tratados denominados Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. El Protocolo I se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el Protocolo II, a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Ambos son una combinación del derecho de La Haya y del derecho de Ginebra, con importantes elementos de derechos humanos. La Conferencia aprobó los Protocolos el 8 de junio de 1977 y numerosos Estados los firmaron el 12 de diciembre de 1977, en Berna. Desde entonces han sido ratificados por una amplia mayoría de Estados. Los Protocolos entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978, seis meses después de que se depositaron dos instrumentos de ratificación ante el Gobierno suizo, por ser Suiza el depositario de los Protocolos.

Los Protocolos de 1977 nada disponen acerca de las posibles prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales –como las bombas de napalm u otras armas incendiarias, o las minas y las armas trampa–, asunto al que nos referimos hacia el final del apartado 2.3. En el tiempo de la Conferencia Diplomática de 1974-1977, el debate sobre este tema –que también interesa tanto al derecho de La Haya como al de Ginebra, e incluye importantes aspectos de derechos humanos– comenzó a adquirir los rasgos de una negociación, pero fue imposible traducirla en conclusiones; lo que, en cambio, sí pudo hacerse con las negociaciones sobre los Protocolos. Posteriormente, se retomó el tema en una Conferencia de las Naciones Unidas convocada a ese efecto, en la que se realizaron dos períodos de sesiones, una en 1979, y otra, en 1980. El 10 de octubre de 1980, se aprobó la «Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados», con tres Protocolos anexos (sobre «fragmentos no localizables», «minas, armas trampa y otros artefactos» y «armas incendiarias»). La Convención y sus tres Protocolos entraron en vigor el 2 de diciembre de 1983, seis meses después de que se hubo depositado el vigésimo instrumento de ratificación ante el secretario general de las Naciones Unidas, que actúa como depositario de esta Convención.

En 1995, se agregó un cuarto Protocolo a la Convención, relativo a las «armas láser cegadoras» y, en 1996, el Protocolo sobre minas fue enmendado en su totalidad. Un año después, se aprobó una Convención que prohíbe completamente el almacenamiento y el empleo de minas antipersonal (la Convención de Ottawa de 1997).

La aprobación y la entrada en vigor de los Protocolos adicionales de 1977 inspiraron otros dos desarrollos, que cabe mencionar brevemente aquí. Uno se refiere a la protección de los bienes culturales. La Convención de La Haya de 1954 y sus Protocolos, mencionados al final del apartado 2.1, resultaron inadecuados para lograr ese objetivo y era necesario modificarlos totalmente. Las soluciones introducidas en los Protocolos por lo que atañe a la protección de la población civil permitieron encontrar soluciones análogas para los problemas inherentes a la protección de los bienes culturales en tiempo de conflicto armado. El resultado final de los esfuerzos combinados de la UNESCO y de un grupo de Gobiernos activamente interesados en la cuestión fue la aprobación, el 26 de marzo de 1999, del Segundo Protocolo de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (que aún no ha entrado en vigor). Para los Estados que decidan ser Partes en este Protocolo, dejarán de tenerse en cuenta, en gran medida, los sistemas de protección de los bienes culturales establecidos en la Convención de 1954.

El otro ámbito es el derecho de la guerra en el mar, una rama del derecho aplicable en los conflictos armados que siempre ha hallado dificultades respecto de cualquier desarrollo de importancia (con excepción, obviamente,

de la parte del derecho de Ginebra, mediante la aprobación, en 1949, del II Convenio). Efectivamente, desde los intentos frustrados de 1907 y 1909 de crear un tribunal internacional de presas, junto con las normas que éste hubiera debido aplicar, así como los intentos, casi igualmente infructuosos, que se realizaron en el decenio de 1930 para disminuir los peligros que la guerra submarina implicaba para la navegación comercial, ninguna conferencia internacional se ha reunido para dictar normas sobre, por ejemplo, «la protección que deben recibir las personas y los bienes civiles contra los efectos de las hostilidades» en el mar. Sin embargo, un grupo internacional de juristas y de expertos navales, bajo los auspicios del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo y con la estrecha cooperación del CICR, redactaron, en 1994, el Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar. A pesar de que no es un tratado, merece nuestra atención, aunque sólo sea por el esfuerzo y la experiencia que se han volcado en él y por ser una importante contribución para el desarrollo del derecho de la guerra marítima.

Un último ámbito de «confluencia» de los derechos de La Haya, Ginebra y Nueva York está dado por los recientes desarrollos relativos al enjuiciamiento y a las sanciones por las violaciones del derecho humanitario. Cabe recordar que, en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, tuvieron lugar dos acontecimientos relevantes en este sentido. Uno fue la inclusión, en los Convenios de Ginebra de 1949, de disposiciones sobre las infracciones graves y otras violaciones contra los Convenios. Las disposiciones sobre «infracciones graves» identifican violaciones contra los Convenios específicas y muy graves, que los Estados Contratantes están obligados a castigar. Posteriormente, se incluyó una disposición similar en el Protocolo de 1977. La aplicación de estas disposiciones está prevista solamente para los casos de violaciones cometidas en conflictos internacionales; y ni los Convenios ni el Protocolo contemplan la posibilidad de un procedimiento penal internacional. Según estos instrumentos, el enjuiciamiento de los criminales de guerra incumbe a los tribunales nacionales, establecidos de conformidad con el derecho interno.

La situación fue diferente en relación con el otro acontecimiento: la institución de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y de Tokio, para el enjuiciamiento y el castigo de los principales criminales de guerra de las Potencias del Eje. Posteriormente, sin embargo, los intentos para proseguir con estas experiencias se vieron frustrados por factores políticos, y se estancaron por completo los trabajos que, sobre este tema, llevaba a cabo la Comisión de Derecho Internacional (órgano subsidiario de la Asamblea General de la ONU).

La noción de aplicación de las normas penales internacionales en relación con el derecho aplicable en los conflictos armados volvió a tratarse en el último decenio del siglo XX. En dos oportunidades, el Consejo de Seguridad (que, al igual que el Secretario General, estaba mostrando un interés mucho

más activo en asuntos de derechos humanos y de derecho humanitario) optó por la institución de dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*: en 1993, para el enjuiciamiento de personas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, cometidas desde 1991 en el territorio de la ex Yugoslavia; y en 1994, para el enjuiciamiento de personas responsables de genocidio y de otras violaciones del derecho cometidas ese año en el territorio de Ruanda, o de ciudadanos ruandeses responsables de esas violaciones en cualquier otro lugar.

El establecimiento de estos dos tribunales *ad hoc* dio nuevo ímpetu al trabajo de la Comisión Internacional de Derecho. Esto llevó a la aprobación, por parte de una Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas en 1998, del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). Dicho Estatuto, a menudo llamado Estatuto de Roma, por el lugar donde se celebró la Conferencia, se aplica a crímenes cometidos en conflictos tanto internacionales como internos, y la jurisdicción de la Corte comprende infracciones de los derechos de La Haya, Ginebra y Nueva York, por lo que la distinción entre esas tres corrientes es cada vez menos nítida.

La CPI será establecida y ejercerá sus funciones en La Haya, después de que el Estatuto entre en vigor. Esto requiere 60 ratificaciones; en el momento de redacción del presente libro, 28 Estados habían ratificado el Estatuto\*.

---

\* N. del T.: El Estatuto de la CPI entró en vigor el 1 de julio de 2002.



## CAPÍTULO 3

# EL DERECHO ANTES DE LOS PROTOCOLOS DE 1977

En este capítulo, se pasará revista al derecho de los conflictos armados, teniendo en cuenta los distintos acontecimientos descritos en el capítulo anterior, hasta la Conferencia Diplomática de 1974-1977. En primer lugar, se tratarán dos temas de importancia general: la índole del derecho, que será objeto del apartado 3.1, y su ámbito de aplicación, que examinaremos en el apartado 3.2. Luego, se estudiarán los aspectos principales del derecho de La Haya y de Ginebra, en los apartados 3.3 y 3.4, respectivamente. Por último, en el apartado 3.5, se planteará la problemática relacionada con la aplicación del derecho y las sanciones previstas en caso de incumplimiento.

### 3.1. LA ÍNDOLE DEL DERECHO

Tal como lo hemos destacado antes, los Estados deben respetar las normas de derecho internacional dimanantes de los tratados en que son Partes y del derecho consuetudinario. Esto es igualmente válido en el caso del derecho de los conflictos armados. La tesis que a veces se escucha y según la cual la aplicación de las normas de dicho ordenamiento jurídico puede suspenderse en virtud de la necesidad militar contradice la propia índole de esas normas.

En el preámbulo del Convenio de La Haya de 1899 sobre la guerra terrestre, como se reiteró y se reafirmó en 1907, se señala que la redacción del Reglamento «ha sido inspirada por el deseo de aminorar los males de la guerra en tanto que las necesidades militares lo permitan». De esta afirmación se deduce que, al concebir las normas tal como lo hicieron, los autores tomaron debidamente en cuenta el elemento de necesidad militar, y que una norma dada sólo puede dejar de aplicarse en virtud de una necesidad militar cuando ello esté permitido de forma expresa. Por ejemplo, se autoriza explícitamente esa suspensión en el artículo 23 (g), del Reglamento: se prohíbe «destruir o apoderarse de las propiedades enemigas, excepto en el caso que estas destrucciones o apropiaciones sean imperiosamente reclamadas por las necesidades de la guerra».

Los Convenios de Ginebra de 1949 son aún más explícitos en este sentido. El artículo 1 común obliga a los Estados Partes a «respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias». Al igual que el Reglamento de La Haya, estos Convenios contienen normas acompañadas de una salvedad expresa de necesidad militar. Así, en el artículo 12 del I Convenio (relativo a los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña), se dispone que «la parte en conflicto obligada a abandonar heridos o enfermos a su adversario dejará con ellos, si las exigencias militares lo permiten, a una parte de su personal y de su material sanitarios para contribuir a asistírtelos». Pero, una vez más, cuando no se especifican salvedades de ese tipo, las disposiciones se aplican sin excepción.

### 3.2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

El derecho de los conflictos armados es aplicable en caso de guerra. Si bien esta afirmación puede parecer una obviedad, se la hace explícita, por ejemplo, en el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre gases asfixiantes, cuando se hace referencia al uso de medios químicos en la guerra.

El ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1899 está definido en términos similares: de conformidad con el artículo 2, las disposiciones contenidas en el Convenio y su Reglamento anexo «sólo serán obligatorias para las Potencias Contratantes en caso de guerra entre dos o más de ellas». (En el artículo se añade que los instrumentos en cuestión «dejarán de ser obligatorios desde el momento en que, en una guerra entre Potencias Contratantes, otra no contratante se uniera a uno de los beligerantes»; sin embargo, esta cláusula, llamada *si omnes*, ha perdido importancia, pues se supone que las disposiciones del Convenio y de su Reglamento son obligatorias para todos los Estados, por ser normas del derecho consuetudinario.)

El texto del artículo 2 es ya una respuesta a la pregunta que podría surgir acerca del uso del término «guerra»: manifiestamente, el tipo de conflicto armado que las Partes Contratantes consideraban en esa época era una guerra entre Estados. Esto no quiere decir que hubieran estimado que la aplicación de las normas que establecían o reconocían fueran inadecuadas para las situaciones de guerra civil, sino, más bien, que la idea de estipular normas convencionales para esa situación de carácter interno simplemente no se les había ocurrido.

Pero la situación fue diferente en 1949: se planteó, de manera expresa, la cuestión de si los Convenios de Ginebra serían aplicables en su totalidad a los conflictos armados internos; sin embargo, también de forma expresa, se respondió en sentido negativo a esta cuestión. Los Estados no estaban preparados para aceptar la obligación de aplicar la totalidad de las detalladas y complejas disposiciones de los Convenios, en tales situaciones. No obstante, se añadió un artículo a los cuatro Convenios (el artículo 3 común), que contiene una serie de normas mínimas, aplicable específicamente «en

caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes» (se analiza el artículo 3 en el apartado 3.4.7).

Los Convenios de Ginebra de 1949 también difieren de los tratados anteriores en el sentido de que ya no se refieren exclusivamente a la «guerra». El artículo 2 común dispone que los Convenios se aplicarán en su totalidad «en todos los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque **una** de ellas no haya reconocido el estado de guerra». En el pasado, los Estados habían podido argumentar que si una situación no estaba expresamente reconocida como una guerra, tampoco lo era en el sentido jurídico. Los autores de la nueva formulación, en cambio, esperaban excluir definitivamente la posibilidad de que los Estados continuaran haciendo una interpretación tan restringida de la palabra «guerra», reemplazándola con una noción precisa y objetivamente establecida.

Los acontecimientos posteriores mostraron que la nueva formulación tampoco era tan clara. A comienzos de los años cincuenta, en lo más álgido del conflicto entre los Países Bajos e Indonesia por la Nueva Guinea Holandesa (hoy, una parte de Indonesia, llamada Papúa), cuando una cantidad considerable de infiltrados indonesios caían en poder de los holandeses, Holanda optó por negar la aplicabilidad del Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949, argumentando que ambas partes habían decidido no considerar la situación como un conflicto armado. Los redactores de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales eliminaron toda posibilidad de recurrir a ese subterfugio, cambiando una palabra al final de la frase antes citada: «aun cuando **alguna** de ellas no reconozca el estado de guerra» (artículo 18).

El hecho es que, hasta ahora, 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 respecto de la situación anterior, pues da a terceras partes, como Estados que no estén involucrados en el conflicto, organismos de las Naciones Unidas y, en la práctica, principalmente el CICR, los medios necesarios para instar a las partes a aplicar los tratados. En el conflicto entre Holanda e Indonesia, gracias a la insistencia constante del CICR, se logró, finalmente, que las autoridades holandesas cambiaran su posición y aplicaran el Convenio relativo a los prisioneros de guerra a los infiltrados capturados.

Mientras que la cuestión que acabamos de describir se refiere a la aplicación de esos tratados durante un conflicto armado, por los Estados Partes en estos ordenamientos jurídicos, otra cosa es su aplicación en un proceso judicial internacional. En tal situación, la corte o tribunal pertinente determina

si considera que el conflicto es, o ha sido, un conflicto armado internacional o interno, de conformidad con las normas pertinentes de los tratados o del derecho consuetudinario.

En cuanto al ámbito de aplicación, también debemos hacer referencia a la cuestión que se planteó, después de la Segunda Guerra Mundial, en relación con las actividades de mantenimiento o de restablecimiento de la paz de las Naciones Unidas. Se trataba, en particular, de la posibilidad, o mejor, de la imposibilidad de que esa organización fuera parte en los Convenios de Ginebra, los que obviamente habían sido concebidos, según la modalidad tradicional, como tratados entre Estados, sin prever ninguna disposición relativa a la adhesión de entidades no estatales. Sin embargo, el CICR ha instado, en forma constante, a las Naciones Unidas a encontrar la manera de suscribir formalmente los Convenios de Ginebra; pero las Naciones Unidas se han opuesto a este pedido en una forma igualmente consistente, aceptando sólo que sus fuerzas sean instruidas para acatar «los principios y el espíritu» del derecho humanitario. Por lo demás, incumbe al Estado que contribuya con sus fuerzas a una operación de las Naciones Unidas hacer lo necesario para que esas fuerzas observen las normas de derecho humanitario vigentes para ese Estado.

Como veremos, ésta fue la posición de las Naciones Unidas hasta hace muy poco, ya que, en 1999, el secretario general publicó oficialmente unas instrucciones que aclaran, al menos en parte, qué normas específicas la Organización está dispuesta a imponer a sus fuerzas (véase, más adelante, capítulo 6.3).

### 3.3. LA HAYA

A continuación, se analizarán varios aspectos del derecho tradicional de La Haya, hasta 1977. Son los siguientes: calificación de combatiente (apartado 3.3.1); las normas relativas a los medios y métodos de hacer la guerra (apartados 3.3.2 y 3.3.3); la noción de «objetivo militar» y, a este respecto, la protección de la población civil (apartado 3.3.4); algunos problemas específicos relacionados con el uso de armas nucleares (apartado 3.3.5); y la protección de los bienes culturales (apartado 3.3.6).

#### 3.3.1. Combatientes

Las personas habilitadas a realizar acciones de guerra son, por una parte, los miembros de las fuerzas armadas (con la excepción de los no combatientes, tales como el personal militar sanitario y religioso). Por otra, el artículo 1 del Reglamento de La Haya se refiere «a las milicias y a los cuerpos de voluntarios», que reúnan las cuatro condiciones siguientes:

1. tener a su frente una persona responsable de sus subordinados;
2. poseer algún signo distintivo fijo y perceptible a distancia;

3. llevar armas abiertamente; y
4. sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra».

El artículo 2 añade otra categoría: «La población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, toma espontáneamente las armas para combatir a las tropas de invasión sin haber tenido el tiempo de organizarse conforme al artículo primero». La población que participe en un levantamiento en masa de ese tipo sólo debe cumplir las dos últimas condiciones: «será considerada como beligerante si lleva las armas abiertamente y si respeta las leyes y costumbres de la guerra» (cabe observar que, en aquellos años, el término «beligerante» no sólo se empleaba para un Estado parte en un conflicto armado, sino también para los individuos, a los que ahora nos referimos con el término de «combatientes»).

La referencia a las «milicias y a los cuerpos de voluntarios», así como a los levantamientos en masa, reflejan una práctica del siglo XIX, en particular la de la Guerra franco-prusiana de 1870. Desde entonces, esas prácticas han perdido casi toda importancia, en comparación con la categoría de combatientes de movimientos de resistencia en un territorio bajo ocupación enemiga, la que el Reglamento ni siquiera menciona. Como se explicó en el capítulo 2.1, en 1899 fue imposible llegar a un acuerdo acerca de si tales personas debían ser reconocidas como combatientes o si, por el contrario, podían ser consideradas como francotiradores y, por consiguiente, ser ejecutadas sin juicio previo, de acuerdo con la opinión general en esa época.

Obviamente, esta última consideración y la consiguiente forma de trato son incompatibles con las ideas modernas de derechos humanos, en particular, con los derechos a la vida y a un juicio equitativo, incluso en tiempo de guerra. Pero, a pesar de que ese tipo drástico de trato esté prohibido y de que, por consiguiente, se preserve la vida de un miembro de un movimiento de resistencia, es muy distinto someterlo a juicio por sus actividades en la guerra a, por el contrario, reconocerlo como combatiente y, por lo tanto, no poder castigarlo por su participación en las hostilidades. En 1949, prosperó esta última solución para los miembros de los «movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado», siempre que reúnan las cuatro condiciones que presentamos más arriba. El Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra dispone que esas personas deben ser tratadas como prisioneros de guerra. Aunque esta norma hubiera estado en vigor durante la Segunda Guerra Mundial, los miembros de la mayoría de los movimientos de resistencia que luchaban contra la ocupación alemana en Europa no habrían reunido las condiciones necesarias para ser tratados como prisioneros de guerra. Podrían haber sido notables excepciones los *maquisards* de las Fuerzas Francesas del Interior, así como el ejército de resistencia del mariscal Tito en Yugoslavia.

En este contexto, cabe recordar que, en 1899, se añadió la cláusula de Martens al preámbulo del Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre para evitar, precisamente, que se llegara a la conclusión de que el trato debido a los miembros capturados de un movimiento de resistencia era un «caso no previsto», para el que no se había logrado establecer «estipulación escrita», y se dejaba «a la apreciación arbitraria de los que dirigen los Ejércitos» (véase apartado 2.1).

### 3.3.2. Medios de hacer la guerra

El principio básico más importante del derecho humanitario en relación con el empleo de los medios de hacer la guerra es la norma estipulada en el artículo 22 del Reglamento de La Haya: «Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo». Este principio fue reafirmado en la resolución XXVIII de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Viena, 1965) y, posteriormente, el año 1968, en la resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de la ONU.

De este precepto general (que, con cierta justificación, se ha identificado como el fundamento de todo el derecho humanitario de los conflictos armados) dimanarían varios principios. Uno es la prohibición del empleo de «armas, proyectiles o materias destinadas a causar males superfluos», estipulada en el artículo 23 (e) del Reglamento. En esta formulación, 'superfluo' significa que la utilidad militar de un medio de guerra particular no justifica el sufrimiento causado, sea porque la utilidad es del todo inexistente, o en el mejor de los casos mínima, sea porque, al contraponer tal utilidad y el sufrimiento, la balanza se inclina hacia este último lado y, por ello, hacia la prohibición del medio de guerra en cuestión.

La norma sobre los males superfluos, que se basa en la Declaración de San Petersburgo de 1868, es demasiado vaga para producir por sí misma un número importante de resultados prácticos. Dejando de lado los casos en que los Estados convienen expresamente en prohibir el uso de un arma específica (tal como hicieron en 1868, con respecto a los proyectiles inflamables o explosivos de un peso inferior a 400 gramos), no se han conocido casos en que los Estados hayan decidido fácilmente descartar, en forma unilateral, un arma ya incorporada en su armamento, por haber considerado que ésta causa males superfluos.

Los desarrollos técnicos posteriores y las prácticas de los Estados hicieron que la prohibición del uso de los proyectiles ligeros, inflamables o explosivos, perdiera importancia. Otras prohibiciones, que datan de las Conferencias de la Paz de La Haya y que han conservado su validez, se refieren al empleo de las balas dum-dum, así como del veneno y de las armas envenenadas.

La Declaración de la primera Conferencia de la Paz de La Haya, por la que se prohíbe el uso de las balas dum-dum, las define como «balas que se ensanchan o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano, tales como las balas de envoltura dura, la cual no cubriese enteramente el núcleo o estuviera provista de incisiones». Esta descripción técnica no explica las razones para prohibir el empleo de esas balas, que son: pueden producir efectos comparables a los de los proyectiles ligeros explosivos o inflamables, prohibidos en 1868; causan heridas en el cuerpo humano mucho más graves que las que provocan habitualmente las balas comunes y, en realidad, no son necesarias para poner a un adversario fuera de combate. Así pues, la prohibición es una clara aplicación de la norma que prohíbe el uso de armas que causan «males superfluos».

La prohibición del uso de veneno o de armas envenenadas, estipulada en el artículo 23 (a) del Reglamento de La Haya, reviste, sobre todo, un interés histórico, a pesar de que conserva su pertinencia incluso en las guerras contemporáneas. En cambio, sigue teniendo más importancia hoy el Protocolo de 1925 sobre la prohibición de gases asfixiantes, en el que se declara que, «considerando que el empleo en las guerras de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos, ha sido a justo título condenado por la opinión general del mundo civilizado», las Partes Contratantes «aceptan extender esta prohibición de empleo a los medios de guerra bacteriológicos». (Cabe mencionar que, mucho más tarde, se aprobaron dos tratados, en virtud de los cuales los Estados Partes prohíben totalmente no sólo el empleo, sino también la posesión, la producción, etc. de tales armas: la Convención sobre las armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas de 1972, y la Convención sobre las armas químicas de 1993. Asimismo, se considera, actualmente, que la prohibición preexistente sobre el empleo de tales armas forma parte del derecho consuetudinario y que, por lo tanto, es vinculante para todos los Estados y todas las partes en un conflicto. Véase, al respecto, capítulo 5.2.)

En cuanto al Protocolo de Ginebra de 1925, siempre se ha tropezado con diversos problemas. En primer lugar, no ha sido ratificado por un gran número de Estados (Estados Unidos lo ratificó sólo en 1975). En segundo lugar, muchos de los Estados que ratificaron el Protocolo formularon la reserva de que este tratado se aplicaría en condiciones de reciprocidad y dejaría de ser vinculante si alguna de las partes adversarias en el conflicto empleara armas químicas. Así pues, la prohibición se redujo al criterio de «uso por primera vez». Esto, y el hecho de que algunos de los agentes químicos modernos están lejos de ser militarmente insignificantes, induce a algunos Estados a prepararse para el empleo eventual de armas químicas de guerra. Sin embargo, se debe observar que algunos Estados que habían presentado dicha reserva la retiraron posteriormente.

Otro problema que plantea el Protocolo de 1925 es la correcta interpretación de sus términos, con respecto a dos tipos de agentes químicos concretos:

los gases lacrimógenos y similares, que no son necesariamente gases letales, y los herbicidas: ¿se debe considerar que la prohibición incluye estos agentes químicos? Muchos expertos abogan por una respuesta afirmativa y, al menos por lo que atañe a los gases no letales, tienen sólidos argumentos. Tal vez el más convincente sea que, si bien puede no ser inmediatamente perceptible el hecho que una parte ha empleado un «gas no letal» el hecho de que ha empleado «gas» sí lo es, y la otra parte puede reaccionar frente a ese empleo, incluso antes de haber determinado si es letal o no. Así pues, el uso de gases lacrimógenos en un combate puede servir de pábulo para que, rápidamente, se suspenda la aplicación del Protocolo durante todo un conflicto armado.

Estados Unidos nunca ha aceptado que deba interpretarse que los gases lacrimógenos y los herbicidas están incluidos en los términos del Protocolo. En este sentido, es interesante observar que, cuando el presidente de ese Estado ratificó el Protocolo, en 1975, «con el consejo y el consentimiento del Senado», mantuvo la postura tradicional del país, pero añadió su decisión de renunciar, «como asunto de política nacional», al «uso por primera vez de los herbicidas en la guerra» (excepto dentro o en los alrededores de las bases e instalaciones militares), así como al «uso por primera vez de agentes de control de disturbios en la guerra, excepto en los modos militares defensivos para preservar la vida». Un ejemplo de uso de los «agentes de control de disturbios» (es decir, los gases lacrimógenos), que la Orden Ejecutiva eximió de su renuncia «voluntaria», fue el uso en un campamento de prisioneros de guerra contra los reclusos que provoquen disturbios; un uso que, sin duda, se asemeja más al empleo de los gases lacrimógenos que normalmente hace la policía que al que se haría en una guerra, y que no implica necesariamente el riesgo de represalia por parte del enemigo, ni la posibilidad de que se suspenda la prohibición completa del uso de armas químicas.

A pesar de que los principios y las normas sobre el empleo de armas a los que acabamos de hacer referencia se aplican, en general, a todo tipo de guerra y, específicamente, a la conducción de las hostilidades en tierra, no está de más mencionar una norma estipulada en la Convención de La Haya relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (la Convención VIII, que contribuye a restringir, más que a prohibir, el uso de esas minas y de torpedos). De conformidad con el artículo 2 de esta Convención, está prohibido «colocar minas automáticas de contacto en las costas y puertos del adversario con el solo fin de interceptar la navegación comercial». La Corte Internacional de Justicia examinó la aplicabilidad de esta norma en el caso *Nicaragua contra Estados Unidos*, y en su fallo sostuvo que Estados Unidos había violado dicha norma, al colocar ese tipo de minas en la costa nicaragüense.

Así concluimos el debate acerca de las prohibiciones previas a 1977, relativas al uso de armas específicas. No se prohibió expresamente el uso de

diversas armas explosivas e incendiarias modernas, con frecuencia criticadas, como las bombas de napalm y de fragmentación, ni el empleo de armas nucleares en tiempo de guerra. Los problemas que plantean tanto la existencia como el posible empleo de armas nucleares se analizan en el apartado 3.3.5 y, a la luz del Protocolo I, en el capítulo 4, apartado 4.1.5i. Las restricciones posteriores a 1977, relativas al uso de ciertos medios «convencionales» de guerra modernos, se analizan en el capítulo 5.1.

### 3.3.3. Métodos de hacer la guerra

El Reglamento de La Haya sólo comprende unas pocas normas sobre los métodos de hacer la guerra. El artículo 23 (b) prohíbe «matar o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o al ejército enemigo». Al mismo tiempo, en el artículo 24 consta que «las estratagemas de guerra [...] se consideran lícit(a)s». Hasta aquí, estas disposiciones son irrefutables. La dificultad está en determinar qué constituye una estratagema de guerra y qué es actuar «a traición». El artículo 23 (f) proporciona algunos ejemplos de esto último: «usar indebidamente la bandera de parlamento, la bandera nacional o las insignias militares y el uniforme del enemigo, así como los signos distintivos del Convenio de Ginebra»; (la bandera de parlamento es blanca y se usa para proteger a un negociador o a un mensajero; el «signo distintivo de la Convención de Ginebra» es el brazalete con una cruz roja o una media luna roja sobre fondo blanco). Por lo demás, se podría hallar una línea de conducta general en lo que observó Kant, hace cerca de dos siglos, y que posteriormente repitió Lieber en las Instrucciones para las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos: se considera traición toda conducta que socava la base de confianza indispensable para restablecer la paz. Aun así, subsistió la dificultad de resolver esta cuestión en circunstancias concretas.

El Reglamento de La Haya también prohíbe, en el artículo 23 (c), «matar o herir a un enemigo que, habiendo depuesto las armas o no teniendo ya medios de defenderse, se ha rendido a discreción», no tanto por la traición que implica tal conducta, sino por la crueldad y el escaso grado de civilización que supone. El artículo 23 (d) prohíbe «declarar que no se dará cuartel», es decir, que no se tomarán prisioneros; y el artículo 28, «entregar al pillaje una población o localidad, aunque sea tomada por asalto». Con respecto a estas dos últimas normas, es necesario observar que no equivalen simplemente a decir que no se debe matar a los prisioneros de guerra: si bien es cierto que comprenden esta prohibición, también –y esto es lo más importante– cubren la brecha que podría existir entre el momento en que un combatiente es puesto fuera de combate (porque depone las armas o por cualquier otro motivo) y el momento en que efectivamente es tomado como prisionero.

### 3.3.4. Objetivos militares y protección de la población civil

«El único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra» es, según la Declaración de San Petersburgo de 1868, «la debilitación

de las fuerzas militares del enemigo». Un método al que puede recurrir una parte beligerante para alcanzar este objetivo es la eliminación de los objetos que pueden considerarse como «objetivos militares» en el sentido más estrecho y literal del término; por ejemplo las unidades de las fuerzas armadas enemigas, sus vehículos blindados y su artillería móvil, así como las instalaciones militares, tales como las baterías y depósitos de municiones. Indiscutiblemente, todos estos objetos representan objetivos militares legítimos.

Otro método consiste en impedir que el enemigo adquiera o produzca armas. Esto puede hacerse interrumpiendo el suministro de armas o de las materias primas necesarias para su fabricación (mediante bloqueos o medidas de guerra económica), o bien seleccionando las fábricas de armas como objetivo de las operaciones militares (bombardeos, sabotajes). Desde que los bombardeos aéreos a larga distancia son una posibilidad real, esos objetos se cuentan, generalmente, entre los objetivos militares. En este sentido, es interesante recordar un instrumento jurídico muy anterior a ese desarrollo, a saber el Convenio de La Haya de 1907 relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales en tiempo de guerra (Convenio IX). El artículo primero prohíbe, en términos generales, «el bombardeo, por fuerzas navales, de puertos, ciudades, habitaciones o edificios que no estén defendidos», y el artículo 2 establece una lista de objetos que pueden ser bombardeados, aunque estén ubicados dentro de alguna localidad no defendida. Lo interesante es que, además de «los establecimientos militares o navales, depósitos de armas o de material de guerra [...] y los buques de guerra que se hallen en el puerto», la lista también comprende «los talleres o instalaciones propios a ser utilizados para las necesidades de la flota o del ejército enemigo».

La inclusión de ciertas industrias en la noción de «objetivo militar» da lugar a una pregunta delicada: ¿cuáles pueden considerarse objetivos militares y cuáles no? Obviamente, esta cuestión, que también puede plantearse con respecto a muchos otros objetos, como puentes, vías férreas, carreteras, etc., es importante a causa de los riesgos mayores que una extensión del concepto de «objetivo militar» puede hacer correr a la población civil.

Como se observó más arriba, el Reglamento de La Haya no responde a esta pregunta. Cincuenta años después, en el decenio de 1950, el CICR propuso que los Gobiernos aceptaran una lista (que, llegado el caso, se adaptaría periódicamente) en la que se indicaban las categorías de objetos que podían considerarse como objetivos militares; pero estos intentos fueron vanos. Así pues, a falta de un acuerdo respecto de una clara línea divisoria entre objetivos militares lícitos y otros objetos, sólo podía recurrirse a un criterio mucho más vago, según el cual todo objeto podía ser considerado como un objetivo militar si, en las circunstancias del caso, se podía esperar que su eliminación contribuiría a «debilitar las fuerzas militares enemigas»; lo que constituía una clara ventaja militar para el atacante. Esta norma

equivalía casi al principio de economía militar, según el cual los objetos que se consideran como los principales objetivos de la acción militar son aquellos cuya destrucción puede tener el mayor y más inmediato efecto en la potencia militar del adversario.

Además de esta norma general y, obviamente, muy vaga, se han reconocido otros principios, a partir de los cuales se puede deducir que está prohibido considerar ciertos objetos como objetivos militares. En este sentido, son de particular importancia las normas establecidas en la resolución XX-VIII de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Viena, 1965), así como la resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1968). Estas resoluciones reafirman «principios para su observancia por todas las autoridades, tanto gubernamentales como de otro carácter, responsables de las operaciones en los conflictos armados», de los cuales son de interés aquí los dos siguientes:

- «b) que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal;
- c) que en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible».

Estos principios para la protección de la población civil contra los peligros de la guerra no son tan detallados en los primeros tratados. Por otra parte, la idea que los sustenta (la cual, como mencionamos antes, se corresponde con un rechazo absoluto de la idea de «guerra coercitiva») ya puede distinguirse en la afirmación de la Declaración de San Petersburgo, según la cual el único objetivo legítimo de la guerra es la debilitación de las fuerzas *militares* del enemigo. Una vez más, estos principios son, claramente, el fundamento de las prescripciones de los artículos 25 y 26 del Reglamento de La Haya, que disponen que los pueblos que no estén defendidos no pueden ser atacados o bombardeados por ningún medio y que el jefe de las tropas que asaltan una localidad defendida, «antes de empezar el bombardeo y excepción hecha del caso de ataque a viva fuerza, deberá hacer cuanto de él dependa para advertir de ello a las autoridades».

El Convenio de La Haya de 1907 relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales, contiene una disposición similar. El artículo 2 estipula que el bombardeo de objetos que pueden ser destruidos, aun si se hallan en una localidad que no esté defendida, debe ser precedido de una advertencia, a menos que «las necesidades militares exijan una acción inmediata». En este último caso, «el comandante tomará todas las disposiciones necesarias para que resulte el menor daño posible a dicha localidad». Con un espíritu similar, el artículo 6, que se refiere a los bombardeos por fuerzas navales en general, dispone que «salvo en el caso en el cual las exigencias militares no lo permitan, deberá siempre el comandante de la fuerza naval asaltante hacer todo lo que de él dependa para advertir a las autoridades antes de principiar el bombardeo».

Los desarrollos posteriores en las técnicas de la guerra (tales como los bombardeos aéreos a larga distancia, la introducción de los misiles balísticos y teledirigidos, los varios tipos de dispositivos electrónicos, y las innovaciones en el campo de las minas terrestres) hicieron que las simples disposiciones de los tratados de 1899 y 1907 fueran claramente insuficientes para proveer una protección adecuada a la población civil contra los peligros derivados de las operaciones militares. Es cierto que de esas viejas disposiciones era posible deducir algunas otras normas, tales como la obligación de identificar un objetivo antes del ataque, la prohibición de los bombardeos aéreos (es decir, los bombardeos realizados contra una zona habitada en la que hay algunos objetivos militares aislados, sin preocuparse por distinguir entre esos objetivos y el resto de la zona), y la norma según la cual un ataque contra un objetivo militar es ilícito, si causa daños desproporcionados a la población civil respecto de la ventaja militar obtenida. La falta de precisión inherente a estas normas se vio agravada por los intentos de ambas partes, en la Segunda Guerra Mundial, de justificar algunas operaciones aéreas que, probablemente, eran ilícitas en principio (tales como el bombardeo masivo contra las ciudades enemigas), argumentando que se trataba de represalias en respuesta a actos ilícitos cometidos previamente por el enemigo.

Las resoluciones de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1965) y de la Asamblea General de la ONU (1968), arriba señaladas, fueron importantes, en el sentido de que reafirmaron la validez del principio de protección de la población civil contra los peligros de la guerra. La Conferencia Diplomática de 1974-1977, por su parte, logró dar mayor claridad a las prohibiciones y restricciones precisas que los Estados estaban preparados a aceptar en esta materia, incluido el asunto del recurso a las represalias. Se ampliará el análisis de este desarrollo en el capítulo 4.

En los apartados siguientes de este capítulo, analizaremos otras normas específicas, anteriores a 1977, que establecen la prohibición de atacar ciertas localidades o bienes, tales como hospitales, vehículos de transporte de heridos, zonas de seguridad reconocidas por las partes beligerantes y bienes culturales protegidos.

### 3.3.5. Armas nucleares

El empleo, en 1945, de las «bombas atómicas» contra Hiroshima y Nagasaki, y los desarrollos posteriores de armas nucleares, plantearon muchos interrogantes en los contextos de la política, las relaciones internacionales y el derecho internacional. Aquí nos ocuparemos, principalmente, del ámbito específico del derecho de los conflictos armados que regía antes de 1977.

La cuestión de determinar si las normas y los principios tradicionales sobre el uso de armas y sobre la protección de la población civil podían ser aplicables –y en qué medida– al uso de armas nucleares, siempre ha sido

controvertida. Los que negaban la aplicación de esas reglas se basaban en dos argumentos: se trataba de armas nuevas y su índole las diferenciaba de las otras armas.

El argumento de la novedad de las armas nucleares fue contrarrestado desde el principio. Las normas y los principios relativos al empleo de armas no se habían concebido con la idea implícita de que se limitarían a las armas existentes; por lo tanto, se consideró que eran aplicables al empleo de todo tipo de armas nuevas, sin excepción. (Adelantándonos un poco, observaremos que la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, rechazó, con toda autoridad, ese argumento.)

¿Son de una índole diferente las armas nucleares? Las dos bombas de 1945 fueron terriblemente destructoras, tanto en sus efectos inmediatos como a largo plazo. Dado que éstas fueron, y siguen siendo, las únicas ocasiones en que se emplearon realmente armas nucleares, la discusión se ha centrado, desde el principio, más que en su empleo, en el efecto disuasivo que se atribuye a su posesión y en el despliegue de armas nucleares en tiempo de paz. En este debate, fue central la llamada «estrategia contra ciudades», es decir la amenaza de empleo de armas nucleares (megatón) contra las ciudades enemigas. Argumentando que esa amenaza era indispensable para el mantenimiento de la paz y que, por consiguiente, no podía ser ilícita, los defensores de esta opinión concluyeron que el uso, en tiempo de guerra, de armas nucleares también debía quedar fuera del ámbito del derecho existente.

Más allá de lo que se pueda pensar sobre la licitud de la amenaza de destruir ciudades enteras, proferida en tiempo de paz y destinada a preservar esta última, nunca hubo mucho lugar para dudar acerca de la cuestión siguiente: si la disuasión fallara y estallara el conflicto armado, la realización concreta de la amenaza de la estrategia contra ciudades, con la imaginable destrucción que provocaría, no podía justificarse con un simple recurso a la «índole diferente» de las armas nucleares. Así, según lo dispuesto en el derecho entonces vigente, la ejecución de la estrategia podría justificarse, en el mejor de los casos –si lo hay–, como una medida de represalia contra un daño comparable cometido previamente por el adversario.

Otros usos de las armas nucleares más concebibles desde el punto de vista militar (por ejemplo, contra objetivos militares muy importantes, como concentraciones de las fuerzas armadas enemigas, plataformas de lanzamiento de misiles, y otros) ofrecieron menos argumentos incluso a quienes se proponían negar la aplicabilidad del derecho existente. Cualquiera de esos usos militares de las armas nucleares tendría que examinarse teniendo en cuenta las normas y los principios vigentes, que son principios generales sobre el uso militar de todas las armas de guerra, incluidos los relacionados con la protección de la población civil.

En definitiva, la aplicación de las normas del derecho de La Haya, que hasta 1977, eran las que regían el posible uso de armas nucleares en tiempo de guerra, no permite deducir que hubiera estado prohibido todo uso concebible de las armas nucleares, en todas las circunstancias. Los límites del empleo lícito de esas armas eran lo suficientemente vagos y flexibles para admitir, al menos teóricamente, la posibilidad de un uso de las armas nucleares que no los sobrepasara. Queda por ver si tal situación ha cambiado, como consecuencia de la aprobación y la entrada en vigor del Protocolo I de 1977 (capítulo 4, apartado 4.1.5i) o, posteriormente, de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1996 (capítulo 5.2).

### 3.3.6. Bienes culturales

Muchos Estados se han adherido a la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, o la han ratificado. Sin embargo, no se puede decir que todas sus disposiciones sustantivas sean consuetudinarias.

En cambio, se puede afirmar, con toda seguridad, que el principio en que se fundamenta la Convención, a saber, que los bienes culturales no deberán, en lo posible, sufrir daños, tiene una validez general. Ya estaba expresado en el artículo 27 del Reglamento de La Haya de 1907, respecto de los sitios y los bombardeos de las localidades defendidas, y en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1907 relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales. En ambos casos, la protección de los bienes culturales está sujeta a la condición de que «no estén empleados al mismo tiempo a un fin militar», y la presencia de esos bienes debe señalarse mediante signos distintivos.

La Convención de 1954 elabora ese principio básico a través de un sistema detallado de protección. El artículo 1 proporciona una definición de «bienes culturales», que contiene las especificaciones siguientes:

- a. «los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos», tales como monumentos de arquitectura, de arte [...], manuscritos, libros [...], así como las colecciones científicas;
- b. «los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a)», tales como las bibliotecas y los museos, y los refugios destinados a proteger los bienes en cuestión en caso de conflicto armado; y
- c. «los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a) y b)».

La protección puede ser general o especial. El nivel más bajo, el de protección general, contiene dos elementos: la salvaguardia y el respeto de los bienes culturales (artículo 2). Se exige que los Estados, en tiempo de paz, se preparen para salvaguardar los bienes culturales situados en su propio territorio,

contra los efectos previsibles de un conflicto armado (artículo 3). Con este propósito, pueden, por ejemplo, construir refugios o prepararse para trasladar esos bienes a un lugar seguro, o también identificarlos con un emblema distintivo (tal como se dispone en el artículo 6). El emblema se describe en el artículo 16 y consiste en «un escudo en punta, partido en aspa, de color azul ultramar y blanco»; para aquellos que no conozcan mucho de heráldica, el artículo agrega la siguiente transcripción, en lenguaje común: «el escudo contiene un cuadrado azul ultramar, uno de cuyos vértices ocupa la parte inferior del escudo, y un triángulo también azul ultramar en la parte superior; en los flancos se hallan sendos triángulos blancos».

En los Países Bajos, al realizar este tipo de preparación en tiempo de paz, se colocaron escudos, diseñados según esa descripción, en una gran cantidad de edificios, generalmente cerca de la entrada. Desafortunadamente, las autoridades los confeccionaron en dimensiones muy pequeñas (cerca de 10 centímetros de alto), y hay que ser muy observador para poder verlos. Podemos preguntarnos qué valor de protección tendrían esos escudos en caso de conflicto armado. Llama la atención el hecho de que uno de los edificios identificados como bienes culturales es el Ministerio de Defensa, en La Haya. Está claro que, habida cuenta de su función, no recibiría protección alguna en tiempo de guerra.

El artículo 4 obliga a los Estados Contratantes a «respetar los bienes culturales situados tanto en su propio territorio como en el de las otras Altas Partes Contratantes». En ambos casos, la primera obligación es abstenerse de «utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado». En la medida en que esté implicado el propio territorio de un Estado, esas palabras pueden significar una obligación de abstenerse de hacer tales usos incluso en tiempo de paz. Sin embargo, ningún adversario potencial ha protestado, que se sepa, por la identificación del Ministerio de Defensa holandés como bien cultural.

Este pequeño problema de interpretación no se plantea en relación con la otra parte del compromiso, que es la obligación de respeto, es decir, de abstenerse «de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes». Las obligaciones de esta índole «no podrán dejar de cumplirse más que en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento».

Además, el artículo 4 obliga a los Estados Contratantes «a prohibir, a impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales [...], así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes», y prohíbe «tomar medidas de represalia contra los bienes culturales». Por otra parte, y esto tiene especial importancia, el artículo 19 dispone que también en un conflicto armado no

internacional, «cada una de las partes en el conflicto estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de la Convención relativas al respeto de los bienes culturales».

Queda claro que la «protección general» sólo proporciona una protección limitada. Se puede esperar una más completa de un sistema de «protección especial»; pero tal sistema debe ser, obviamente, de aplicación limitada. Así, de conformidad con el artículo 8, la posibilidad de colocar bienes bajo protección especial se limita a «un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande»; pero, para recibir esa protección, el bien debe estar situado a distancia suficiente de cualquier objetivo militar importante o (en el caso de un refugio de bienes) debe estar «construido de tal manera que según todas las probabilidades no haya de sufrir daños como consecuencia de bombardeos»; y en ninguna circunstancia, el bien debe ser «utilizado para fines militares».

Según lo dispuesto en el artículo 8, un bien queda bajo protección especial mediante su inscripción en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial. Dicho Registro está a cargo del director general de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Los otros Estados Contratantes pueden oponerse a la inscripción en el Registro, dando como motivo que el bien no es un bien cultural o que no cumple las condiciones mencionadas en el artículo 8.

La «protección especial» se aplica a partir del momento de la inscripción del bien en el Registro. Por consiguiente, los Estados Contratantes tienen la obligación de "garantizar la inmunidad" del objeto, absteniéndose «de cualquier acto de hostilidad respecto a ellos» (con una excepción que no hace falta mencionar aquí) y «de toda utilización de dichos bienes o de sus proximidades inmediatas con fines militares» (artículo 9). Además de que esa «inmunidad» es un poco más amplia que la asignada por las normas de protección general, está reforzada por el requisito de señalar el bien con el emblema distintivo «repetido tres veces en formación de triángulo (un escudo en la parte inferior)», y por la vigilancia ejercida por la UNESCO durante el conflicto armado (artículos 10 y 16).

Otra característica particular del sistema de protección especial está dada por las normas sobre la «suspensión de la inmunidad». Según el artículo 11, este caso se puede dar en dos circunstancias. Una es la violación por uno de los Estados Contratantes del compromiso contraído en virtud del artículo 9; lo que desliga a la otra Parte de su obligación de «asegurar la inmunidad de dicho bien». Sin embargo «siempre que le sea posible pedirá previamente que cese dicha violación dentro de un plazo razonable».

La otra circunstancia es una «necesidad militar ineludible», que evidentemente es un requisito más severo que el de «necesidad militar imperativa», establecido por las normas de protección general. El efecto de la «necesidad militar ineludible» se aplica sólo «mientras subsista dicha necesidad», y ésta sólo puede ser determinada «por el jefe de una formación igual o superior en importancia a una división». Además, la Parte que suspenda la inmundidad está obligada a informar sobre su acción al comisario general de Bienes Culturales, mediante una notificación por escrito, donde especifique sus razones (el comisario general de Bienes Culturales es una persona elegida por las Partes interesadas o designada por el presidente de la Corte Internacional de Justicia, a partir de una lista de personas competentes, designadas por las Partes Contratantes).

Ambos sistemas, el de protección general y el de protección especial, han mostrado importantes deficiencias en la práctica. Para no mencionar más que una, las normas sobre la protección especial son difíciles de aplicar en regiones densamente pobladas y muy industrializadas. Como ya se señaló, el propósito de enmendar la Convención de 1954 se ha traducido, recientemente, en la aprobación de un nuevo instrumento, que se examina en el capítulo 5.3.

### 3.4. GINEBRA

Los Convenios de Ginebra de 1949 contienen disposiciones y conceptos tanto generales como específicos. Cabe recordar, asimismo, que todas las disposiciones de los Convenios son aplicables en los conflictos armados internacionales, mientras que al artículo 3 común se aplica específicamente en conflictos armados no internacionales. Por ello, esta parte está estructurada de la siguiente manera: en primer lugar, se abordará la noción de «personas protegidas», teniendo en cuenta la definición que figura en los Convenios I-III y IV, respectivamente (apartado 3.4.1), y algunos aspectos del principio de protección en que se basan estos tratados (apartado 3.4.2); en segundo lugar, se examinarán, por separado, las partes esenciales de cada Convenio (apartados 3.4.3 a 4.4.6); y, por último, el artículo 3 común (apartado 3.4.7).

#### 3.4.1. Personas protegidas

El derecho de Ginebra protege a todas las personas que, como consecuencia de un conflicto armado, están en poder del adversario. Por consiguiente, la protección que se proporciona no es contra la violencia de la guerra en sí, sino contra el poder arbitrario que una parte obtiene, en el transcurso de un conflicto armado, sobre las personas que pertenecen a la otra parte. Se garantiza una protección de este tipo por primera vez, en 1864, a «los militares heridos en los ejércitos en campaña». En 1949, esa protección se extiende a todas las categorías de personas indicadas en los cuatro Convenios de Ginebra:

- el Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I Convenio o Convenio de la Cruz Roja);
- el Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II Convenio o Convenio de la Cruz Roja en el mar);
- el Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio o Convenio relativo a los prisioneros de guerra); y
- el Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio o Convenio relativo a las personas civiles).

Los Convenios I-III se refieren a los combatientes (y a algunos grupos análogos) que están en poder del enemigo. Los Convenios I y II protegen, en particular, a los combatientes que necesitan protección, porque están heridos o enfermos o son náufragos. El Convenio III establece las normas generales relativas al estatuto de los prisioneros de guerra, así como a la protección y al trato que éstos deben recibir, que estén sanos o heridos.

Para una enumeración completa de las personas protegidas en virtud de los Convenios I a III, puede consultarse el artículo 4 del III Convenio, del que sacamos la siguiente lista:

1. los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, aunque sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por el adversario;
2. los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que el grupo al que pertenecen siempre reúna las cuatro condiciones del artículo 1 del Reglamento de La Haya (más arriba mencionadas) que se repiten en los artículos pertinentes de los Convenios:
  - (a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
  - (b) tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia;
  - (c) llevar las armas a la vista;
  - (d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;
3. las personas que participen en un levantamiento en masa, si llevan las armas a la vista y respetan las leyes y costumbres de la guerra;
4. las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, como los corresponsales de guerra debidamente acreditados y los miembros de servicios encargados del bienestar de los militares;
5. los miembros de las tripulaciones de la marina mercante y de la aviación civil de las partes en el conflicto.

Como se puede observar, todas las personas que pertenecen a las categorías 1 a 3 son «combatientes» propiamente dichos. Como tales, pueden participar en forma directa en las hostilidades y, una vez capturadas por el enemigo, normalmente se las detiene como prisioneros de guerra mientras duran las hostilidades. Por otro lado, las personas que integran las categorías 4 y 5 son civiles, aunque sean capturadas en una situación que demuestre su estrecha cooperación (aunque, en principio, son no combatientes) con las fuerzas armadas o con la acción de guerra del enemigo. Aun cuando puede decidir, simplemente, dejarlas en libertad, la Parte detenedora tiene derecho, en virtud de las circunstancias de la captura, a detenerlas por algún tiempo, o incluso, durante todo el conflicto armado. Si así lo decidiera, la Parte detenedora está obligada a tratar a esas personas como prisioneros de guerra.

El IV Convenio protege a ciertas categorías de civiles (además de las que mencionamos antes). Según el artículo 4, las personas protegidas son aquellas que «en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas». Hay algunas excepciones a este principio general; por ejemplo, no se consideran como personas protegidas los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante, mientras «el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén»; y, por supuesto, todas las personas protegidas por los Convenios I-III.

Hay que destacar aquí algunos aspectos. En primer lugar, el ámbito de aplicación del Convenio relativo a las personas civiles es limitado. A pesar de la amplitud que supone el título, su propósito no es proteger a los civiles contra los peligros de la guerra –los bombardeos aéreos, por ejemplo– a los que puedan verse expuestos en su propio territorio, ni tampoco ofrecerles protección contra los actos del Estado del que sean súbditos. Fundamentalmente, la protección se asigna a las personas civiles que estén en poder del adversario (veremos, más adelante, que una Parte del Convenio sí se aplica a toda la población de los países en conflicto).

En segundo lugar, los miembros de los movimientos de resistencia o, más generalmente, de la guerrilla, que no reúnan las cuatro condiciones mencionadas más arriba, no pueden reivindicar el derecho a ser tratados como prisioneros de guerra; no obstante, pueden recibir la protección (menor) del Convenio relativo a las personas civiles. Se debería añadir que, en los últimos tiempos, la tendencia ha sido la de interpretar las condiciones (b) y (c) de un modo más bien amplio, lo cual se condice con las prácticas de las fuerzas armadas regulares, cuyos miembros ya no marchan a la batalla enfundados en hermosos, o al menos llamativos, uniformes, ni tampoco blanden sus rifles o sus granadas de mano sin necesidad. Sin embargo, a la luz de las normas de 1899 o de 1949, incluso si se hace una interpretación

libre de esas dos condiciones, siguen quedando muchos obstáculos para que se llegue a reconocer a los miembros de los movimientos de resistencia o de la guerrilla como prisioneros de guerra.

Por último, a partir de estas observaciones, resulta evidente que no siempre es fácil responder a la pregunta decisiva de si una persona está comprendida en el ámbito de aplicación de los Convenios I a III o del Convenio IV: ¿Quién debería dar esa respuesta? ¿Y qué trato debería recibir, mientras tanto, la persona interesada (es decir, el miembro del movimiento de resistencia en un territorio ocupado)? El artículo 5 del Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra ofrece la respuesta siguiente: «Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto». Esta norma, que han aplicado, por ejemplo, Estados Unidos en Vietnam, e Israel en Medio Oriente, elimina el riesgo de una decisión arbitraria por parte de un solo jefe y da, al menos, la posibilidad de tomar una decisión debidamente considerada.

### 3.4.2. El principio de protección

El sistema de protección de los Convenios de Ginebra se basa en el principio fundamental de que las personas protegidas deben ser respetadas y protegidas en todas las circunstancias, y recibir un trato humano, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, las opiniones políticas, o en cualquier otro criterio análogo (artículo 12 de los Convenios I y II, 16 del Convenio III y 27 del Convenio IV).

Las nociones de «respeto» y «protección» son complementarias. El «respeto» es un elemento pasivo y significa una obligación de no herir, ni someter a sufrimientos, ni matar a una persona protegida; la «protección» es un elemento activo e implica el deber de evitar peligros e impedir daños. El tercer elemento del principio fundamental, es decir, el trato «humano», se relaciona con la actitud que debería observarse en todo lo referente al trato que se da a las personas protegidas. Dicha actitud debería tender a garantizar a esas personas una existencia digna de un ser humano, a pesar –y con pleno reconocimiento– de las difíciles circunstancias de la situación por la que estén pasando. La prohibición de la discriminación es el último principio fundamental, que debe considerarse en relación con los otros tres elementos esenciales.

A partir de estas nociones fundamentales, los más de cuatrocientos artículos de los Convenios –algunos de ellos, muy detallados– forman un sistema complejo de normas para la protección de las diversas categorías de personas protegidas. Aquí sólo presentamos las líneas principales de este copioso ordenamiento jurídico. Los artículos comunes, relativos a la aplicación y a las sanciones, son objeto del apartado 3.5.

### 3.4.3. El I Convenio

El artículo 12 dispone que los heridos y enfermos serán tratados y asistidos «por la parte en conflicto que los tenga en su poder», y añade que «sólo razones de urgencia médica autorizarán una prioridad en el orden de la asistencia». El artículo prohíbe «todo atentado contra su vida y su persona, en particular matarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, efectuar con ellos experimentos biológicos, dejarlos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia, o exponerlos a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad».

Se exige que las partes en conflicto tomen todas las medidas posibles, especialmente después de un combate, «para buscar y recoger a los heridos y a los enfermos» (artículo 15). Toda información que pueda contribuir a identificar a los heridos, los enfermos y los muertos, deberá registrarse tan pronto como sea posible, y los datos deberán comunicarse a la oficina de información que cada parte en conflicto está obligada a constituir al comienzo de las hostilidades (en virtud del artículo 122 del III Convenio). A su vez, la oficina de información debe remitir esos datos a «la Potencia de la que dependan esas personas», por mediación de la Agencia Central de Prisioneros de Guerra (artículo 16). El artículo 123 del III Convenio estipula que dicha Agencia «se instituirá en cada país neutral». En la práctica, la Agencia Central de Búsquedas del CICR, sita en Ginebra, desempeña esa función.

Asimismo, se requiere que las partes en conflicto hagan todo lo posible para buscar e identificar a los muertos; se recogerán los testamentos y otros objetos «de valor intrínseco o afectivo», y se velará por que se entierre honrosamente a los muertos. La incineración de los cuerpos sólo se permite «por imperiosas razones de higiene o por motivos basados en la religión de los fallecidos» (artículos 15-17). Al comienzo de las hostilidades, cada Parte debe organizar un Servicio oficial de tumbas (artículo 17); la tarea de este Servicio, que consiste en establecer un registro de las tumbas (o de las cenizas, según el caso), mantenerlas y marcarlas, sirve para «permitir exhumaciones eventuales» garantizar «la identificación de los cadáveres, sea cual fuere el lugar de las sepulturas, y su eventual traslado al respectivo país de origen».

Además de las autoridades oficiales, cualquier persona puede colaborar en la asistencia que se preste a los heridos y enfermos, alojándolos en su casa, para cuidar de ellos. En el Convenio de 1864, se estableció con firmeza el principio de que ninguna de parte en conflicto puede censurar la participación de una persona en esas actividades. Por el contrario, las autoridades deberían promoverlas. El artículo 18 del I Convenio reafirma expresamente ese cometido de la población, al tiempo que subraya que la población civil también debe respetar a los heridos y enfermos, y debe «abstenerse de todo acto de violencia contra ellos».

Por lo demás, la asistencia a los heridos y a los enfermos es la responsabilidad principal de los servicios sanitarios militares. En realidad, su función es doble: por un lado, deben contribuir a aumentar la potencia de la fuerza armada a la que pertenecen, tanto en efectivos como en capacidad de combate; y por otro, prestar asistencia sanitaria a los combatientes, tanto aliados como enemigos, que necesiten ayuda como consecuencia del conflicto armado. Como se dijo antes, el orden de prioridad en la atención médica sólo puede establecerse en función de razones de urgencia médica y, por lo tanto, no debe basarse en la pertenencia de un combatiente a una parte determinada.

Para poder realizar su tarea, el personal sanitario militar, así como los establecimientos sanitarios fijos y las unidades móviles (ambulancias, hospitales de campaña y otros) que les permiten desempeñar su función, también están protegidos por algunas normas. El artículo 24 dispone que el personal médico y el personal administrativo permanentes de los servicios sanitarios militares (médicos, enfermeros, camilleros, etc.), así como los capellanes agregados a las fuerzas armadas, «serán respetados y protegidos en todas las circunstancias». Si caen en poder del enemigo, no pueden ser retenidos «más que en la medida en que lo requieran la situación sanitaria, las necesidades espirituales y el número de prisioneros de guerra» (y no pueden ser considerados como prisioneros de guerra; artículo 28). Con respecto a los miembros del personal auxiliar formado para prestar servicios similares, como los enfermeros, el artículo 25 estipula que «serán igualmente respetados y protegidos, si desempeñan estas tareas cuando entran en contacto con el enemigo o cuando caen en su poder». En este último caso, el personal auxiliar «será considerado como prisionero de guerra, pero será empleado, si es necesario, en misiones sanitarias» (artículo 29).

Los miembros del personal de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de las partes en conflicto que estén destinados a las mismas tareas que el personal sanitario militar, mencionado en el artículo 24, reciben la misma protección que ese personal, a reserva de que el personal de tales sociedades esté sometido a las leyes y a los reglamentos militares (artículo 26). Una Sociedad reconocida de un país neutral sólo puede prestar la colaboración de su personal y de sus unidades sanitarias a una parte en conflicto, con el consentimiento del propio Gobierno y con la autorización de la citada parte en conflicto. El personal y las unidades destinadas a esas tareas estarán bajo el control de esa parte en conflicto, y el Gobierno neutral notificará su consentimiento a la parte adversaria del Estado que acepte tal colaboración (artículo 27). Si los miembros de este personal caen en poder de la parte adversaria, no podrán ser retenidos y, en principio, se les debe autorizar a volver a su país o, si no es posible, «al territorio de la parte en conflicto a cuyo servicio estaban, tan pronto como haya una vía abierta para su regreso y las exigencias militares lo permitan» (artículo 32).

Los establecimientos fijos y las unidades sanitarias móviles del Servicio de Sanidad militar, como ambulancias y hospitales de campaña, no pueden ser objeto de ataques (artículo 19), pero tampoco pueden ser utilizados «fuera de sus deberes humanitarios, a fin de cometer actos perjudiciales para el enemigo» (artículo 21).

El artículo 23 dispone el establecimiento de «zonas y localidades sanitarias para proteger contra los efectos de la guerra a los heridos y a los enfermos», así como al personal encargado de prestar asistencia a esas personas. Para que esa medida sea efectiva, es necesario que la parte adversaria reconozca expresamente el carácter protegido de dicha zona o localidad.

Entre las normas del Convenio relativas a la protección de los medios de transporte de heridos y de enfermos o de material sanitario, merecen particular atención las que se refieren a las aeronaves sanitarias. Esas disposiciones, contenidas en el artículo 36, son tan estrictas que el uso efectivo de esas aeronaves resulta casi imposible: las aeronaves sanitarias deben ser «exclusivamente utilizadas para la evacuación de los heridos y de los enfermos, así como para el transporte del personal y del material sanitarios»; todos los detalles relativos al vuelo (altitud, hora e itinerario) serán «específicamente convenidos entre todos los beligerantes interesados»; no pueden volar «sobre el territorio enemigo u ocupado por el enemigo», y deben «acatar toda intimación de aterrizar». En la formulación de estas normas tan restrictivas, prevaleció, por sobre cualquier otra consideración, el temor de que se haga un uso abusivo de las aeronaves sanitarias, por ejemplo, con fines de reconocimiento aéreo.

El mencionado sistema de protección del personal y del material sanitarios, los hospitales, las ambulancias y los medios de transporte, depende del uso y del respeto del emblema distintivo, es decir de la cruz roja o de la media luna roja sobre fondo blanco. Los artículos 38 a 44 prescriben, detalladamente, el modo en que debe ostentarse el emblema. El artículo 38 también menciona el león y sol rojos sobre fondo blanco, un emblema que utilizaba Irán en el pasado. Israel utiliza el escudo rojo de David sobre fondo blanco. Si bien este emblema no fue reconocido internacionalmente en 1949 (y, por consiguiente, no se lo menciona en el Convenio), en la práctica ha sido respetado.

Por último, cabe señalar la norma en relación con las represalias, las cuales están prohibidas «contra los heridos, los enfermos, el personal, los edificios o el material protegidos por el Convenio» (artículo 46). Es decir que una parte en conflicto no puede reivindicar el derecho de no observar ciertas normas del Convenio con el propósito de inducir al adversario a retomar una actitud de respeto del derecho de los conflictos armados.

#### 3.4.4. El II Convenio

Basándose en los mismos principios, en el II Convenio se estipulan las normas relacionadas con el trato debido a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. El artículo 12 especifica que el término «naufragio» remite a todo naufragio causado por cualquier tipo de circunstancia, incluido «el amaraje forzoso o la caída en el mar».

Los acaecimientos en el mar pueden llevar a situaciones más variadas que las que pueden tener lugar en tierra: los náufragos pueden ser recogidos por barcos de guerra, barcos hospitales, buques mercantes, yates o cualquier otra embarcación, que naveguen bajo la bandera de una parte beligerante o neutral, y pueden ser desembarcados en un puerto beligerante o neutral. Aquí mencionaremos sólo una de las muchas disposiciones especiales que se redactaron al respecto. El artículo 14 estipula que todo barco de guerra de una parte beligerante puede reclamar la entrega de los heridos, de los enfermos o de los náufragos que haya a bordo de barcos hospitales militares o de otros barcos hospitales, así como de buques mercantes, yates, etc., «sea cual fuere su nacionalidad». Si se trata de heridos y de enfermos, se añade la doble condición de que su estado de salud permita la entrega y de que el barco de guerra cuente con instalaciones adecuadas para garantizarles un tratamiento apropiado. Así, el barco de guerra puede capturar combatientes enemigos que se encuentren a bordo de otro buque y hacerlos prisioneros de guerra.

En el II Convenio, se hace especial referencia a los barcos hospitales. El artículo 22 los define como barcos «construidos o adaptados [...] únicamente para prestar asistencia a los heridos, a los enfermos y a los náufragos, para atenderlos y para transportarlos»; de ese modo, los barcos combinan las funciones de hospital y de medio de transporte sanitario.

El Convenio distingue entre barcos hospitales «militares» (que no son barcos de guerra) y los barcos hospitales que utilizan las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja u otras instituciones o personas privadas. Estos barcos «no podrán, en ningún caso, ser atacados ni apresados, sino que serán en todo tiempo respetados y protegidos», siempre que reúnan una serie de condiciones. Una de las más importantes es que «sus nombres y características hayan sido notificados a las partes en conflicto diez días antes de su utilización con tal finalidad». En esa descripción debe figurar «el tonelaje bruto registrado, la longitud de popa a proa y el número de mástiles y de chimeneas». Los barcos hospitales no militares deben cumplir un requisito adicional: que la parte en conflicto de la que dependen les haya encargado «un cometido oficial». En el caso de un barco hospital que enarbole una bandera neutral, se necesita el consentimiento previo del propio Gobierno y la autorización de la parte en conflicto bajo la dirección de la cual presta servicio (artículos 22-24).

El artículo 43 establece que los barcos hospitales deberán estar pintados de blanco, con el emblema distintivo (cruz o media luna roja) en color rojo oscuro, «tan grande como sea posible» y colocado «de manera que se garantice la mejor visibilidad desde el aire y en el mar». Los barcos deberán ser suficientemente reconocibles como buques hospitales, de día, en buenas condiciones climáticas y dentro del campo visual. En condiciones menos favorables, deberán utilizarse otros medios de identificación.

A diferencia de las aeronaves sanitarias, los barcos hospitales tienen la libertad, en principio, de desempeñar sus funciones en cualquier momento y lugar, a condición de no «estorbar, en modo alguno, los movimientos de los combatientes»; y actúan durante y tras el combate, «por su cuenta y riesgo» (artículo 30). Además, las partes en conflicto pueden limitar en forma drástica la libertad aparente de acción de los barcos hospitales, por diferentes vías. El artículo 31 reconoce su derecho a controlar y a buscar los barcos, y a «rechazar la cooperación de estos barcos y embarcaciones, ordenarles que se alejen, imponerles un rumbo determinado, reglamentar el empleo de su radio o de cualquier otro medio de comunicación, e incluso retenerlos durante un período no superior a siete días a partir de la fecha de la interceptación, si la gravedad de las circunstancias lo requiere».

El artículo 27 establece que, en las mismas condiciones previstas para los barcos hospitales, «las embarcaciones utilizadas por el Estado o por sociedades de socorro oficialmente reconocidas para las operaciones costeras de salvamento» también serán respetadas y protegidas, «en la medida en que las necesidades de las operaciones lo permitan». La protección también se extiende, «en la medida de lo posible, a las instalaciones costeras fijas exclusivamente utilizadas por dichas embarcaciones para sus misiones humanitarias».

Al igual que el I Convenio, el II Convenio prohíbe las represalias contra las personas y los objetos que está destinado a proteger (artículo 47).

### 3.4.5. El III Convenio

Los combatientes que caen en poder del adversario son prisioneros de guerra desde el momento en que son capturados. Pero ¿quién responde por su trato? El artículo 12 del III Convenio establece el principio según el cual «los prisioneros de guerra están en poder de la Potencia enemiga, y no de los individuos o de los cuerpos de tropa que los hayan capturado». Esto significa que la Potencia detenedora es responsable de todo lo que les ocurra; sin embargo, esta responsabilidad del Estado no libera a los individuos de la responsabilidad que les cabría en caso de violaciones de las normas del Convenio.

La primera frase del artículo 13 dispone que «los prisioneros de guerra deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias». Es obvio que

no se los puede matar arbitrariamente; el artículo lo explicita, al prohibir «todo acto ilícito o toda omisión ilícita [...] que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder». También según el artículo 13, los prisioneros de guerra deben ser protegidos, «especialmente contra todo acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública». Las represalias contra los prisioneros de guerra también están prohibidas. Además, éstos «tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor» (artículo 14).

Los prisioneros de guerra son sobre todo de interés para las autoridades de la Potencia detenedora porque constituyen una fuente potencial de información. Para obtener esa información, pueden interrogarlos, dirigirse a ellos en forma amistosa, crear un ambiente apropiado para hacerlos hablar, escuchar sus conversaciones, etc. No están autorizadas, en cambio, a recurrir a la «tortura física o moral» o a cualquier otro tipo de presión. La única información que los prisioneros de guerra están obligados a proporcionar son «sus nombres y apellidos, su graduación, la fecha de su nacimiento y su número de matrícula o, a falta de éste, una indicación equivalente» (artículo 17).

Los prisioneros de guerra capturados en una zona de combate deben ser evacuados tan pronto como sea posible después de su captura, y si su condición lo permite, a campamentos ubicados fuera de la zona de peligro, donde pueden permanecer internados por la Potencia detenedora (artículos 15, 19, 21). Esos campamentos de prisioneros de guerra «estarán bajo la autoridad directa de un oficial encargado perteneciente a las fuerzas armadas regulares de la Potencia detenedora». Este oficial que, bajo la dirección del propio Gobierno, asume la responsabilidad de la aplicación del Convenio, no sólo debe tener una copia de ese texto, sino que también debe velar por que sus disposiciones «lleguen a conocimiento del personal a sus órdenes» (artículo 39). Además, el texto del Convenio deberá exponerse «en el idioma de los prisioneros, en lugares donde puedan ser consultados por todos ellos» (artículo 41).

En el derecho internacional, no hay ninguna norma en que se disponga que el intento de evasión por parte de un prisionero de guerra sea ilícito. Las autoridades de los campamentos deben tomar medidas para evitar tales intentos, pero los medios a los que pueden recurrir para hacerlo no son ilimitados. El artículo 42 dispone que se pueden usar armas contra los prisioneros de guerra sólo como recurso extremo, al que siempre deberán preceder «intimidaciones adaptadas a las circunstancias». Un intento frustrado de evasión sólo expone al prisionero de guerra a un castigo disciplinario (artículo 92).

La detención de los prisioneros de guerra se prolonga, en principio, hasta la finalización de las hostilidades activas, tras la cual «serán liberados y repatriados, sin demora» (artículo 118; en la aplicación de esta disposición se ha tropezado con graves dificultades en la práctica; por ejemplo, tras la guerra de Corea, numerosos prisioneros de Corea del Norte que estaban en poder de Estados Unidos se negaron a ser repatriados).

La detención puede cesar antes del fin de las hostilidades por varias razones. Una primera razón, obvia, es la muerte durante la captura (artículo 120). Una segunda razón se presenta cuando los prisioneros gravemente heridos o enfermos, deben ser repatriados u hospitalizados en un país neutral, tan pronto como estén en condiciones de ser trasladados (artículo 109). En los casos de menor gravedad, pero en que la liberación de los prisioneros de guerra pueda «contribuir a mejorar [su] estado de salud», la Potencia detenedora puede ofrecer dicha liberación, «parcial o totalmente», basándose en la palabra empeñada o en una promesa hecha por el prisionero, «con tal de que lo permitan las leyes de la Potencia de que dependan» (artículo 21).

La liberación total, que se funda en la palabra dada o en una promesa hecha por el prisionero de guerra, y que le permite volver a su país, no se limita, necesariamente, al caso de un probable mejoramiento de su estado de salud, sino que también puede deberse a otros motivos. La condición es, en general, que el prisionero liberado deje de participar activamente en las hostilidades, mientras dure el conflicto armado. El artículo 21 dispone que un prisionero de guerra que acepte su liberación, tras haber dado su palabra o hecho promesa, quedará obligado por su honor a cumplir escrupulosamente, tanto para con la Potencia de la que dependa como para con la Potencia que lo haya capturado, los compromisos contraídos. La Potencia de la que dependan, por su parte, «no podrá exigirles ni aceptar de ellos ningún servicio contrario a la palabra dada o a la promesa hecha», de conformidad con el artículo 21.

Dado que las leyes de muchos países no permiten que el personal militar acepte ese tipo de ofrecimientos, o sólo lo hacen en situaciones excepcionales, la liberación total, basada en la palabra o en la promesa del prisionero de guerra, se da con escasa frecuencia. En la práctica, se puede considerar más pertinente la posibilidad que se menciona en el artículo 21, es decir la liberación parcial o, lo que es igual, la libertad de circulación durante un período limitado y para un propósito específico. Un caso que ilustra esta situación es que el estado de salud de un prisionero de guerra pueda mejorar de manera notoria, si tiene, temporalmente, la libertad de salir del recinto del campamento.

En el Convenio, no se indica específicamente un método evidente mediante el cual se puede dar término a la detención de los prisioneros de guerra: el canje como resultado de un acuerdo expreso entre las partes en conflicto. Con frecuencia, ese tipo de acuerdos se concierta y se ejecuta en el transcurso de un conflicto armado, con el CICR como intermediario.

El III Convenio contiene disposiciones sobre otras cuestiones, relativas a las condiciones de vida de los prisioneros de guerra: alojamiento, alimentación y vestimenta; higiene y atención médica; actividades religiosas, intelectuales y físicas; entre otras. El artículo 49 permite a la Potencia detenedora

«emplear como trabajadores a los prisioneros de guerra físicamente aptos»; si bien, con frecuencia, las Potencias detenedoras han hecho uso de este recurso, con el único propósito de obtener fuerza de trabajo adicional, el artículo especifica que la política de hacer trabajar a los prisioneros debe responder, en particular, a la finalidad de «mantenerlos en buen estado de salud física y moral». Los oficiales, en cambio, no podrán ser forzados a trabajar, en ninguna circunstancia, y los suboficiales no pueden «ser obligados a realizar más que trabajos de vigilancia».

El artículo 50 especifica los tipos de trabajos a los que los prisioneros pueden ser obligados. Al establecer la lista, los autores del Convenio, aun sabiendo que cualquier forma de trabajo beneficiaría, en última instancia, a la Potencia detenedora, desestimaron las actividades que, en forma demasiado directa, contribuyen a los esfuerzos de la guerra. Por consiguiente, se permite obligar a los prisioneros de guerra a realizar «servicios públicos cuya índole y finalidad no sean militares», mientras que no se permite obligarlos a realizar trabajos de índole militar.

El artículo 50 excluye expresamente de los tipos de trabajos permitidos los de las industrias metalúrgica, mecánica y química, lo cual nos remite a la cuestión planteada en el apartado 3.3.4, sobre la noción de «objetivo militar» y su extensión a ciertas instalaciones industriales, después de que el bombardeo aéreo a larga distancia se convirtió en una posibilidad real. Hay que señalar aquí que la referencia específica a esas industrias en el artículo 50 no puede llevar a la conclusión de que todas las plantas metalúrgicas, mecánicas o químicas constituyen un objetivo militar legítimo: como se dijo antes, para que un objeto determinado sea considerado como un objetivo militar, su eliminación debe contribuir, en las circunstancias del caso, a la «debilitación de las fuerzas militares del enemigo» y representar, por lo tanto, una clara ventaja militar para el atacante. A pesar de su vaguedad, este criterio es, sin duda, más estrecho que el que se aplica en el artículo 50 para prohibir que los prisioneros de guerra realicen ciertos tipos de trabajos que podrían asemejarse a una contribución directa al esfuerzo de guerra del enemigo.

Otro aspecto importante es que sólo los voluntarios pueden ser empleados en faenas insalubres o peligrosas, como la remoción de minas (artículo 52).

Está permitido que los prisioneros de guerra mantengan relaciones con el exterior. Así pues, el artículo 70 dispone que podrán informar a sus familias acerca de su cautiverio, su estado de salud, su traslado a un hospital o a otro campamento, etc. En un anexo al Convenio, se presenta un modelo de «tarjeta de captura», que se usa a tal efecto. Además de estas tarjetas, se debe permitir que los prisioneros de guerra envíen y reciban «cartas y tarjetas postales», aunque la Potencia detenedora puede limitar esa correspondencia, si lo considera necesario (artículo 71). Otro derecho de los prisioneros de

guerra, que se menciona en el artículo 72, es el de «recibir, por vía postal o por cualquier otro conducto, paquetes individuales o colectivos» de todo tipo (tales como los conocidos paquetes de Cruz Roja). Asimismo, el artículo 78 reconoce el derecho de los prisioneros de guerra a dirigirse a las autoridades militares de las Potencias detenedoras, así como a los representantes de las instituciones de supervisión previstas en el Convenio (véase, más adelante, apartado 3.5.2), para presentarles sus solicitudes y sus quejas respecto del régimen de cautiverio (por ejemplo, respecto del tipo de trabajo al que se los obliga).

Según el artículo 82, los prisioneros de guerra «estarán sometidos a las leyes, los reglamentos y las órdenes generales vigentes en las fuerzas armadas de la Potencia detenedora»; la disposición agrega que esta Potencia «estará autorizada a tomar medidas judiciales o disciplinarias con respecto a todo prisionero de guerra que haya cometido una infracción contra tales leyes, reglamentos u órdenes generales». Para hacerlo, la Potencia detenedora debe respetar las normas específicas relativas a las «medidas judiciales o disciplinarias», establecidas en el Convenio. El artículo 82 y subsiguientes fijan normas detalladas sobre esas cuestiones, por ejemplo, cuáles son la autoridad competente (es competente la misma autoridad que determina acerca de infracciones comparables cometidas por miembros de la propia fuerza armada), los procedimientos aplicables, las medidas disciplinarias permitidas y la ejecución de los castigos. El objetivo de todas estas normas es garantizar un juicio equitativo y un castigo justo.

El texto del artículo 82 no impide a la Potencia detenedora enjuiciar a un prisionero de guerra por una infracción cometida antes de la captura, en particular, por un acto que puede ser calificado como un crimen de guerra. A decir verdad, su autoridad en esta cuestión está implícitamente reconocida en el artículo 85, que dispone que los prisioneros «acusados en virtud de la legislación de la Potencia detenedora» por un acto de ese tipo «disfrutarán, aunque sean condenados, de los beneficios del presente Convenio». La finalidad de esta disposición es evitar una repetición de la manera de proceder de los Países Aliados, tras la Segunda Guerra Mundial, con respecto a los criminales de guerra de los Países del Eje. La Unión Soviética y otros países comunistas hicieron una reserva al artículo 85, manifestando que no se consideraban obligados a «extender el ámbito de aplicación del Convenio relativo a los prisioneros de guerra condenados en virtud de la legislación de la Potencia detenedora, de conformidad con los principios del proceso de Nuremberg, por haber cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, puesto que las personas condenadas por esos crímenes deben ser sometidas al régimen establecido en el país en cuestión para las personas condenadas con esa pena». Otros Estados protestaron contra esa reserva o, en el caso de los Estados Unidos, la rechazaron. Sin embargo, hasta la actualidad, la reserva ha sido mantenida por los Estados que la formularon.

### 3.4.6. El IV Convenio

Las cuestiones tratadas en los Títulos II y III del Convenio relativo a las personas civiles o IV Convenio son la protección general de la población contra ciertos efectos de la guerra, y el estatuto y el trato de las personas protegidas, respectivamente. El Título III está dividido de la siguiente manera: Sección I – Disposiciones comunes a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados; Sección II – Extranjeros en el territorio de una de las Partes en el conflicto; Sección III – Territorios ocupados; Sección IV – Normas relativas al trato debido a los internados (que pueden ser extranjeros en el territorio de una parte en conflicto o personas en territorios ocupados); y Sección V – Oficinas y Agencia Central de Informaciones. A continuación, examinaremos las distintas cuestiones siguiendo ese mismo orden.

#### 3.4.6a *Protección general de la población contra ciertos efectos de la guerra*

Las disposiciones del Título II se refieren «al conjunto de la población de los países en conflicto», sin distinción alguna, y «tienen por objeto aliviar los sufrimientos causados por la guerra» (artículo 13). Sin embargo, su finalidad no es proporcionar protección completa o general. Antes bien, ofrecen formas específicas de protección o de asistencia a categorías concretas de personas.

En primer lugar, se dispone acerca de la designación de dos tipos de zonas protegidas: «zonas y localidades sanitarias y de seguridad» (artículo 14) y «zonas neutralizadas» (artículo 15). En las zonas y localidades sanitarias y de seguridad, se protegerá «contra los efectos de la guerra a los heridos y a los enfermos, a los inválidos, a los ancianos, a los niños menores de quince años, a las mujeres encintas y a las madres de niños de menos de siete años». En otras palabras, se trata de categorías de personas de las que no cabe esperar que harán contribuciones materiales al esfuerzo de guerra. Para que esas «zonas y localidades» sean consideradas zonas protegidas deben ser reconocidas por el adversario, si es posible, mediante la concertación de un acuerdo expreso entre los beligerantes (véase, también, zonas y localidades sanitarias en el I Convenio).

Los autores del artículo 14 imaginaban que las zonas sanitarias y de seguridad debían ser más bien amplias, situadas a una gran distancia de la zona de combate. Hasta ahora, ese concepto sigue siendo una mera posibilidad teórica: la historia no ofrece ningún ejemplo de designación de tales zonas, lo que parece muy difícil de realizar en cualquier región industrializada, con una alta densidad de población. Desafortunadamente, quien puede necesitar este tipo de protección es, precisamente, la población de esas regiones.

Las zonas neutralizadas, cuya designación se prevé, según el artículo 15, en las zonas donde tengan lugar los combates, tienen por objeto «proteger contra los peligros de los combates, sin distinción alguna, a las personas

siguientes: a) los heridos y los enfermos, combatientes o no combatientes; b) las personas civiles que no participen en las hostilidades y que no realicen trabajo alguno de índole militar durante su estancia en esas zonas». En este caso, también se requiere un acuerdo entre los beligerantes, y el artículo especifica que tales acuerdos deben concertarse por escrito. Tanto el término «neutralizada» como la descripción de las personas bajo protección reflejan la índole esencialmente no defendida de esas zonas (en cuanto a los desarrollos posteriores, véase, capítulo 4, apartado 4.1.5j).

En la práctica, se han dado varios ejemplos de designación de tales zonas neutralizadas, en general, por mediación del CICR.

Los grupos de personas especialmente vulnerables que reciben una forma de protección específica, según las disposiciones del Título II, están integrados por los heridos y los enfermos, los inválidos, los ancianos, los niños y las madres encintas. Los hospitales civiles, debidamente reconocidos, y su personal, así como los medios de transporte aéreos, terrestres y marítimos utilizados para el traslado de heridos o de enfermos civiles, de inválidos o de parturientas, gozan también del respeto y de la protección que asignan los Convenios I y II a los establecimientos y los medios de transporte sanitarios militares (artículo 18 y subsiguientes). Obviamente, la protección de hospitales no puede equivaler a la inmunidad absoluta, ni siquiera respecto de los daños incidentales. Haciéndose eco de este riesgo, el artículo 18 dispone que «por razón de los peligros que pueda presentar para los hospitales la proximidad de objetivos militares, convendrá velar por que estén lo más lejos posible de ellos».

La experiencia de los bloqueos navales durante las dos Guerras Mundiales otorga gran importancia al artículo 23, que obliga a cada Parte Contratante a «autorizar el libre paso de todo envío de medicamentos y de material sanitario, así como de objetos necesarios para el culto, destinados únicamente a la población civil de otra Parte Contratante, aunque sea enemiga». Del mismo modo, cada Parte deberá autorizar «el libre paso de todo envío de víveres indispensables, de ropa y de tónicos reservados para los niños de menos de quince años y para las mujeres encintas y parturientas». La Parte que permite el libre paso puede solicitar las garantías suficientes y las medidas de control que garanticen que los envíos se destinarán a esas categorías de civiles. Obsérvese que el artículo 23 no abarca a la totalidad de la población: los Estados Contratantes de 1949 no estaban preparados para extender la protección contra la hambruna, como resultado de un bloqueo, a las personas no incluidas en las categorías de personas especialmente vulnerables, enumeradas en el artículo.

Habida cuenta de las experiencias de numerosos conflictos armados, revisiten igual importancia las disposiciones del Título II que se refieren: a las medidas para la protección de los niños de menos de quince años «que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra»

(artículo 24); al intercambio de noticias de índole familiar (artículo 25) y al restablecimiento del contacto entre familiares separados (artículo 26). En este sentido, cumple una función importante la Agencia Central de Información por lo que respecta a las personas protegidas, cuya institución «en un país neutral» se dispone en el artículo 140. Según este artículo, esta Agencia podrá ser la misma que la prevista en el III Convenio. En la práctica, la Agencia Central de Búsquedas, administrada por el CICR en Ginebra, realiza actividades tanto en favor de los civiles como de los combatientes. Las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja también prestan gran colaboración para la aplicación de estos artículos.

### *3.4.6b Disposiciones comunes a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados*

El Título III del IV Convenio se refiere a las personas protegidas en sentido estricto, es decir a los civiles que se encuentran «en poder de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas». Así pues, el artículo 4 del Convenio excluye de la categoría de personas protegidas a «los súbditos de un Estado que no sea parte en [el Convenio]», a «los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante» y a «los súbditos de un Estado cobeligerante». En los últimos dos casos, añade una condición: «mientras el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén» (véase también el análisis que se hace en el apartado 3.4.1, más arriba, sobre las categorías de civiles protegidos por el IV Convenio).

Las disposiciones comunes de la Sección I se refieren: al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, y de las mujeres en particular, con respecto a las cuales se prohíbe, específicamente, «la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor» (artículos 27 y 28); a la responsabilidad de una parte en conflicto respecto del trato que se dé a las personas protegidas que estén en su poder (artículo 29); al derecho de las personas protegidas a solicitar la supervisión de organismos y sociedades de socorro (artículo 30). Se prohíbe también toda forma de trato cruel, incluida la «coacción de índole física o moral [...], en especial para obtener [...] informaciones» (artículo 31), así como «toda medida que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas protegidas». Estas últimas medidas comprenden, principalmente, «el homicidio, la tortura, los castigos corporales, las mutilaciones y los experimentos médicos o científicos no requeridos por el tratamiento médico de una persona protegida», así como cualquier otro tipo de «malos tratos por parte de agentes civiles o militares» (artículo 32).

Según lo dispuesto en el artículo 33, no se castigará a ninguna persona protegida «por infracciones que no haya cometido». Además, se prohíben los castigos colectivos, y «las medidas de represalia contra las personas protegidas y sus bienes», y cualquier otra medida de «intimidación o de terrorismo».

Por último, el artículo 34, resumiendo el grave problema de la toma de rehenes y su eventual asesinato, resuelve, simple y radicalmente, prohibir «la toma de rehenes».

### 3.4.6c *Extranjeros en el territorio de una parte en conflicto*

El artículo 35 determina el derecho de los extranjeros que son personas protegidas (es decir, ante todo, los súbditos del Estado adversario) «a salir del territorio [...] a no ser que su salida redunde en perjuicio de los intereses nacionales del Estado». Si se les niega el permiso, «tendrán derecho a que un tribunal o un consejo administrativo competente [...] considere de nuevo la negativa».

Las personas protegidas que no salgan del territorio conservan una serie de derechos fundamentales, por ejemplo, recibir socorros y atención médica, practicar su religión y abandonar «una región particularmente expuesta a peligros de la guerra [...] en las mismas condiciones que los súbditos del Estado interesado» (artículo 38). Se les debe dar la oportunidad de subsistir por sus propios medios; en caso contrario, el Estado tiene la obligación de garantizar su subsistencia y la de las personas a su cargo (artículo 39). No se podrá obligar a las personas protegidas de nacionalidad enemiga más que a «trabajos que sean normalmente necesarios para garantizar la alimentación, el alojamiento, la ropa, el transporte y la salud de seres humanos, y que no tengan relación alguna con la conducción de las operaciones militares» (artículo 40; obsérvese que el artículo no excluye todos los trabajos relacionados con el esfuerzo de guerra).

Si el internamiento de las personas protegidas es absolutamente necesario, por razones de seguridad de una parte en conflicto, ésta puede internarlas en su territorio o ubicarlas en residencia forzosa. Por lo demás, una persona protegida puede solicitar su internamiento voluntario (por ejemplo, para protegerse contra un ambiente hostil) (artículos 41 y 42).

El sistema de protección de los súbditos del Estado adversario y de otras personas protegidas en el territorio de una parte en conflicto está muy debilitado por el artículo 5, que dispone que si el Estado interesado «tiene serias razones para considerar que una persona protegida [...] resulta fundamentalmente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado [...], tal persona no podrá ampararse en los derechos y privilegios conferidos por el presente Convenio que, de aplicarse en su favor, podrían causar perjuicio a la seguridad del Estado». Inmediatamente, se puede pensar en las consecuencias que ello puede tener en el derecho de comunicación de la persona protegida (con su familia, con un abogado, etc.).

La repetición de la forma singular de la palabra «persona», en el texto citado, pone de relieve que el artículo 5 no puede aplicarse nunca como

medida colectiva. Por ejemplo, el internamiento colectivo de personas de una nacionalidad determinada está prohibido y, en cambio, se debe demostrar que cada persona internada es sospechosa de actividades perjudiciales para la seguridad del Estado. Además, este artículo especifica que toda persona sometida a ese régimen especial siempre «será tratada con humanidad», que en caso de enjuiciamiento, tiene derecho a «un proceso equitativo y legítimo», de conformidad con lo dispuesto por el Convenio, y que se debe poner fin a ese régimen especial «en la fecha más próxima posible, habida cuenta de la seguridad del Estado».

### 3.4.6d *Territorios ocupados*

Aparte del Título III, Sección III del IV Convenio, en el Reglamento de La Haya sobre la guerra terrestre también hay normas relativas a los territorios ocupados. De conformidad con el artículo 42 del Reglamento, para que «un territorio se consider[e] como ocupado» y para que las normas pertinentes sean aplicables, ese territorio debe encontrarse de hecho «colocado bajo la autoridad del ejército enemigo». Para esclarecer un poco más la cuestión, el párrafo 2 añade: «La ocupación no se extiende más que a los territorios donde dicha autoridad se halla establecida y con medios para ser ejecutada». De esta situación de hecho, el artículo 43 deriva dos obligaciones: por un lado, el ocupante «tomará todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la vida pública», y por otro, al hacerlo, debe respetar, «salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país».

Asimismo, el Reglamento incluye disposiciones sobre asuntos tan variados como la recaudación de impuestos, la requisita de bienes y de servicios y el destino de los bienes muebles e inmuebles de propiedad del Estado. No nos detendremos aquí a analizar cada una de esas disposiciones, pero una observación general es que, en las sociedades modernas, el grado en que los organismos estatales influyen, e incluso participan directamente, en los asuntos económicos y sociales es mucho mayor que en la época en que se redactó el Reglamento. En la actualidad, una Potencia ocupante se confronta inevitablemente con las consecuencias de esos cambios sociales profundos y con la cada vez más amplia función del Estado.

Las disposiciones del IV Convenio, que se concibieron en una época en que esos cambios se estaban produciendo, reflejan la nueva tendencia. La Sección III comienza con una importante declaración de principios: «no se privará a las personas protegidas que estén en un territorio ocupado, en ninguna circunstancia ni en modo alguno, de los beneficios del presente Convenio», sea en virtud de un cambio en las instituciones del territorio, de un acuerdo concertado entre las autoridades del territorio ocupado y la Potencia ocupante, o de la anexión completa o parcial del territorio ocupado (artículo 47).

Las medidas específicamente prohibidas «sea cual fuere el motivo» comprenden los traslados en masa o individuales de índole forzosa, así como las deportaciones del territorio ocupado a cualquier otro país. Sin embargo, la evacuación de una zona determinada está permitida «si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares» (artículo 49).

El artículo 51 dispone que las personas protegidas de más de dieciocho años pueden ser obligadas a trabajar, pero sólo en el interior del territorio ocupado donde estén dichas personas y sólo si se trata de «trabajos que requieran las necesidades del ejército de ocupación o los servicios de interés público, la alimentación, el alojamiento, la vestimenta, el transporte o la salud de la población del país ocupado». La construcción de fortificaciones, de instalaciones de artillería, etc., no está incluida entre los trabajos permitidos, no porque no lo requieran las «necesidades del ejército de ocupación», sino porque es útil para las (futuras) operaciones militares de la Potencia ocupante.

En principio, las instituciones y los funcionarios públicos en el territorio ocupado siguen ejerciendo sus funciones como lo hacían antes de la ocupación. Dado que no deben lealtad a la Potencia ocupante, cada reglamentación o instrucción procedente de las autoridades ocupantes puede confrontar a los funcionarios públicos con la cuestión de si pueden cooperar o no con la ejecución de tales órdenes. Esta cuestión puede ser muy difícil de afrontar para, por ejemplo, las fuerzas de policía. Consecuentemente, el artículo 54 del Convenio reconoce el derecho de los funcionarios públicos y de los magistrados a «abstenerse de desempeñar sus funciones basándose en consideraciones de conciencia». En tal caso, la Potencia ocupante no puede modificar el estatuto de esas personas, ni aplicar sanciones o tomar medidas coercitivas o discriminatorias contra ellas: lo más que puede hacer es privarlas de sus cargos.

La Potencia ocupante debe preocuparse especialmente por el bienestar de los niños (artículo 50). Debe abastecer en víveres y productos médicos a la población (artículo 55), «en toda la medida de sus recursos», así como mantener la sanidad y la higiene públicas en el territorio (artículo 56). El artículo 57 limita la requisita de hospitales civiles por parte de la Potencia ocupante a «casos de urgente necesidad, para asistir a heridos y a enfermos militares», y sólo provisionalmente y «con la condición de que se tomen a tiempo las medidas apropiadas para garantizar la asistencia y el tratamiento de las personas hospitalizadas y para satisfacer las necesidades de la población civil». Asimismo, el ocupante deberá permitir a «los ministros de los diferentes cultos la asistencia espiritual a sus correligionarios» (artículo 58).

Los artículos 59 a 61 se refieren a las acciones de socorros colectivos que pueden emprender otros Estados o algún «organismo humanitario imparcial, como el Comité Internacional de la Cruz Roja», en favor de una población insuficientemente abastecida en el territorio ocupado. La Potencia

ocupada está obligada a aceptar esas acciones y a facilitarlas, atendiendo a las condiciones que establecen los artículos mencionados. Además de las acciones de socorros colectivos, también se permite a las personas protegidas en un territorio ocupado recibir envíos individuales de socorros. El artículo 62 dispone que ese derecho está sujeto «a imperiosas consideraciones de seguridad». De igual modo, la Potencia ocupante está obligada, «a reserva de las medidas provisionales que excepcionalmente se impongan por imperiosas consideraciones de seguridad», a permitir que las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja prosigan sus actividades «de conformidad con los principios de la Cruz Roja, tal como los han definido las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja». También se debe autorizar a otras sociedades de socorro, al igual que a las organizaciones de protección civil existentes, a desempeñar sus actividades en las mismas condiciones (artículo 63).

Un aspecto importante de la obligación que tiene la Potencia ocupante de tomar todas las medidas a su alcance a fin de restablecer y de garantizar, tanto como sea posible, el orden público y la seguridad, está dado por su relación con las normas penales vigentes en el territorio antes de la ocupación. El artículo 64 establece el principio según el cual esa legislación «permanecerá en vigor, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio» (por ejemplo, cuando en una ley se estipula que todas las formas de trabajo que imponga la Potencia ocupante son una infracción). Del mismo modo, los tribunales existentes continúan actuando, en principio, «con respecto a todas las infracciones previstas en tal legislación».

Además, el artículo 64 reconoce el poder del ocupante de promulgar sus propias leyes, las cuales deben ser indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del IV Convenio, y «garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante, sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice». Toda disposición penal que se promulgue debe ser publicada y puesta a conocimiento de la población en el idioma de ésta, y «no podrán surtir efectos retroactivos» (artículo 65). Obviamente, los actos que contravengan las disposiciones adoptadas por la Potencia ocupante deberán ser procesados en los tribunales de esta última. El artículo 66 dispone que éstos deben estar «legítimamente constituidos» y deben ser «militares, no políticos»; los tribunales de primera instancia deben funcionar en el país ocupado, y los de apelación, «funcionarán preferentemente» en ese mismo territorio.

El artículo 67 y siguientes establecen las normas que esos tribunales deben aplicar para administrar la justicia penal. Además de las normas de procedimiento, se da particular importancia a las que se refieren a los castigos permitidos. El artículo 68 dispone que el internamiento o el simple

encarcelamiento son las sanciones más severas, y las únicas que implican la privación de la libertad, que los tribunales pueden imponer a una persona protegida que cometa una infracción, siempre que el objetivo sea «únicamente perjudicar a la Potencia ocupante» y si se considera que no es muy grave porque no «implica atentado a la vida o a la integridad corporal de los miembros de las fuerzas o de la administración de ocupación», «no origina un serio peligro colectivo» y «no atenta gravemente contra los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación o contra las instalaciones por ellas utilizadas».

El mismo artículo permite que la Potencia ocupante imponga la pena de muerte sólo en casos de crímenes particularmente graves, como el espionaje, los «actos graves de sabotaje contra las instalaciones militares de la Potencia ocupante» y las «infracciones intencionales que causen la muerte de una o de varias personas», con la condición suplementaria de que «en la legislación del territorio ocupado, vigente antes del comienzo de la ocupación, se prevea la pena de muerte en tales casos». Para que se pronuncie efectivamente la pena de muerte, el infractor no puede tener menos de dieciocho años cuando cometa la infracción, y debe llamarse la atención del tribunal, «en particular acerca del hecho de que el acusado, por no ser súbdito de la Potencia ocupante, no está obligado con respecto a ella por deber alguno de fidelidad».

La Sección relativa a los territorios ocupados concluye con algunas disposiciones sobre las medidas de seguridad que la Potencia ocupante puede considerar necesarias, «por razones imperiosas de seguridad con respecto a las personas protegidas». El artículo 78 limita los poderes del ocupante en el sentido siguiente: «podrá imponerles, como máximo, una residencia forzosa o internarlas». Además, esa decisión está sujeta a apelación por parte de los interesados y deberá ser objeto de revisión periódica.

En este caso, el efecto de las normas antes mencionadas sobre las formas permitidas de castigo y de medidas de seguridad también se ve afectado, en gran medida, por el artículo 5. El párrafo 2 de este artículo dispone que «si en un territorio ocupado, una persona protegida por el Convenio es capturada por espía o saboteadora, o porque se sospecha fundadamente que se dedica a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante», puede quedar «privada de los derechos de comunicación previstos en el presente Convenio, en los casos en que la seguridad militar lo requiera indispensablemente». Aun así, se debe tratar a esa persona con humanidad y, si se la somete a diligencias judiciales, tendrá derecho a «un proceso equitativo y legítimo», de conformidad con las normas del Convenio; el régimen especial debe concluir «en la fecha más próxima posible, habida cuenta de la seguridad del Estado» (artículo 5 (3)).

Con respecto a la resistencia armada en los territorios ocupados, se señaló más arriba que los miembros de los movimientos de resistencia son

considerados «personas protegidas» sólo cuando es evidente que no reúnen las condiciones para que se les otorgue el estatuto de prisioneros de guerra, estipulado en el III Convenio, o cuando un tribunal competente así lo juzga. Aunque pueden recibir el trato correspondiente a las personas civiles, están, en especial, sujetos al régimen de seguridad especial establecido en el artículo 5 y quedan privados de sus derechos de comunicación previstos por el Convenio. Además, pueden ser castigados por los actos de resistencia armada que hayan llevado a cabo antes de la captura. Al mismo tiempo, si se entabla un proceso penal en su contra, tienen, como cualquier otro acusado, derecho a ser protegidos como tales, de conformidad con las normas que garantizan un juicio equitativo.

### 3.4.6e *Internamiento*

La Sección IV contiene las «Normas relativas al trato debido a los internados», sea en el territorio de una parte en conflicto sea en un territorio ocupado (artículos 79 y siguientes). Baste señalar aquí que el régimen previsto por dichos artículos es muy similar al régimen de internamiento de los prisioneros de guerra, establecido en el III Convenio.

### 3.4.6f *Oficinas de Información y Agencia de Búsquedas*

La Sección V del Título III se refiere a la apertura y al funcionamiento de las oficinas nacionales de informaciones, así como de la Agencia Central de Informaciones. Cabe recordar que la Agencia Central, cuya institución dispone el artículo 140, es hoy la Agencia Central de Búsquedas, y que el CICR se encarga de su organización y mantenimiento. La Agencia presta servicios tanto en relación con las personas civiles como con los prisioneros de guerra, según lo dispuesto para esta última categoría en el artículo 123 del III Convenio.

### 3.4.7. **El artículo 3 común**

El artículo 3 común a los Convenios de 1949 es el único artículo especialmente redactado para los casos de conflictos armados no internacionales; por ello, se le califica, a veces, de «miniconvenio», o de «Convenio en los Convenios». Estipula normas que las partes en un conflicto armado interno «tendrán la obligación de aplicar, como mínimo». Dado que, en la época actual, la mayoría de los conflictos armados forman parte de esa categoría, el artículo ha adquirido una importancia que, difícilmente, podrían haber previsto sus autores.

El artículo plantea un problema particular, pues los grupos de oposición no son partes en los Convenios (y, de hecho, no pueden serlo formalmente). Así, pueden recurrir a este argumento para rechazar toda obligación de aplicar el artículo. Una razón de peso para incitar a los grupos armados de oposición a adoptar una actitud más positiva es que la aplicación del artículo 3 puede mejorar su «imagen», tanto en el país como en el exterior, lo que redundaría en su provecho.

Otro aspecto importante del problema es que los Gobiernos casi nunca están dispuestos a reconocer a los grupos insurgentes como partes oficiales en el conflicto, ni siquiera como una entidad separada. Por consiguiente, es posible que prefieran evitar hacer declaraciones donde se reconozca oficialmente la aplicabilidad del artículo 3, por temor a que se interpreten como un reconocimiento de que los grupos insurgentes constituyen una parte adversaria. Para responder a esa objeción, en el artículo 3 (4) se estipula que la aplicación de sus disposiciones «no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto». Evidentemente, esta disposición no puede impedir los efectos que, presunta o potencialmente, pueda tener la aplicación del artículo sobre el estatuto *político* de los grupos insurgentes.

Un Gobierno que esté en este dilema puede darse cuenta de que, aunque su negativa a reconocer la aplicación del artículo 3 sea un mecanismo posible para negarse a conceder el estatuto político a los grupos insurgentes, también puede ser –ante hechos evidentes– perjudicial para su propia «imagen», tanto ante su propia población, como ante el resto del mundo. Como veremos, las disposiciones del artículo 3 son principios mínimos, en el sentido más literal del término; en otras palabras, se trata de principios que ningún Gobierno respetable podría desacatar, aunque sólo sea circunstancialmente, sin perder su aura de respetabilidad.

Es necesario señalar que el artículo 3 es aplicable en todos los conflictos de índole no internacional, que incluyen no sólo los conflictos en los que un Gobierno se opone a un grupo armado de oposición, sino también los conflictos entre dos grupos armados de oposición, en los que el Gobierno no es parte (en el capítulo 4.2.1, se plantea la cuestión del ámbito de aplicación más restringido del Protocolo adicional II).

El artículo prescribe el trato humano, sin discriminación alguna, de todos aquellos que no participen activamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas (regulares o no) que «hayan depuesto las armas» o que hayan sido puestos «fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa». Por lo que atañe a todas estas personas, los siguientes actos se prohíben en cualquier tiempo y lugar:

- «(a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- (b) la toma de rehenes;
- (c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- (d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados».

Obsérvese que los términos «respeto» y «protección» no figuran en este texto: la disposición de trato humano es el único requisito que se impone. Además, no se hace referencia al estatuto de prisionero de guerra para ninguna persona; tampoco se excluye el castigo por la sola participación en las hostilidades y la única condición que se menciona es la de un juicio equitativo (que, por supuesto, puede significar la diferencia entre la vida y la muerte).

Por lo que atañe a la asistencia humanitaria, el artículo 3 sólo exige que «los heridos y los enfermos [sean] recogidos y asistidos». No se mencionan en absoluto algunas cuestiones como el registro de datos personales, la información o el estatuto del personal médico, los hospitales y las ambulancias.

En el penúltimo párrafo, se incita a las partes en conflicto a «poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones» de los Convenios. En realidad, las partes pueden estar preparadas para hacerlo cuando tienen un interés compartido, por ejemplo, cuando se trata de organizar un canje de prisioneros que son una carga para ellos. Con frecuencia, el CICR actúa como intermediario para la firma de esos acuerdos.

### 3.5. APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO

A continuación, analizaremos los medios y los mecanismos de aplicación y cumplimiento de las normas que regían la promoción del respeto del derecho internacional humanitario, antes de 1977. En el apartado 3.5.1, los aspectos de instrucción y educación; en 3.5.2, las actividades de las Potencias protectoras y de los organismos humanitarios; y en los apartados 3.5.3 y 3.5.4, la responsabilidad colectiva e individual por las violaciones del derecho, respectivamente.

#### 3.5.1. Instrucción y educación

De todos los métodos empleados para facilitar el cumplimiento del derecho humanitario, probablemente la instrucción y la educación sean los más prometedores. En efecto, los demás están condenados al fracaso, si no llevan aparejados la instrucción y la educación. El cumplimiento real del derecho en caso de conflicto armado depende de una multitud de personas, en todos los niveles de la sociedad. Por consiguiente, ¿cómo cabría esperar que se respeten las normas de ese derecho –por ejemplo, que un soldado reconozca como ilícita una orden de matar deliberadamente a prisioneros de guerra o a civiles no armados–, sin que antes se haya difundido ampliamente la información apropiada?

Esta línea de pensamiento fue incorporada, el año 1899, en el Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. El artículo 1 dispone que las Partes Contratantes «darán a sus fuerzas armadas de tierra

instrucciones» de acuerdo con el Reglamento anexo. Los Convenios de Ginebra de 1949 son más severos en este sentido. De conformidad con los artículos 47, 48, 127 y 144 de los Convenios I-IV, respectivamente, los Estados Partes están obligados, «tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra», a difundir «lo más ampliamente posible» el texto de los Convenios y, en especial, «a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar y, si es posible, civil», a fin de que los principios del derecho establecidos en estos instrumentos puedan ser conocidos por toda la población.

En el artículo 25 de la Convención de La Haya de 1954 sobre los bienes culturales, figura una obligación similar.

Sin embargo, muchos Estados Partes en los diferentes Convenios no satisfacen las expectativas en lo que respecta a estas obligaciones explícitas. Si bien, por lo general, las fuerzas armadas reciben algún tipo de instrucción sobre derecho humanitario, prácticamente no se imparte formación alguna a la población civil en esta materia. Para poner remedio a esta deplorable situación, el CICR, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las Sociedades Nacionales realizan considerables esfuerzos. Sin embargo, esta actividad «por sustitución» no exime a las autoridades de sus obligaciones convencionales y, aún menos, de su responsabilidad por las consecuencias que se deriven del incumplimiento de esta obligación.

### 3.5.2. Las Potencias protectoras y otros organismos humanitarios

Antes de 1949, principalmente en el marco del derecho de Ginebra, se recurría a la supervisión internacional como medio para propiciar el cumplimiento del derecho humanitario. En tiempos normales, era costumbre que los Estados protegieran los derechos de sus súbditos en los países extranjeros. Cuando el deterioro de las relaciones entre un Estado A y un Estado B llevaba a la ruptura de sus relaciones diplomáticas, la costumbre era que el Estado A solicitara a un Estado C que protegiera sus intereses y los de sus súbditos respecto del Estado B, y con el consentimiento de éste. Si se desencadenaba un conflicto armado entre A y B, lo más natural era que C continuara protegiendo los intereses de los súbditos de A, los cuales, respecto de sus relaciones con B, pasaban a ser, de repente, «súbditos del enemigo», «internados» o «prisioneros de guerra». Con el paso de los años, esta posibilidad obvia fue desarrollándose como una práctica consuetudinaria. Posteriormente, dicha práctica se cristalizó en los Convenios de Ginebra, primero en 1929 y después en 1949, como el sistema de las Potencias protectoras. A pesar de que la última vez que este sistema se aplicó ampliamente fue durante la Segunda Guerra Mundial (los Estados neutrales de Suiza y Suecia actuaron como Potencias protectoras de numerosas partes en ambos bandos del conflicto), a continuación señalaremos sus principales aspectos (véase el apartado 4.3.2 sobre el modo en que se resolvió la situación en el Protocolo I).

El Convenio de Ginebra de 1949 «será aplicado con la colaboración y bajo el control de las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las partes en conflicto» (artículo 8 de los Convenios I-III, artículo 9 del IV Convenio). A este efecto, las Potencias protectoras pueden recurrir a su personal diplomático o consular, o pueden designar delegados especiales (es necesaria la aprobación de la parte en conflicto ante la cual esos delegados hayan de efectuar su misión). Las partes en conflicto deben facilitar, «en la mayor medida posible», la labor de esos delegados o representantes, los cuales, a su vez, nunca deben extralimitarse en la misión que se les ha asignado y, especialmente, deben «tener en cuenta las imperiosas necesidades de seguridad del Estado ante el cual ejercen sus funciones».

En la práctica, la colaboración y el control de las Potencias protectoras consistía en la protección de intereses y en la mediación. Procuraban mejorar la situación cuando sus delegados comprobaban, directamente o por las quejas presentadas por las víctimas, que los prisioneros de guerra sufrían a causa de las malas condiciones de alojamiento o por una alimentación insuficiente, eran obligados a efectuar trabajos prohibidos, no estaban autorizados a enviar o a recibir correspondencia, o eran objeto de otros tipos de malos tratos. Cabe señalar que la función de las Potencias protectoras nunca ha sido actuar como una suerte de fiscal que investiga y denuncia las violaciones de los Convenios.

El artículo 9 de los Convenios I-III y el artículo 10 del IV Convenio ponen de relieve que las disposiciones de los Convenios «no son óbice para las actividades humanitarias que el Comité Internacional de la Cruz Roja u otro organismo humanitario imparcial, emprenda para la protección de [las personas protegidas], así como para los socorros que, con el consentimiento de las partes en conflicto interesadas, se les proporcione». La referencia expresa al CICR es un reconocimiento oficial de su derecho de iniciativa consuetudinario en cuestiones de protección y de asistencia humanitarias.

El artículo 10 de los Convenios I-III y el artículo 11 del IV Convenio se refieren a la situación (ahora frecuente) en que no actúan Potencias protectoras, por ejemplo, porque las partes en conflicto no llegan a un acuerdo en cuanto a la designación de tales Potencias. Según lo dispuesto en el primer párrafo de esos artículos, las Partes Contratantes pueden «convenir [...] en confiar a un organismo que ofrezca todas las garantías de imparcialidad y de eficacia, las tareas asignadas [...] a las Potencias protectoras». Hasta el presente, esta posibilidad no ha sido más que teoría.

Si no se logra el acuerdo previsto en el párrafo 1, el segundo párrafo establece que la Potencia detenedora está obligada a «solicitar, sea a un Estado neutral sea a tal organismo, que asuma las funciones asignadas [...] a las Potencias protectoras designadas por las partes en conflicto». Si bien en este caso no se requiere el acuerdo de la parte adversaria, puede no resultar fácil encontrar un Estado neutral o un organismo imparcial dispuesto a aceptar,

sin el consentimiento de la parte adversaria, las funciones de una Potencia protectora.

Como último recurso, en el tercer párrafo se dispone que si no puede conseguirse una protección por esa vía, la Potencia detenedora «deberá solicitar a un organismo humanitario, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, que se encargue de desempeñar las tareas humanitarias asignadas en el [...] Convenio a las Potencias protectoras, o deberá aceptar, a reserva de las disposiciones del presente artículo, los ofrecimientos de servicios de tal organismo». Pero esta disposición tampoco hace que el sistema sea perfecto: la Potencia detenedora puede, simplemente, desacatar su obligación de solicitar los servicios del CICR o de cualquier otro organismo humanitario, y sería difícil imaginar que el CICR «ofrezca sus servicios» sin tener la certeza de que serán aceptados.

El sistema de control externo que acabamos de describir se aplica solamente al derecho de Ginebra (con excepción del artículo 3 común). Los delegados que desempeñen las tareas de control deberán tener siempre en cuenta «las imperiosas necesidades de seguridad del Estado ante el cual ejercen sus funciones», y no pueden esperar que se les autorice a visitar a las fuerzas beligerantes empeñadas en los combates. Por lo que atañe al derecho de La Haya, no hay un sistema de control similar, y los Convenios de 1899 y 1907 no hacen referencia a la cuestión. Sin embargo, la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales contiene un sistema de cooperación y asistencia para la aplicación del Convenio y de su Reglamento anexo, comparable al de los Convenios de Ginebra. El sistema prevé la cooperación (teórica) de las Potencias protectoras y asigna una función (más importante en la práctica) a la UNESCO.

Si bien todo esto parece (y es) muy desalentador, es grato señalar que, en la práctica, el CICR ha desempeñado, desde su creación en 1863, funciones de supervisión en innumerables casos, incluidos conflictos armados internos, y en favor de millones de prisioneros de guerra, internados y otras personas protegidas; a veces lo ha hecho a la par de los delegados de las Potencias protectoras y, con más frecuencia, en su lugar. Reconociendo esta práctica, el artículo 126 del III Convenio y el artículo 143 del IV Convenio otorgan a los delegados del CICR las mismas prerrogativas que a los delegados designados por las Potencias protectoras, para visitar a los prisioneros de guerra, los civiles detenidos y los internados. Esas visitas, que representan un aspecto importante del cometido de protección del CICR, tienen la finalidad exclusivamente humanitaria de preservar la integridad física y moral de los detenidos, evitar todo tipo de abuso y velar por que los detenidos gocen de las condiciones de detención materiales y psicológicas dignas a las que tienen derecho.

En lo que concierne especialmente a los conflictos armados internos, el artículo 3 común dispone, en el segundo párrafo, que «un organismo humanitario

imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto». Si bien este ofrecimiento no está formulado como un cometido formal, sirve para evitar toda acusación de que el CICR, al ofrecer sus servicios, interfiere en los asuntos internos del Estado interesado. El hecho de que actúa como organismo claramente humanitario e imparcial se ve confirmado por la incorporación de su cometido en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, reconocidos por los Estados Partes en los Convenios.

Al llevar a cabo sus actividades, el CICR a menudo se enfrenta con situaciones de violaciones graves de los Convenios y, de modo excepcional, cuando el diálogo confidencial con la Parte implicada no da resultados, el CICR puede hacer una denuncia pública, en términos generales, de las prácticas en cuestión. Sin embargo, el CICR no se ocupa de buscar y poner en evidencia a cada uno de los responsables de tales violaciones, pues es una tarea irreconciliable con su cometido humanitario de protección y de asistencia. (La problemática de la represión penal de las violaciones del derecho de los conflictos armados se examina en el apartado 3.5.4; se reseñan los recientes desarrollos en este ámbito en los capítulos 4.3.4 y 6.1.)

### 3.5.3. Responsabilidad colectiva

Las violaciones del derecho internacional humanitario pueden provocar las reacciones más diversas, sea contra la persona o las personas de las que se sospecha que son responsables de esos actos, sea contra la colectividad (por ejemplo, un Estado u otra parte en conflicto, o los habitantes de un poblado) a la que presuntamente pertenecen o representan de otro modo. Las reacciones pueden ser inmediatas o no; pueden provenir de una persona o de una entidad colectiva (por ejemplo, la parte adversaria, o un organismo internacional, como el Consejo de Seguridad); y, sobre todo, pueden ser lícitas o ilícitas.

Aunque el objetivo de este libro no es instruir acerca de las conductas ilícitas, nos ha parecido necesario incluirlas aquí también, a fin de que el lector comprenda, principalmente, el interés de que no haya violaciones del derecho humanitario.

Entre las entidades que pueden ser responsables, colectivamente, de violaciones del derecho internacional humanitario, el Estado, como parte en conflicto, ocupa el lugar más destacado. Su responsabilidad respecto de «todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su fuerza armada» está reconocida en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1907 sobre la guerra terrestre. Esta responsabilidad específica del Estado forma parte de su responsabilidad general respecto de los actos ilícitos cometidos a nivel internacional que, por una razón u otra, se le puedan imputar. No sorprenderá que se atribuyan a un Estado las violaciones del derecho humanitario cometidas por sus fuerzas armadas. Sin embargo, su responsabilidad no sólo abarca

las violaciones del derecho humanitario cometidas por estas fuerzas, sino también por otros agentes estatales (la policía, o los guardias de un campamento de prisioneros de guerra) e incluso, por personas civiles.

Además de los Estados, otras entidades han adquirido cada vez más importancia como partes en conflictos armados. Por ejemplo, tras la Segunda Guerra Mundial, los «pueblos» que luchaban por su derecho a la autodeterminación en las «guerras de liberación nacional», durante el período de la descolonización. Como veremos en el capítulo 4.1.2, estas guerras fueron reconocidas, a su debido tiempo, como conflictos armados internacionales, y se definió, correspondientemente, el estatuto jurídico de los «combatientes por la liberación».

En los conflictos armados internos, cada vez más frecuentes en el período actual, ha sido el caso también de los grupos armados organizados no estatales que luchan contra grupos análogos o contra las fuerzas armadas del Estado. Su situación se seguía rigiendo hasta 1977 por las disposiciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, que estipula que «cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo», las disposiciones establecidas en dicho texto, sin dar la posibilidad a las partes no estatales de llegar a ser partes en los Convenios. Esto no obsta para que esas entidades estén forzosamente obligadas a cumplir las normas estipuladas en esos instrumentos jurídicos y sean responsables de la conducta de sus miembros o que las partes adversarias o el mundo externo las considere responsables de ella.

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, actualmente, la imputación práctica de esa responsabilidad plantea problemas que son de una índole diferente a los que se relacionan con la responsabilidad del Estado. Ello se debe, en particular, a que las estructuras jurídicas existentes para que esa responsabilidad sea efectiva son las del derecho internacional tradicional y, por lo tanto, están centradas en el Estado.

Al comienzo de este apartado, también se señaló que los habitantes de un poblado pueden ser considerados, como colectividad, responsables de violaciones del derecho cometidas en el poblado o en sus alrededores. La diferencia respecto de los otros tipos de entidades colectivas es obvia: en el caso de las otras entidades se puede hablar de partes en conflicto, mientras que de los habitantes del poblado –por regla general– no. Más adelante, precisaremos esa diferencia y sus consecuencias en el plano jurídico.

### 3.5.3a *Reciprocidad*

La primera, y también la más primitiva, manifestación de la idea de responsabilidad colectiva de un Estado o de otra parte en conflicto surge cuando

la parte adversaria, ante la violación de una norma, deja de considerarse obligada a respetar la norma en cuestión. Una reacción tal se corresponde con una aplicación rigurosa del principio de reciprocidad negativa. La posibilidad de aplicar ese crudo principio queda excluida por la disposición contenida en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949, según la cual los Estados Contratantes están obligados a respetar los Convenios «en todas las circunstancias».

Si bien se puede poner en duda la efectividad total de esa disposición, incluso en el contexto del derecho de Ginebra, la situación era claramente diferente en el caso del derecho de La Haya, hasta 1977. Estos tratados no excluyen en forma expresa la reciprocidad negativa, y cabe preguntarse si una exclusión incondicional sería apropiada en todos los casos. Esta duda tiene razón de ser, especialmente, en una situación en que la violación de normas específicas pueda significar una clara ventaja militar para la parte culpable, como en el caso de las normas que prohíben o restringen el uso de ciertas armas de interés militar. Como se mencionó antes, durante mucho tiempo se consideró que la prohibición del uso de armas químicas era un asunto de reciprocidad, lo cual se relaciona, probablemente, con su significación militar. Sobra decir que resulta difícil aceptar que un Estado beligerante deba simplemente resignarse a padecer los efectos adversos del uso de armas químicas por parte del adversario, si tiene la capacidad de responder del mismo modo para restablecer el equilibrio militar.

Sin embargo, la reciprocidad puede ser también un factor positivo, cuando el hecho de que una de las partes respete el derecho hace que la otra parte también lo respete. Este aspecto positivo también puede ilustrarse con el caso de las armas químicas: si bien cuando tuvo lugar la Segunda Guerra Mundial, ambos bandos poseían armas químicas, ninguno las usó en la práctica.

En los Convenios de Ginebra de 1949, se da un lugar prominente a la forma de reciprocidad positiva en el artículo 2 (3) común, donde se prevé una situación en que hay partes en un conflicto que son Partes en el Convenio y una parte en el conflicto que no lo es. Se dispone que, si ésta «acepta y aplica» las disposiciones del Convenio, las otras Partes están obligadas por ese Convenio incluso con respecto a esa Parte.

### 3.5.3b *Represalias*

Las represalias de guerra son una segunda consecuencia posible del incumplimiento, por una parte, de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional humanitario. Son actos mediante los cuales una parte en conflicto infringe intencionalmente alguna disposición del derecho aplicable en los conflictos armados, como reacción ante una conducta de la parte adversaria que consiste en una tendencia a incumplir la misma u otra norma de ese ordenamiento jurídico. Se recurre a las represalias después de que han fracasado todos los demás medios para lograr que la otra

parte respete el derecho (condición de «subsidiariedad»), y su objetivo es instar a que las autoridades de esa parte suspendan esa línea de conducta. Una represalia no debe causar daños desproporcionados a los provocados por el acto ilícito que le dio lugar y debe cesar tan pronto como la parte adversaria deje de aplicar la línea de conducta que se le reprocha. Otra condición, promovida por algunos expertos antes de la Segunda Guerra Mundial, es que la represalia no debe constituir un acto inhumano.

De conformidad con el derecho consuetudinario de los conflictos armados vigente en ese período, las represalias de guerra formaban parte del arsenal de medidas permitidas de que disponían los Estados para hacer cumplir el derecho. Sin embargo, el modo en que solían aplicarse tenía como consecuencia la agravación de la guerra y afectaban, en general, a personas distintas de los verdaderos culpables de la violación inicial. Por estos motivos, el derecho de los beligerantes a recurrir a las represalias se fue restringiendo cada vez más. Así pues, como ya lo indicamos en su lugar, las represalias contra las personas y los bienes protegidos están expresamente prohibidos en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales.

En cambio, no figura ninguna prohibición de ese tipo en los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, ni en el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre gases. Esto hizo dudar, por ejemplo, de si el hecho de efectuar un bombardeo aéreo contra un núcleo de población civil podía justificarse o no como represalia; o ¿qué podía decirse de la índole inhumana de esta medida? Extrañamente, expertos que defendían este factor como un requisito para una represalia válida, sostenían, no obstante, que las represalias contra un núcleo de población civil eran admisibles.

Durante la Segunda Guerra Mundial, los dos bandos en la escena europea realizaron bombardeos a gran escala contra diversos centros urbanos en territorios enemigos, a veces en forma accidental, pero otras, eligiendo intencionadamente zonas donde no había objetivos militares. Por lo general, trataron de explicar tales actos como medidas de represalia, sin preocuparse mucho de si cumplían las condiciones de subsidiariedad y de proporcionalidad. En una suerte de reacción tardía a esta práctica, la Asamblea General de la ONU aprobó, en 1970, la Resolución 2675 (XXV), que «afirma», como uno de los «principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados», que «las poblaciones civiles o las personas que las componen, no deberán ser objeto de represalias». Esta afirmación en sí no tuvo el efecto suficiente para disipar las dudas existentes con respecto al derecho. (Véase, sobre esta cuestión, capítulo 4, apartado 4.1.5h.)

### 3.5.3c *Indemnizaciones*

Un tercer aspecto de la responsabilidad colectiva es que una parte en conflicto puede tener que indemnizar por los daños que haya provocado mediante

la conducta que genera su responsabilidad. En 1907, en el Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, se incluyó en forma expresa una disposición que obliga a los Estados a indemnizar. Según el artículo 3 (que, como ya se dijo, estipula que cada Estado es responsable de «todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su fuerza armada»), una parte beligerante, que sea responsable de una transgresión de las normas que estipula el Reglamento, «estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello».

De un modo similar, en el artículo 12 del III Convenio y en el artículo 29 del IV Convenio, se considera que el Estado es responsable del trato que reciban las personas protegidas por dichos Convenios, «independientemente de las responsabilidades individuales que pueda haber». No se hace referencia, sin embargo, a las posibles consecuencias de índole financiera de esta forma de responsabilidad del Estado (no obstante, véanse más adelante, los comentarios en relación con los artículos 51, 52, 131 y 148 de los Convenios I-IV, respectivamente).

Con frecuencia, la idea de que los Estados tienen la obligación de indemnizar por las violaciones del derecho de los conflictos armados lleva, en el mejor de los casos, a una amalgama de resultados. Un método para efectuar la reparación es el acuerdo de indemnización «global», –generalmente incluido en un tratado de paz– por el que se impone al Estado vencido la obligación de pagar al Estado vencedor una cantidad definida de dinero, manifiestamente a modo de reparación de las pérdidas económicas que haya sufrido esta parte a consecuencia de la guerra. Sin duda alguna, esa cantidad está siempre muy por debajo de las pérdidas reales sufridas por esa parte. Además, es poco probable que se determine tomando como base el daño que se haya causado de modo injusto a raíz de una violación del derecho de los conflictos armados o que se calcule proporcionalmente con ese daño. Tampoco es probable que la parte vencedora tenga que indemnizar por los daños que haya causado por transgredir el derecho.

Por lo general, los acuerdos de indemnización «global» contienen una cláusula que obliga, tanto al Estado vencedor como a sus súbditos, a renunciar a reclamos futuros contra el Estado vencido, en relación con los daños causados por la guerra. El efecto de esta cláusula es incierto. Normalmente, una persona no puede efectuar reclamos en el plano internacional (por ejemplo, ante la Corte Internacional de Justicia) contra un Estado del que no es súbdito. Pero puede acudir a los tribunales nacionales del Estado responsable y tratar de obtener una reparación por las violaciones de que haya sido víctima. Se dieron casos de este tipo en los tribunales japoneses, a los que acudieron personas que, en su calidad de prisioneros de guerra, civiles detenidos o habitantes de un territorio ocupado, habían sufrido daños causados por las fuerzas armadas japonesas, durante la Segunda Guerra Mundial. Estos casos se examinarán en el capítulo 6.4.

En las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, en el Lejano Oriente, se dio otra situación particular, en la que súbditos del Estado vencido, Japón, reclamaron por daños que les habían sido provocados por actos de Estados Unidos. El acuerdo de paz entre esos dos países comprende una cláusula según la cual Japón se hacía responsable de todo reclamo efectuado por sus súbditos contra Estados Unidos. Dicha cláusula permitió que se presentara un caso singular ante el Tribunal del Distrito de Tokio, en el cual demandantes japoneses argumentaron que el empleo de bombas atómicas contra Hiroshima y Nagasaki por parte de Estados Unidos había sido un acto ilícito; que mediante la firma del acuerdo de paz, Japón había privado a sus súbditos del derecho a pedir a los Estados Unidos que los indemnizara por esos actos ilegales; y que, consecuentemente, el Gobierno japonés era responsable del pago de las indemnizaciones (se lo conoce como el caso *Shimoda*). Si bien sostuvo que el empleo de bombas atómicas por parte de Estados Unidos había sido, ciertamente, un acto ilícito, el tribunal encontró una vía para evitar el pago de las indemnizaciones que se reclamaban al Gobierno japonés: argumentó que las personas individuales sólo podían ser consideradas como sujetos que gozan de los derechos previstos por el derecho internacional en situaciones en las que los derechos se les hayan concedido en forma expresa, por ejemplo, en tribunales de arbitraje mixtos, pero que, normalmente, no podían solicitar un resarcimiento por una violación del derecho internacional ante un tribunal nacional.

El caso *Shimoda* pone en evidencia las curiosas consecuencias que pueden derivar del traspaso de la obligación de pagar a la parte vencida. Los Convenios de Ginebra de 1949 excluyen esa posibilidad, al menos en lo que respecta a las infracciones graves. En los artículos correspondientes, se dispone que «ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior» (artículos 51, 52, 131 y 148 de los Convenios I-IV, respectivamente). Sin embargo, cabe preguntarse si esas disposiciones tendrán un papel significativo en la solución de los diversos problemas relacionados con la aplicación de las normas relativas a la responsabilidad del Estado, cuando éste incumple las obligaciones que le impone el derecho internacional humanitario.

Se puede mencionar que ha habido casos en que las partes no estatales en conflictos armados internos no sólo han reconocido la responsabilidad por los actos cometidos por miembros de sus grupos armados, sino que también han pagado las indemnizaciones por los daños y perjuicios resultantes de tales actos.

### 3.5.3d *Presiones externas*

De lo anterior se desprende que el principal interés de las consecuencias de la responsabilidad «colectiva» reside en su efecto disuasivo. El hecho de que las partes sean conscientes de que las infracciones del derecho de los

conflictos armados dan lugar a responsabilidad (y, de aquí, posiblemente, a una respuesta inmediata, fundada en el principio de reciprocidad negativa, o a represalias de guerra; o, a largo plazo, a tener que pagar, después de la guerra, por los daños causados) puede ser para las respectivas autoridades un incentivo adicional para que respeten y hagan respetar ese ordenamiento jurídico. Además, la presión externa puede reforzar ese efecto en forma significativa.

Dicha presión externa puede provenir de la opinión pública, que se forma a partir de reportajes y comentarios efectuados por organizaciones no gubernamentales, como *Human Rights Watch* o *Amnistía Internacional*, y por los medios de comunicación. También puede ejercerse mediante gestiones (públicas o no) realizadas por terceras partes, como Gobiernos, organizaciones intergubernamentales zonales o mundiales, y el CICR. Después de todo, es del interés de los Estados, en su calidad de miembros de la comunidad internacional de Estados y, en muchos casos, de Partes en el Convenio cuyas disposiciones se infringen, velar por que se respete el derecho. El artículo 1 común de los Convenios de Ginebra expresa esta idea, afirmando que todos los Estados Contratantes «se comprometen a respetar y a hacer respetar» los Convenios «en todas las circunstancias». Según la Corte Internacional de Justicia, «dicha obligación no dimana de los Convenios en sí, sino de los principios generales de derecho humanitario, a los que los Convenios no dan sino una expresión específica» (Fallo en el asunto Nicaragua contra Estados Unidos, de 1986).

### 3.5.3e *Castigos colectivos*

Como ya se observó, la expresión «responsabilidad colectiva» también se usa, en ciertos casos, con un significado completamente diferente, para dar cuenta de la tendencia de las Partes a considerar una comunidad (una ciudad, un poblado) como responsable colectivo de actos cometidos por uno o más individuos pertenecientes a esa comunidad. Con frecuencia, esta clase de «responsabilidad» se ha traducido en actos de venganza contra los habitantes de esas ciudades o poblados, por ejemplo, como reacción ante actos de grupos de resistencia armada contra una Potencia ocupante. Actualmente, se puede observar una inclinación similar en conflictos armados internos, en los que se somete a las comunidades locales a tratos crueles, fundándose en la sospecha de que algunos miembros de la población han realizado actividades de guerrilla.

En el caso de los conflictos armados internacionales, el artículo 33 del IV Convenio prohíbe expresamente esa forma de represión: «no se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo». Por lo que atañe a los conflictos armados internos, la única norma específicamente pertinente es la disposición del artículo 3 común, que prohíbe la toma de rehenes (y, *a fortiori*, la ejecución sin juicio previo

de esas personas). Por lo demás, el principio general del artículo 3 común, que exige un trato humano para todas las personas que no participen activamente en las hostilidades y que prohíbe específicamente «los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura», así como «los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes», proporciona un fundamento sólido para considerar los actos de venganza, tales como los que se mencionan en el artículo, no sólo como absolutamente despreciables, sino también ilícitos.

#### 3.5.4. Responsabilidad individual

La importancia de la noción de responsabilidad individual por crímenes de guerra, al igual que la de responsabilidad colectiva por violaciones del derecho de los conflictos armados, ha variado mucho en el tiempo. En cuanto a su aplicación práctica, la más importante fue, durante mucho tiempo, el enjuiciamiento y el castigo (aunque, obviamente, de un solo lado), tras la Segunda Guerra Mundial, de los criminales de guerra de los Países del Eje.

Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre no contienen normas relativas a la responsabilidad penal individual por violaciones del Reglamento anexo. Esto no quiere decir que la cuestión de la responsabilidad individual no haya formado parte de los propósitos de los Estados Contratantes. Por el contrario, ya desde 1907, la competencia de los Estados para castigar a sus súbditos o a los del enemigo por crímenes de guerra que hubieran cometido, formaba parte del derecho consuetudinario. No se consideraba necesaria, pues, una confirmación expresa a través de un convenio. Evidentemente, la competencia para tratar acerca de crímenes específicos y la obligación de hacerlo no son, en absoluto, lo mismo. Por lo que atañe a los crímenes de guerra, no existía, por cierto, ninguna obligación general de ese tipo cuando se celebraron las Conferencias de la Paz de La Haya, ni tampoco se la introdujo en los Convenios relativos a la guerra terrestre, de 1899 y de 1907.

Sin embargo, la idea no era desconocida: en el Convenio de Ginebra de 1906 relativo a los heridos y los enfermos, se estableció, por primera vez, una disposición específica que obligaba a los Estados a tomar medidas legislativas para reprimir ciertas infracciones, y, el año siguiente, en la segunda Conferencia de la Paz de La Haya, se introdujo una disposición similar en el Convenio de La Haya para la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra (Convenio X). En 1929, se desarrolló un poco más esa idea, mediante el Convenio de Ginebra de 1929, relativo a los heridos y los enfermos. Sin embargo, en el Convenio relativo a los prisioneros de guerra, aprobado ese mismo año, no hay disposición alguna que se refiera a la cuestión de la responsabilidad penal individual.

Finalmente, en 1949, se incorporaron disposiciones detalladas, relativas a las sanciones penales y al enjuiciamiento de los infractores en los cuatro Convenios de Ginebra. Esas disposiciones distinguen dos grados de transgresiones: las "infracciones graves" y otras, supuestamente menos graves.

Tal como disponen los artículos 49, 50, 129 y 146 de los Convenios I-IV, respectivamente, cada Estado Contratante debe cerciorarse de que su legislación prevé las «adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves», y deberá «hacer comparecer ante los propios tribunales» a esas personas, «sea cual fuere su nacionalidad» o, si lo prefiere, deberá «entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante», que haya formulado cargos suficientes contra esas personas. La referencia que se hace en estas disposiciones a las «personas», sin ninguna otra precisión, como su nacionalidad, o la de las víctimas de las infracciones, o el lugar donde se han cometido esas infracciones, se acepta generalmente como una aplicación del principio de jurisdicción internacional, lo cual significa que los Estados tienen jurisdicción respecto de infracciones graves, independientemente del lugar donde se cometió o de la nacionalidad del infractor.

Los actos que constituyen infracciones graves están enumerados en cada Convenio (artículos 50, 51, 130 y 147 de los Convenios I-IV, respectivamente). Las definiciones abarcan actos, «si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio», como el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, los actos que deliberadamente causen grandes sufrimientos o que atenten gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación ilícita o la toma de rehenes. La referencia específica a «personas o bienes protegidos por el Convenio» constituye un obstáculo importante, dado que, en cada caso, es necesario demostrar que la víctima era una persona protegida según la definición del artículo correspondiente del Convenio. La dificultad es aún más importante en el IV Convenio, dada la complicada definición que se adopta, en el artículo 4, de «personas protegidas» (véase, más arriba, apartados 3.4.1 y 3.4.6b). Se puede señalar aquí que el Tribunal Internacional para ex Yugoslavia consideró que una diferencia en cuanto al origen étnico podía ser suficiente para cumplir con el requisito de una «nacionalidad diferente».

Las otras infracciones se mencionan, en general, como «actos contrarios a las disposiciones de [los] Convenio[s]», aparte de las infracciones graves definidas en el artículo correspondiente. La obligación de los Estados Contratantes respecto de esas otras infracciones está limitada a tomar las «oportunas medidas para que cesen [dichas infracciones]». Esa medida puede ser una corrección disciplinaria o cualquier otra medida adecuada, incluido el proceso penal.

Vale hacer dos observaciones. En primer lugar, ni las infracciones graves ni las otras violaciones del derecho están definidas como «crímenes de guerra».

En realidad, ese término se evitó expresamente, por motivos políticos, en relación con la posición que el bloque comunista había adoptado entonces respecto del trato de los prisioneros de guerra considerados como «criminales de guerra». En segundo lugar, ni siquiera se menciona la posibilidad de un juicio internacional por las violaciones de los Convenios de Ginebra, y ello a pesar de la experiencia de los dos Tribunales Militares Internacionales y en claro contraste con la posición adoptada respecto del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, que, en su artículo VI, prevé, en forma expresa, la posibilidad de un juicio a cargo de un tribunal penal internacional competente. Es cierto que los Estados, que no esperaban que se constituyera un tribunal de esa naturaleza en breve plazo, pueden haber aceptado esa disposición sin tomarla muy en serio. Sin embargo, el hecho de que existiera esa referencia puede haber dado, en realidad, una base más sólida para el establecimiento del Tribunal para Ruanda (que se ocupa, principalmente, del genocidio en una situación de conflicto armado interno), que la que pueden ofrecer los Convenios de Ginebra (y los Protocolos adicionales de 1977) respecto del Tribunal para ex Yugoslavia (que se ocupa de toda clase de violaciones graves del derecho humanitario, en situaciones de conflictos armados tanto internacionales como internos).

A pesar de que, actualmente, se presta mayor atención a dicha cuestión, los efectos prácticos que las disposiciones antes mencionadas tuvieron en el pasado fueron insatisfactorios. Pocos Estados tomaron medidas legislativas para determinar las sanciones penales aplicables a las personas que cometan las infracciones graves definidas en los Convenios. En los Países Bajos, por ejemplo, el cuerpo legislativo se limitó a considerar punible como crimen de guerra todo acto que signifique una violación de las normas y de las costumbres de la guerra (incluidos, en forma expresa, los actos que se cometan durante un conflicto armado interno). Y si bien la ley considera que la pena máxima depende de la gravedad del crimen cometido, los diferentes niveles de gravedad no reflejan, en modo alguno, las definiciones de infracciones graves establecidas en los Convenios. Además, si bien algunos Estados hallaron que el derecho penal existente era totalmente apropiado para los casos de infracciones graves, otros ni siquiera se preocuparon por responder a las solicitudes de información que el CICR les envió en forma periódica.

La situación era más precaria por lo que atañe a la obligación de hacer investigaciones y someter a juicio a los presuntos infractores. Desde la entrada en vigor de los Convenios, en octubre de 1950, se han efectuado muy pocas acciones de ese tipo contra sospechosos que no fueran nacionales de los Estados, e incluso este caso se ha dado pocas veces.

Sin embargo, a partir de 1997, la situación comenzó a mejorar. Varios Estados han adaptado su legislación a los requisitos de los Convenios de Ginebra. Muchos presuntos responsables de atrocidades cometidas en el territorio

de ex Yugoslavia y en Ruanda han sido juzgados en países distintos de los Estados territoriales, a saber, Dinamarca, Austria, Suiza, Alemania, los Países Bajos y Francia. Sin embargo, a pesar de ser prometedoras (y, obviamente, de estar relacionadas con el establecimiento de los Tribunales para ex Yugoslavia y para Ruanda), esas acciones sólo son un hecho reciente, y se han llevado a cabo en muy pocos Estados. Sería muy deseable que un mayor número de Estados tome más en serio las obligaciones dimanantes de los Convenios de Ginebra. Es necesario efectuar una mayor difusión de esos ordenamientos jurídicos y ejercer una presión constante sobre las autoridades para mejorar tal situación.

La Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado contiene una disposición mucho más simple sobre las sanciones. El artículo 28 obliga a los Estados Contratantes «a tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención».

## CAPÍTULO 4

# LOS PROTOCOLOS DE 1977

Como se mencionó hacia el final del capítulo 2, la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados (Ginebra, 1974-1977) aprobó, el 8 de junio de 1977, el texto de los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. El Protocolo I es aplicable en los conflictos armados internacionales; el Protocolo II, en los conflictos armados no internacionales.

La Conferencia aprobó los dos Protocolos «por consenso», es decir, sin voto formal. Esto no significa, ni mucho menos, que todas las disposiciones hayan sido aceptadas en el mismo grado por todas las delegaciones. Las declaraciones que se hicieron al final de la Conferencia dejaron en claro que varias delegaciones seguían mirando con recelo algunas disposiciones del Protocolo I y, otras, el Protocolo II en su conjunto. Por ello, causa satisfacción comprobar que, posteriormente, un elevado número de Estados haya considerado oportuno ratificar los Protocolos o adherirse a ellos.

Cabe destacar, asimismo, que gran parte de las disposiciones del Protocolo I –quizá muchas más que las del Protocolo II–, ya formaban parte del derecho internacional consuetudinario o fueron reconocidas después como tales. Con respecto a estas disposiciones consuetudinarias, se podría pensar que tiene poca importancia el hecho de que un Estado acepte o no ratificar los Protocolos o adherirse a ellos. Estados Unidos, por ejemplo, que no ha ratificado los Protocolos, tiende a respetar las normas del Protocolo que considera consuetudinarias. Sin embargo, la ratificación o la adhesión siguen siendo importantes, no sólo con respecto a las disposiciones que, indudablemente, son nuevas, sino también por lo que atañe a las numerosas disposiciones en que se formulan de modo más preciso o detallado lo que antes era una norma consuetudinaria más bien vaga y general (como el precepto de que se debe proteger «lo más posible» a la población civil).

Sólo los Estados Partes en los Convenios de Ginebra de 1949 pueden ser Partes en los Protocolos. En noviembre de 2000, los Estados Partes en el Protocolo I eran

157 y, en el Protocolo II, 150. De esto se infiere que algunos Estados que han consentido en obligarse por el Protocolo I, aplicable en caso de conflicto armado internacional, no desean hacerlo por lo que respecta al Protocolo II, aplicable en caso de conflicto armado interno en el propio territorio. Francia optó, en cambio, por adherirse solamente al Protocolo II.

En este capítulo, se analiza, en primer lugar, el Protocolo I, que es el más elaborado y detallado de los dos instrumentos (apartado 4.1) y luego, el Protocolo II (apartado 4.2). Se presentan los temas siguiendo más o menos el mismo orden que en el capítulo 3, con las digresiones propias del esquema que resulta de la «confluencia de las corrientes de La Haya, de Ginebra y de Nueva York» en el texto de los Protocolos.

## 4.1. PROTOCOLO I

### 4.1.1. La índole del derecho

El Preámbulo reafirma que tanto las disposiciones de los Convenios como las del Protocolo «deben aplicarse plenamente en toda circunstancia a todas las personas protegidas por esos instrumentos, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas invocadas por las partes en conflicto o atribuidas a ellas». El objetivo de esta reafirmación es que no quepa duda de que todas las partes en un conflicto armado internacional están recíprocamente obligadas a respetar las normas del derecho humanitario, sin importar qué parte es considerada (o se considera a sí misma) como el agresor o como la parte que actúa en defensa propia.

Esta reafirmación es importante porque la Carta de las Naciones Unidas establece una clara distinción entre las dos partes en un conflicto armado. Según dicho texto, el uso de la fuerza entre Estados (y, en realidad, «la amenaza o (e)l uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas») está prohibido, mientras que se autoriza el recurso a la defensa propia individual o colectiva contra un ataque armado. Si bien esta distinción entre parte agresora y parte que actúa en defensa propia tiene repercusiones, como es debido, en ciertos ámbitos del derecho internacional, sería inaceptable y totalmente contrario a los propósitos mismos del derecho humanitario si en este ordenamiento jurídico se permitiera que esa distinción se tradujera en diferencias en cuanto a las obligaciones de las partes en conflicto.

Sin embargo, también sería inaceptable el efecto en el sentido inverso, es decir, que la noción de igualdad entre las partes contendientes se trasladara a ciertos ámbitos del derecho internacional en los que la distinción entre parte agresora y parte que actúa en defensa propia ha llevado, con razón, a hacer una diferencia en cuanto a su condición jurídica. A fin de impedir tal

efecto injustificado, en el Preámbulo también se especifica que ninguna disposición del Protocolo ni de los Convenios de Ginebra de 1949 «puede interpretarse en el sentido de que legitime o autorice cualquier acto de agresión u otro uso de la fuerza incompatible con la Carta de las Naciones Unidas».

Al igual que los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo I obliga a las partes a «respetar y hacer respetar [sus disposiciones] en toda circunstancia» (artículo 1 (1)). En este caso tampoco cabe duda de que los autores, al redactar las diferentes disposiciones del Protocolo I, tuvieron debidamente en cuenta el factor de «necesidad militar». Por lo tanto, la inobservancia de las normas no puede justificarse con la necesidad militar, a menos que una norma autorice expresamente tal recurso.

El párrafo 2 del artículo 1, repitiendo en términos algo más modernos la cláusula de Martens de 1899, deja en claro que la «necesidad militar» (o la discreción militar ilimitada) no prevalece sin restricciones, ni siquiera en situaciones que no estén explícitamente regidas por una norma del Protocolo o de otros tratados:

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

#### 4.1.2. El ámbito de aplicación

El Protocolo I (artículo 1 (3)) se aplica en las mismas situaciones que las previstas en los Convenios de Ginebra de 1949 a saber, en los casos de conflicto armado internacional y de ocupación. En el párrafo 4 se declara que esas situaciones abarcan las guerras de liberación nacional, las cuales están definidas de la manera siguiente:

«conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, 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».

Esta formulación implica que la noción de conflictos armados internacionales (y, por ende, el ámbito de aplicación de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I) incluye las «guerras de liberación nacional» que, como se dijo antes, la Asamblea General de las Naciones Unidas ya había comenzado a considerar como tales, en especial las que tuvieron lugar durante el proceso de descolonización. La referencia a la «dominación colonial», la «ocupación

extranjera» y los «régimenes racistas», así como al «derecho a la libre determinación» apunta a limitar el ámbito de aplicación de la disposición, pues la intención de los autores no era que, de allí en más, un conflicto denominado «guerra de liberación» por un grupo de supuestos «combatientes por la libertad» quedara clasificado, automáticamente, en la categoría de conflicto armado internacional.

Aun así, los términos del párrafo son bastante elásticos. Por esta razón, varios Estados, tanto de Europa occidental como de otros continentes, siempre han temido que el artículo 1 (4) pueda ofrecer a movimientos separatistas, o a movimientos que se oponen por la violencia al orden social existente, la ocasión de dar a sus acciones la denominación de «guerra de liberación nacional» para obtener así, como mínimo, alguna ventaja política.

Otra dificultad que plantea el artículo 1 (4) es que el pueblo que combate «en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación» no puede ser Parte en los Convenios ni en el Protocolo. Para sortear esa dificultad, en el artículo 96 (3) del Protocolo, se dispone que la autoridad que represente a ese pueblo puede comprometerse a aplicar los Convenios y el Protocolo mediante una declaración unilateral dirigida al depositario (el Gobierno suizo). Se exige, asimismo, que la guerra sea «contra una Alta Parte Contratante»; por lo tanto, una declaración realizada según lo dispuesto en el artículo 96 (3) sólo surte efecto si el Estado contra el cual se empeña la guerra es Parte en el Protocolo (y, por ende, en los Convenios). La consecuencia de esa declaración es que los Convenios y el Protocolo serán aplicables en el conflicto armado en cuestión y obligarán por igual a todas las partes en conflicto.

Cabe subrayar que el artículo 1 (4) sólo puede surtir el efecto deseado si se cumplen esas dos condiciones; a saber: el Estado interesado es Parte en el Protocolo y la autoridad que representa al pueblo se compromete, mediante una declaración dirigida al depositario, a aplicar los Convenios y el Protocolo. Es de anotar también lo dispuesto en el artículo 4: la «aplicación de los Convenios y del presente Protocolo [...] no afectará al estatuto jurídico de las partes en conflicto».

En la práctica, desde la entrada en vigor del Protocolo, no se ha dado ningún caso de un conflicto armado que reúna las condiciones del artículo 1 (4), en el que el Estado implicado fuera Parte en el Protocolo y las autoridades que representan al pueblo hubieran hecho la declaración que exige el artículo 96 (3). Por otro lado, se han dado casos en que los líderes de movimientos de rebelión han reivindicado el hecho de que estaban empeñados en una guerra de liberación nacional; pero, no por ello, los Convenios y el Protocolo I eran aplicables en esas situaciones.

No está de más repetir aquí un comentario general que se hizo en el capítulo 3.2, a saber, que los órganos judiciales internacionales tienen

competencia para determinar si los Convenios y el Protocolo I son, o eran, aplicables en una situación concreta de violencia internacional.

### 4.1.3. Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra

¿Cómo se reconoce a un combatiente? En el pasado, no era demasiado difícil, pues los conflictos oponían a ejércitos regulares: los soldados marchaban con orgullo, enfundados en magníficos uniformes, haciendo ostentación de sus espadas y escudos y, un poco más tarde, del fusil. Incluso hoy, en ocasiones solemnes, se pueden apreciar esas espléndidas y coloridas paradas. Sin embargo, tanto en el pasado como en la actualidad, también ha habido situaciones en que grupos de personas participan en los combates sin llevar signo alguno que permita distinguirlos claramente del resto de la población. Por ejemplo, los combatientes de la resistencia en territorios ocupados y, actualmente, los «combatientes por la liberación» que participan en guerras de descolonización, y otros combatientes irregulares. Así las cosas, ¿se los debería reconocer como combatientes y, si son capturados, como prisioneros de guerra? En 1899, fue imposible resolver esta cuestión y la suerte de solución aceptada, el año 1949, sólo dio satisfacción a los ejércitos regulares, dejando prácticamente de lado a los combatientes irregulares.

Quienes negociaron el Protocolo I trataron, una vez más, de resolver el problema. En los apartados siguientes, pasaremos revista a los resultados de sus esfuerzos, plasmados en la Sección II del Título III del Protocolo. Sin embargo, la mejor manera de ilustrarlos es citar parte del artículo 48, el primero del Título IV del Protocolo (Población civil):

«A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil [...] las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes».

De hecho, puede decirse que ésta es la norma fundamental del Protocolo I, por importantes que sean muchas otras de sus disposiciones. Fue la más difícil de elaborar y sigue siendo la más difícil de aplicar e interpretar.

#### 4.1.3a *Calificación de «fuerzas armadas» y de «combatiente»: normas generales*

Como primer paso hacia una solución del problema, en el artículo 43 se da una definición completamente nueva de «fuerzas armadas» y de «combatientes». Según lo dispuesto en el párrafo 1:

«Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un Gobierno o por una autoridad no reconocidos por una parte adversa. Tales fuerzas armadas

deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados».

Esta definición no hace distinción alguna entre las fuerzas armadas (regulares) del Estado y las fuerzas armadas (irregulares) del movimiento de resistencia o de liberación, o de otras fuerzas similares de guerrilla. Por primera vez, se exige que las fuerzas armadas «regulares», es decir, que no forman parte de una milicia ni de cuerpos de voluntarios, llenen requisitos expresos.

Esos requisitos, que deben reunir todas las «fuerzas armadas», pueden resumirse de la manera siguiente: un grado de organización, un mando responsable y un sistema de disciplina interna que haga cumplir, especialmente, las normas escritas y no escritas por las que se rigen los conflictos armados. Si se los compara con los requisitos tradicionales del Reglamento de La Haya, la diferencia más saliente es que la calificación de una fuerza armada ya no depende de si sus miembros llevan uniforme o las armas a la vista en todo momento, como medio para distinguirse de la población civil.

Así, llegamos a la segunda parte de la solución, un poco más complicada, que se encontró en 1977 al antiguo problema de protección de la población civil en una situación de guerra irregular. Esa solución no se buscó en el contexto de la noción de «fuerza armada», sino en el de los derechos y deberes de sus miembros. En el artículo 43 (2), que establece, en primer lugar, los derechos de estos últimos, se especifica que todos ellos «son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades». (Con la sola excepción del «personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio», que no son miembros combatientes de las fuerzas armadas.)

Ese estatuto y ese derecho están directamente relacionados con el derecho del combatiente a ser considerado «prisionero de guerra» si cae en poder de una parte adversa (artículo 44 (1)). Evidentemente, un combatiente está obligado a «observar las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados» y es responsable individualmente de las violaciones que cometa. El artículo 44 (2) subraya que, salvo en un caso, las violaciones de las normas, cometidas por miembros de las fuerzas armadas, «no privarán a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal o, si cae en poder de una parte adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra». Esos derechos son inherentes a su pertenencia a la fuerza armada. La excepción se incluye al final de la frase citada: «salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4» del artículo 44.

#### 4.1.3b *La obligación del combatiente de distinguirse de la población civil*

El artículo 44 (3) establece, en primer lugar, la obligación que incumbe a los combatientes de distinguirse de la población civil:

«Con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque».

Esta disposición se asemeja mucho a la del artículo 48, citado más arriba. De conformidad con éste, la obligación recae sobre las partes en conflicto, mientras que en el artículo 44 (3), recae sobre cada uno de los combatientes. Otro rasgo importante es que el combatiente no necesita distinguirse en todo momento; basta que lo haga cuando participa en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque. Esto puede cubrir también un período de tiempo muy largo, que comienza mucho antes de que se lance efectivamente el ataque.

Pero incluso la preparación de las actividades propias de la guerrilla, como una emboscada o un ataque relámpago, puede comenzar días, si no semanas, antes de la operación final. ¿Cabe esperar entonces que las personas que participan en una resistencia armada en un territorio ocupado, en una guerra de liberación nacional o en otro tipo de guerrilla, sobrevivan si se distinguen de la población civil durante ese período? Inversamente, ¿puede la población civil abrigar la esperanza de que sobrevivirá si los combatientes de la guerrilla que luchan en su región nunca se distinguen como tales?

#### 4.1.3c *Excepción a la norma general de distinción*

En un valiente intento de resolver esa última parte del problema, en la segunda frase del artículo 44 (3), se dispone que:

«dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente:

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

Si, en cambio, el combatiente cae en poder del adversario y no reúne «las condiciones enunciadas en la segunda frase del párrafo 3, perderá el derecho a ser considerado como prisionero de guerra» (artículo 44 (4)). No obstante, esta grave consecuencia está mitigada por otra disposición, contenida en el mismo párrafo, según la cual «recibirá las protecciones equivalentes, en todos los sentidos, a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio y el presente Protocolo». Estas protecciones «equivalentes» se aplican «en el caso de que tal persona sea juzgada y sancionada por cualquier infracción que haya cometido», tal como la infracción de haber participado en un ataque o en una emboscada simulando ser un civil, la cual

puede sancionarse como un acto de perfidia (véase, al respecto, apartado 4.1.4). Además de estas «protecciones equivalentes», en virtud del artículo 45 (3), el combatiente tendrá derecho a la «protección del artículo 75 del presente Protocolo», el cual establece garantías fundamentales para «las personas que estén en poder de una parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del Protocolo» (véase apartado 4.1.8).

La norma del artículo 45 (3) reviste especial interés para el combatiente de un movimiento de la resistencia en un territorio ocupado, dado que establece que, «siempre que no se halle detenida como espía», esa persona «disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio». Así se impide, al menos, que la Potencia ocupante mantenga incomunicado a ese combatiente.

Por último, si un combatiente cae en poder de una parte adversa «mientras no participa en un ataque ni en una operación militar preparatoria de un ataque», el artículo 44 (5) especifica que dicho combatiente no perderá «el derecho a ser considerado como combatiente y prisionero de guerra», cualesquiera que hayan sido sus actividades anteriores (por las que puede ser sancionado o no, en virtud, quizá, de un acto de perfidia).

Naturalmente, este conjunto de normas y de excepciones es la solución media a que llegaron aquellos que exigían que se otorgara a los combatientes irregulares el estatuto de combatientes sin que éstos estuvieran obligados a distinguirse de los civiles, y aquellos que se oponían firmemente a conceder cualquier excepción en favor de los combatientes irregulares que se encontraran en una situación difícil. Esta avenencia permite, en cierta medida, satisfacer los intereses de las dos partes en conflicto: los de los combatientes irregulares, porque se les reconoce, en principio, como combatientes y pierden su estatuto sólo en casos excepcionales; y los de la otra parte, porque se da la posibilidad, justamente en esos casos excepcionales, de que se juzgue y se sancione a los prisioneros capturados «en flagrante delito» como personas sin estatuto y, por ende, sin provocar las protestas y las represalias que a veces ha provocado el enjuiciamiento de prisioneros en tiempo de guerra.

Es de señalar aquí que el propósito de las nuevas normas no es, en modo alguno, desdejar la norma que dispone la distinción entre combatientes y población civil. En el párrafo 7, se especifica que el propósito del artículo «no es modificar la práctica generalmente aceptada por los Estados en lo que respecta al uniforme que han de llevar los combatientes pertenecientes a las unidades armadas regulares y uniformadas de una parte en conflicto».

#### 4.1.3d *Espionaje*

El Título III, Sección II, del Protocolo I contiene normas que rigen dos situaciones especiales. Una concierne al «miembro de las fuerzas armadas de

una parte en conflicto que caiga en poder de una parte adversa mientras realice actividades de espionaje». El artículo 46 (1) establece la norma general: esa persona «no tendrá derecho al estatuto de prisionero de guerra y podrá ser tratado como espía». Los párrafos 2-4 puntualizan esta norma general. El párrafo 3 es de particular importancia para el combatiente de la resistencia en un territorio ocupado:

«No se considerará que realiza actividades de espionaje el miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto que sea residente en territorio ocupado por una parte adversa y que, en favor de la parte de que depende, recoja o intente recoger información de interés militar dentro de ese territorio, salvo que lo haga mediante pretextos falsos o proceda de modo deliberadamente clandestino. Además, ese residente no perderá su derecho al estatuto de prisionero de guerra y no podrá ser tratado como espía a menos que sea capturado mientras realice actividades de espionaje».

Por ejemplo, el combatiente de un movimiento de resistencia en un territorio ocupado que, vestido de civil pero sin recurrir a pretextos falsos o a procedimientos clandestinos, intenta reunir información de interés militar, no pierde su estatuto de combatiente. Si, en cambio, recurre a esos métodos prohibidos (por ejemplo, si viste el uniforme de las fuerzas ocupantes) y es capturado durante su intento de reunir «información de interés militar», pierde su derecho al estatuto de prisionero de guerra. En este caso, sin embargo, se aplicará el artículo 45 (3): esa persona disfrutará de la protección mínima que dispone el artículo 75. No obstante, en este caso, la Potencia ocupante podrá privarle, en virtud del artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en este mismo Convenio.

El combatiente de la resistencia que sea capturado mientras transmite información de interés militar debe ser tratado como prisionero de guerra, sin importar si reunió esa información mediante pretextos falsos o procedimientos clandestinos, o de alguna otra manera.

Cabe señalar que esta disposición es igualmente aplicable a los miembros de las fuerzas armadas regulares que realicen actividades de espionaje, y les asigna la misma protección.

#### 4.1.3e *Mercenarios*

La otra situación especial es la de los mercenarios. El artículo 47 (1) dispone que estas personas «no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra». En particular, el grupo de Estados africanos en la Conferencia luchó para que se aceptara esta excepción que, para los Estados occidentales, contradice la idea básica según la cual el derecho a ser reconocido prisionero de guerra no debe depender de los motivos, por objetables que sean, que impulsan a una persona a participar en las hostilidades.

Sin embargo, el párrafo 2 contrarresta en gran medida los efectos potencialmente desastrosos del párrafo 1, pues impone varias condiciones para considerar que una persona es mercenaria; una es que «no sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto».

El efecto de la definición es que la excepción del artículo 47 sólo se aplica a los miembros de un ejército mercenario totalmente independiente, que no esté, según el artículo 43 (1), «bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados [ante una parte en conflicto]». Así entendido, el artículo 47 no supone una verdadera excepción, ya que, de conformidad con el artículo 43, tal ejército no forma parte de las «fuerzas armadas de una parte en conflicto».

#### 4.1.3f *Trato en caso de duda respecto del estatuto*

En suma, las nuevas normas sobre las «fuerzas armadas», los «combatientes» y los «prisioneros de guerra» mejoran notablemente las viejas normas del Reglamento de La Haya de 1899 sobre la guerra terrestre y las del III Convenio de Ginebra de 1949. Sin embargo, las nuevas disposiciones pueden llevar fácilmente a una situación en la que el estatuto de la persona que participa en las hostilidades y que cae en poder de la parte adversa no sea inmediatamente evidente tras la captura. Puede haber dudas respecto de si es miembro de una fuerza, un grupo o una unidad organizados, o de si el grupo al que pertenece reúne las condiciones enunciadas en el artículo 43. ¿El prisionero viste un uniforme o lleva algo que lo identifique como miembro de una fuerza armada? ¿Es un combatiente al cual se aplica la excepción del artículo 44, párrafos 3 y 4? ¿O la del artículo 46 relativa a los espías? ¿Debe considerarse que es un mercenario?

Para disipar estas dudas, el artículo 45 (1) dispone, en primer lugar, que se presumirá prisionero de guerra a toda «persona que participe en las hostilidades y caiga en poder de una parte adversa [...], cuando reivindique el estatuto de prisionero de guerra, cuando parezca tener derecho al mismo, o cuando la parte de que dependa reivindique ese estatuto en su favor mediante una notificación a la Potencia detenedora o a la Potencia protectora». Reafirmando la norma relacionada con los casos en que hay «duda» establecida en el artículo 5 (2) del III Convenio, en la segunda frase del artículo 45 (1) se estipula que:

«Si hubiere alguna duda respecto a su derecho al estatuto de prisionero de guerra, tal persona continuará beneficiándose de este estatuto y, en consecuencia, seguirá gozando de la protección del III Convenio y del presente Protocolo hasta que un tribunal competente haya decidido al respecto».

El artículo 45 (2) prevé el caso en que una persona que haya caído en poder de la parte adversa, pero que no esté detenida como prisionero de guerra,

reivindica este estatuto cuando ha de ser juzgada «con motivo de una infracción que guarde relación con las hostilidades». Incluso en este caso, «podrá hacer valer su derecho al estatuto de prisionero de guerra ante un tribunal judicial y a que se decida esta cuestión. Siempre que no sea contrario al procedimiento aplicable, esa cuestión se decidirá antes de que el tribunal se pronuncie sobre la infracción». Los representantes de la Potencia protectora «tendrán derecho a asistir a las actuaciones [...], a menos que, excepcionalmente y en interés de la seguridad del Estado, tales actuaciones se celebren a puerta cerrada», circunstancia que la Potencia detenedora debe notificar a la Potencia protectora. En la práctica, el CICR asiste con frecuencia a esos procedimientos.

#### 4.1.4. Métodos y medios de hacer la guerra

##### 4.1.4a Normas fundamentales

En el Título III, Sección I, del Protocolo I, se tratan bajo un único título varios temas que, en el capítulo 3, examinamos en dos partes separadas, con los títulos de «Medios de hacer la guerra» y «Métodos de hacer la guerra», con respecto a los Convenios de Ginebra. La fusión de ambos títulos se hace manifiesta en el artículo 35 del Protocolo I («Normas fundamentales»), en el que se repiten dos principios del derecho de La Haya y se agrega uno nuevo, añadiendo cada vez el término «métodos» a las tradicionales limitaciones de los «medios» de hacer la guerra:

- «1. En todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.
2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.
3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural».

Aparte del concepto de «métodos», la reafirmación de los dos primeros principios no agrega nada nuevo, y a pesar de que en la Conferencia Diplomática de 1974-1977 se debatió acerca de su expresión en prohibiciones o restricciones internacionalmente aceptadas por lo que respecta al uso de ciertas armas convencionales (como las armas incendiarias, las minas y las armas-trampa), hubo que dejarlo para otra ocasión (véase, más adelante, capítulo 6). En cuanto al tercer principio (que se inspira, en particular, en las medidas de deforestación a gran escala que Estados Unidos llevó a cabo durante la guerra de Vietnam), los términos empleados, especialmente los que califican el concepto de «daños al ambiente natural», son demasiado vagos y restrictivos para esperar que se haga una aplicación concreta de esta «norma fundamental». En realidad, la interpretación que en la Conferencia Diplomática se daba al término «duraderos» correspondía a «varias

décadas», y para que un método o un medio pueda incluirse en la prohibición estipulada en este artículo, es necesario emplearlo con la intención o la expectativa de causar dicho daño. En este caso también habría sido mucho más efectiva una prohibición expresa del empleo de defoliantes y de herbicidas (o el reconocimiento general de que la prohibición dispuesta en el Protocolo de Ginebra de 1925 también cubre esos agentes químicos). Pero tampoco esto formaba parte del programa de trabajo de la Conferencia Diplomática.

La Conferencia podía, como de hecho lo hizo, abordar el problema desde otro ángulo. Como se señaló en el capítulo 3.3.2, una vez que un arma forma parte de un arsenal, no es fácil eliminarla atendiendo sólo al hecho de que causa sufrimientos innecesarios. Por lo tanto, es importante anticiparse a la introducción de los métodos y medios de guerra que podrían tener ese efecto. Para resolver este problema, el artículo 36 dispone que, cuando un Estado Parte en el Protocolo «estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra», tendrá la obligación de «determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido» por alguna norma aplicable de derecho internacional.

Varios Estados han adoptado ciertos procedimientos para efectuar tal evaluación unilateral. Pero la dificultad reside en que, con frecuencia, se desconocen los efectos, en condiciones reales de hostilidades, de los nuevos medios o métodos de guerra (que, por razones obvias, no se pueden probar experimentalmente). No obstante, la obligación que se impone en el artículo 36 contribuye con el propósito de prohibir los métodos y medios de hacer la guerra que causan daños excesivos.

Por último, cabe señalar que la inclusión de las «normas fundamentales» en el artículo 35 no supone ninguna intención por parte de los autores de expresar un juicio acerca de la licitud del empleo de armas nucleares. En la Conferencia Diplomática, se sostuvo, por consenso, que el objetivo de dicha reunión no era solucionar los problemas relacionados con la existencia y con el posible uso de armas nucleares y, concretamente, que todas las nuevas normas que aprobara (como el principio de protección del medio ambiente en el artículo 35 (3)) no se referirían al empleo de armas nucleares. En el apartado 4.1.5h, se examinará esta cuestión con más detenimiento.

#### 4.1.4b *Perfidia y estratagemas de guerra*

El artículo 37 (1) contiene una versión mejorada de la prohibición que introduce el artículo 23 (b) del Reglamento de La Haya, relativa a «matar o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o al ejército enemigo». De conformidad con el artículo 37 (1), está prohibido «matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos» (obsérvese que el acto de capturar se ha añadido a la lista). Mientras que el Reglamento de La Haya no define la noción de «traición», en la segunda frase del artículo 37

(1) se intenta definir la noción de «perfidia» de manera concreta y precisa, a fin de permitir su aplicación en un contexto jurídico (por ejemplo, en una corte) sin demasiada dificultad. La definición es la siguiente:

«Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados».

Cabe destacar aquí dos aspectos. Uno es la interpretación del párrafo. Si bien se afirma que los «actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla» constituyen «perfidia», el hecho de realizar tales actos no llega a constituir un crimen. Esos actos son, en cambio, un elemento calificativo que, junto con el elemento material, es decir el asesinato, la herida o la captura del adversario, constituye el crimen de «asesinato pérfido», etc.

El otro aspecto es que la definición de «perfidia» no se refiere simplemente a la «buena fe» en un sentido general: la buena fe del adversario debe relacionarse específicamente con su creencia de que «tiene derecho a protección [...] de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados». Una traición de la buena fe que no esté relacionada con esta forma de protección jurídica no constituye perfidia, en el sentido del artículo 37. En particular, este segundo aspecto restrictivo de la definición de «perfidia» da al concepto abstracto un sentido bastante concreto. Para ilustrar mejor el sentido, el artículo presenta los siguientes cuatro casos de perfidia (párrafo 1):

- «(a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;
- (b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad;
- (c) simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y
- (d) 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».

El ejemplo dado en el apartado (c) recuerda la obligación de los combatientes de distinguirse de la población civil. Tal como se observó en ese contexto, el artículo 44 (3) considera como una excepción las «situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil». A fin de evitar todo eventual malentendido, la última frase del artículo 44 (3) especifica que «no se considerarán como actos pérfidos, en el sentido del apartado c) del párrafo 1 del artículo 37, los actos en que concurren las condiciones enunciadas en el presente párrafo».

Así como los actos pérfidos estaban prohibidos en 1899, y lo siguen estando hoy, las estrategias de guerra estaban y están permitidas. En la primera

frase del artículo 37 (2), se reafirma la norma del artículo 24 del Reglamento de La Haya: «No están prohibidas las estrategias de guerra». Como se explica en la segunda frase, las estrategias, al igual que los actos péfidos, «tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias». Pero, a diferencia de dichos actos, «no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable en los conflictos armados» y tampoco «apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho». Una vez más, se completa el artículo con algunos ejemplos de estrategias: «el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas».

Un ejemplo concreto puede ilustrar mejor la distinción entre actos péfidos y estrategias de guerra. En el campo de batalla, un combatiente puede fingir estar muerto sea para evitar la captura, sea con el fin de reunirse con sus fuerzas o traspasar las líneas del enemigo. Ésta es una conducta más engañosa que péfida. Es una estrategia de guerra. Pero el hecho de que el combatiente finja estar muerto con la intención de matar o de herir a un adversario que se acerca a él creyendo que está herido y que necesita ayuda, es un acto que cabe en la noción de perfidia, enunciada en el artículo 37 (1) (b). El combatiente que finge estar muerto con la intención de matar o de herir infringe la disposición del artículo 37 (1) sólo si mata o hiere al adversario, pues, no huelga repetirlo, el artículo no prohíbe la perfidia en sí, sino «matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos».

#### 4.1.4c *Emblemas, banderas y uniformes*

El artículo 38 prohíbe, *inter alia*, el uso indebido del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja, de la bandera de parlamento (que es blanca e indica la disposición a negociar) y del emblema de las Naciones Unidas. El artículo 39 (1) prohíbe «hacer uso en un conflicto armado de las banderas o de los emblemas, insignias o uniformes militares de Estados neutrales o de otros Estados que no sean partes en el conflicto». El artículo 39 (2), en cambio, no prohíbe categóricamente el uso del uniforme del enemigo, sino que determina las situaciones en que está prohibido:

«Queda prohibido hacer uso en un conflicto armado de las banderas o de los emblemas, insignias o uniformes militares de partes adversas durante los ataques, o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares».

Los dos primeros párrafos del artículo 39 no tratan de la situación particular del espía, para quien, obviamente, el uso del uniforme de una fuerza neutral o enemiga es uno de los métodos preferidos para obtener la información que busca. Mientras que el espía capturado en delito flagrante puede ser sancionado por su acto de espionaje, generalmente se reconoce que el hecho en sí de usar esos uniformes no es contrario a ninguna norma de derecho internacional. El artículo 39 (3) confirma expresamente este hecho.

En el mismo párrafo, se establece que «ninguna de las disposiciones del presente artículo o del artículo 37, párrafo 1, d), afectará a las normas existentes de derecho internacional generalmente reconocidas que sean aplicables al [...] uso de la bandera en el desarrollo de los conflictos armados en el mar». Así se hace alusión a la antigua práctica que consistía en aproximarse al adversario cubriéndose con una bandera falsa; la única obligación que el buque de guerra debía respetar era mostrar su verdadera bandera inmediatamente antes de abrir el fuego («fidelidad a la bandera»). Incluso en los círculos navales, se duda acerca de si esa práctica debería mantenerse como un método legítimo de la guerra naval actual. Sin embargo, al igual que otras cuestiones específicamente relacionadas con la guerra en el mar, ésta no se incluyó en el programa de trabajo de la Conferencia Diplomática, hecho que refleja debidamente la citada frase.

#### 4.1.4d Cuartel

Los artículos 40-42 enuncian con más detalle dos disposiciones del artículo 23, apartados (c) y (d) del Reglamento de La Haya, en virtud de los cuales está prohibido «matar o herir a un enemigo que, habiendo depuesto las armas o no teniendo ya medios de defenderse, se ha rendido a discreción» y «declarar que no se dará cuartel». El artículo 40 aclara y precisa la norma sobre el cuartel:

«Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión».

El artículo 41 sustituye la rendición a discreción del Reglamento de La Haya con la protección del enemigo fuera de combate. La norma fundamental se enuncia en el párrafo 1:

«Ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba reconocerse que está fuera de combate».

Cabe señalar que, en esta formulación, el enlace entre «deba reconocerse» y «se reconozca» pone estas dos frases en pie de igualdad. En el caso de un soldado que intenta eludir su responsabilidad por haber violado el artículo 41, no bastará que diga que no se dio cuenta. Habrá de demostrarse también que, en general, un soldado medianamente atento, tampoco se habría percatado de que su adversario estaba fuera de combate.

De conformidad con el artículo 41 (2), una persona está fuera de combate si:

- «(a) está en poder de una parte adversa;
- (b) expresa claramente su intención de rendirse; o
- (c) está inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y es, por consiguiente, incapaz de defenderse; y siempre que en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse».

El primer caso parece evidente: desde el momento en que un combatiente cae en poder del enemigo es un prisionero de guerra y tiene derecho a la correspondiente protección (III Convenio, artículos 4 y 13). Sin embargo, la mención expresa de este caso es importante por dos razones. Una se relaciona con la última frase del párrafo: un combatiente capturado que intente usar la violencia contra sus capturadores o evadirse, pierde efectivamente el estatuto de «persona fuera de combate» y, por ende, según lo dispuesto en el primer párrafo, puede ser de nuevo objeto de ataque.

La segunda razón se relaciona con la situación inversa: no es el combatiente capturado el que intenta realizar un acto de violencia contra sus capturadores, sino el grupo que lo ha hecho prisionero que, en vez de evacuarlo a la retaguardia (porque considera que hacerlo es demasiado difícil, habida cuenta de las circunstancias), prefiere matarlo, para librarse de la carga que supone su presencia. Lo estipulado en el artículo 41, párrafos 1 y 2 (a) excluye implícitamente esta solución al problema. Además, el párrafo 3 indica el comportamiento apropiado: «cuando las personas que tengan derecho a la protección de que gozan los prisioneros de guerra hayan caído en poder de una parte adversa en condiciones de combate inhabituales que impidan su evacuación [...] serán liberadas, debiendo adoptarse todas las precauciones posibles para garantizar su seguridad». Cabe señalar que si bien esta es la solución ideal, no se ajusta a la realidad en todos los casos.

En cuanto a los casos mencionados en (b) y (c), hacemos notar su relación con la noción de perfidia: cuando la persona que, fingiendo estar en una de esas situaciones, apela a la buena fe de un adversario dando a entender a éste que está obligado a concederle protección y que, luego, traicionando esa buena fe, trata de matarlo, herirlo o capturarlo, no sólo pierde su estatuto privilegiado de persona fuera de combate, sino que también es culpable de perfidia.

#### 4.1.4e *Ocupantes de una aeronave en peligro*

Por último, el artículo 42 se refiere a una situación similar a la de una persona fuera de combate, a saber, la de los ocupantes de una aeronave en peligro. El párrafo 1 dispone que ninguna persona que se lance en paracaídas de una aeronave «será atacada durante su descenso», sin importar si se espera que esa persona llegue a tierra en territorio controlado sea por la parte a la que pertenece, sea por la parte adversa. En el primer caso, lo que ha de tenerse en cuenta es su vulnerabilidad durante el descenso, y no el hecho de que poco después participará de nuevo en las hostilidades.

En el caso de que llegue a tierra en territorio controlado por una parte adversa, el artículo 42 (2) estipula que la persona en cuestión «deberá tener oportunidad de rendirse antes de ser atacada, a menos que sea manifiesto que está realizando un acto hostil».

El párrafo 3 dispone, concretamente, que «las tropas aerotransportadas no quedarán protegidas por este artículo». En otras palabras, esas tropas pueden ser objeto de ataque, incluso mientras están descendiendo en paracaídas desde una aeronave en peligro. Después de que hayan llegado a tierra en territorio controlado por la parte adversa, se aplican las normas habituales: por ser combatientes, pueden ser atacados o responder a un ataque, y atacar al enemigo; por último, según estipula el artículo 41 (2) (b), pueden «expres[ar] claramente su intención de rendirse», lo cual les da derecho a la protección que prevé ese artículo.

#### 4.1.5. Protección de la población civil

En el Reglamento de La Haya sobre la guerra terrestre, las disposiciones relacionadas con la protección de la población civil son breves y accidentales, pero en el Protocolo I, en cambio, son muy detalladas y precisas. La Sección I del Título IV (Población civil) contiene 20 artículos muy pormenorizados sobre la «protección general contra los efectos de las hostilidades». Ya habíamos puesto de relieve el carácter fundamental de esta cuestión en los apartados 4.1.3 y 4.1.4. Allí anotamos que el derecho a los estatutos de combatiente y de prisionero de guerra, por un lado, y, en un caso, la noción de perfidia, por otro, dependen de la observancia, por parte de los combatientes, de la obligación de distinguirse de la población civil.

El Título IV del Protocolo comprende dos Secciones más; una sobre los «socos en favor de la población civil», y otra sobre el «trato a las personas en poder de una parte en conflicto».

##### 4.1.5a Norma fundamental y ámbito de aplicación

La Sección I (Protección general contra los efectos de las hostilidades), empieza con el artículo 48 que enuncia la «norma fundamental de distinción». En los primeros párrafos del apartado 4.1.3 señalamos la importancia de este artículo y citamos parte de la norma. Sin embargo, dado que es la piedra angular de todas las disposiciones relativas a la protección de la población civil, vale la pena transcribir el texto completo:

«A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares».

Durante las «operaciones contra objetivos militares» las partes en conflicto deben hacer una distinción no sólo entre combatientes y población civil, sino también entre objetivos militares y bienes civiles. El esclarecimiento necesario para comprender este enunciado se hace en los artículos 50 a 52. La definición del término «ataques», una noción importante para las disposiciones

sobre la protección de la población civil, figura en el artículo 49, que también determina el alcance territorial de estas disposiciones y su relación con otras normas vigentes sobre la protección que deben recibir la población civil y los bienes civiles.

Según la definición del artículo 49 (1), los «ataques» son «actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos». Por «actos de violencia» ha de entenderse actos de guerra en los que se emplean medios violentos, expresión que abarca tanto un tiro de fusil como el lanzamiento de una bomba explosiva, pero no el acto de hacer a una persona prisionera (aunque este acto se efectúe mediante el uso de la fuerza). El final de la frase, «sean ofensivos o defensivos», deja en claro que la parte en conflicto que llegue a estar en posición defensiva, sea durante todo el conflicto sea en una operación militar concreta, está igualmente obligada a realizar sus «actos de violencia contra el adversario» de conformidad con las normas sobre la protección de la población civil.

Para poner de relieve este aspecto, el artículo 49 (2) especifica que las disposiciones relativas a los ataques «serán aplicables a todos los ataques en cualquier territorio donde se realicen, inclusive en el territorio nacional que pertenezca a una parte en conflicto, pero que se halle bajo el control de una parte adversa». En virtud de esta disposición, si el territorio de un Estado es invadido y sus fuerzas armadas atacan a las fuerzas invasoras, sea en defensa del resto del territorio sea en un intento de hacer retroceder al enemigo, dichas fuerzas deben hacerlo de conformidad con las normas arriba señaladas. Esto se aplica igualmente a las unidades armadas de resistencia que atacan a las fuerzas ocupantes. Para decirlo de otro modo, en tales circunstancias, la obligación de «respeto y protección» se refiere no sólo a la población civil de la parte adversaria, sino también a la población del propio Estado.

Si bien puede entenderse que esta disposición amplía el ámbito de aplicación de las normas de protección respecto de los Convenios de Ginebra, en los que no se asigna protección a la población del propio Estado, el artículo 49 (3) lo restringe, en especial, a la población civil en tierra. En la primera frase se determina que «las disposiciones de la presente Sección se aplicarán a cualquier operación de guerra terrestre, naval o aérea que pueda afectar en tierra a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil». Con respecto a los ataques desde el mar o desde el aire en particular, en la segunda frase se especifica que las disposiciones en cuestión «se aplicarán también a todos los ataques desde el mar o desde el aire contra objetivos en tierra» (pero «no afectarán de otro modo a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados en el mar o en el aire»; lo cual demuestra, una vez más, que la Conferencia Diplomática evitó deliberadamente las cuestiones propias a la guerra naval).

Por último, recordándonos que es posible encontrar en otros textos normas sobre la protección de la población civil, en el artículo 49 (4) se declara que

las disposiciones del Título IV, Sección I, «completan [...] las otras normas de derecho internacional que se refieren a la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades en tierra, en el mar o en el aire».

#### 4.1.5b *Personas civiles y combatientes*

Según el artículo 50 (1), «es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3) y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo». En suma, es civil toda persona que no pertenezca a la categoría de combatientes. Esta categoría es definida con todas las precisiones posibles en los mencionados artículos. No obstante, durante una operación militar, pueden surgir dudas acerca de si una persona es un combatiente o un civil.

La segunda frase del artículo 50 (1) prescribe cómo actuar en una situación en la que el estatuto de una persona es incierto: «En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil». En la práctica, esto significa que un combatiente sólo puede abrir fuego contra personas de estatuto indefinido, o del que se puede dudar por el lugar donde se encuentran esas personas (por ejemplo, en un lugar donde no se espera que haya civiles), si tiene la certeza de que son combatientes enemigos o de que son personas civiles que están participando directamente en las hostilidades, habida cuenta de que, si lo hacen, éstas pierden el derecho a ser protegidas como tales. Esta norma se aplica en todas las circunstancias, sea a plena luz del día sea en la oscuridad de la noche, y tanto para la tripulación de un helicóptero como para un soldado de infantería.

De la definición de «personas civiles» se desprende la de «población civil»: ésta comprende a «todas las personas civiles» (artículo 50 (2)).

Está claro que, en la práctica, las personas civiles y los combatientes no siempre están estrictamente separados. Basta pensar en lugares como un poblado que alberga, además de los habitantes civiles, las unidades de las fuerzas armadas, o en las columnas de refugiados que avanzan entremezcladas con un ejército que desordenadamente bate en retirada. Para resolver este problema desde el punto de vista de la definición de «población civil», el artículo 50 (3) dispone que «la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil». Naturalmente, sigue sin responderse a la pregunta sobre el efecto que una presencia muy significativa de esos «no civiles» tendría sobre la protección de la población civil.

Esto nos lleva nuevamente a las razones que subyacen a la distinción: mientras los combatientes tienen derecho a participar directamente en las hostilidades y, por consiguiente, pueden ser objeto de intentos, por parte del enemigo, de ponerlos fuera de combate, los civiles no tienen derecho a participar

directamente en ellas; en cambio, según el artículo 51 (1), «gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares». Está claro que esta idea de «protección general» es la más difícil de realizar cuando es escasa la distancia que separa a las personas civiles de los combatientes.

Según el artículo 51 (3), las personas civiles pierden su derecho a la protección «si participan directamente en las hostilidades», lo cual supone que durante el tiempo que su participación sea directa, pueden ser objeto de ataques. En este contexto, «participar directamente en las hostilidades» significa realizar actos hostiles que, por su índole o por su propósito, tienen por objeto causar daño a los combatientes o al material enemigo. Actos de este tipo son, por ejemplo, abrir fuego contra soldados enemigos, arrojar cocteles molotov contra un tanque enemigo y hacer saltar un puente que el adversario utiliza para transportar material de guerra. Si las personas civiles que realizan tales actos caen en poder del enemigo, pueden ser juzgadas y sancionadas por ellos sin tener derecho a la protección propia de los prisioneros de guerra y, ni siquiera, a una «protección equivalente» (sin embargo, no están privadas de todos los derechos: en virtud del artículo 45 (3), conservan el derecho a la protección que asigna el artículo 75 del Protocolo I; véase, al respecto, apartado 4.1.8).

¿Qué significa «mientras dure tal participación» (directa)? Si bien este aspecto no está claro, la lógica militar sugiere que el período indicado por estas palabras abarca tanto el tiempo durante el cual la persona civil se aproxima ostensiblemente al objetivo con la intención de realizar el acto hostil (sin olvidar en este caso la norma enunciada en el artículo 50 (1), en relación con los casos de duda) como el tiempo que necesita para retirarse del escenario, tras haber perpetrado el acto.

Se acepte o no esta interpretación, lo que sí está claro es que la noción de «participación directa en las hostilidades» es mucho más restringida que la de contribuir al esfuerzo militar. Especialmente durante la Segunda Guerra Mundial, se escuchaba a menudo la tesis según la cual el hecho de contribuir al esfuerzo de guerra era suficiente para que un civil perdiera su derecho a la protección contra los efectos de las operaciones militares. La noción de «contribuir al esfuerzo militar» es sumamente amplia e incluso en la interpretación más acotada, cubre actividades como la producción y el transporte de armas y municiones de guerra, o la construcción de fortificaciones militares. Sin embargo, también es cierto que tales actividades no equivalen a una participación directa en las hostilidades. Cabe destacar que, con la aprobación del artículo 51 (3), los argumentos esgrimidos durante la Segunda Guerra Mundial, carecen hoy del fundamento que hayan podido tener en el pasado.

#### 4.1.5c *Bienes civiles y objetivos militares*

Las dos razones en que se basa la distinción entre bienes civiles y objetivos militares se asemejan bastante a las que subyacen a la distinción entre civiles

y combatientes: los objetivos militares contribuyen eficazmente a la acción militar y, por consiguiente, pueden ser atacados, mientras que los bienes civiles no pueden hacer tal contribución y, por ende, no pueden ser atacados. El artículo 52 (1) prohíbe atacar los bienes de carácter civil, de los que da una definición negativa: «Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2». El párrafo 2, segunda frase, dice lo que son objetivos militares:

«En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida».

En otras palabras, los bienes civiles son objetos que «por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización» no contribuyen eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización no ofrece en las circunstancias del caso «una ventaja militar definida».

Normalmente, se considera que son objetivos militares objetos tales como tanques, vehículos blindados, depósitos de armas y de artillería o aeródromos militares. Por otra parte, se supone que bienes como «un lugar de culto, una casa u otra vivienda, o una escuela», se dedican normalmente «a fines civiles». El artículo 52 (3), que se refiere concretamente a esta categoría de bienes, estipula que, en caso de duda acerca de si un bien «se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin». Obsérvese que la lista no es excluyente: el criterio es si puede considerarse que un bien se dedica normalmente a fines civiles. Obsérvese también que, de hecho, ese objeto puede utilizarse, asimismo, de manera que contribuya eficazmente a la acción militar (por ejemplo, como cuartel militar, puesto de mando o depósito de municiones). En tal caso, puede considerarse que es un objetivo militar, siempre que se cumpla también la condición de que su destrucción «ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida». Naturalmente, la presunción sólo se aplica en caso de duda.

Hay muchos bienes que no caben en ninguna presunción. Los caminos, puentes, vías férreas, (partes de) puertos marítimos, centrales eléctricas, instalaciones industriales, entre otros, pueden considerarse o no como objetivos militares. Se los considerará como tales cuando cumplan el doble criterio, es decir no sólo cuando contribuyan eficazmente a la acción militar (en general, por su ubicación o por su uso), sino también cuando «su destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida».

El objeto de la definición de objetivos militares arriba citada, es disminuir la tendencia, evidente en el pasado, a considerar prácticamente todos los

bienes como objetivos militares. En lugar de una definición abstracta, quizá sería preferible optar (como lo hizo el CICR en el decenio de 1950; véase capítulo 3.3.4) hacer una lista en la que se especifiquen los bienes que una parte beligerante puede considerar como objetivos militares. Sin embargo, los ejemplos que se han dado más arriba demuestran que tal solución no es posible en la práctica. El hecho de que un bien, como un puente o una escuela, llegue a constituir un objetivo militar depende por completo de las circunstancias del caso. Si en una lista de los bienes que pueden considerarse como objetivos militares no se mencionan tales bienes es inaceptable desde el punto de vista militar; pero si figuran en ella sin ningún tipo de restricción, la lista también es inaceptable porque no se respeta el requisito básico de protección de la población civil. En la práctica, la definición expresada en términos abstractos es la única solución realmente posible a un problema espinoso.

Esta cuestión nos lleva a hacer un último comentario. El hecho de que personas civiles tengan un empleo en la industria de armas no les hace perder su derecho a ser protegidas como tales; lo que, por supuesto, no implica que, cuando estén trabajando en la fábrica, ésta obtenga protección como «bien civil» en virtud de su presencia. Es decisivo, en este caso, si el bien en cuestión «contribuye eficazmente a la acción militar», y la expresión «acción militar», a pesar de ser menos vaga y más estricta que la de «esfuerzo de guerra», sin duda abarca más que la simple referencia a «hostilidades». Retomando los ejemplos anteriores, la industria de armas o el transporte de armas y de municiones obviamente contribuyen a la acción militar, y esa contribución no sólo es «eficaz» sino, de hecho, indispensable.

Vale la pena repetir que para que un bien sea considerado como un objetivo militar también se requiere, como estipula el artículo 52 (2), que su «destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida». Cuando el bien en cuestión es una fábrica de armas, se cumple fácilmente este requisito. Pero la cuestión que se vuelve a plantear es: ¿qué protección puede esperar un civil «protegido», si en verdad existe tal protección, cuando se encuentra cerca, o incluso dentro, de un bien no protegido?

Para responder a esta pregunta, pasaremos revista a las normas que explican la noción de «protección general de la población civil contra los efectos de las operaciones militares».

#### 4.1.5d *Los dos principales ejes de la protección*

Como se mencionó en el capítulo 2.4 («Confluencia»), la resolución XXVIII de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Viena, 1965) estableció cuatro principios fundamentales del derecho de los conflictos armados. En 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas hizo suyos tres de estos principios, mediante la aprobación de la resolución

2444 (XXIII). Dos se relacionan directamente con la cuestión de la protección de la población civil y, por ello, los citamos de nuevo aquí:

- «– está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal;
- en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible».

Con el Protocolo I, se intenta proteger a la población civil según las dos líneas definidas en este texto. La primera se refleja tanto en el artículo 51 (2) («No será objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles»), como en el artículo 52 (1) («Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque...»). La segunda se reafirma en el artículo 57 (1): «Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil». Además, no huelga repetirlo, el artículo 48 ya impone a las partes en conflicto la obligación de dirigir sus operaciones «únicamente contra objetivos militares».

#### 4.1.5e *Prohibición de ataques contra la población civil y los bienes civiles*

El artículo 51 da detalles de la prohibición de tomar a la población civil o a las personas civiles como objeto de ataque.

En el párrafo 2, segunda frase, se especifica que «quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil». Esta adición a la norma fundamental reafirma de una vez para siempre la ilegitimidad de los llamados bombardeos de terror, así como de todas las formas de aterrorizar a la población civil e incluso de la amenaza de hacerlo. Es evidente la importancia de esta reafirmación, si se piensa en los bombardeos de terror que se realizaron contra los centros de población durante la Segunda Guerra Mundial, y de los incontables ataques perpetrados en conflictos armados más recientes para aterrorizar a la población civil.

Un argumento del que con frecuencia se valen los defensores de estas acciones es que el propósito de éstas es desmoralizar a la población civil para lograr que las autoridades desistan de continuar la guerra. Pero esto habrá sucedido realmente en muy pocos casos; en los demás, el método no ha dado resultado. Sea como fuere, dicho argumento es contrario al principio expresado en la Declaración de San Petersburgo de 1868, según el cual «el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo». En otras palabras, el método equivale a una clara negación de la distinción entre civiles y combatientes, y su efecto es que involucra a toda la población en el conflicto armado.

Un asunto completamente diferente sería lanzar un ataque contra una zona habitada por civiles porque se cree que allí hay objetivos militares. En

este supuesto, la justificación del ataque depende absolutamente del método y de los medios con que se efectúe. Existe una clara diferencia entre el llamado «bombardeo sistemático», o bombardeo de zonas, y los ataques de precisión.

Teniendo en cuenta un aspecto de la cuestión, el artículo 51 (4) prohíbe los ataques ciegos o indiscriminados, a los que define del siguiente modo:

«Son ataques indiscriminados:

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

El artículo 51 (5) define dos tipos de ataques que «se considerarán indiscriminados, entre otros». El primer tipo, el bombardeo de zonas, está definido en el párrafo 5 (a):

«los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil».

Mediante la referencia a «otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil», se intenta cubrir, entre otros, los campamentos de refugiados y las columnas de refugiados en un camino.

El otro tipo de ataque que se considera «indiscriminado» es en el que cabe prever que causará daños excesivos a la población civil. Se lo define en el artículo 51 (5) (b):

«los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista».

Este tipo de ataque constituye un caso límite en más de un sentido. En primer lugar, establece una frontera entre ataques que causan un daño excesivo a las personas civiles y a los bienes de carácter civil y ataques que causan un daño que no se considera excesivo. En segundo lugar, la definición también cubre ataques que no necesariamente están incluidos en la definición de ataques indiscriminados que figura en el párrafo 4 del artículo 51:

un ataque indiscriminado puede corresponder a la descripción que se da en el párrafo 5 (b), aunque efectivamente esté dirigido «contra un objetivo militar concreto» y se empleen métodos y medios de combate que puedan, en principio, dirigirse en ese sentido y cuyos efectos sea posible «limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo». Sería el caso de un bombardeo de precisión efectuado, tal vez, sin la suficiente precisión.

Puestas así las cosas, se puede decir que la situación a que se refiere el artículo 51 (5) (b) pertenece más a la categoría de «ataques contra objetivos militares efectuados de modo tal que se preserve lo más posible a la población civil» que a la de «abstenerse de lanzar ataques contra la población civil». Así pues, abordaremos este caso en el apartado 4.1.5g «Medidas de precaución». No obstante, para evitar malentendidos, aclararemos aquí un aspecto. El hecho de que un ataque no cause daños excesivos a la población civil, y de que, por consiguiente, no pueda considerarse «indiscriminado», en el sentido del artículo 51 (5) (b), no es razón suficiente para deducir que ese ataque cumple todos los requisitos estipulados en el Protocolo respecto a la protección de la población civil.

El artículo 51 (6) prohíbe «los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles». Se analizará este artículo, junto con otras prohibiciones análogas, que figuran en los artículos 52-56, en el apartado 4.3.3b, más adelante.

El artículo 51 (7) prohíbe a las partes en conflicto utilizar la «presencia de la población civil o de personas civiles (...) para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares» o «para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares». Las partes tampoco «podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares». Al igual que la norma estipulada en el artículo 51 (5) (b), estas prohibiciones están estrechamente relacionadas con las obligaciones de las partes de tomar medidas de precaución para la protección de la población civil, y, por consiguiente, también serán examinadas en ese apartado (4.1.5g).

La relación es explícita en el artículo 51 (8), que dispone que ninguna violación de esas prohibiciones «dispensará a las partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el artículo 57».

En el apartado 4.1.5b, planteamos la problemática relativa a la noción de «bienes de carácter civil» y a cómo distinguirlos de los objetivos militares, y, en el presente apartado, examinamos la noción de «protección de la población civil» (en el que, varias veces, se hizo referencia también a los bienes de carácter civil). Resta decir, por lo que atañe a la «protección general

de los bienes de carácter civil», que en la primera frase del artículo 52 (1), se declara que «los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias». También en este caso la dificultad reside, no tanto en la prohibición en sí, sino en la necesidad de determinar si un bien concreto, en las circunstancias del caso, cumple las condiciones para ser considerado objetivo militar.

Como se dijo antes, la cuestión relativa a las represalias se examina en el apartado 4.3.3b.

#### 4.1.5f *Prohibición de atacar bienes específicos*

El artículo 53, que es la primera norma del Protocolo I en que se dispone acerca de la protección de bienes específicos, se refiere a los bienes culturales y los lugares de culto. Sin apartarse en absoluto de las obligaciones más detalladas y precisas que la Convención de la Haya de 1954 impone a los Estados Partes (véanse capítulos 3.3.6 y 5.3), en el artículo se prohíbe:

- a) cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos;
- b) utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar;
- c) hacer objeto de represalias a tales bienes.

Es evidente que estas pocas normas, tan generales, no tienen el mismo alcance que la Convención de La Haya de 1954 como instrumento para la protección de los bienes culturales. Por consiguiente, si bien un número significativo de Estados han ratificado la Convención de La Haya o se han adherido a ella, los Estados que no lo han hecho podrían desear reconsiderar su posición al respecto. Como se observó antes, ahora también tienen la opción de hacerse Partes en el Segundo Protocolo de esa Convención, aprobado en 1999.

El artículo 54 prohíbe el empleo de métodos y medios que ponen en peligro la supervivencia de la población civil. El párrafo 1 establece el principio según el cual «queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles».

Los párrafos 2-4 contienen normas detalladas para proteger una larga serie de «bienes indispensables para la supervivencia de la población civil», los cuales no serán destruidos, sustraídos o inutilizados con la intención deliberada de privar de esos bienes, «por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la parte adversa», siempre que ésta «no utilice tales bienes exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas» o «en apoyo directo de una acción militar». En el párrafo 2, se dan los siguientes ejemplos de bienes indispensables para la supervivencia de la población civil: «los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego». Evidentemente,

los términos «deliberada», «exclusivamente» y «directo», que figuran en estas disposiciones, son problemáticos, pues las Partes tienden a interpretar las situaciones de manera diferente.

El artículo 54 (5) agrega una excepción a este complicado conjunto de normas destinado a prohibir la táctica de tierra arrasada o quemada:

«Habida cuenta de las exigencias vitales que para toda parte en conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión, una parte en conflicto podrá dejar de observar las prohibiciones señaladas en el párrafo 2 dentro de ese territorio que se encuentre bajo su control cuando lo exija una necesidad militar imperiosa».

Manifiestamente, esta excepción es válida sólo para el Estado que está defendiendo su territorio. Cuando un ejército ocupante es forzado a retirarse, no puede invocar esta excepción como justificación de una táctica de “tierra arrasada”.

En este sentido, se puede recordar la práctica a la que repetidas veces recurrieron los Países Bajos en el pasado, de inundar partes significativas de su territorio para detener o, al menos dificultar, el avance del ejército invasor. Una ley de 1896, que no ha sido derogada, determina cuáles son las autoridades habilitadas para ordenar una inundación y establece disposiciones para la indemnización por los daños provocados. Haciendo abstracción de la dudosa utilidad que tendrían hoy las «barreras de agua», está claro que el recurso a ese método no es contrario al artículo 54: aunque se prive a las fuerzas invasoras de «zonas agrícolas en las que se producen artículos alimenticios», ello no se haría «por su valor como medio para asegurar la subsistencia [...] a la parte adversa».

El principio que sustenta la prohibición del artículo 35 (3) sobre los métodos y medios de guerra «que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural», figura en términos positivos en la primera frase del artículo 55 (1) («Protección del medio ambiente natural»): «En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves». La segunda frase repite la prohibición, añadiendo una cláusula que se relaciona con las normas sobre la protección de la población civil: «comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población».

Así como el artículo 56 sobre «Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas» es detallado y completo, el artículo 55 es, en cambio, amplio y general. En el artículo 56 (1) se hace una lista exhaustiva de ese tipo de obras e instalaciones: «las presas, los diques y las centrales de energía eléctrica». Según lo dispuesto en el artículo 52 (2), esos bienes pueden ser objetivos militares o no, mientras que en el artículo 56 (1) se dispone que en ningún caso, «serán objeto de ataques [...] cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas [peligrosas] y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil». El artículo

también prohíbe los ataques contra «otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades» si esos ataques conllevarían los mismos riesgos.

La protección especial de esas obras e instalaciones cesa cuando se cumplen las condiciones especificadas en el artículo 56 (2). Las condiciones generales, aplicables en todos los casos, son que el bien en cuestión pueda usarse «en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares» y que el ataque sea «el único medio factible de poner fin a tal apoyo». En cuanto a las presas y los diques, el artículo 56 (2) (a) añade la condición de que éstas se utilicen «para funciones distintas de aquellas a que normalmente están destinad[a]s».

El informe sobre las negociaciones que dieron por resultado la aprobación de la última frase deja constancia de que por «función normal» se entiende la de retener el agua o la de servir para retenerla. Siempre que un dique externo o interno cumpla esa única función, conservará su protección; incluso si, por ejemplo, un dique interno se emplea como camino principal y, por lo tanto, su función como paso de vehículos puede parecer, a primera vista, más importante que su función normal de «servir para retener agua», dicho bien no pierde su protección, ni siquiera si es utilizado para el paso ocasional de medios de transporte militares. La protección especial del dique cesa solamente si el tráfico que permite constituye un «apoyo regular, importante y directo de operaciones militares» y si el ataque es «el único medio factible de poner fin a tal apoyo».

Si se consideran todos estos aspectos, se puede llegar a la conclusión de que, aunque esa solución a un problema delicado no ofrece una garantía completa, –como en el caso de los numerosos diques que hay en Holanda o en Vietnam–, sí les proporciona una protección más amplia.

En el caso de que uno de los bienes mencionados en el artículo 56 pierda su protección especial y, por consiguiente, pueda ser objeto de un ataque, las normas sobre la protección general de la población civil siguen siendo aplicables. El artículo 56 (3) especifica que dichas normas incluyen «las medidas de precaución previstas en el artículo 57» y añade que, en tal caso, «se adoptarán todas las precauciones posibles en la práctica a fin de evitar la liberación de las fuerzas peligrosas». Esta obligación incumbe, sin duda alguna, a las dos partes contendientes, en la medida en que, obviamente, estén en condiciones de tomar tales medidas.

El artículo 56 (5) trata de un tema que, seguramente, surgirá en toda discusión sobre la protección especial de ciertos bienes o personas, a saber, la cuestión de si las medidas que se tomen para defender a tales personas o bienes afectan su derecho a recibir protección. Dado que se trata de una cuestión de medidas de precaución, se analizará en el apartado siguiente.

El artículo 56 (6) insta a las Partes interesadas «a que concierten entre sí otros acuerdos que brinden protección complementaria a los bienes que contengan fuerzas peligrosas».

Otro método con el que se puede obtener protección adicional es el señalamiento de los bienes protegidos para facilitar su identificación. En este sentido, el artículo 56 (7) dispone lo siguiente: «Para facilitar la identificación de los bienes protegidos por el presente artículo, las partes en conflicto podrán marcarlos con un signo especial consistente en un grupo de tres círculos de color naranja vivo a lo largo de un mismo eje». En un anexo al Protocolo I, figura un dibujo de ese signo y se dan las indicaciones específicas sobre la manera en que debe utilizarse. El signo resulta más apropiado para la identificación de centrales de energía nuclear y de presas que para la de un sistema de diques que cubre todo el territorio, como en el caso de los Países Bajos. Sea como fuere, el uso de signos no es obligatorio, y el artículo 56 (7) especifica que «la ausencia de tal señalización no dispensará en modo alguno a las partes en conflicto de las obligaciones dimanantes del presente artículo».

#### 4.1.5g *Medidas de precaución*

El Capítulo IV («Medidas de precaución») de la Sección I del Título IV consta de dos artículos. Uno, el artículo 57, enuncia las precauciones «en el ataque», es decir, las que debe tomar el atacante. El otro, el artículo 58, indica las precauciones «contra los efectos de los ataques», es decir las que las partes deberían tomar contra los posibles efectos de los ataques lanzados contra objetivos militares que se encuentren bajo su control.

Como se mencionó antes, el artículo 57 (1) establece el principio según el cual «las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil». Esto debe interpretarse literalmente: el propósito que los combatientes deben fijarse en todos los casos es evitar cualquier tipo de daño a la población civil.

El artículo 57 (2) está dirigido a «quienes preparen o decidan un ataque». En el caso de una operación militar de envergadura, se tratará del comandante general y de sus subalternos; en el caso de una acción menor, por ejemplo, una pequeña patrulla o un pequeño grupo de guerrilleros, será el jefe (o el mando colectivo) de la unidad. Estas personas tienen una obligación triple:

- «i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar» son objetivos militares y que, como tales, pueden ser objeto de ataques;
- «ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número

- de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;
- iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil [...] que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista».

El artículo 57 (2) (b) trata de la fase siguiente: se ha tomado la decisión de atacar, pero el ataque no se ha concretado. Puede ocurrir que, en el intervalo entre la decisión y la ejecución, se advierta que el objetivo elegido no es un objetivo militar o no puede ser atacado (porque se encuentra bajo protección especial), o que el ataque, de concretarse, causaría daños excesivos. En esos casos, el ataque «será suspendido o anulado».

Este complejo sistema de disposiciones, que hemos presentado en forma un tanto abreviada, plantea varios y difíciles problemas de interpretación. En primer lugar, hay que determinar si el objetivo elegido es efectivamente un objetivo militar (una escuela donde hay algunos vehículos blindados estacionados en el patio) y, en caso afirmativo, si, a pesar de ello, está protegido contra un ataque (un nido de ametralladoras al pie de un dique). Se deben tener en cuenta estas cuestiones durante toda la operación militar, es decir tanto en la fase de planeamiento y de toma de decisiones, como en la de ejecución del ataque, pues puede ocurrir que la persona o la unidad responsable del ataque, sobre la base de sus propias observaciones, llegue a la conclusión de que el objetivo no es, o ha dejado de ser, un objetivo militar que puede ser atacado (los vehículos blindados han sido retirados del patio de la escuela).

El artículo 57 (2) (a) (ii) plantea un problema práctico: el atacante no siempre puede *elegir* «los medios y métodos de ataque». Pero si tal posibilidad de elección existe debe elegir la munición que sea capaz de neutralizar el nido de ametralladoras sin dañar el dique, en vez de optar por una bomba pesada que destruya las dos cosas.

Cabe señalar que la principal obligación que se establece en este subpárrafo es la de «evitar» causar daño a la población civil; la finalidad de «reducir todo lo posible» ese daño sólo mediará cuando no sea factible evitarlo totalmente.

Aunque se intente reducirlo al mínimo, el daño puede ser considerable, e incluso excesivo. Así, se vuelve a plantear la cuestión de que trata el artículo 51 (5) (b), que dispone, como se observó antes, que los ataques, cuando sea de prever que causarán daños excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, «se considerarán indiscriminados». Los artículos 57 (2) (a) (ii) y (2) (b), en los mismos términos que el artículo 51 (5) (b), fijan el límite que un atacante nunca debe sobrepasar: debe hacer una distinción y, por consiguiente, abstenerse de decidir o efectuar un ataque

cuando sea de prever que éste causará daños excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Sin duda, lo dispuesto en estos párrafos puede poner a las personas involucradas en problemas muy difíciles. ¿Qué es exactamente una «ventaja militar concreta y directa prevista»? ¿Cuándo es de prever que un ataque «causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas»? Y, más difícil aún, ¿cuál es el término medio entre estas dos proposiciones? Obviamente, no se puede esperar hacer una ponderación muy sutil: el atacante está obligado a abstenerse de atacar sólo si «se advierte» la desproporción entre las dos posibilidades. No obstante, la decisión no queda por completo al criterio subjetivo del atacante: lo decisivo es si un atacante normalmente alerta y bien informado y que haga un uso razonable de la información que tiene, podría haber previsto el daño excesivo infligido a la población civil.

El lenguaje y el razonamiento de estas disposiciones son tan intrincados, que su correcta aplicación quizá sólo sea posible en las altas esferas de mando. En el caso de una pequeña unidad de patrulla, o de una unidad de guerrilla, sólo se puede (y se debe) esperar que se respeten los principios básicos de esas detalladas disposiciones: que las personas civiles y los bienes de carácter civil no sean objeto de ataques; que no se empleen innecesariamente armas pesadas contra los objetivos militares; que no se efectúe un ataque cuando cualquier persona sensata podría imaginar que el significado militar del objetivo elegido es sumamente limitado en relación con la gravedad del daño que evidentemente ese ataque podría causar a la población civil. Asimismo, habría que tener en cuenta que una pequeña unidad, por lo general, no tiene muchas opciones en cuanto a métodos y medios de combate y, además, se confronta a diversas limitaciones (falta de tiempo y equipos de información rudimentarios) a la hora de evaluar todos los aspectos pertinentes de la situación. En definitiva, el problema se reduce a que incluso una pequeña unidad, al efectuar su misión, debe recordar su obligación fundamental de preservar la población civil lo más posible.

En los altos niveles de mando, donde por lo general es posible elegir entre varias operaciones y modalidades de ejecución, y donde la constante circulación de información permite, en principio, tener siempre una idea clara de la situación, esas disposiciones se aplican sin reservas. Lo decisivo en este caso no es tanto el nivel de mando, sino más bien la combinación, en un plazo dado, de la libertad de elegir los medios con la información disponible.

En el artículo 57 (2) (c), que repite en términos más bien modernos lo estipulado en el artículo 26 del Reglamento de La Haya, se dispone que «se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan».

El artículo 57 (3) indica otra manera de reducir los riesgos que corre la población civil. No se trata esta vez de elegir un método o un medio de ataque concreto, sino de elegir, entre varios objetivos militares que ofrecen una ventaja militar equivalente, el objetivo «cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil». Desde un punto de vista teórico, esta norma es impecable; en la práctica, sin embargo, no hay que esperar mucho de ella, pues no es muy común la situación en que se pueden atacar varios objetivos militares con una ventaja militar equivalente.

El artículo 57 (4) es uno de los pocos del Protocolo I que dedica tantas palabras a «las operaciones militares en el mar o en el aire». En tales operaciones, cada parte en conflicto «deberá adoptar, de conformidad con los derechos y deberes que le corresponden en virtud de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil». La declaración es redundante y no contribuye en forma considerable a «la reafirmación y el desarrollo» del derecho de la guerra en el mar o en el aire («la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados» era el propósito declarado de la Conferencia Diplomática).

Varias de las disposiciones del artículo 57 antes mencionadas están redactadas de modo tan sutil que podría entenderse que un ataque que no cause un daño excesivo a la población civil está en cierto modo permitido. Para evitar ese malentendido, el artículo 57 (5) declara expresamente que «ninguna de las disposiciones de este artículo podrá interpretarse en el sentido de autorizar ataque alguno contra la población civil, las personas civiles o los bienes de carácter civil».

El artículo 58, relativo a las precauciones que las partes en conflicto deben tomar contra los efectos de los ataques contra los objetivos militares ubicados en su territorio o en el territorio bajo su control, es mucho menos complejo.

«Hasta donde sea factible, las partes en conflicto:

- a) se esforzarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 del IV Convenio, por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control;
- b) evitarán situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas;
- c) tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control».

El artículo 49 del IV Convenio de Ginebra de 1949 prohíbe «los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de

personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no». Sin embargo, este mismo artículo permite a la Potencia ocupante, como excepción, «efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares».

Por lo demás, es obvio que la mejor protección posible que se puede prestar a la población civil es, de hecho, separar a las personas civiles y los bienes de carácter civil de los combatientes y los objetivos militares. Es igualmente obvio que, en la práctica, esto es muy difícil, si no imposible, de realizar. Lo cierto es que las partes deben esforzarse «hasta donde sea factible», por lograr y mantener esa separación, y no pueden hacer lo contrario. Esta prohibición se establece expresamente también en el artículo 51 (7), ya examinado.

Como se mencionó antes, el artículo 56 (5) contiene, asimismo, una disposición sobre las precauciones contra los efectos de ataques a objetivos militares. En un lenguaje que se asemeja mucho al del artículo 58 (b), prescribe que «las partes en conflicto se esforzarán por no ubicar objetivos militares en la proximidad de las obras o instalaciones mencionadas en el párrafo 1» (es decir, presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica, que gozan de protección especial). No obstante, está claro que el propósito de la larga frase que sigue a esta obligación es la preocupación legítima de defender estas «obras e instalaciones», en el caso de que sean atacadas, violando la prohibición establecida en el artículo 56 (1). La disposición comienza enunciando que «se autorizan las instalaciones construidas con el único objeto de defender contra los ataques las obras o instalaciones protegidas, y tales instalaciones no serán objeto de ataque»; luego añade la condición de que las instalaciones de defensa «no se utilicen en las hostilidades, salvo en las acciones defensivas necesarias para responder a los ataques contra las obras o instalaciones protegidas, y de que su armamento se limite a armas que sólo puedan servir para repeler acciones hostiles contra las obras o instalaciones protegidas».

Es muy difícil imaginar cómo todas estas disposiciones podrían funcionar en la práctica. ¿De qué forma se puede proteger una presa, un dique importante o una central de energía nuclear? Por ejemplo, ¿una batería antiaérea sería un medio permitido? A fin de cuentas, como ocurrió en el pasado, un ataque desde el aire contra objetivos como presas, diques y centrales de energía es, por lo menos, tan probable como cualquier otro tipo de ataque. No obstante, si se instala una batería antiaérea en defensa de un bien protegido, ¿se cumple el requisito de limitar el armamento «a armas que sólo puedan servir para repeler acciones hostiles contra las obras o instalaciones protegidas»? Pues, en realidad, una batería antiaérea se puede usar, indistintamente, contra aeronaves en sobrevuelo y contra aeronaves que efectúan ataques. Con todo, no hay mejor defensa contra el ataque de una aeronave que el proyectil de una batería antiaérea.

La solución puede residir en la moderación de que den prueba ambas partes: la tripulación de la batería evitará todo malentendido en cuanto al propósito de la instalación de defensa, no apuntando a aviones en sobrevuelo; la tripulación de estos aviones tolerará la presencia de la batería antiaérea, considerando que no constituye un peligro «en las circunstancias del caso».

#### 4.1.5h *Protección de la población civil y armas nucleares*

Como se observó en el apartado 4.1.b, la historia de redacción del Protocolo I pone de manifiesto que el propósito de los nuevos principios y normas que contiene no era disponer acerca del uso de armas nucleares. Sin entrar en la dificultad de determinar qué constituye una «nueva» norma, un ejemplo claro es el principio de protección del medio ambiente natural, establecido en el artículo 35 (3), complementado por el elemento de daños que comprometan «la salud o la supervivencia de la población», estipulado en el artículo 55.

También son nuevas las prohibiciones de ataques a modo de represalias contra la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil (al respecto, véase apartado 4.3.3b). En teoría (y por lo que atañe a esta parte del derecho internacional), una Potencia nuclear cuyas ciudades son objeto de ataque nuclear podría sentirse autorizada a efectuar un contraataque utilizando medios equivalentes, a modo de represalia, siempre que ese contraataque constituya el último medio posible, esté precedido de la debida advertencia, no provoque a las ciudades enemigas un daño desproporcionado respecto del daño que las propias ciudades hayan sufrido y se termine tan pronto como el enemigo cese sus ataques ilegítimos. Por supuesto, cabe preguntarse qué interés puede tener este tipo de razonamiento jurídico ante lo que a veces se llama, con un eufemismo, un «intercambio nuclear».

Los principios y normas que figuran en el Protocolo en relación con la «protección general» de la población civil son los que, probablemente, mayor impacto pueden tener sobre el uso de armas nucleares. Sin duda, reflejan principios que ya formaban parte del derecho consuetudinario o del derecho convencional, pero su formulación actual y su descripción detallada en el Protocolo, constituyen a veces una renovación total. Los artículos 57 y 58 sobre precauciones en el ataque y contra los efectos de los ataques son muy ilustrativos en este sentido.

Al respecto, hay que esperar que todos los procesos imaginables relativos a una toma de decisión racional sobre el uso de armas nucleares tengan lugar en un nivel de mando en el que se dé por sentado que deben tenerse en cuenta los factores señalados en el artículo 57, sin que los responsables de tomar la decisión se pregunten si están aplicando normas que, en un sentido jurídico, no están obligados a respetar (efectivamente, también considerarán muchos otros factores). Sin embargo, esto no cambia la conclusión de que, en el plano jurídico, la aprobación y la entrada en vigor del Protocolo I no ha

modificado la situación jurídica descrita en el capítulo 3.3.5, en relación con el uso de armas nucleares. Concretamente, no se puede considerar que las nuevas normas y las nuevas formulaciones del derecho existente que contiene el Protocolo obligan a los cuadros decisorios cuando examinen el posible uso de armas nucleares.

De nuevo, cabe preguntarse qué valor tiene ese razonamiento jurídico ante las características tan terribles de las armas nucleares. Es necesario examinar detenidamente muchos otros aspectos del uso real, e incluso de la amenaza de uso, de estas armas, para decidir si ese uso o esa amenaza es admisible. De esa tarea se ocupó la Corte Internacional de Justicia que, en su Opinión Consultiva *Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares*, emitida el año 1996, en respuesta a una solicitud de la Asamblea General de la ONU. Dado que, en las argumentaciones de la Corte en su conjunto, las normas específicas de derecho humanitario, y las del Protocolo I en particular, tienen un papel claramente secundario, en contraste con los principios fundamentales, como el de «consideraciones elementales de humanidad», el debate sobre la Opinión se hará en el capítulo 5.2.1.

#### 4.1.5i *Localidades y zonas bajo protección especial*

El artículo 59 (1) repite la norma del artículo 25 del Reglamento de La Haya: «Queda prohibido a las partes en conflicto atacar, por cualquier medio que sea, localidades no defendidas». En el pasado, esta norma aparentemente simple se prestaba, con frecuencia, a mucha confusión: ¿cuándo se podía considerar que una localidad no estaba defendida? ¿Quién estaba autorizado a determinarlo? El artículo 59, párrafos 2-9, responde en detalle a estas preguntas.

De conformidad con el artículo 59 (2), las «autoridades competentes» de una parte en conflicto, unilateralmente, «pueden declarar localidad no defendida cualquier lugar habitado que se encuentre en la proximidad o en el interior de una zona donde las fuerzas armadas estén en contacto y que esté abierto a la ocupación por una parte adversa». Esa localidad debe llenar cuatro estrictas condiciones:

- «a) deberán haberse evacuado todos los combatientes, así como las armas y el material militar móviles;
- b) no se hará uso hostil de las instalaciones o los establecimientos militares fijos;
- c) ni las autoridades ni la población cometerán actos de hostilidad;
- d) no se emprenderá actividad alguna en apoyo de operaciones militares».

La condición (d) prohíbe actividades como el transporte, desde la localidad en cuestión, de municiones y de otros pertrechos para una fuerza armada empeñada en una operación militar, o la transmisión, a esa fuerza armada, de información sobre movimientos de la fuerza adversaria.

A fin de evitar que la declaración unilateral caiga en el vacío, las autoridades deben remitirla a la parte adversa, la que, a su vez, como ordena el artículo 59 (4), deberá acusar recibo de la declaración. Así pues, esta parte también está obligada a tratar a «esa localidad como localidad no defendida, a menos que no concurren efectivamente las condiciones señaladas en el párrafo 2, en cuyo caso lo comunicará inmediatamente a la Parte que haya hecho la declaración». No obstante, la localidad continúa «gozando de la protección prevista en las demás disposiciones del presente Protocolo y las otras normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados». Queda claro, sin embargo, que una declaración unilateral no siempre será suficiente para obligar a la parte adversa, especialmente en el caso, nada improbable, de una diferencia de opinión en cuanto al cumplimiento o a la interpretación de las cuatro condiciones mencionadas más arriba.

Esas dificultades pueden evitarse cuando las partes en conflicto se ponen de acuerdo para establecer una localidad no defendida en particular. Los párrafos 5 y 6 tratan de esta posibilidad, especialmente en relación con localidades que «no reúnen las condiciones expresadas en el párrafo 2».

El artículo 59 (7) prevé la eventualidad de que una localidad cese de reunir las condiciones (ya sea las del párrafo 2 o las acordadas por las partes) que le otorgan su estatuto de localidad no defendida. Como es de esperar, el párrafo estipula que, en ese caso, la localidad pierde su estatuto, pero, al igual que en el párrafo 4, sigue siendo válida la protección prevista por las demás disposiciones aplicables.

Tal como se desprende de la definición antes citada, la parte adversa no puede atacar una localidad no defendida, pero sí puede ocuparla. Si las partes en conflicto desean excluir también esta posibilidad, deben establecer un acuerdo expreso al respecto. Ya no se tratará entonces de una localidad no defendida, sino de una «zona desmilitarizada», en el sentido del artículo 60. Este artículo dispone que el estatuto de «zona desmilitarizada» sólo se confiere mediante acuerdo. El párrafo 2 del artículo 60 especifica que «el acuerdo será expreso, podrá concertarse verbalmente o por escrito, bien directamente o por conducto de una Potencia protectora o de una organización humanitaria imparcial, y podrá consistir en declaraciones recíprocas y concordantes». Esos acuerdos podrán concertarse en tiempo de paz o, lo que es quizá más probable en la práctica, tras el desencadenamiento de las hostilidades, cuando surja la necesidad.

Los párrafos 1 y 6 determinan la protección que una zona desmilitarizada ha de recibir. Según el párrafo 1, «queda prohibido a las partes en conflicto extender sus operaciones militares» a esas zonas, «si tal extensión es contraria a lo estipulado en ese acuerdo». El párrafo 6 especifica que «si los combates se aproximan a una zona desmilitarizada, y si las partes en conflicto así lo han convenido, ninguna de ellas podrá utilizar la zona para fines

relacionados con la realización de operaciones militares, ni revocar de manera unilateral su estatuto».

Si bien las Partes pueden decidir, mediante acuerdo, las condiciones para la desmilitarización de una zona, el artículo 60 (3) proporciona una suerte de modelo de condiciones, que se asemejan a las expresadas en el artículo 59 (2) para una localidad no defendida, pero con una diferencia importante: mientras que el artículo 59 (2) (d) prohíbe las actividades «en apoyo de operaciones militares», el artículo 60 (3) (d), dispone que «deberá haber cesado toda actividad relacionada con el esfuerzo militar». El término «esfuerzo militar» tiene quizá un sentido un poco más limitado que el de «esfuerzo de guerra», a lo que ya nos referimos en el apartado 4.1.5c, pero seguramente es más amplio que el de «operaciones militares». Así pues, actividades como la agricultura, o la importación o exportación de materias primas o de productos industriales en general pueden no estar incluidas en ese término, pero probablemente lo esté la producción de artículos militares, como municiones, tanques o aeronaves militares. Dado que el término puede dar lugar a interpretaciones diferentes, sobre todo en una situación de conflicto armado en que los intereses inmediatos de las partes pueden dar lugar a posiciones bastante extremas, la frase final del artículo 60 (3) exhorta a las partes en conflicto a ponerse de acuerdo «sobre la interpretación que proceda dar a la condición señalada en el apartado d»).

El artículo 60 da detalles acerca del señalamiento de una zona desmilitarizada, de la presencia, en esta zona, de fuerzas de policía y de otras cuestiones análogas. De éstas, destacaremos aquí únicamente el hecho de que la «violación grave por una de las partes en conflicto de las disposiciones de los párrafos 3 ó 6 liberará a la otra Parte de las obligaciones dimanantes del acuerdo por el que se confiere a la zona el estatuto de zona desmilitarizada». En este caso, la zona pierde su estatuto de zona protegida. Sin embargo, siguen siendo aplicables las normas para la protección de la población civil y los bienes de carácter civil.

Cabe señalar que las «localidades y zonas bajo protección especial» a las que se refieren los artículos 59 y 60 no tienen nada que ver con las «zonas seguras» que fueron establecidas por las Naciones Unidas, el decenio de 1990, en Gorazde, Srebrenica y otras localidades del territorio de ex Yugoslavia, que eran zonas militarmente defendidas.

#### 4.1.5j *Protección civil*

La importancia de una protección organizada de la población civil contra los peligros de las hostilidades, o «protección civil», quedó demostrada durante la Segunda Guerra Mundial, en el contexto de los bombardeos masivos de ciudades y de otros lugares habitados por civiles. Sin embargo, en el IV Convenio de Ginebra, el asunto no fue incluido en el Título II («Protección general de la población contra ciertos efectos de la guerra»), a pesar de la relación obvia que

tiene con cuestiones como la ubicación de los hospitales civiles y los convoyes sanitarios, que, en cambio, sí se tratan en ese Título. Así, la Conferencia Diplomática de 1974-1977 formuló las primeras normas sobre esa cuestión. Dichas normas, que se incluyen en el Capítulo VI, Título IV, Sección II del Protocolo I, muestran claramente su relación con las cuestiones antes señaladas.

El Capítulo VI comienza indicando lo que se entiende por «protección civil» «para los efectos del presente Protocolo» y se define esa función de la siguiente manera:

«el cumplimiento de algunas o de todas las tareas humanitarias que se mencionan a continuación, destinadas a proteger a la población civil contra los peligros de las hostilidades y de las catástrofes y a ayudarla a recuperarse de sus efectos inmediatos, así como a facilitar las condiciones necesarias para su supervivencia».

Luego, da una lista detallada de esas tareas:

- i) servicio de alarma;
- ii) evacuación;
- iii) aplicación y organización de refugios;
- iv) aplicación de medidas de oscurecimiento;
- v) salvamento;
- vi) servicios sanitarios, incluidos los de primeros auxilios, y asistencia religiosa;
- vii) lucha contra los incendios;
- viii) detección y señalamiento de zonas peligrosas;
- ix) descontaminación y medidas similares de protección;
- x) provisión de alojamiento y abastecimientos de urgencia;
- xi) ayuda en caso de urgencia para el restablecimiento y el mantenimiento del orden en las zonas damnificadas;
- xii) medidas de urgencia para el restablecimiento de los servicios públicos indispensables;
- xiii) servicios funerarios de urgencia;
- xiv) asistencia para la preservación de los bienes esenciales para la supervivencia;
- xv) actividades complementarias necesarias para el desempeño de una cualquiera de las tareas mencionadas, incluyendo entre otras cosas la planificación y la organización».

Se pretende hacer una enumeración exhaustiva. Sin embargo, la «tarea» definida en el apartado xv) da la posibilidad de agregar actividades no mencionadas en la lista al ámbito de aplicación del Capítulo, siempre que sean «necesarias para el desempeño de una cualquiera de las tareas mencionadas» en los apartados i) – xiv).

En el artículo 61 (a), se da la definición de «protección civil», arriba citada, y en los apartados c) y d), se definen los conceptos de «organismos de

protección civil», «personal» y «material» de esos organismos, respectivamente. Los factores decisivos son que estos organismos son «creados o autorizados por la autoridad competente de una parte en conflicto para realizar cualquiera de las tareas mencionadas en el apartado a)» y están «destinados y dedicados exclusivamente al desempeño de esas tareas».

El artículo 62 se centra en la protección de los organismos civiles de protección civil. Éstos deben desempeñar sus actividades en contextos particulares: en el caso de ataques contra objetivos en el interior de un país, en zonas de combate o en territorios ocupados. El párrafo 1 establece que «serán respetados y protegidos» en todas las circunstancias y «tendrán derecho a desempeñar sus tareas de protección civil, salvo en casos de imperiosa necesidad militar». El artículo 63 añade a este principio general una serie de disposiciones cuya finalidad es que esos organismos continúen desempeñando sus tareas, incluso en caso de ocupación.

Una pregunta obvia es qué protección se puede esperar realmente que reciban el personal, los edificios y el material de los organismos civiles de protección civil. El mayor problema se planteará en caso de ataques aéreos: si, por ejemplo, el objetivo elegido es un objetivo militar ubicado en una zona edificada y el ataque provoca un incendio que se extiende alrededor del objetivo: el despliegue de unidades de protección civil para apagar el incendio no impedirá que el enemigo continúe los ataques. Se podría pensar también en los efectos de bombas explosivas de acción retardada arrojadas fuera de la zona del objetivo. En cualquiera de estos casos, no cabe duda de que los miembros de la unidad de protección civil corren muchos más riesgos que el resto de la población civil. Sin embargo, no pueden esperar, para ellos y para sus equipos, una protección mejor que la protección general que recibe la población civil. El artículo 62 (3) lo declara expresamente con respecto a «los edificios y el material utilizados con fines de protección civil»: estos bienes se rigen «por lo dispuesto en el artículo 52». Lo mismo se aplica para «los refugios destinados a la población civil».

En otras situaciones, por ejemplo, cuando se toma un poblado calle por calle, se pueden reducir esos riesgos, mediante el uso de un distintivo claro que permita la identificación del personal, de los edificios y del material del organismo de protección civil, así como de los refugios destinados a la población civil. El artículo 66 contiene una serie de disposiciones relativas, entre otras cosas, al uso de un «signo distintivo internacional de protección civil», que consiste, de conformidad con el párrafo 4, en «un triángulo equilátero azul sobre fondo color naranja». Si «el personal sanitario y religioso, las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios», que se identifican normalmente con una cruz roja o una media luna roja, se destinan a tareas de protección civil, el párrafo 9 permite que continúen llevando esos distintivos (véase, más adelante, apartado 4.1.6).

El signo distintivo de protección civil puede usarse en tiempo de paz, con el consentimiento de las autoridades competentes, para identificar al personal,

los edificios y el material de protección civil, así como los refugios destinados a la población civil (artículo 66 (7)). El artículo 66 (8) dispone que las Partes Contratantes y, llegado el caso, las partes en conflicto «tomarán las medidas necesarias para controlar el uso del signo distintivo internacional de protección civil, así como para prevenir y reprimir el uso indebido del mismo».

El artículo 67 reglamenta el caso de los miembros de las fuerzas armadas o unidades militares «asignados a organismos de protección civil». Esos miembros o unidades «serán respetados y protegidos», siempre que cumplan una larga serie de condiciones, en particular que «estén asignados de modo permanente y dedicados exclusivamente al desempeño de cualesquiera de las tareas mencionadas en el artículo 61» y que se los «pueda distinguir claramente de los otros miembros de las fuerzas armadas exhibiendo ostensiblemente el signo distintivo internacional de la protección civil».

#### 4.1.6. Heridos, enfermos y náufragos

##### 4.1.6a *Observaciones generales*

Al igual que el Título IV sobre «Población civil», el Título II del Protocolo I sobre «Heridos, enfermos y náufragos» introduce muchas e importantes mejoras respecto del derecho vigente hasta 1977, a pesar de que, relativamente, había pasado poco tiempo desde su codificación en las partes correspondientes de los Convenios de Ginebra de 1949.

Un primer aspecto interesante es el epígrafe del Título II. En 1949, el tema se trató en diferentes instrumentos: los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas, en los Convenios I y II, y los heridos y los enfermos civiles, en el Convenio IV. El Título II del Protocolo I, en cambio, se refiere a todos ellos, indistintamente, con el título general «heridos, enfermos y náufragos». Esta unificación se hace evidente desde el artículo 8, según el cual,

«para los efectos del presente Protocolo»:

- a) «se entiende por "heridos" y "enfermos" las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Esos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encintas, y que se abstengan de todo acto de hostilidad;
- b) se entiende por "náufragos" las personas, sean militares o civiles, que se encuentren en situación de peligro en el mar o en otras aguas a consecuencia de un infortunio que las afecte o que afecte a la nave o aeronave que las transportaba, y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Estas personas, siempre que sigan absteniéndose de todo

acto de hostilidad, continuarán considerándose náufragos durante su salvamento, hasta que adquieran otro estatuto de conformidad con los Convenios o con el presente Protocolo».

Estas definiciones presentan algunas particularidades interesantes. En primer lugar, la noción de enfermedad está definida en términos muy amplios, y el elemento clave es la «necesidad de asistencia o cuidados médicos». No cabe duda de que, en el sentido del Protocolo I, forman parte de la categoría de «enfermos» no sólo una persona que ha sufrido un traumatismo físico, sino también la que padece trastornos mentales.

Luego, el texto pone de relieve, varias veces, que una persona que pertenece a la categoría de «enfermo», «herido» o «náufrago» será protegida como tal, siempre que se abstenga de «todo acto de hostilidad». Esta condición se asemeja a dos normas, que ya examinamos antes. Una es la estipulada en el artículo 41 (2) (c), según la cual se prohíbe atacar a una persona que esté fuera de combate y «que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse, y siempre que [...] se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse». La otra figura en el artículo 51 (3): las personas civiles gozarán de protección general, «salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación».

La categoría de «náufragos» abarca, además de los «náufragos en el mar», a todas las personas que se encuentran en situaciones de peligro «en otras aguas», como ríos o lagos. Esta definición deja en claro que la condición de «náufrago» corresponde a un estado transitorio, que termina tan pronto como la persona en cuestión es puesta en tierra y obtiene así un estatuto diferente, por ejemplo, el de prisionero de guerra, el de «herido» o el de persona civil, sea en territorio ocupado o no.

El artículo 10 establece los principios de protección y asistencia de los heridos, los enfermos y los náufragos. El párrafo 1 subraya que «todos los heridos, enfermos y náufragos, cualquiera que sea la Parte a que pertenezcan, serán respetados y protegidos». La primera disposición del párrafo 2 es que «en toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado». Al respecto, en el mismo párrafo se especifica que la única distinción que podrá hacerse entre ellos será la que se base en criterios médicos. En este sentido, el artículo 9 (1) excluye, en términos muy generales, toda «distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo», en la aplicación del Título II del Protocolo.

Una particularidad del artículo 11 es que no se limita a los heridos, los enfermos y los náufragos, sino que también se refiere, de manera bastante

general, a todas las personas, sanas o enfermas, que estén «en poder de la parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma», a causa de una situación equiparable a un conflicto armado internacional. El párrafo 1 estipula que no se pondrá en peligro «ni la salud ni la integridad física o mental» de estas personas, «mediante ninguna acción u omisión injustificada», ni serán sometidas «a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la Parte que realiza el acto».

El artículo 11 (2) prohíbe, en especial, «aunque medie el consentimiento de las referidas personas», «las mutilaciones físicas», «los experimentos médicos o científicos» y «las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes», que no estén justificados por criterios médicos. El artículo 11 (3) permite excepciones a esta prohibición sólo en el caso de «donaciones de sangre para transfusiones, o de piel para injertos, a condición de que se hagan voluntariamente». Además, estas transfusiones deben hacerse «únicamente para fines terapéuticos, en condiciones que correspondan a las normas médicas generalmente reconocidas y a los controles realizados en beneficio tanto del donante como del receptor».

El artículo 11 (4), sobre la índole penal de ciertas violaciones de estas normas, se examinará en el apartado 4.3.4, relativo a la responsabilidad individual.

El artículo 11 (5) establece que «las personas a las que se refiere el párrafo 1 tienen derecho a rechazar cualquier intervención quirúrgica». Si se manifiesta ese rechazo, el personal sanitario procurará documentarlo, mediante «una declaración escrita en tal sentido, firmada o reconocida por el paciente».

El artículo 11 (6) provee directrices para el registro de los actos médicos que se realicen a las personas referidas en el párrafo 1.

#### 4.1.6b *Unidades sanitarias, personal sanitario, personal religioso*

Los artículos 12-15 completan las normas existentes sobre la protección de las unidades sanitarias, así como del personal sanitario y religioso civil. Centraremos nuestra atención, en primer lugar, en la definición que el Protocolo da de estas categorías. De conformidad con el artículo 8 (e):

«se entiende por «unidades sanitarias» los establecimientos y otras formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios, a saber: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. La expresión comprende, entre otros, los hospitales y otras unidades similares, los centros de transfusión de sangre, los centros e institutos de medicina preventiva y los depósitos de

material sanitario, así como los almacenes de material sanitario y de productos farmacéuticos de esas unidades. Las unidades sanitarias pueden ser fijas o móviles, permanentes o temporales».

Cabe señalar que esta definición no sólo enumera las actividades relacionadas con el tratamiento de los heridos, los enfermos y los náufragos, sino que también menciona la prevención de las enfermedades. Esta extensión se debe a la amplitud del ámbito de aplicación del artículo 11, al que aludimos antes (volveremos sobre esta cuestión en el apartado 4.1.6e, donde examinaremos el artículo 16).

El personal sanitario, según la definición del artículo 8 (c), son «las personas destinadas por una parte en conflicto exclusivamente a los fines sanitarios enumerados en el apartado e), o a la administración de las unidades sanitarias o al funcionamiento o administración de los medios de transporte sanitarios. El destino a tales servicios podrá tener carácter permanente o temporal». El artículo 8 (c) determina tres categorías de personas que están incluidas en esa definición, en todas las circunstancias:

- «(i) el personal sanitario, sea militar o civil, de una parte en conflicto, incluido el mencionado en los Convenios I y II, así como el de los organismos de protección civil,
- (ii) el personal sanitario de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos) y otras sociedades nacionales voluntarias de socorro debidamente reconocidas y autorizadas por una parte en conflicto,
- (iii) el personal sanitario de las unidades o los medios de transporte sanitarios mencionados en el párrafo 2 del artículo 9».

Las unidades o los medios de transporte a que se alude en el apartado (iii) son aquellos que un Estado neutral, una sociedad de socorro de tal Estado o una organización internacional humanitaria imparcial ponen a disposición de una parte en conflicto «con fines humanitarios». (En el artículo 9, así como en otros artículos del Protocolo, se hace referencia a un «Estado neutral u otro Estado que no sea parte en ese conflicto»; el hecho de añadir «otro Estado» sirve para dejar en claro que la disposición también incumbe a los Estados que no hayan declarado formalmente su neutralidad y que, quizá, no observan en forma debida las estrictas normas del derecho tradicional de neutralidad. Aquí, para simplificar, nos referiremos a los Estados que no participan en las hostilidades mediante la expresión «Estado neutral», que, a nuestro entender, también comprende las «otras» situaciones.)

El ámbito que se propone abarcar la definición de personal sanitario antes citada también es amplio, no sólo por su referencia al apartado e), sino porque además incluye al personal administrativo y técnico. Sin embargo, no es una definición flexible. La limitación está dada por el requisito de que el personal en cuestión debe haber sido expresamente autorizado por una parte

en conflicto. Para los autores del texto, sólo instalaciones importantes podrían ser destinadas a tales fines sanitarios: sería el caso de un hospital y su plantilla, pero no un médico que ejerce por su cuenta o una farmacia.

Según el artículo 8 (d), se entiende por «personal religioso»:

- «las personas, sean militares o civiles, tales como los capellanes, dedicadas exclusivamente al ejercicio de su ministerio y adscritas:
- (i) a las fuerzas armadas de una parte en conflicto,
- (ii) a las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios de una parte en conflicto,
- (iii) a las unidades o medios de transporte sanitarios mencionados en el párrafo 2 del artículo 9, o
- (iv) a los organismos de protección civil de una parte en conflicto».

En este caso también la destinación puede ser permanente o temporal. Mientras los Convenios de Ginebra se refieren simplemente a los «capellanes», el presente texto los menciona como un ejemplo de las personas que integran el «personal religioso»; cabe pues una interpretación algo más flexible que la que se podría haber hecho antes, y se podría quizá incluir al personal que brinda una asistencia espiritual, no necesariamente «religiosa», en el sentido estricto de: dedicado al servicio de un dios (o dioses) en el que se busca sosiego.

En el artículo 12, relativo a la protección de las unidades sanitarias, se sienta, en el primer párrafo, el principio general de que dichas unidades «serán respetadas y protegidas en todo momento y no serán objeto de ataque». Para cumplir este principio, las Partes involucradas pueden tomar varias medidas, como notificar a la parte adversa el emplazamiento de las unidades sanitarias fijas. El párrafo 3 las insta a tomar esa medida y añade que «la ausencia de tal notificación no eximirá a ninguna de las Partes de observar lo dispuesto en el párrafo 1». Otra medida obvia de protección es la que figura en el párrafo 4, que obliga a las Partes, siempre que sea posible, a asegurarse de que «las unidades sanitarias», sean fijas o móviles, «no estén situadas de manera que los ataques contra objetivos militares las pongan en peligro».

Además de estas medidas y otras análogas, una cuestión fundamental es poder señalar un objeto dado como una unidad sanitaria. Dado que la necesidad de identificación se aplica también al personal sanitario y a los medios de transporte sanitarios, esa cuestión se tratará en el apartado 4.1.6d.

Para que las unidades sanitarias *civiles*, como un hospital o un centro de transfusión de sangre, reciban la protección del artículo 12 (2), deben pertenecer a una de las partes en conflicto o «estar reconocidas y autorizadas por la autoridad competente de una de las partes en conflicto», o deben haber sido puestas a disposición por un Estado neutral o por una organización, como se mencionó antes.

Cuando las unidades sanitarias civiles son utilizadas, «al margen de sus fines humanitarios, con objeto de realizar actos perjudiciales para el enemigo», pierden su protección, pero sólo, como se especifica en el artículo 13, después de una intimación «que no surta efectos». El artículo enumera las situaciones que «no se considerarán actos perjudiciales para el enemigo», por ejemplo, el hecho de que el personal esté dotado con «armas ligeras individuales» para la defensa del personal o de los heridos y enfermos a su cargo, y la presencia, «por razones médicas», de combatientes en la unidad.

El artículo 14 reafirma lo dispuesto en el artículo 55 del IV Convenio de Ginebra: una Potencia ocupante «tiene la obligación de asegurar que las necesidades médicas de la población civil en el territorio ocupado sigan siendo satisfechas». El párrafo 2, que amplía este principio, impone límites concretos al poder de la Potencia ocupante de «requisar las unidades sanitarias civiles, su equipo, su material y los servicios de su personal».

El artículo 15 contiene el principio según el cual el personal sanitario y religioso civil «será respetado y protegido», y lo explica detalladamente.

En cuanto a la situación «en aquellas zonas en las que los servicios sanitarios civiles se encuentren desorganizados por razón de la actividad bélica», el párrafo 2 dispone que se proporcionará al personal sanitario civil «toda la ayuda posible». Si bien en este párrafo no se especifica quién proporcionará tal ayuda, cabe aclarar que la obligación incumbe a todas las partes en conflicto que estén en condiciones de hacerlo.

El artículo 15 (3), que se refiere a la situación de ocupación, reafirma y refuerza las obligaciones que el artículo 56 y siguientes del IV Convenio imponen a la Potencia ocupante y dispone que ésta «proporcionará al personal sanitario civil toda clase de ayuda para que pueda desempeñar su misión humanitaria de la mejor manera». Es evidente que, a la inversa, dicha Potencia no puede obligar a ese personal a realizar tareas «que no sean compatibles con su misión humanitaria».

El artículo 15 (4) dispone, en términos generales y sin hacer referencia a una situación de peligro en particular, a una suspensión de los servicios sanitarios o a la ocupación, que el personal sanitario civil «podrá trasladarse a los lugares donde sus servicios sean indispensables». Este derecho de acceso, que interesa tanto al personal de esos servicios como a la parte en conflicto interesada, depende de «las medidas de control y seguridad» que esta parte «juzgue necesarias».

De conformidad con el artículo 15 (5), tanto la norma general de respeto y protección como las disposiciones específicas «relativas a la protección y a la identificación del personal sanitario» son aplicables también al personal religioso civil.

#### 4.1.6c *Transporte sanitario*

Dejaremos de lado, por el momento, los artículos 16-20, para ocuparnos de las disposiciones relativas al transporte sanitario, que figuran en la Sección II del Título II. Las definiciones de los diferentes conceptos clave en este ámbito figuran también en el artículo 8.

Según lo dispuesto en el artículo 8(f), la función de «transporte médico» es «el transporte por tierra, por agua o por aire de los heridos, enfermos o naufragos, del personal sanitario o religioso o del equipo y material sanitarios protegidos por los Convenios y por el presente Protocolo».

Los «medios de transporte sanitarios» son los medios que se utilizan para llevar a cabo esa función y, según la definición del artículo 8 (g), éstos son «todo medio de transporte, militar o civil, permanente o temporal, destinado exclusivamente al transporte sanitario, bajo la dirección de una autoridad competente de una parte en conflicto». La expresión «dirección de una autoridad competente» es, sin duda, un criterio más riguroso que el solo «reconocimiento previo» o «autorización previa»; además, deberá ejercerse esa dirección mientras el medio esté «destinado exclusivamente al transporte sanitario».

Los párrafos (h)-(j) consideran tres categorías diferentes de medios de transporte sanitarios: los «vehículos sanitarios», «los buques y embarcaciones sanitarios» y «las aeronaves sanitarias», para el transporte por tierra, agua y aire, respectivamente.

La protección de los vehículos sanitarios, como las ambulancias, es objeto de una sola disposición en la Sección II, contenida en el artículo 21. En este artículo, se estipula que esos vehículos «serán respetados y protegidos del modo previsto en los Convenios y el presente Protocolo para las unidades sanitarias móviles».

En los demás artículos de la Sección II, se fijan normas suplementarias sobre el uso y la protección de los buques hospitales y de las embarcaciones costeras de salvamento (artículo 22), así como de otros buques y embarcaciones sanitarios (artículo 23); además, se trata en forma detallada la cuestión de la protección de las aeronaves sanitarias teniendo en cuenta la zona en la que se encuentren (artículos 24-31).

Como se observó en el capítulo 3.4.3, el temor a que se hiciera un uso indebido de las aeronaves sanitarias fue la razón por la cual, en 1949, se aprobaron normas que restringían tanto su uso que era casi imposible emplear dicho medio. Había, pues, que modificar esa situación. Un factor importante examinado en los debates fue la necesidad, propia de la guerra aérea moderna, de decidir rápidamente acerca de la categorización de los vehículos que se desplazan por el aire y sobre las medidas que, llegado el caso, habían de tomarse en su contra. Teniendo en cuenta este factor, entre

otros, se redactaron los artículos 24-31 con la intención de asignar a las aeronaves sanitarias toda la protección que, fundadamente, se puede esperar que reciban en todas las situaciones previstas.

El artículo 24 establece el principio según el cual «las aeronaves sanitarias serán respetadas y protegidas de conformidad con las disposiciones del presente Título».

El uso de aeronaves sanitarias está sujeto a ciertas restricciones generales. El artículo 28 (1) dispone que no se las utilizará «para tratar de obtener una ventaja militar sobre una parte adversa» o «para tratar de poner objetivos militares a cubierto de un ataque». El párrafo 2 no permite su uso «para recoger ni transmitir información militar» o para el transporte de personas o de equipos que no estén incluidos en la definición, antes citada, de la función de «transporte sanitario». Otra restricción obvia es que las aeronaves sanitarias no pueden, en principio, transportar armas. En el párrafo 3, sin embargo, se hace una excepción para «las armas portátiles y las municiones que hayan sido recogidas a los heridos, enfermos y náufragos que se hallen a bordo y que aún no hayan sido entregadas al servicio competente, y las armas ligeras individuales que sean necesarias para que el personal sanitario que se halle a bordo pueda defenderse y defender a los heridos, enfermos y náufragos que tenga a su cargo».

En los artículos 25-27, se distinguen tres situaciones específicas: las aeronaves sanitarias pueden encontrarse «en zonas no dominadas por la parte adversa»; «en zonas de contacto o similares»; o «en zonas dominadas por la parte adversa». La primera situación es la que menos problemas plantea: el artículo 25 confirma que en esas zonas y en su espacio aéreo, «el respeto y la protección de las aeronaves sanitarias de una parte en conflicto no dependerán de acuerdo alguno con la parte adversa». Sin embargo, para mayor seguridad, y «especialmente cuando esas aeronaves efectúen vuelos que las pongan al alcance de los sistemas de armas superficie-aire de la parte adversa», se aconseja notificar a esta última tal situación. Las zonas están definidas, en el artículo, como «zonas terrestres dominadas de hecho por fuerzas amigas» o «[zonas] marítimas no dominadas de hecho por una parte adversa».

Aumentan las dificultades cuando las aeronaves sanitarias se encuentran en «zonas de contacto o similares» o en «su espacio aéreo». Según el artículo 26 (2), se entiende por «zona de contacto cualquier zona terrestre en que los elementos avanzados de las fuerzas opuestas estén en contacto unos con otros, en particular cuando estén expuestos a tiro directo desde tierra». El párrafo 1 prevé la situación de las aeronaves sanitarias en las partes de las zonas de contacto y en el espacio aéreo correspondiente, que «estén dominadas de hecho por fuerzas amigas y en las zonas cuyo dominio de hecho no esté claramente establecido». Para que la protección de las aeronaves sanitarias sea «plenamente eficaz» en esas zonas, así como en su espacio aéreo, es necesario que medie «un acuerdo previo entre las autoridades

militares competentes de las partes en conflicto». A falta de acuerdo, las aeronaves sanitarias «operan por su cuenta y riesgo». Aun así, deberán ser respetadas «cuando hayan sido reconocidas como tales».

La más problemática es la situación de las aeronaves sanitarias de una parte en conflicto que sobrevuelen «zonas marítimas o terrestres dominadas de hecho por una parte adversa». En el artículo 27 (1), se establece que, en esa situación, las aeronaves sanitarias continuarán estando protegidas, «a condición de que para tales vuelos se haya obtenido previamente el acuerdo de la autoridad competente de dicha parte adversa». Si una aeronave sanitaria sobrevuela tal zona «sin el acuerdo previsto en el párrafo 1, o apartándose de lo convenido, debido a un error de navegación o a una situación de emergencia que comprometa la seguridad del vuelo», obviamente, corre el riesgo de ser atacada. Para reducir ese riesgo, el artículo 27 (2) exige que la aeronave haga «todo lo posible para identificarse e informar a la parte adversa acerca de las circunstancias en que se encuentra». Tan pronto como esa parte haya reconocido a la aeronave sanitaria como tal, «hará todo lo razonablemente posible para dar la orden de aterrizar o amarrar [...] o para adoptar otras disposiciones con objeto de salvaguardar los intereses de esa Parte»; la aeronave podrá ser atacada sólo si ninguna de estas medidas ha surtido efecto.

«Salvo acuerdo previo con la parte adversa», las aeronaves sanitarias que sobrevuelen zonas de contacto o similares (artículo 26) o zonas dominadas por una parte adversa (artículo 27), no podrán utilizarse «para buscar heridos, enfermos y náufragos», según se establece en el artículo 28 (4). En rigor, esta norma no es una restricción a las operaciones de las aeronaves sanitarias, puesto que la acción de «buscar heridos, enfermos y náufragos» no está incluida en la función de «transporte sanitario», tal como se la define en el artículo 8 (f). No obstante, en la práctica, el artículo 28 (4) restringe significativamente el uso de aeronaves sanitarias. Por lo general, los helicópteros se usan para buscar y recoger a heridos, enfermos o náufragos sin notificación previa, en zonas en disputa o dominadas por el enemigo. Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 28 (4), si un helicóptero opera de ese modo, lo hará por su cuenta y riesgo. Por lo tanto, para realizar esa tarea, se preferirá destinar helicópteros armados de combate, antes que aeronaves que reúnan las condiciones de una aeronave sanitaria.

Los demás artículos de esta Sección se refieren a los procedimientos que han de seguirse con respecto a las notificaciones y las solicitudes de acuerdo previo (artículo 29), al aterrizaje e inspección de aeronaves sanitarias (artículo 30) y a las aeronaves que sobrevuelan el territorio de Estados neutrales o aterrizan en él (artículo 31).

#### 4.1.6d *Identificación*

El respeto y la protección eficaces de las unidades sanitarias, del personal sanitario y religioso y de los medios de transporte sanitarios dependen, en gran

medida, de que se los reconozca como tales. Con este fin, la costumbre había sido utilizar una cruz roja o una media luna roja colocándola del modo más visible posible. Sin embargo, la visibilidad depende de diversos factores: dimensión del emblema distintivo, distancia entre el emblema y el observador, y tiempo de que se dispone para reconocerlo, sin mencionar circunstancias que afectan la visibilidad, como la lluvia, la niebla o la oscuridad.

El artículo 18, sobre identificación, estipula en el párrafo 1 que «cada parte en conflicto procurará asegurar que tanto el personal sanitario y religioso como las unidades y los medios de transporte sanitarios puedan ser identificados». De manera algo más concreta, en el párrafo 2, se exige que cada Parte procure también «adoptar y aplicar métodos y procedimientos que permitan identificar las unidades y los medios de transporte sanitarios que utilicen el signo distintivo y señales distintivas». El uso de señales distintivas constituye una novedad. Según el párrafo 5, su uso depende de la autorización de la Parte interesada. En el Capítulo III del Anexo I del Protocolo, enmendado en 1993, se proporcionan normas detalladas sobre el uso de las *señales* distintivas: se dispone el uso de una señal luminosa (luz azul con destellos), de una señal de radio (una señal de urgencia y una señal distintiva, tal como se describen en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT), y de medios electrónicos de identificación que utilicen el sistema de radar secundario de vigilancia (SSR). Además, se despliegan constantes esfuerzos en este ámbito para mejorar y ampliar la identificación. Como se mencionó en su lugar, dadas las características de la guerra aérea moderna, la oportuna identificación de las unidades y transportes sanitarios es sumamente importante.

Con respecto a la identificación del personal sanitario civil y el personal religioso civil, el artículo 18 (3) estipula que «en territorio ocupado y en zonas en las que se desarrollan o es probable que se desarrollen combates», «se darán a conocer, por regla general, por medio del signo distintivo y de una tarjeta de identidad que certifique su condición». El Capítulo I del Anexo I da indicaciones acerca del diseño y del formato de la tarjeta de identidad.

#### 4.1.6e *Protección general de la misión médica*

El artículo 16, sobre la «protección general de la misión médica», introduce una cuestión nueva, pues se refiere a los problemas que pueden plantearse en relación con las «actividades médicas» destinadas al tratamiento de los heridos y los enfermos, las que deben tener como fundamento la «deontología». El artículo no da ninguna definición de «actividades médicas», y tampoco indica qué personas han de destinarse a esas actividades. Sin embargo, la relación que se establece con la «deontología médica» da a entender que los autores hacían referencia a las personas o más bien a *todas* las personas que ejercen la profesión médica, independientemente de si pertenecen o no a la categoría de «personal sanitario», así como a las actividades profesionales de esas personas.

El artículo 16 establece tres normas fundamentales. La primera, en el párrafo 1, prohíbe castigar a una persona «por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera que fuesen las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad».

De conformidad con la segunda disposición, en el párrafo 2, no está permitido «obligar a las personas que ejerzan una actividad médica a realizar actos ni a efectuar trabajos contrarios a la deontología u otras normas [...] ni a abstenerse de realizar actos exigidos por dichas normas o disposiciones».

La tercera norma, en el párrafo 3, prohíbe obligar a una persona que ejerza una actividad médica a dar «información alguna sobre los heridos y los enfermos que estén o hayan estado asistidos por esa persona cuando, en su opinión, dicha información pudiera ser perjudicial para los interesados o para sus familiares». La única excepción a esta prohibición concierne a la información que la persona está obligada a dar a su propia parte, de conformidad con lo que disponga la ley de esta última. Además, esa persona tiene la obligación de respetar las normas existentes sobre la declaración obligatoria de enfermedades transmisibles.

Esta breve reseña muestra que el artículo 16 trata de una delicada cuestión de actualidad: hay una fuerte tendencia a considerar que el hecho de prestar ayuda sanitaria a los heridos de la parte adversa y no informar de ello a las autoridades de la propia parte constituye una traición a la propia causa.

#### 4.1.6f *Cometido de la población civil y de las sociedades de socorro*

En el artículo 17, se aborda el cometido de la población civil y de las sociedades de socorro desde varios puntos de vista. En la primera frase del párrafo 1, se hace referencia a las inclinaciones más bien poco humanitarias de la población civil:

«La población civil respetará a los heridos, enfermos y náufragos, aunque pertenezcan a la parte adversa, y no ejercerá ningún acto de violencia contra ellos».

En el artículo 17 (1) también se describe el papel positivo que la población civil puede desempeñar respecto de los heridos, los enfermos y los náufragos. La población civil en general y las sociedades de socorro (como las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja) en particular, están autorizadas, «incluso por iniciativa propia, a recogerlos y prestarles cuidados, aun en las regiones invadidas u ocupadas». El párrafo concluye con una frase terminante: «No se molestará, procesará, condenará ni castigará a nadie por tales actos humanitarios».

En el artículo 17 (1), se hace referencia a la situación en que la población civil actúa por propia iniciativa; en el párrafo 2, en cambio, se trata del caso

en que las autoridades («las partes en conflicto») hacen un llamamiento a la población civil y a las sociedades de socorro «para recoger y prestar cuidados a los heridos, enfermos y náufragos y para buscar a los muertos y comunicar dónde se encuentran». Las Partes están obligadas a otorgar «la protección y las facilidades necesarias a aquellos que respondan a tal llamamiento». El párrafo dispone incluso que si la parte adversa adquiere el control de la región, «seguirá otorgando esta protección y las facilidades mencionadas mientras sean necesarias».

#### 4.1.6g *Asuntos varios*

La Sección I del Título II incluye dos artículos más sobre asuntos de índole general. El artículo 19 impone a los Estados neutrales la obligación de observar «las disposiciones pertinentes del presente Protocolo respecto de las personas protegidas por este Título que pudieran ser recibidas o internadas en sus territorios, así como de los muertos de las partes en conflicto que recogieren».

Siguiendo la línea fijada por los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 20 prohíbe las represalias «contra las personas y los bienes protegidos por el presente Título» (véase, al respecto, apartado 4.3.3b).

La Sección III del Título II se refiere a las «personas desaparecidas y fallecidas». Es evidente que, en los conflictos armados que duran largo tiempo y que se desarrollan en una región relativamente amplia, es incierta la suerte que pueden correr muchas personas, sean combatientes sean civiles. En este sentido, los Convenios de Ginebra de 1949 incluyen disposiciones cuyo propósito es facilitar la búsqueda de las personas desaparecidas y fallecidas. Las normas que figuran en la Sección II completan esas disposiciones. El artículo 32 expresa el motivo que justifica esas normas: la preocupación más importante es «el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros».

El artículo 33 trata de la situación de los desaparecidos, es decir de «las personas cuya desaparición haya señalado una parte adversa». La parte en conflicto que haya recibido esa información tiene la obligación, «tan pronto como las circunstancias lo permitan, y a más tardar desde el fin de las hostilidades activas», de buscar a las personas en cuestión basándose, *inter alia*, en la información correspondiente que le haya transmitido la parte adversa (párrafo 1). A fin de facilitar la obtención de esa información, el párrafo 2 dispone que todas las partes deben registrar, en el transcurso del conflicto armado, información específica sobre las personas que han sido detenidas por algún tiempo o que han fallecido «como consecuencia de las hostilidades o de la ocupación». El párrafo 3 prescribe que esa información, así como las solicitudes de información, deben ser transmitidas directamente o por conducto de la Potencia protectora, de la Agencia Central de Búsquedas del Comité Internacional de la Cruz Roja o de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Las partes deben garantizar

que esa información, sin importar el medio que se utilice para transmitirla, sea también facilitada a la Agencia Central de Búsquedas.

El artículo 33 (4) insta a que las partes en conflicto se esfuercen por «ponerse de acuerdo sobre disposiciones que permitan que grupos constituidos al efecto busquen, identifiquen y recuperen los muertos en las zonas del campo de batalla». Una forma evidente de un acuerdo de esa índole es el alto el fuego local. El grupo de búsqueda puede estar formado por personal de una parte en conflicto o, cuando proceda, de ambas partes en conflicto. El párrafo especifica que «el personal de tales grupos deberá ser respetado y protegido mientras se dedique exclusivamente a tales misiones».

El artículo 34 establece normas sobre el modo de proceder con respecto a los restos de las personas fallecidas a consecuencia de las hostilidades o de la ocupación, así como sobre el mantenimiento de sus sepulturas y el acceso a ellas.

#### 4.1.7. Socorros en favor de la población civil

En el artículo 17, que ya reseñamos, se hace referencia a la población civil como parte que puede participar activamente, en recoger y cuidar a los heridos, los enfermos y los náufragos. En la Sección II («Socorros en favor de la población civil») del Título IV («Población civil»), en cambio, es un grupo que también necesita recibir ayuda.

El IV Convenio reglamenta en forma bastante apropiada esa cuestión cuando se trata de un territorio ocupado (véase capítulo 3, apartado 3.4.6d). Por consiguiente, el artículo 69 del Protocolo solamente añade a «los víveres y productos médicos» (que, de conformidad con el artículo 55 del IV Convenio, la Potencia ocupante tiene el deber de proporcionar a la población civil), una lista de otras «necesidades esenciales» a las que también ha de atender: «ropa de vestir y de cama, alojamientos de urgencia y otros suministros que sean esenciales para la supervivencia de la población civil en territorio ocupado, así como de los objetos necesarios para el culto». La inclusión de la frase «otros suministros que sean esenciales para la supervivencia» elimina el riesgo que se corre siempre con listas tan detalladas de que la omisión de un producto en particular se utilice como argumento de que no está previsto en la obligación.

A diferencia de las normas para los territorios ocupados, las disposiciones del IV Convenio relativas a los socorros en favor de la población civil en un territorio no ocupado son absolutamente inapropiadas. El artículo 70 del Protocolo remedia esta deficiencia, en la medida en que los Estados contratantes lo hallaron aceptable. El principal obstáculo fue la tendencia de los Estados a considerar el bienestar de su propia población como un asunto interno y, por ende, a reservarse el derecho de decidir si se proporcionarían esos socorros y quiénes se ocuparían de hacerlo. Lo más que se pudo lograr

fue una solución intermedia entre este aspecto de soberanía nacional, por un lado, y la idea fundamental de prestar ayuda en caso de necesidad, por otro.

Esta transacción es evidente en el artículo 70 (1), que comienza con la, sin duda, firme declaración de que «cuando la población civil de cualquier territorio que, sin ser territorio ocupado, se halle bajo el control de una parte en conflicto esté insuficientemente dotada de los suministros mencionados en el artículo 69, se llevarán a cabo [...] acciones de socorro que tengan carácter humanitario e imparcial y sean realizadas sin ninguna distinción de carácter desfavorable». No obstante, añade que tales acciones se harán «con sujeción al acuerdo de las Partes interesadas». En un intento de anticiparse a posibles objeciones por parte del Estado receptor, el artículo 70 (1) dispone que «el ofrecimiento de tales socorros no será considerado como injerencia en el conflicto ni como acto hostil». En la frase final, se estipula que, en la distribución de los envíos de socorro, se dará prioridad a las personas que gozan de protección especial, «como los niños, las mujeres encintas, las parturientas y las madres lactantes».

Sorprendentemente, el texto toma en cuenta, en forma objetiva, las necesidades de la población («cuando la población civil [...] esté insuficientemente dotada»), pero no especifica quién debería asegurar las acciones de socorro ni quiénes son las «partes interesadas» en esas acciones. En cuanto a la primera cuestión, al parecer puede realizarla cualquier individuo u organización, gubernamental o no gubernamental. La única condición es que las acciones «tengan carácter humanitario e imparcial y sean realizadas sin ninguna distinción de carácter desfavorable».

En cuanto a las «Partes interesadas», dos son de particular importancia: la parte receptora y una parte adversa que puede impedir el paso de los socorros, porque, por ejemplo, ha establecido un bloqueo. El artículo no da más detalles acerca de la condición de la parte receptora; no aclara, en particular, si está obligada a permitir la realización de las acciones de socorro necesarias. No obstante, se podría pensar que tal obligación existe en una situación que cumpla todas las condiciones, especialmente la de que, según cualquier evaluación razonable, la supervivencia de la población civil se vea amenazada.

En cuanto a las otras partes interesadas, y especialmente la parte adversa, el artículo 70 (2) dispone que «permitirán y facilitarán el paso rápido y sin trabas de todos los envíos, materiales y personal de socorro suministrados de acuerdo con lo dispuesto en esta Sección, incluso en el caso de que tal asistencia esté destinada a la población civil de la parte adversa». Esta disposición impide, en forma eficaz, la práctica, que a veces se utiliza en los bloqueos, de «impedir el paso», literalmente, de todos los suministros que se destinen al enemigo. En realidad, este artículo exige que todos los Estados Partes permitan y faciliten el paso rápido y sin trabas de todos los envíos, materiales y personal de socorros suministrados.

Los demás párrafos del artículo 70 tratan de los aspectos prácticos de las acciones de socorro, incluida la coordinación internacional. Por último, el artículo 71 establece algunas normas relativas al estatuto del personal que participe en las acciones de socorro, sea en territorio ocupado o no. Dispone, en particular, que ese personal debe ser respetado, protegido y asistido mientras desempeñe su misión de socorro.

#### 4.1.8. **Trato a las personas en poder de una parte en conflicto**

El título de este apartado es el epígrafe de la tercera y última Sección del Título IV (Población civil). El Capítulo I («Ámbito de aplicación y protección de las personas y de los bienes») comienza con el artículo 72, en el que se determina el ámbito de aplicación. Indica que las disposiciones de la Sección completan no sólo «las normas relativas a la protección humanitaria de las personas civiles y de los bienes de carácter civil en poder de una parte en conflicto», sino también «las demás normas aplicables de derecho internacional referentes a la protección de los derechos humanos fundamentales durante los conflictos armados de carácter internacional». Estas otras normas incluyen disposiciones sobre derechos humanos, que figuran en distintos tratados.

El artículo 73, sobre «Refugiados y apátridas», dispone que «las personas que, antes del comienzo de las hostilidades, fueron consideradas como apátridas o refugiadas» en el sentido de las normas pertinentes del derecho internacional o de la legislación nacional, «lo serán, en todas las circunstancias y sin ninguna distinción de índole desfavorable, como personas protegidas en el sentido de los Títulos I y III del IV Convenio». El objetivo de esta disposición es garantizar que, si el territorio en que estas personas residen es ocupado por la parte en conflicto de cuyo territorio huyeron o de cuya nacionalidad fueron privadas antes del comienzo de las hostilidades, dicha parte les dé las garantías y la protección a las que tienen derecho como «personas protegidas», sin importar el hecho de que las personas en cuestión hayan huido, previamente, del territorio de esa parte.

El artículo 73 no se refiere a la situación de las personas que huyen de su hogar cuando se desencadenan las hostilidades; en cambio, el artículo 74, dispone lo que hay que hacer para resolver, al menos una parte de ese problema, que por lo general, adquiere grandes proporciones, a saber, la separación de familias «a consecuencia de conflictos armados». El artículo dispone que todas las partes (es decir, todos los Estados Partes en el Protocolo y, sobre todo, las partes en conflicto) «facilitarán en toda la medida de lo posible la reunión» de las familias dispersas. Además, las partes tienen la obligación de alentar «en particular la labor de las organizaciones humanitarias que se dediquen a esta tarea conforme a las disposiciones de los Convenios y del presente Protocolo» y –cláusula inevitable de seguridad– «de conformidad con sus respectivas normas de seguridad».

El ejemplo más claro de una disposición relacionada con los derechos humanos en la Sección II del Título IV es el artículo 75, que proporciona una extensa lista de garantías fundamentales de derechos humanos para la protección de personas en poder de una parte en conflicto, como el derecho a la vida y a la integridad física (párrafo 2) y ciertos principios básicos que deben respetarse durante la detención y el enjuiciamiento de esas personas (párrafos 3-7). Cabe subrayar la importancia del párrafo 7, en el que resulta indudable que el principio de juicio equitativo se aplica también a «personas acusadas por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad». El párrafo 8, por último, excluye expresamente que se pueda interpretar el artículo de modo que prive a una persona de la protección de «cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca [...] una mayor protección».

Cabe observar que el artículo 75 reafirma ciertos principios fundamentales ya incorporados en el artículo 3 común de los Convenios de 1949, aplicable en los conflictos armados *no* internacionales.

¿Qué «personas en poder de una parte en conflicto» tienen derecho a gozar de la protección del artículo 75? En primer lugar, las personas que están en poder de la parte adversa y que no gozan de un trato más favorable según lo estipulado por los Convenios o el Protocolo. Es el caso del combatiente de guerrilla que, en una situación inusual de combate, tal como la define el artículo 44, no cumple con el requisito mínimo de llevar las armas abiertamente «durante todo enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar», y que, por lo tanto, ha perdido su derecho a ser considerado como prisionero de guerra. Otro ejemplo es el caso del mercenario, previsto en el artículo 47, que «no tendrá derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra».

Una pregunta sin respuesta es si la protección que otorga el artículo 75 también se extiende a las personas nacionales de una parte en conflicto, que se encuentran privadas de libertad o sometidas a procesamientos penales por esa parte, por motivos relacionados con el conflicto armado. El artículo no responde en modo alguno a esta pregunta y deja así la posibilidad de que haya divergencias.

El Capítulo II de la Sección III versa sobre las «Medidas en favor de las mujeres y de los niños». El artículo 76, sobre la «Protección de las mujeres», dispone, en el párrafo 1, que éstas «serán objeto de un respeto especial» y, reflejando muchas experiencias trágicas, especifica después que serán «protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor».

Los párrafos 2 y 3 del artículo 76 se refieren a las mujeres encintas y a las madres con niños de corta edad a su cargo. Si son «arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado», sus casos

deben atenderse «con prioridad absoluta» (párrafo 2). En el párrafo 3, se dispone que las partes en conflicto «procurarán evitar la imposición de la pena de muerte» a estas mujeres «por delitos relacionados con el conflicto armado» y que dicha pena «no se ejecutará [...] a esas mujeres por tales delitos».

El artículo 77 contempla varios aspectos relacionados con la «Protección de los niños». Cabe mencionar, en primer lugar, las restricciones que se establecen en los párrafos 2 y 3 respecto de la participación directa de los niños en las hostilidades. Según la idea que subyace al texto del párrafo 2, «los niños menores de quince años» no deben participar directamente en las hostilidades. Es necesario agregar aquí que esta opinión sobre una edad límite específica de quince años, es un arreglo más o menos arbitrario entre los que habrían preferido un límite más bajo, o incluso ningún límite específico, y los que se inclinaban por una edad límite más alta de, por ejemplo, dieciocho o veintiún años.

Así pues, el artículo 77 (2) obliga a las partes en conflicto a tomar «todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas». En el caso de que, no obstante esta norma expresa, niños menores de la edad límite fijada «participaran directamente en las hostilidades y cayeran en poder de la parte adversa», el artículo 77 (3) dispone que «seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra». Esta protección incluye un respeto especial, protección contra atentados al pudor, «los cuidados y la ayuda que necesiten» (párrafo 1) y el derecho a ser, en principio, «mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos» (párrafo 4).

La cuestión de la pena de muerte merece especial atención. El artículo 77 (5) prohíbe la ejecución de esta pena por una infracción cometida en relación con el conflicto armado «a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años». Por lo que atañe a la pena de muerte, el único factor decisivo es la edad del infractor en el momento en que cometió la infracción. Independientemente de la edad que tenga cuando sea sometido a juicio e incluso si se lo condena a muerte, la pena no se le podrá ejecutar si era menor de dieciocho años en el momento en que perpetró el crimen.

El propósito del artículo 78 es impedir la evacuación arbitraria de niños a un país extranjero. En principio, esa evacuación está prohibida; sólo se puede hacer una excepción si es en el propio interés de los niños, es decir, «cuando así lo requieran razones imperiosas relacionadas con la salud del niño, su tratamiento médico o, excepto en territorio ocupado, su seguridad». Para estos casos excepcionales, el artículo provee varias normas precisas que habrán de observarse en el momento de preparar y de efectuar la evacuación.

El Capítulo III de la Sección III consta de un solo artículo, el artículo 79, sobre «Medidas de protección de periodistas». Las personas consideradas en ese texto son los periodistas que, sin estar acreditados a las fuerzas armadas como corresponsales de guerra, realizan «misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado» (un tipo de actividad cuyo peligro ha quedado de manifiesto en numerosos incidentes, a veces fatales). La cuestión es determinar qué se puede hacer para proteger a los periodistas que realizan esas misiones sin privarlos, al mismo tiempo, de su libertad de movimiento y de recoger y transmitir información.

En este sentido, es necesario distinguir dos situaciones. Un periodista que, por su «misión profesional peligrosa», se encuentra en una zona en que se está desarrollando un combate puede tener la posibilidad de moverse libremente en dicha zona o puede ser capturado y detenido por una de las partes en conflicto. Se debe considerar que el artículo 79, si bien no las identifica explícitamente, es aplicable en ambas situaciones.

Con respecto a la primera situación, es evidente que el derecho no puede hacer mucho para proteger al periodista contra los efectos inmediatos del combate, es decir contra las balas, las bombas, las minas. El artículo 79 (1) se limita a declarar una obviedad: ese periodista y sus colegas «serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50». El artículo 79 (2) añade que «serán protegidos como tales de conformidad con los Convenios y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil». Son, por supuesto, personas civiles, pero personas civiles que tienen la propensión particular a buscar situaciones de alto riesgo en que las normas de protección de las personas civiles sólo pueden tener un efecto limitado.

En cuanto al periodista que se encuentra en poder de una parte en conflicto, sus dos preocupaciones principales son, probablemente, mantener su equipo intacto y recuperar, tan pronto como sea posible, su libertad de movimiento. El artículo 79 no reglamenta directamente estas cuestiones; pero los párrafos 1 y 2 se aplican también en esta situación: el periodista en cuestión «será considerado persona civil» y gozará de la protección correspondiente. Otro aspecto importante es si la parte que ha detenido a esta persona le creará cuando afirme que es un periodista. En este sentido, el párrafo 3 dispone que los periodistas que realicen una misión peligrosa podrán obtener una tarjeta de identidad «expedida por el Gobierno del Estado del que sean nacionales o en cuyo territorio residan, o en que se encuentre la agencia de prensa u órgano informativo que emplee sus servicios». Esa tarjeta oficial de identidad puede ayudar a convencer a la parte detenedora de que la persona en cuestión no es un espía o un saboteador, sino una persona respetable que está realizando un trabajo respetable.

Pero hay otra cuestión: obtener la tarjeta del Gobierno correspondiente puede implicar la aceptación de una medida de supervisión oficial que el

periodista considerará incompatible con los requisitos de su profesión. Teniendo en cuenta este dilema, el párrafo 3, en lugar de prescribir categóricamente la posesión de una tarjeta de identidad que certifique el estatuto de periodista de su titular, deja a éste la absoluta libertad de obtener o no dicho documento.

## 4.2. PROTOCOLO II

Tras el detenido examen del Protocolo I que acabamos de hacer, poco hay que decir sobre el Protocolo II, relativo a los conflictos armados internos, porque, por un lado, sólo consta de 28 artículos (a diferencia de los 120 que integran el Protocolo I) y, por otro, varias de sus disposiciones son idénticas a las del Protocolo I.

Tal como señala el artículo 1, el Protocolo II «desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949». Del mismo modo, el Preámbulo recuerda que «los principios humanitarios reafirmados por el artículo 3 común [...] constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional», e inmediatamente agrega que «los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental».

El Preámbulo define lo que puede considerarse el propósito fundamental del Protocolo II como «la necesidad de garantizar una mejor protección a las víctimas de tales conflictos armados». Estas víctimas son las personas civiles que no participan en las hostilidades, principalmente. Por consiguiente, un «suplemento» de especial importancia del artículo 3 común son las normas específicamente concebidas para su protección.

Dado que en la Conferencia Diplomática no se pudo lograr una reglamentación completa o perfecta de esta y de otras cuestiones, el Preámbulo concluye con una versión simplificada de la cláusula de Martens, declarando que «en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública».

### 4.2.1. **Ámbito de aplicación**

¿A qué situaciones se aplica el Protocolo II? Obviamente, no a las situaciones que incumben al ámbito del Protocolo I, es decir los conflictos armados internacionales, que incluyen, llegado el caso, las guerras de liberación nacional. Tampoco se aplica a las situaciones en que el grado de violencia es demasiado bajo, es decir, según la definición del artículo 1 (2), «a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados». El conflicto armado interno, tanto en

el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra como en el Protocolo II, se ubica entre esos dos extremos.

A diferencia del artículo 3 común, el Protocolo II no es aplicable a todos los «conflictos armados internos». El artículo 1 (1) define el «ámbito de aplicación material» del Protocolo a todo conflicto armado interno que tiene lugar en el territorio de un Estado Parte:

«entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo».

Cabe señalar, en primer lugar, que en este párrafo se excluye el caso de combates, incluso de gran envergadura, que tengan lugar en el territorio de un país entre varios grupos armados, pero sin la participación de las fuerzas armadas gubernamentales. Tal como demuestra la historia reciente, este caso no es imaginario. (Por lo que atañe al ámbito de aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, véase capítulo 3.4.7.)

Por lamentable que sea esta exclusión, a lo que se concede mucha más importancia es a las condiciones que debe reunir la «parte adversa», las cuales tienden a rebatir cualquier argumento que sostenga que el Protocolo debería aplicarse a un conflicto armado interno sólo porque éste causa un gran número de víctimas. Del mismo modo, no parece que el Protocolo haya sido concebido para aplicarlo a situaciones en las que la «parte adversa» es un movimiento de guerrilla clandestino que sólo incidentalmente, y de forma dispersa a veces en un lugar, otras, en otro, realiza acciones esporádicas.

Además, hasta ahora, la calificación de una situación como conflicto armado según el Protocolo (o, para el caso, el artículo 3 común) ha quedado, en gran medida, a la discreción y la buena fe del Estado implicado. Por lo tanto, mucho dependerá de la buena voluntad de las autoridades de ese Estado y, llegado el caso, de la presión que el mundo exterior pueda ejercer sobre éste.

Vale la pena repetir lo que se mencionó en el capítulo 3.2 y en el apartado 4.1.2, es decir, que hay órganos judiciales internacionales habilitados para determinar si el Protocolo II, o el artículo 3 común, se aplica a una situación dada de violencia interna.

Como se declara expresamente en el párrafo 1, el artículo 1 no pretende «modificar [las] actuales condiciones de aplicación» del artículo 3 común a los Convenios. Por ello, sigue siendo totalmente posible invocar dicho artículo respecto de situaciones de conflicto armado interno que, según las consideraciones del caso, no reúnen las condiciones requeridas en el artículo 1 (1) del Protocolo.

Un conflicto armado presupone la existencia de partes en conflicto. Por ello, sorprende que, si bien se menciona a las fuerzas armadas, en el artículo 1 no se hable de «partes en conflicto». Lo mismo ocurre con las demás disposiciones del Protocolo: se hace referencia a situaciones de «conflicto armado», en las que tienen lugar las «hostilidades» y las «operaciones militares», pero tampoco se habla de «partes en conflicto». Este completo silencio refleja el temor de muchos Gobiernos de que la sola referencia a una parte adversa en circunstancias concretas se interprete como una forma de reconocimiento de ese grupo.

El mismo temor llevó a la aprobación del artículo 3 sobre «No intervención». El párrafo 1 dispone que «no podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe el Gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos». El párrafo 1 añade que ninguna disposición del Protocolo podrá invocarse «como justificación para intervenir [...] en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la Alta Parte Contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto».

Ante el completo silencio acerca de la existencia de una «parte adversa», podemos preguntarnos si el Protocolo es vinculante para las partes no estatales en un conflicto. Si bien las posibles dudas al respecto podrían verse reforzadas por la ausencia de un procedimiento comparable al estipulado en el artículo 96 (3) del Protocolo I, mediante el cual las autoridades de «otros grupos armados organizados» pueden expresar su voluntad de respetar las obligaciones que impone el Protocolo, la historia de las negociaciones que llevaron a la redacción del Protocolo II deja en claro que la intención es que ambos bandos en un conflicto que entren en el ámbito de aplicación del Protocolo apliquen sus disposiciones.

#### 4.2.2. **Personas protegidas**

En términos similares a los que usualmente se encuentran en convenios de derechos humanos, el artículo 2 (1) establece que el «ámbito de aplicación personal» del Protocolo II son «todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1». Además, añade que el Protocolo «se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo». Es fácil comprobar que esta prohibición de todo tipo de discriminación está en total contradicción con la práctica de las partes en muchos conflictos armados internos.

Cabe destacar, especialmente, una importante restricción del ámbito de aplicación del Protocolo II, en comparación con el del Protocolo I: mientras en este instrumento se reconocen ciertas categorías de personas como

«combatientes» y se establecen disposiciones para su protección contra el empleo de ciertos métodos y medios de hacer la guerra, la noción de «combatiente» no figura en el Protocolo II (así como tampoco la de «prisionero de guerra»).

La única disposición, contrariamente a la explicación anterior, que asigna protección a los que participan en las hostilidades figura en la última frase del artículo 4 (1): «Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes». Por lo demás, todas las disposiciones del Protocolo II, sin excepción, apuntan a proteger, según lo indicado en la primera frase del párrafo citado, a las personas «que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas».

### 4.2.3. Trato humano

El Título II, llamado «Trato humano», inicia la serie de disposiciones sustantivas del Protocolo II. Comienza con una declaración de principio, en el artículo 4 (1), según la cual «todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas». Además, «serán tratadas con humanidad en toda circunstancia», una vez más, «sin ninguna distinción de carácter desfavorable».

El artículo 4 (2) desarrolla este principio general haciendo una larga lista de actos que atentan contra «las personas a que se refiere el párrafo 1», los cuales «quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar». La lista repite muchos actos ya prohibidos en el artículo 3 común a los Convenios y agrega otros, como (según el orden en que figuran en el texto) las «penas corporales», los «actos de terrorismo», los «atentados contra la dignidad personal», incluidas «la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor», «la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas» y «el pillaje». La lista se cierra con «las amenazas de realizar los actos mencionados».

El artículo 4 (3) se refiere al problema específico de la protección debida a los niños. En este caso también, el párrafo empieza con un principio general: «Se proporcionará a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten». Luego, se establecen disposiciones específicas que corresponden, de hecho, a una versión simplificada de la lista que figura en los artículos 77 y 78 del Protocolo I. Cabe destacar, especialmente, la disposición según la cual «los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades».

El artículo 5, sobre «Personas privadas de libertad», pone en evidencia el abismo que separa a las normas convencionales de derecho humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales de las relativas a los conflictos no internacionales. Un convenio separado, elaborado y detallado,

el III Convenio de Ginebra de 1949, rige el trato debido a los prisioneros de guerra en un conflicto armado internacional; el conjunto de normas sobre el trato a los internados civiles, en el IV Convenio, es sólo un poco menos impresionante. En comparación con estos dos textos, el artículo 5 no hace más que establecer algunas líneas principales respecto del trato debido a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado. No obstante, comparado con el artículo 3, el artículo 5 del Protocolo constituye un avance importante.

Con respecto a las razones por las que se priva a una persona de libertad, el artículo sólo se refiere a «motivos relacionados con el conflicto armado». Una vez más, se debería subrayar que no existe un régimen especial para los prisioneros de guerra en el Protocolo II: es indiferente si una persona es hecha prisionera por haber participado en las hostilidades, porque se sospecha que ha incitado a la rebelión armada contra el Gobierno legítimo, porque realizó actos de espionaje para una u otra parte o porque proporcionó ayuda médica a una persona herida a consecuencia del conflicto.

Los párrafos 1 y 2 del artículo 5 se refieren, en particular, a la cuestión de las personas detenidas o internadas. El párrafo 1 establece algunas normas que «se respetarán, como mínimo», relativas a cuestiones tales como el tratamiento médico adecuado, los socorros individuales o colectivos, la práctica de la religión propia y la asistencia espiritual. Las personas en cuestión también «recibirán, en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado».

El artículo 5 (2) añade una serie de disposiciones que «los responsables del internamiento o la detención» también están obligados a respetar, aunque esta vez «dentro de los límites de su competencia». Se incluye en esta categoría el permiso que habrán de conceder a los internados o detenidos de enviar y recibir cartas y tarjetas, al igual que, lo que sorprende un tanto, la prohibición de poner en peligro la «integridad física o mental [de éstos], mediante [alguna] acción u omisión injustificadas». El párrafo especifica que, consecuentemente, está prohibido «someter a las personas a las que se refiere el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad». Habría sido preferible incluir esta prohibición en el párrafo 1, junto con las normas que han de respetarse «como mínimo».

El artículo 5 (3) dispone que las personas que no estén internadas o detenidas, «pero cuya libertad se encuentre restringida, en cualquier forma que sea, por motivos relacionados con el conflicto armado, serán tratadas humanamente». Este trato humano debe ser conforme a una serie de normas, en particular, las incluidas en los artículos 4 y 5, relativas a los socorros

individuales y colectivos, la religión y la asistencia espiritual y la correspondencia, entre otras cuestiones.

Por último, el artículo 5 (4) dispone que, en caso de que se decida «liberar a personas que estén privadas de libertad, quienes lo decidan deberán tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de tales personas».

En el artículo 6, se reglamenta el «enjuiciamiento y la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado». Las normas para un proceso con las debidas garantías, establecidas en el artículo, se basan en tratados existentes de derechos humanos. Por ello, toda condena y ejecución de pena deberá efectuarse «en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad»; el acusado gozará de «todos los derechos y medios de defensa necesarios», y el acto u omisión debe haber constituido un delito según el derecho aplicable en el momento en que haya sido cometido.

El artículo 6 (4) prohíbe dictar la pena de muerte «contra las personas que tuvieran menos de 18 años de edad en el momento de la infracción», y ejecutar dicha pena «en las mujeres encintas [y] en las madres de niños de corta edad».

Dada la formulación de las normas que se incluyen en el artículo 6, sería también posible que una parte adversa no gubernamental las aplicara; sin embargo, para las autoridades gubernamentales, la cuestión del «enjuiciamiento y la sanción de las infracciones penales» es un asunto reservado exclusivamente al aparato judicial del Estado. Además, suele ocurrir que, incluso en un conflicto armado interno prolongado, la parte adversa no puede cumplir las condiciones estipuladas en el artículo en relación con un juicio equitativo y con la ejecución de las penas.

En el apartado 4.3.4, analizaremos el artículo 6 (5) sobre la amnistía al término de las hostilidades.

#### 4.2.4. Heridos, enfermos y náufragos

Se puede recordar que, sobre este tema, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 solamente dispone que «[l]os heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos» y que, al igual que todas las personas que no participen en las hostilidades o que hayan dejado de hacerlo, deberán ser tratados humanamente y sin distinción alguna de carácter desfavorable. El Título III del Protocolo II reafirma y completa esas normas fundamentales: en el artículo 7, en relación con la protección y la asistencia de los heridos, los enfermos y los náufragos, y en el artículo 8, por lo que atañe a la búsqueda de estas personas, y a la de los muertos.

De conformidad con el artículo 7 (1), «todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado» tienen derecho a

recibir protección y asistencia. El párrafo 2 contiene el principio según el cual los cuidados médicos se proporcionarán sin distinción:

«En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos».

Además, el artículo 9 (1) dispone que «el personal sanitario y religioso será respetado y protegido. Se le proporcionará toda la ayuda posible para el desempeño de sus funciones». Prohíbe que se obligue a dicho personal «a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria». El párrafo 2 prohíbe, específicamente, que se exija que el personal sanitario, en el cumplimiento de su misión, dé prioridad «al tratamiento de persona alguna salvo por razones de orden médico».

El artículo 10, titulado «Protección general de la misión médica», completa las disposiciones, estableciendo normas similares a las que figuran en el artículo 16 del Protocolo I: prohibición de castigar a cualquier persona «por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieren sido [...] los beneficiarios de dicha actividad» (artículo 10 (1)); prohibición de obligar a las personas que ejerzan una actividad médica «a efectuar trabajos contrarios a la deontología u otras normas médicas destinadas a proteger a los heridos y a los enfermos, o a las disposiciones del presente Protocolo» (artículo 10 (2)); y respeto de las obligaciones profesionales, incluida la confidencialidad de la información sobre los pacientes (artículos 10 (3) y (4)). Huelga decir que es más difícil hacer respetar estas normas en un conflicto armado interno que en uno internacional.

Luego, el artículo 11 brinda protección básica a las unidades y los medios de transporte sanitarios: a menos que se haga uso de ellos «con objeto de realizar actos hostiles al margen de sus tareas humanitarias», «serán respetados y protegidos en todo momento y no serán objeto de ataques». El artículo 12, con la misma concisión, reglamenta la cuestión del «signo distintivo» de la cruz roja o de la media luna roja. Cuando «bajo la dirección de la autoridad competente», dicho signo sea ostentado «tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios», «deberá respetarse en toda circunstancia». Además, «no deberá ser utilizado indebidamente».

#### 4.2.5. Población civil

Como se mencionó antes, el Protocolo II no dice mucho acerca de los métodos y medios de hacer la guerra. Sin embargo, no era posible guardar ese silencio casi total sobre un aspecto de los conflictos armados internos que ha llamado tanto la atención en los últimos tiempos, a saber, la lamentable suerte que, por lo general, la población civil corre en un país asolado por

una contienda interna. Al mismo tiempo, como el Protocolo no reconoce la existencia de «combatientes» ni de «objetivos militares» (salvo una curiosa excepción), era imposible dar una definición de población civil y de bienes civiles en relación con esos conceptos. La consecuencia de esa ausencia de definición es que las disposiciones sobre la protección de la población civil, que figuran en el Título IV del Protocolo II, no tienen una base sólida. Además, son considerablemente más cortas que las disposiciones equivalentes incluidas en el Protocolo I. Afortunadamente, en la práctica, las Partes tienden a guiarse por el Protocolo I para interpretar las disposiciones pertinentes en el Protocolo II.

El artículo 13 (1) establece el principio según el cual «la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares». En consecuencia, está prohibido hacerlos objeto de ataque, así como lo están «los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil» (párrafo 2). Como se dijo antes, las personas civiles gozan de esta protección «salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación» (párrafo 3).

Los artículos 14 a 16 prohíben los actos de guerra contra bienes específicos, en particular: «bienes indispensables para la supervivencia de la población civil» (prohibición que se basa en el principio formulado en el artículo 14, según el cual «queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles»); «obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica» («aunque sean», y esto es lo que sorprende, «objetivos militares»); ésta es la única referencia a ese concepto en todo el Protocolo; artículo 15); y los «monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos» (artículo 16).

El artículo 17 (1) prohíbe «ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas»; en el párrafo 2, se prohíbe, en todas las circunstancias, forzar a las personas civiles a «abandonar su propio territorio» por razones relacionadas con el conflicto.

En el artículo 18, figuran las pocas disposiciones relativas a las «sociedades de socorro y acciones de socorro» aplicables en conflictos armados internos. El párrafo 1 dispone que las sociedades de socorro «establecidas en el territorio» del Estado afectado por el conflicto, tales como las organizaciones de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, pueden «ofrecer sus servicios para el desempeño de sus funciones tradicionales en relación con las víctimas del conflicto armado». Hay que destacar que, a diferencia del artículo 81 del Protocolo I, este párrafo no se refiere expresamente al CICR y a la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna

Roja. Por otra parte, asigna una función a la población civil; de conformidad con la segunda frase, la población puede, «incluso por propia iniciativa, ofrecerse para recoger y cuidar los heridos, enfermos y náufragos».

El artículo 18 (2) versa sobre la cuestión de los socorros que habrán de proporcionarse a la población civil. Si ésta padece «privaciones extremadas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia, como víveres y suministros sanitarios», se emprenderán acciones de socorro en su favor. Y ahí concluye el párrafo: no se especifica quién ha de hacerlo. En cambio, sí deja claro que las acciones deben ser «de carácter exclusivamente humanitario e imparcial» y realizarse «sin distinción alguna de carácter desfavorable». Además, para emprender esas acciones, se requiere «el consentimiento de la Alta Parte Contratante interesada», es decir del Gobierno reconocido del Estado, sin importar si los socorros deben proporcionarse a la población en un territorio que dicho Gobierno controla o que se encuentra bajo el control efectivo de la parte adversa (no reconocida oficialmente).

### 4.3. APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO

El artículo 1 (1) del Protocolo adicional I declara, con términos idénticos a los del artículo 1 de los Convenios de Ginebra de 1949, que los Estados contratantes «se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia». El alcance de esta fórmula, concebida en el contexto del derecho de Ginebra, aquí se extiende explícitamente al derecho de La Haya, tal como se lo codifica y completa en el Protocolo.

El Protocolo adicional II carece de una fórmula similar. Sin embargo, no debe deducirse de ese silencio que un Estado que se hace Parte en el Protocolo no se compromete a «respetarlo y hacerlo respetar». Si los Estados dejaron de lado esa frase fue, simplemente, porque quisieron reducir a la mínima expresión las obligaciones derivadas del Protocolo II.

En efecto, es notable la ausencia de disposiciones en el Protocolo II sobre «aplicación y cumplimiento». La única disposición al respecto es el artículo 19, cuyo texto completo establece: «El presente Protocolo deberá difundirse lo más ampliamente posible». En relación, especialmente, con la ausencia total de disposiciones sobre otros aspectos de aplicación y de ejecución, este artículo, con su formulación impersonal, cobra especial importancia en cuanto a la difusión del mensaje en el territorio de los Estados Partes en el Protocolo II.

En el caso del Protocolo I, la situación es muy diferente. Tanto el Título I («Disposiciones generales») como el V («Ejecución de los Convenios y del presente Protocolo») contienen una serie de medidas destinadas a favorecer la aplicación y la ejecución del derecho humanitario.

### 4.3.1. Instrucción y educación

En el comienzo del Título V, el artículo 80 del Protocolo I pone de relieve la obligación de los Estados contratantes, y en particular, de los Estados Partes en un conflicto armado internacional, de adoptar «sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de los Convenios y del presente Protocolo», de dar las «órdenes e instrucciones oportunas para garantizar el respeto» de esos instrumentos y de «velar por su aplicación».

El artículo 83 refuerza la obligación de los Estados Partes de disponer lo necesario para la difusión del derecho humanitario. Tal como se estipula en el párrafo 1, los Estados Partes se comprometen, «tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, [...] a incorporar el estudio [de los Convenios y del Protocolo] en los programas de instrucción militar y a fomentar su estudio por parte de la población civil», a fin de que «esos instrumentos puedan ser conocidos por las fuerzas armadas y la población civil».

El párrafo 2 especifica que «las autoridades militares o civiles que, en tiempo de conflicto armado, asuman responsabilidades en cuanto a la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo deberán estar plenamente al corriente de su texto».

El artículo 82 añade un medio interesante para lograr una mejor difusión y un mayor respeto del derecho humanitario en las fuerzas armadas. Obliga a los Estados contratantes, en todo tiempo, y a las partes en conflicto en tiempo de conflicto armado, a «cuidar de que se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las fuerzas armadas». Esta disposición ya ha demostrado su utilidad en numerosas oportunidades, en las que los comandantes estaban adecuadamente informados acerca de las normas aplicables y las tropas tenían un conocimiento más completo de las obligaciones fundamentales que tienen en virtud del derecho humanitario.

Es imponderable el interés de la difusión del derecho humanitario, sobre todo en el seno de las fuerzas armadas, pero también en otros círculos. Cuanto más se conocen las normas de derecho humanitario, más posibilidades hay de que se las respete en la práctica. Lamentablemente, muchos Estados están rezagados en este sentido. En tal contexto, las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, bajo la dirección del CICR y de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, realizan programas de difusión para sus miembros y otros círculos y, en ocasiones, para las fuerzas armadas. Sobra decir que estas actividades del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja no pueden en modo alguno dispensar a las autoridades de sus obligaciones. Vale la pena repetir que, al menos, la difusión del derecho aplicable, es también una obligación estipulada en el Protocolo II (artículo 19).

### 4.3.2. Potencias protectoras y otros organismos humanitarios

Como se mencionó en el capítulo 3.5.2, los Convenios de Ginebra de 1949 asignan una función de supervisión a las Potencias protectoras o, en su ausencia, a un organismo humanitario imparcial, como el CICR. Sin embargo, desde 1949, el sistema de Potencias protectoras apenas ha funcionado, aunque sólo sea porque la índole de los conflictos armados rara vez ha provocado, como en el pasado, que las relaciones diplomáticas se vean interrumpidas y que de la protección de los intereses contrapuestos de los Estados en conflicto tengan que encargarse terceros Estados los cuales, tras el desencadenamiento de las hostilidades, asumen casi automáticamente las obligaciones de una Potencia protectora. Al fallar este automatismo, se comprobó que, una vez que se desencadenaban las hostilidades, era casi imposible efectuar el nombramiento de Potencias protectoras. Además, si bien el artículo 10 de los Convenios I-III y el artículo 11 del IV Convenio estipulan que los Estados están obligados a aceptar los ofrecimientos de servicios del CICR, o de otros organismos humanitarios, cuando resulte imposible conseguir protección por medio de las Partes protectoras, el funcionamiento de tales sustitutos, seguía dependiendo, en la práctica, del consentimiento de las Partes concernidas.

El propósito de los artículos 5 y 6 del Protocolo I es mejorar esa situación. Están precedidos por una definición de «Potencia protectora», que figura en el artículo 2 (c):

«se entiende por "Potencia protectora" un Estado neutral u otro Estado que no sea parte en el conflicto y que, habiendo sido designado por una parte en el conflicto y aceptado por la parte adversa, esté dispuesto a desempeñar las funciones asignadas a la Potencia protectora por los Convenios y por el presente Protocolo».

La definición deja en claro que la designación de una Potencia protectora depende de un acuerdo tripartito. Para que un Estado actúe como Potencia protectora en favor de una parte en conflicto en el territorio de la parte adversa, se necesita el consentimiento de los tres Estados.

El artículo 5 (1) establece el principio según el cual «es deber de las partes en conflicto, desde el comienzo de éste, asegurar la supervisión y la ejecución de los Convenios y del presente Protocolo mediante la aplicación del sistema de Potencias protectoras»; este sistema incluye, *inter alia*, «la designación y la aceptación de esas Potencias, conforme a lo dispuesto en los párrafos siguientes».

El párrafo añade que «las Potencias protectoras estarán encargadas de salvaguardar los intereses de las partes en conflicto». Esta expresión se parece mucho a la formulación que se emplea en los Convenios de Ginebra. Sin embargo, en los Convenios se hacía referencia, simplemente, a una realidad concreta («las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los

intereses de las partes en conflicto»), es decir a la práctica que se aplicaba en el pasado y en la que los Estados asumían, casi automáticamente, la función de Potencias protectoras, como una consecuencia natural de su aceptación previa de representar diplomáticamente a una de las Partes en un litigio que luego se transformaba en un conflicto armado. En el artículo 5 (1), en cambio, se trata de una obligación impuesta a un Estado que, en el transcurso de un conflicto armado, es designado y aceptado para actuar como Potencia protectora, y que acepta esa función. En el contexto del Protocolo, esta obligación no puede entenderse como una referencia a un deber general de representación diplomática; antes bien, los «intereses» que la Potencia protectora debe salvaguardar deben ser específicamente el interés que tiene una parte en conflicto por que sus súbditos en poder del enemigo sean tratados de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario, y quizá también, en lo posible, con sus propias costumbres y cultura.

Los párrafos 2 y 3 del artículo 5 establecen procedimientos detallados para facilitar «la designación y la aceptación» de las Potencias protectoras. Si ese sistema no da resultado, es necesario recurrir a los «sustitutos». Según la definición del artículo 2 (d), «se entiende por sustituto una organización que reemplaza a la Potencia protectora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5». El artículo 5 (4) describe cómo se efectúa esa sustitución: el CICR o «cualquier otra organización que presente todas las garantías de imparcialidad y eficacia», después de consultar a las Partes y teniendo en cuenta los resultados de esas consultas, *puede* ofrecerse a esas Partes para actuar como sustituto. Si, tras esa minuciosa preparación, la organización hace un ofrecimiento, «las partes en conflicto aceptarán sin demora [ese ofrecimiento]».

Una diferencia entre una Potencia protectora y un sustituto, como el CICR, es que aquella tiene la obligación de salvaguardar los intereses de la parte en conflicto que representa, mientras que, por lo que atañe al sustituto, lo importante es su imparcialidad. Para una organización como el CICR, es evidente que la prioridad serán los intereses de las víctimas del conflicto.

Un problema práctico que puede presentarse respecto de las actividades de las Potencias protectoras es que, para desempeñar sus funciones de supervisión, deben disponer del personal calificado necesario. El propósito del artículo 6 es que las Partes en el Protocolo procuren, ya en tiempo de paz, formar ese personal calificado.

El intento, antes mencionado, de resucitar la institución de las Potencias protectoras con la ayuda de una serie de nuevas disposiciones no ha tenido ningún resultado. Sin embargo, el sistema existe y se puede recurrir a él en un futuro conflicto armado. Así pues, ¿qué se puede esperar de la supervisión efectuada por una Potencia protectora o por su sustituto? Por un lado, que efectivamente supervisen las condiciones de vida en los lugares donde se encuentran, o donde trabajan, los heridos, los enfermos y los náufragos,

los prisioneros de guerra o los internados civiles, así como las condiciones sanitarias y el abastecimiento en alimentos básicos de la población civil en un territorio ocupado. Por otro lado, cabe pensar que toda supervisión de las actividades propias a los combates y de las normas que se aplican entre los combatientes será, en el mejor de los casos, accidental e indirecta. Por lo general, las funciones de las Potencias protectoras no incluyen la investigación acerca de si los ataques se efectuaron conforme a las normas. Aunque una excepción en este sentido sea, quizá, el uso de armas químicas. Como demostraron experiencias pasadas, es posible encontrar en la zona atacada los rastros del uso de tales armas, y la investigación correspondiente puede ser efectuada tanto por los delegados de la Potencia protectora o del sustituto, como por cualquier otro organismo.

Por último, cabe señalar que el Protocolo II no menciona nada similar al sistema de Potencias protectoras. Es interesante preguntarse si sería apropiado aplicar ese mecanismo o un sistema comparable en el caso de un conflicto armado interno. Se debería agregar que el CICR también realiza visitas a personas privadas de libertad por motivos relacionados con conflictos armados internos, que incumben al ámbito del Protocolo II.

#### 4.3.3. Responsabilidad colectiva

Como se dijo en el capítulo 3.5.3, cuando se trata de determinar responsabilidades en cuanto a violaciones del derecho internacional humanitario, sea en un conflicto armado interno sea en un conflicto internacional, la primera entidad en la que se piensa es en los Estados Partes que participan en ese conflicto.

En este sentido, se debe mencionar el efecto que produce la combinación de los artículos 1 (4) y 96 (3) del Protocolo I. Como se observó en el apartado 4.1.2, el artículo 1 (4) reconoce ciertas «guerras de liberación nacional» como conflictos armados internacionales, y el artículo 96 (3), por su parte, hace posible que la autoridad que representa a un pueblo empeñado en un conflicto de esa índole presente una declaración al depositario en la que se compromete a aplicar los Convenios y el Protocolo. Así, los Convenios y el Protocolo entran en vigor para esa parte en conflicto «con efecto inmediato», y dichos instrumentos «obligan por igual a todas las partes en conflicto». En consecuencia, a partir del momento en que se concrete esta situación (lo cual, como dijimos antes, nunca ha ocurrido), las autoridades del grupo que se empeñe en una guerra de liberación serían plenamente responsables de toda violación de las normas del derecho internacional humanitario.

Lamentablemente, en el Protocolo II no se prevé una posibilidad similar. Sin embargo, como también se señaló en el capítulo 3.5.3, los grupos armados de oposición que se empeñen en un conflicto armado interno deben, forzosamente, asumir la responsabilidad de las violaciones cometidas por sus miembros; una responsabilidad que, en un conflicto armado de la índole de

los que prevé el Protocolo II, comprende todas las disposiciones del Protocolo. Una disposición similar al artículo 96 (3) del Protocolo I habría sido de utilidad.

#### 4.3.3a *Reciprocidad*

Como se mencionó en el capítulo 3, apartado 3.5.3a, un Estado Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 no puede apelar a la reciprocidad en su aspecto negativo (un argumento como: «Ya no estoy obligado a respetar el derecho porque usted no lo ha respetado»), como fundamento para desligarse de las obligaciones que le imponen los Convenios. Esta cuestión no estaba tan clara, sin embargo, con respecto al derecho de La Haya. Cabe preguntarse, entonces, cómo se ha resuelto esta cuestión en el Protocolo I que, como ya hemos visto, combina elementos de los derechos de Ginebra y de La Haya.

El artículo 1 (1) expresa el compromiso de los Estados Partes «a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia». Esta cláusula es idéntica al texto del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra. La conclusión que salta a la vista es que la reciprocidad negativa se ha excluido de todo el ámbito cubierto por el Protocolo, incluidas las normas que originariamente pertenecían al derecho de La Haya sobre los métodos y medios de hacer la guerra y la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades.

La reciprocidad positiva («Estoy obligado a respetar el derecho porque usted se compromete a hacerlo») también se incluyó en el Protocolo I, en relación, particularmente, con las guerras de liberación nacional de las que trata el artículo 1 (4). Como se dijo antes, una declaración hecha de conformidad con el artículo 96 (3) no sólo hace que los Convenios y el Protocolo entren en vigor para el pueblo empeñado en la guerra «con efecto inmediato», sino que dichos instrumentos «obligarán por igual a todas las partes en conflicto».

El Protocolo II no incluye ninguna disposición similar a las del Protocolo I sobre reciprocidad negativa o positiva. No obstante, su sola aplicación depende de que se cumpla la condición de que no sólo las fuerzas armadas del Estado, sino también otros «grupos armados organizados [...] ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita [...] aplicar el presente Protocolo». Una vez que se cumple esta condición y que, por lo tanto, el Protocolo se aplica al conflicto, se puede sostener que las normas para la protección de las víctimas del conflicto son tan esencialmente humanitarias que no se las puede dejar de lado con el argumento de que la otra parte no las ha respetado.

En cuanto a la reciprocidad positiva, quizá no se pueda esperar mucho de tan sólo un buen ejemplo. Sin embargo, las terceras Partes que intentan

promover el respeto del derecho internacional humanitario por todas las partes en conflicto pueden usar el argumento de que una de esas partes respeta, efectivamente, las normas del derecho.

#### 4.3.3b *Represalias*

En el Protocolo I, las normas que prohíben el recurso a las represalias se hallan tanto en el Título II (Heridos, enfermos y náufragos) como en el Título IV (Población civil).

El artículo 20, que completa las prohibiciones que figuran en los Convenios de 1949, prohíbe las represalias contra las personas y los bienes protegidos por el Título II sobre heridos, enfermos y náufragos. Esta disposición se aprobó sin dificultad alguna.

El Título III, sobre «Métodos y medios de guerra. Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra», no contiene una prohibición de las represalias. En lo que concierne a algunas disposiciones, esta ausencia se explica, sin embargo, porque están prohibidas en alguna otra parte del Protocolo. Así, la norma que prohíbe «hacer uso indebido del signo distintivo de la cruz roja [o] de la media luna roja» (artículo 38) también implica una prohibición de las represalias en virtud de lo dispuesto por el artículo 20. Cuando no hay una prohibición de esa índole en otras disposiciones, la cuestión que queda por resolver es si se puede suspender la aplicación de otras normas del Título III a modo de represalia.

Al respecto, es totalmente defendible el argumento según el cual las represalias ya no pueden justificarse en detrimento de normas que, claramente, se concibieron para proteger categorías específicas de personas, tal como la prohibición de la perfidia que introduce el artículo 37, o las normas sobre cuartel y protección del enemigo fuera de combate, que figuran en los artículos 40 y 41. En cambio, las restricciones sobre el uso de armas o uniformes del enemigo (artículos 35, 39), siguen estando, en cierta medida, sujetas a represalias.

Como se mencionó en el capítulo 3, apartado 3.5.3b, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en 1970, la resolución 2675 (XXV) que declara, entre otras cosas, que «las poblaciones civiles o las personas que las componen no deberán ser objeto de represalias». En la Conferencia Diplomática, esta extensión de la prohibición de las represalias resultó ser un hueso duro de roer. En contraste con la evidente reafirmación de la prohibición de las represalias por lo que atañe a la protección de los heridos, los enfermos y los náufragos, el debate sobre las represalias en relación con la protección de la población civil fue largo y difícil.

Se oponían dos posiciones principales: por un lado, los partidarios de una prohibición categórica en este ámbito también; y por otro, los que querían que las represalias contra la población civil siguieran siendo un recurso posible.

Ambos grupos presentaron argumentos sólidos. Uno sostenía que, al igual que las represalias contra los prisioneros de guerra, las medidas de represalia contra la población civil forzosamente afectan a personas inocentes. Además, estimaban que las posibilidades de éxito de estas medidas (es decir, de que una medida de represalia en particular hiciera que la parte adversa abandonara su comportamiento ilícito) eran, en el mejor de los casos, escasas.

El segundo grupo argumentó, en cambio, que no siempre podía considerarse que la población civil fuera absolutamente inocente respecto de lo que las autoridades políticas y militares estuvieran haciendo; que no se había demostrado que las represalias contra la población civil fueran ineficaces en todos los casos y, último argumento, también de peso, que las partes en conflicto, simplemente, no disponían de otros medios para lograr un cambio de actitud en cuanto al respeto del derecho por parte del adversario. Los representantes de este grupo también opinaban que, si no se podía evitar la prohibición de ataques en represalia contra la *población civil*, era necesario mantener, al menos, la posibilidad de represalias contra los *bienes civiles*.

Los partidarios de esta última posición también hicieron propuestas para establecer una reglamentación estricta de los recursos permitidos para tomar represalias. Estas propuestas comprenden elementos tales como: advertencia previa expresa; abstención de ejecutar la represalia, a menos que sea obvio que se ha desatendido la advertencia; imposición de un grado de sufrimiento a la población civil de la parte adversa no mayor al que ésta haya causado a la población propia; y cese de la medida de represalia tan pronto como la parte adversa haya suspendido los ataques ilícitos.

Tras largos debates y negociaciones, el grupo «pro prohibición» obtuvo una amplia victoria, que se tradujo en la aprobación de prohibiciones de ataques a modo de represalias contra: la población civil o personas civiles (artículo 51 (1)), bienes civiles (artículo 52 (1)), bienes culturales y lugares de culto (artículo 53 (c)), bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (artículo 54 (4)), el medio ambiente natural (artículo 55 (2)), y obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (artículo 56 (4)).

Es indudable que estas prohibiciones categóricas forman parte del derecho, así como también lo es que, en la práctica, pueden convertirse, por lo general, en consideraciones de «reciprocidad negativa». Además, habría que recordar que algunas de las disposiciones relativas a la protección de la población civil son complicadas y están redactadas en un lenguaje tal que, en la práctica, pueden dar lugar fácilmente a diferencias de opinión en cuanto a si se las está violando o respetando. Dado que esas diferencias pueden hacer necesario el recurso a una investigación, cabe señalar aquí que, de conformidad con el artículo 90 del Protocolo, las partes en conflicto pueden recurrir, a ese efecto, a la Comisión Internacional de Encuesta. Es dable esperar que, llegado el caso, el hecho de recurrir tempranamente a esa

Comisión contribuirá a revertir la tendencia de utilizar las medidas de represalia (véase, en este sentido, apartado 4.3.5).

En 1986, al ratificar el Protocolo I, Italia declaró que «reaccionará a las violaciones graves y sistemáticas de las obligaciones impuestas por [...] los artículos 51 y 52, cometidas por el enemigo, recurriendo a todos los medios permitidos por el derecho internacional a fin de evitar toda futura violación». Si bien el texto no especifica qué entiende Italia por «permitidos por el derecho internacional», el propósito de la frase era, con toda probabilidad, referirse a los requisitos que tradicionalmente se exigen para una represalia lícita.

La declaración que hizo el Reino Unido al ratificar el Protocolo, el año 1998, es explícita en este sentido y establece:

«Si una parte adversa efectúa ataques graves y deliberados contra la población civil o personas civiles, o contra bienes civiles, violando los artículos 51 o 52, o contra bienes o productos protegidos, en violación de los artículos 53, 54 y 55, el Reino Unido se considerará autorizado a tomar medidas prohibidas por los artículos en cuestión, dentro de los límites que estime necesarios para el mero propósito de obligar a la parte adversa a dejar de cometer esas violaciones. Lo hará sólo después de que la parte adversa haya desatendido la advertencia formal en la que se le exija poner término a las violaciones y, por lo tanto, después de que se haya tomado una decisión al respecto en el más alto nivel del Gobierno. En consecuencia, ninguna de las medidas que adopte el Reino Unido será desproporcionada respecto de las violaciones que le hayan dado lugar ni implicará ninguna acción prohibida por los Convenios de Ginebra de 1949; tampoco se prolongarán esas medidas después de que cesen las violaciones. El Reino Unido notificará a las Potencias protectoras la advertencia formal presentada a una parte adversa y, si ésta desatiende dicha advertencia, también les comunicará las medidas tomadas en consecuencia».

Es una manera precisa de expresar los requisitos que el derecho internacional tradicionalmente establece para el recurso a las represalias por parte de los beligerantes. Se puede entender que la declaración (que no objetaron los demás Estados contratantes) implica que el Reino Unido, aunque acepta la prohibición de las «represalias» en el sentido de una venganza total, se reserva el derecho de recurrir a actos de represalia debidamente considerados, abiertos, oficiales, formales y estrictamente circunscritos. Por supuesto, como consecuencia, los potenciales adversarios del Reino Unido tendrán el mismo derecho y según las mismas y estrictas condiciones.

Puede señalarse que el Reino Unido (como en el caso anterior, Italia) también ha reconocido la competencia de la Comisión Internacional de Enquesta. Se podría esperar que, en la práctica, el recurso a esa Comisión

preceda al recurso a las represalias, y así se podría eliminar, probablemente, la necesidad de este último.

Finalmente, cabe observar que, desde la aprobación del Protocolo, no parece que haya habido casos de ataques contra la población civil o bienes civiles de la parte enemiga, con respecto a los cuales se haya informado que eran represalias y que reunieran las condiciones necesarias para ello. Por otra parte, ha habido muchos casos en que las partes en un conflicto armado se han vengado encarnizadamente contra la población civil de la parte adversa. La comunidad internacional, lejos de perdonar esas prácticas, las ha condenado con vigor en más de una ocasión. Aun así, no está claro, también a la luz de las declaraciones de Italia y del Reino Unido, si las prohibiciones de tomar represalias contra la población civil, que figuran en el artículo 51 y siguientes, pueden considerarse ahora como normas de derecho consuetudinario.

En el Protocolo II, no se refleja ninguna de estas cuestiones. Los debates en la Conferencia Diplomática acerca de las represalias en los conflictos armados internos llevaron a la conclusión negativa de que no se diría nada al respecto en el Protocolo. Un argumento fue que las represalias no tienen cabida en el derecho relativo a los conflictos armados internos. En un sentido estricto, ese argumento es correcto: las normas sobre las represalias de guerra justificables que se formaron en la práctica internacional (advertencia, último recurso, proporcionalidad, limitación en tiempo) no tienen su equivalente en la historia de los conflictos armados internos. Desde otro punto de vista, el argumento no tiene mucho sentido; las prohibiciones de represalias en los Convenios de 1949 y en el Protocolo I sirven, ante todo, para proscribir la reacción casi ciega y visceral frente a violaciones intolerables: «como él mató a mi gente, ahora yo lo mato a él». Probablemente, este tipo de reacciones sea más común en situaciones de conflicto armado interno que en uno internacional. Lo cierto es que los Estados en la Conferencia, aun sin estar, quizá, a favor de esos actos de venganza ciega, no quisieron atarse las manos incluyendo una prohibición de las represalias en el Protocolo II.

#### 4.3.3c *Indemnizaciones*

Por último, la responsabilidad del Estado, en el sentido clásico, se trata expresamente en el artículo 91 del Protocolo I:

«La parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas».

El artículo es una adaptación del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1907 sobre la guerra terrestre (en el que la responsabilidad se limitaba,

estrictamente hablando, a las violaciones del Reglamento) a la nueva situación de «confluencia», o de combinación de los derechos de La Haya y de Ginebra, en el Protocolo. El resultado es que la norma sobre responsabilidad, incluidas las indemnizaciones, adquirió un alcance mucho más amplio. Si bien se la redactó formalmente para los Convenios y el Protocolo en tanto tratados, no es osado considerar que es aplicable a todo el derecho internacional humanitario, sea escrito o consuetudinario.

Otra consecuencia del lenguaje que se adoptó en 1977 se relaciona con el empleo de las expresiones «parte en conflicto» y «sus fuerzas armadas». En virtud del artículo 43 (1), la responsabilidad de un Estado Parte comprende «todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados». Si una «persona» se empeña en una guerra de liberación nacional en las condiciones previstas en el artículo 1 (4) y en el artículo 96 (3), esa «parte en conflicto» será igualmente responsable de todo lo que hayan hecho sus «fuerzas armadas», según la definición del artículo 43 (1).

Para un debate sobre las posibilidades y las dificultades de los intentos de aplicar la norma del artículo 3 del Reglamento de La Haya de 1907, véase, capítulo 3, apartado 3.5.3c. Las mismas consideraciones sirven para la aplicación del artículo 91 del Protocolo.

La segunda frase del artículo 91 puede interpretarse también en un sentido completamente diferente, como una indicación de que una parte en conflicto puede ser considerada responsable no sólo por la Parte que sufre el daño, sino también por todas las Partes en el Protocolo o por la opinión pública. Este aspecto se examina detenidamente en el apartado 4.3.5. Para los desarrollos más recientes, incluidos los que se relacionan con conflictos armados internos, véase el capítulo 6.

#### 4.3.4. Responsabilidad individual

El artículo 85 (1) garantiza la aplicación del sistema de represión de las «infracciones graves» y otras violaciones de los Convenios, a violaciones similares del Protocolo I. Éste, por su parte, completa y mejora significativamente ese sistema.

El sistema era fácil de aplicar a las disposiciones del Protocolo destinadas, al igual que los Convenios, a proteger categorías claramente especificadas de personas y de bienes que estuvieran en poder de la parte adversa o cuya condición de protegidos pudiera reconocerse mediante un signo distintivo (como la cruz roja). Así, el artículo 85 (2) es una de las disposiciones cuya violación constituye una «infracción grave», dado que se refiere a las personas que participan en las hostilidades y caen en poder del enemigo sin tener derecho al estatuto de prisionero de guerra. Del mismo modo, en el Título II (Heridos, enfermos y náufragos), el artículo 11 (4) estipula que

constituye una infracción grave «toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una Parte distinta de aquella de la que depende» y que viole una de las normas establecidas en el artículo.

Se necesitó más cautela cuando se trató de aplicar el sistema a los Títulos III y IV del Protocolo, que tratan de las hostilidades propiamente dichas y de la protección de la población civil contra sus efectos. Por un lado, esos títulos no se concibieron, en términos generales, para la protección de categorías bien definidas y suficientemente restringidas de «personas protegidas». Por otro, con frecuencia es muy difícil establecer cuáles han sido los hechos reales acerca de las «hostilidades propiamente dichas» y sus efectos. Por lo general, las partes en un conflicto armado, sobre todo en lo más álgido de los combates, tienden a dar una versión propagandística de los hechos. Entonces, ¿cómo se puede esperar que sometan a un juicio justo al adversario acusado de, por ejemplo, haber bombardeado un barrio residencial?

Estas consideraciones se traslucen en el artículo 85 (3). A modo de ejemplo, tomemos el caso de una violación de la prohibición de ataques indiscriminados (artículo 51 (4)). Para que ese ataque constituya una «infracción grave», no sólo debe cometerse «*intencionalmente*, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y [causar] la muerte o [atentar] gravemente a la integridad física o a la salud», sino que también debe lanzarse «*a sabiendas* de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii». Los requisitos que aparecen en cursiva, relativos a la intención y al conocimiento de los efectos del ataque, sirven para evitar los cargos penales excesivamente apresurados y esencialmente propagandísticos.

El ataque a un adversario fuera de combate es otro ejemplo. El artículo 41 (1) prohíbe atacar a un adversario «cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba *reconocerse* que está fuera de combate». Sin embargo, para que ese ataque constituya una infracción grave, el artículo 85 (3) exige específicamente que el acto se haya cometido a sabiendas de que la víctima estaba fuera de combate. El artículo 11 (4) también requiere que el acto u omisión haya sido *intencional*.

No todas las disposiciones de los Títulos III y IV se incluyeron en el sistema de infracciones graves. Por ejemplo, quedaron fuera las normas fundamentales que prohíben: el uso de armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios; métodos y medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural (artículos 35 (2) y (3)); el uso de uniformes del enemigo (artículo 39 (2)); los ataques contra bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, como artículos alimenticios, cosechas y ganado (artículo 54).

El artículo 85 (4) introduce otro conjunto de infracciones graves, totalmente nuevas, que incluyen «la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles» y «las prácticas de *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal»; y en ambos casos, cuando se los cometa «intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo».

Estas «infracciones graves» reflejan preocupaciones específicas del decenio de 1970 (Paquistán-India, Sudáfrica). En este caso también el texto fue concebido de modo tal que se evitara una aplicación demasiado fácil.

El artículo 85 (5), por último, declara que las infracciones graves de los Convenios y del Protocolo «se considerarán como crímenes de guerra». El hecho de hacer una declaración tan evidente, al menos en apariencia, reviste un interés histórico importante, en el sentido de que ciertos Estados, por razones relacionadas con el enjuiciamiento por crímenes de guerra tras la Segunda Guerra Mundial, se habían negado con firmeza, hasta entonces, a reconocer que las infracciones graves de los Convenios correspondían a la noción general de crímenes de guerra.

Los Convenios de Ginebra de 1949 no establecen muy explícitamente que el hecho de que una persona omita actuar cuando estaba obligada a hacerlo puede constituir una infracción. El artículo 86 (1) del Protocolo I corrige este defecto. El párrafo 2 agrega a esta norma aparentemente simple una disposición sobre el problema más importante que surge en relación con la «omisión de acción», esto es, la responsabilidad de los superiores respecto del comportamiento de sus subordinados. Dice lo siguiente:

«El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción».

Está claro que un superior no puede responsabilizarse por toda forma de comportamiento criminal que adopten sus subordinados: debe haber tenido conocimiento previo o, al menos, la información necesaria, y debe haber omitido hacer lo que, efectivamente, se esperaba que hiciera para evitar o reprimir el crimen. Al respecto, el artículo 87 especifica que los Estados Partes y las partes en conflicto impondrán una obligación a los jefes militares, en cuanto «a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad», de que «impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y las denuncien a las autoridades competentes».

En este sentido, es muy importante que los jefes militares puedan saber, con un grado suficiente de certidumbre, qué conducta se considerará como una «infracción» de tales instrumentos. Dada la compleja estructura de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos, con frecuencia los jefes militares necesitan asesoramiento de expertos para lograr una correcta (o, al menos, aceptable) interpretación de los textos. Como se dijo en el apartado 4.3.1, el artículo 82 reglamenta esa necesidad, obligando a las Partes a que «cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, *al nivel apropiado*, acerca de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las fuerzas armadas». La idea no es que cada jefe de pelotón deba tener un asesor jurídico en su grupo. Pero se deberá determinar en cada caso, y sobre la base de la situación real, quiénes son los comandantes de ese nivel apropiado.

El Protocolo trata de la responsabilidad de los superiores por actos cometidos por sus subordinados, sin embargo no dice nada acerca de la cuestión inversa, es decir, de la posibilidad de que se castigue a un subordinado que ha actuado siguiendo una orden de su Gobierno o de su superior y ha cometido así una infracción grave de los Convenios o del Protocolo, o que se ha negado a obedecer esa orden precisamente porque constituía una infracción grave. En la Conferencia Diplomática de 1974-1977, el tema se debatió largamente, sobre la base de numerosas propuestas escritas. Al final, ninguna de estas propuestas obtuvo la mayoría necesaria, de modo que la cuestión se dejó a la legislación nacional de los Estados y a un posterior examen en el plano internacional.

El artículo 88 del Protocolo I refuerza y mejora las normas de los Convenios de Ginebra sobre asistencia «en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo». Se dispuso, en particular, acerca de una mejor cooperación en materia de extradición.

En ausencia de disposiciones comparables en el Protocolo II, la represión de las violaciones de sus normas es un asunto que queda a discreción de las partes en conflicto. Como se observó en el apartado 4.2.3, los Gobiernos no están muy a favor de la idea de que los grupos armados de oposición establezcan su propio aparato judicial. El castigo que, a menudo, impone la parte gubernamental es por los actos hostiles en sí, es decir, por la participación en las hostilidades, la que, con frecuencia, se considera una traición, y no por violaciones del derecho internacional humanitario.

Compensando esa ausencia de disposiciones sobre la represión de violaciones, el artículo 6 (5) trata el problema opuesto y particularmente delicado que a menudo se presenta al término de un conflicto armado interno. Cuando terminan las hostilidades, se supone que los adversarios ocasionales volverán a llevar una vida normal, uno junto al otro, como

ciudadanos más o menos pacíficos del Estado que, poco tiempo antes, ha sido el escenario de sus actividades violentas. Por ello, será importante crear circunstancias que, en la medida de lo posible, favorezcan esa coexistencia pacífica. Para alcanzar este objetivo, el párrafo insta a «las autoridades en el poder» a procurar «conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado».

Esta disposición, aunque esté redactada en términos amplios, no debería llevar a una situación en la que incluso las peores infracciones del derecho internacional (así como de los derechos humanos) queden sin castigo, pues ello provocaría una profunda insatisfacción acerca de la manera en que se puso término al conflicto. A fin de evitar una situación tal, es necesario encontrar un justo equilibrio entre los requisitos de justicia y de paz. El pasado histórico muestra que ese equilibrio es difícil de lograr.

#### 4.3.5. Otras medidas de aplicación y de cumplimiento

En este apartado, trataremos varias cuestiones que figuran en diferentes partes de los Protocolos de 1977, que están relacionadas, de manera más o menos precisa, con la aplicación y el cumplimiento, pero que no encajan en los títulos anteriores de esta sección.

##### 4.3.5a *Actividades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y de otras organizaciones humanitarias*

El artículo 81 del Protocolo I trata de las actividades que desempeñan las organizaciones citadas, en relación directa con un conflicto armado (y, por consiguiente, no con sus actividades en tiempo de paz).

Con respecto al CICR, la primera organización que se menciona específicamente en el artículo, el párrafo 1 dispone que las partes en un conflicto armado deben darle «todas las facilidades que esté en su poder otorgar para que pueda desempeñar las tareas humanitarias que se le atribuyen en los Convenios y el presente Protocolo a fin de proporcionar protección y asistencia a las víctimas de los conflictos». Añade que el CICR puede «ejercer también cualquier otra actividad humanitaria en favor de esas víctimas, con el consentimiento de las partes en conflicto interesadas».

Las respectivas organizaciones de la Cruz Roja de las partes en conflicto son objeto del artículo 81 (2). También se les deben conceder facilidades, en particular «las facilidades necesarias para el ejercicio de sus actividades humanitarias en favor de las víctimas del conflicto, con arreglo a las disposiciones de los Convenios y del presente Protocolo y a los Principios Fundamentales de la Cruz Roja formulados en las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja».

Cabe observar que en el texto citado se hace referencia a «organizaciones» y no a «sociedades»; se eligió el término «organizaciones» para abarcar organismos que aún no hayan sido, o que no puedan ser, reconocidos como una Sociedad de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja en el sentido estricto del término: organizaciones recientemente establecidas que aún no reúnan los requisitos para un reconocimiento internacional, o un organismo como la Sociedad de la Media Luna Roja Palestina, que no puede ser reconocida hasta que no se reconozca internacionalmente a Palestina como un Estado. Otro problema particularmente difícil es el de la organización israelí del Magen David Adom, que no obtiene el reconocimiento a causa de su emblema, la estrella roja de David. Como se dijo antes, se está intentando encontrar el modo de solucionar este delicado problema.

Las actividades de las organizaciones de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja deben realizarse de conformidad con los Principios Fundamentales de la Cruz Roja, los más importantes de los cuales son: humanidad, imparcialidad, neutralidad e independencia (es decir, autonomía respecto de las autoridades).

El artículo 81 (3) añade la obligación, tanto para los Estados Partes como para las partes en conflicto, de facilitar, «en toda la medida de lo posible, la asistencia que las organizaciones de la Cruz Roja [...] y la Liga de Sociedades de la Cruz Roja presten a las víctimas de los conflictos», y, también en este caso, siempre que esa asistencia se realice con arreglo a los Convenios, al Protocolo y a los Principios Fundamentales antes citados.

Por último, el artículo 81 (4) dispone que los Estados Partes y las partes en conflicto, en la medida de lo posible, den «facilidades análogas a las mencionadas en los párrafos 2 y 3 a las demás organizaciones humanitarias [...] que se hallen debidamente autorizadas por las respectivas partes en conflicto y que ejerzan sus actividades humanitarias con arreglo a las disposiciones de los Convenios y del presente Protocolo».

En el apartado 4.2.5, se hizo referencia al artículo 18 del Protocolo II, que trata de la situación de las «sociedades de socorro establecidas en el territorio» del Estado en conflicto, tales como las organizaciones de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. En vez de concederles autorizaciones específicas, simplemente se les permite «ofrecer sus servicios para el desempeño de sus funciones tradicionales en relación con las víctimas del conflicto armado».

Si bien no se menciona específicamente al CICR en el artículo 18, la Institución con frecuencia desempeña sus «funciones tradicionales» en países donde hay conflictos armados internos. Una de sus importantes funciones (quizá más reciente que tradicional) en este ámbito es, como se dijo antes, la difusión del derecho internacional humanitario en todo el territorio del país en cuestión, en las localidades a las que tiene acceso y, por lo general, en estrecha cooperación con la Sociedad de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja «establecida en el territorio».

#### 4.3.5b *Actividades internacionales para la promoción del derecho internacional humanitario*

Los intentos de reforzar el papel de la comunidad internacional en cuanto a la promoción del respeto del derecho internacional humanitario se tradujeron en la introducción, en el Protocolo I, de dos disposiciones, una en el Título I (Disposiciones Generales) y otra en el Título V (Ejecución de los Convenios y del presente Protocolo).

En el Título I, el artículo 7 dispone que el depositario del Protocolo (es decir, Suiza) convocará una reunión de los Estados Partes, «a petición de una o varias Altas Partes Contratantes y con la aprobación de la mayoría de ellas», a fin de «estudiar los problemas generales relativos a la aplicación de los Convenios y del Protocolo». La referencia a «problemas generales» indica que el propósito de tales reuniones no es examinar y exponer supuestas violaciones de los Convenios y del Protocolo. Sin embargo, es probable que los delegados en esas reuniones quieran ilustrar un «problema general relativo a la aplicación» con ejemplos específicos y, en la práctica, puede resultar difícil distinguir esos ejemplos específicos de acusaciones directas.

Hasta el presente, el artículo se ha aplicado por su argumento una sola vez, pero no de nombre: la reunión no se convocó con referencia al artículo 7. El «problema general» que se quería tratar era la aplicación del régimen del IV Convenio en relación con la ocupación; la situación práctica en que se fundamentaba la petición de convocar dicha reunión era la ocupación del territorio palestino por Israel. Este ejemplo muestra claramente que hay más tendencia a tratar problemas específicos que generales.

La otra disposición figura en el artículo 89, Título V. Se estipula que «en situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo», los Estados Partes «se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas». Esta declaración no es muy vehemente y deja pendientes todas las cuestiones relativas a su verdadero significado y su utilidad práctica. En cierta medida, se puede usar tanto para una ruptura de las relaciones diplomáticas de concierto con las Naciones Unidas como para una intervención directa, bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

Cabe señalar que, en repetidas ocasiones, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas han aprobado resoluciones en las que instan a las partes en conflicto a respetar las obligaciones que les incumben según los instrumentos de derecho humanitario pertinentes, tanto en relación con conflictos armados internacionales como, obviamente más a menudo, con conflictos armados internos.

Los organismos de las Naciones Unidas, al igual que otras organizaciones internacionales, han adoptado ávidamente el término de «violaciones graves».

Éste hace su primera aparición en el artículo 89 y se lo emplea también en el artículo 90, que se analiza a continuación.

#### 4.3.5c *Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta*

La responsabilidad de una parte en conflicto por las violaciones de los Convenios o del Protocolo presupone que las violaciones han ocurrido realmente; en otras palabras, que los hechos se establecieron debidamente. Se observó antes que, con frecuencia, esto sería muy difícil de lograr con respecto a muchas normas del Protocolo. Tomemos el caso de un presunto ataque contra un hospital: ¿el ataque se realizó contra el hospital o contra un objetivo militar ubicado cerca de él (que, en principio, quizá, no debería haber estado allí)? ¿Qué daños sufrió realmente el hospital? ¿Fueron causados por bombas arrojadas desde el aire o por otros factores? En ocasiones como ésta, rara vez se encuentra presente un observador objetivo, y la experiencia muestra que, la mayoría de las veces, las partes en conflicto dan versiones de los hechos diametralmente opuestas. ¿A quién hay que creer?

Ante este dilema, el artículo 90 dispone el establecimiento de una «Comisión Internacional de Encuesta». La Comisión, integrada «por quince miembros de alta reputación moral y de reconocida imparcialidad», se estableció en 1991, cuando veinte Estados contratantes habían aceptado «la competencia de la Comisión», mediante una declaración unilateral por la que reconocen «*ipso facto* y sin acuerdo especial, con relación a cualquier otra Alta Parte Contratante que acepte la misma obligación, la competencia de la Comisión para proceder a una investigación acerca de las denuncias formuladas por esa otra Parte, tal como lo autoriza el presente artículo».

La Comisión, que agregó a su nombre el adjetivo «humanitaria» para evitar confusiones con otros organismos de encuesta, tiene competencia para examinar los hechos relativos a presuntas violaciones graves de los Convenios o del Protocolo, y para «facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y del presente Protocolo»; frase que refleja descripciones similares de competencias en instrumentos de derechos humanos. La Comisión puede ejercer sus funciones sobre la base de las correspondientes declaraciones unilaterales de los Estados involucrados en un conflicto armado internacional o, en ausencia de tales declaraciones, con el consentimiento de las Partes interesadas.

Si bien el Protocolo II no aborda esta cuestión, la Comisión ha afirmado, en más de una ocasión, que también está en condiciones de recibir peticiones de encuestas sobre supuestas violaciones, o de ofrecer sus buenos oficios, en situaciones de conflictos armados internos. Obviamente, en ese caso también se necesita el consentimiento de las partes interesadas, lo cual constituye un verdadero obstáculo para que la Comisión ejerza realmente esa función.

Las actividades dispuestas en el artículo 90 pueden contribuir a que los litigios provocados por acusaciones de violaciones graves de los Convenios o del Protocolo se solucionen más rápida y justamente, y también pueden ayudar a disminuir las tensiones que conllevan tales acusaciones (y así reducir también la posibilidad del recurso a las «represalias» o a su pariente más terrible, la venganza lisa y llana).

El número de Estados que hicieron la declaración exigida por el artículo 90 ha llegado casi a sesenta, pero todavía no se ha dado ninguna situación en la que se hayan utilizado realmente los servicios de la Comisión. Es un hecho que tiene que competir con otros procedimientos de encuesta: tanto los que se utilizan en el ámbito de los derechos humanos como los grupos *ad hoc* que la ONU y, especialmente, el Consejo de Seguridad, establecen ocasionalmente a tal efecto. En 1992, el secretario general de la ONU estableció una comisión de expertos para recabar y clasificar datos relativos a acusaciones de violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de ex Yugoslavia. Dos miembros de esta comisión también eran miembros de la Comisión Internacional de Encuesta. Pero no se le preguntó a ésta si estaba dispuesta a realizar esa tarea. Desde entonces, en repetidas ocasiones, la Comisión ha hecho saber a los organismos de las Naciones Unidas que también está dispuesta a prestar servicios en actividades relacionadas con las Naciones Unidas.

## CAPÍTULO 5

# LOS DESARROLLOS POSTERIORES A 1977: PRINCIPALES TRATADOS

Como se destacó en los capítulos anteriores, muchos ámbitos del derecho humanitario se desarrollaron después de la aprobación de los Protocolos adicionales de 1977. En el presente capítulo, se analizan los pasos significativos que se dieron en los siguientes ámbitos: armas convencionales (apartado 5.1), armas de destrucción masiva (apartados 5.2 y 5.3), protección de bienes culturales (apartado 5.4) y derecho de la guerra en el mar (apartado 5.5). En el capítulo 6, se tratan los avances realizados en materia de derecho penal internacional y otros temas relacionados con el cumplimiento del derecho.

### 5.1. ARMAS CONVENCIONALES

#### 5.1.1. La Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y Protocolos anexos

Tal como se desprende de su título oficial, «Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados», la Convención no se relaciona con armas nucleares, químicas o bacteriológicas. En un sentido positivo, el título da cuenta del asunto que realmente reglamenta la Convención: la categoría de armas que con frecuencia se denominan «armas controvertidas» (expresión que acuñó, en el decenio de 1960, el distinguido jurista internacional alemán, profesor Bert Röling); controvertidas, porque se considera que las armas en cuestión o la manera en que se las emplea son contrarias a los principios de derecho humanitario. Para abreviar, nos referiremos a esta convención con la sigla CCAC (Convención sobre ciertas armas convencionales).

Si lograr un acuerdo sobre el texto de los Protocolos adicionales de 1977 no fue fácil, las negociaciones que precedieron a la aprobación de la CCAC y sus Protocolos anexos fueron una empresa aún más difícil. El objetivo era llegar a un acuerdo en relación con las restricciones que podían imponerse

respecto del empleo de armas específicas, muchas de las cuales formaban parte, desde hacía mucho tiempo, de los arsenales de las fuerzas armadas, e incluso eran empleadas comúnmente en muchos escenarios de guerra. Así, las posiciones que las delegaciones adoptaron en la Conferencia fueron muy distintas. Para dar sólo un ejemplo: mientras un grupo promovía una prohibición total del empleo de armas incendiarias, otro grupo no veía por qué se habría de proteger a los combatientes contra esas armas, ni estaba convencido de la necesidad de complementar las normas del Protocolo I de 1977 relativas a la protección de la población civil con otras que la protegieran contra el empleo de esas armas en particular. Partiendo de puntos de vista tan dispares, los textos que resultaron de las negociaciones sobre esta cuestión y otras similares no pueden ser más que el signo de una conciliación.

La CCAC sólo comprende 11 artículos, y no se refieren a aspectos sustantivos del empleo de ciertas armas convencionales. En ellos se dispone acerca del ámbito de aplicación, la entrada en vigor y el examen de la CCAC y de sus Protocolos. Las normas sustantivas se encuentran en los Protocolos anexos: los que fueron aprobados al mismo tiempo que la CCAC, es decir, el Protocolo sobre fragmentos no localizables, (Protocolo I), el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, (Protocolo II) y el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III), y los que fueron aprobados después, es decir, el Protocolo sobre armas láser cegadoras (Protocolo IV), aprobado en 1995, y el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, enmendado en 1996 (Protocolo II enmendado).

### 5.1.1a *La Convención*

Como se mencionó en el apartado 2.4, la CCAC se firmó bajo los auspicios de las Naciones Unidas, lo cual la diferencia, en cierta medida, de otros tratados de derecho humanitario de los conflictos armados, incluidos los Protocolos adicionales de 1977. Sin embargo, su contenido está estrechamente relacionado con el de esos otros tratados. Esa relación se hace evidente en el Preámbulo, en el que los Estados Partes recuerdan «el principio general de la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades» y los principios relativos a los sufrimientos innecesarios y a la protección del medio ambiente, que dimanen directamente del Protocolo de 1977.

Del mismo modo, los Estados Partes repiten la cláusula de Martens, para confirmar su determinación:

«[...] en los casos no previstos en la presente Convención, en sus Protocolos anexos o en otros acuerdos internacionales, la población civil y los combatientes permanecerán, en todo momento, bajo la protección y la autoridad de los principios de derecho internacional derivados de la costumbre, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública».

En este caso, al igual que en 1899, esta cláusula se introdujo con un propósito muy específico. Las negociaciones dejaron en claro que no sería posible lograr un acuerdo sobre varias propuestas y que, por consiguiente, no darían lugar a normas específicas. Así pues, esos casos no previstos, quedan bajo la protección –importante, a pesar de su indudable vaguedad y falta de precisión– de los «principios aplicables de derecho internacional».

El Preámbulo también pone de manifiesto otra relación, quizá menos notoria: la conexión entre el contenido de la Convención y de sus Protocolos anexos y la cuestión del desarme. En este sentido, el Preámbulo expresa que los Estados Partes desean «contribuir a la distensión internacional, a la terminación de la carrera de armamentos y a la instauración de la confianza entre los Estados y, por consiguiente, a la realización de la aspiración de todos los pueblos a vivir en paz». Agrega que los resultados positivos que se logren en el ámbito de la prohibición o la restricción del empleo de ciertas armas convencionales «podrán facilitar las conversaciones más importantes sobre desarme destinadas a poner fin a la producción, el almacenamiento y la proliferación de tales armas convencionales».

El artículo 1 define el ámbito de aplicación de la CCAC y de sus Protocolos anexos haciendo referencia al artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y al artículo 1 (4) del Protocolo I de 1977. Esto significa que la Convención y sus Protocolos se aplican en los conflictos armados internacionales, incluidas las guerras de liberación nacional y, por consiguiente, no en los conflictos armados internos. Pero hay una excepción: el Protocolo II según fue enmendado en 1996. De conformidad con lo dispuesto en él expresamente, también es aplicable en los conflictos armados internos (véase apartado 5.1.1f).

El artículo 2 de la CCAC, excluyendo toda interpretación de la Convención o de sus Protocolos que menoscabe «otras obligaciones impuestas a las Altas Partes Contratantes por el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados», se refiere implícitamente a los Convenios de Ginebra y a los Protocolos adicionales.

Otra referencia implícita a los Convenios y sus Protocolos adicionales, o basada en ellos, es la del artículo 6, que obliga a los Estados Partes «a dar la difusión más amplia posible, tanto en tiempo de paz como en período de conflicto armado, a la presente Convención y a sus Protocolos anexos por los que estén obligados» en los respectivos países, así como a «incorporar el estudio de ellos en los programas de instrucción militar, de modo que estos instrumentos sean conocidos por sus fuerzas armadas». Se la respete o no, esta reafirmación de la necesidad de difundir el derecho es la única obligación que la Convención impone a los Estados Partes en materia de aplicación. Por lo demás, es de esperar que la aplicación y el cumplimiento de la Convención y de sus Protocolos anexos vayan a la par de los esfuerzos por promover los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977.

En otros aspectos, la CCAC difiere de los tratados anteriores. Los Protocolos de 1977 están abiertos sólo a los Estados Partes en los Convenios de 1949, mientras que todos los Estados pueden ser Partes en la CCAC (artículos 3 y 4). Sin embargo, esto no constituye una gran diferencia, dado que, en noviembre de 2000, 189 Estados eran Partes en los Convenios de Ginebra, o sea, casi todos. (Aunque se haya negociado bajo los auspicios de la ONU, la Convención no está abierta a la adhesión de ésta o de otras organizaciones internacionales.)

El hecho, sorprendente quizá, de que la Convención en sí no contenga normas sustantivas sobre el empleo de armas se explica por la incertidumbre que entonces prevalecía acerca de si los Estados aceptarían obligarse, con el tiempo, por todas las prohibiciones o restricciones que los participantes aprobaron en la Conferencia. La solución fue agrupar las normas según categorías de armas y expresarlas en Protocolos separados. Los Estados tendrían la libertad, en principio, de aceptarlos o no.

Esta estructura hubiera podido tener como consecuencia que algunos Estados estuvieran obligados por un Protocolo y otros Estados por uno diferente. Para evitar lo que hubiera podido ser una situación muy confusa, el artículo 4 dispone que para ser Parte en la Convención, un Estado debe aceptar, al menos, dos de los (entonces) tres Protocolos. Después, puede aceptar, en cualquier momento, obligarse «por cualquier Protocolo anexo por el que no esté ya obligado». Todas estas decisiones deben notificarse al depositario que, en este caso, tal como dispone el artículo 10, es el secretario general de las Naciones Unidas.

Este sistema, inteligentemente concebido y complementado con normas sobre las relaciones entre los Estados que son Partes en la Convención pero obligados por distintos Protocolos (artículo 7) tiene escasa importancia en la práctica, pues, con unas pocas excepciones, los Estados que se hicieron Partes en la Convención aceptaron los tres Protocolos originales. Sin embargo, el sistema sí se aplica a las relaciones que resultan de la aprobación del Protocolo IV y del Protocolo II enmendado, ya que no todos los Estados Partes en la Convención aceptaron uno u otro de estos nuevos Protocolos exactamente en la misma fecha.

Para completar el sistema, el artículo 7 (4) prevé todas las variaciones y permutaciones que pueden surgir en el caso de que la Convención y uno o más de sus Protocolos se apliquen en una guerra de liberación nacional, que se desarrolle en las condiciones que prevén los artículos 1 (4) y 96 (3) del Protocolo adicional I de 1977.

También pareció necesario establecer un conjunto de normas bastante complejas para reglamentar la cuestión del examen y las enmiendas. Naturalmente, la Conferencia no podía responder a todas las solicitudes de prohibiciones o de restricciones del empleo de ciertas categorías específicas de

armas. Las delegaciones cuyas propuestas se rechazaron deseaban vehementemente incluir normas que facilitarían el posterior examen de los textos aprobados y la adición tanto de normas como de Protocolos nuevos. Los que se oponían a ello, se inclinaban más por restringir las posibilidades de examen y de enmiendas.

Haciéndose eco de esta controversia, el artículo 8 contiene un número de normas que reflejan la fórmula a la que, con dificultad, se logró llegar. Establece una distinción entre las enmiendas a la Convención y a sus Protocolos anexos (párrafo 1) y la adición de nuevos protocolos (párrafo 2). En ambos párrafos, se dispone que en cualquier momento, después de la entrada en vigor de la Convención, cualquier Estado Parte puede presentar propuestas pertinentes. El Depositario notifica la propuesta a todos los Estados Partes y recaba su opinión «sobre la conveniencia de convocar a una conferencia para considerar la propuesta». Se convoca a esa conferencia sólo si una mayoría, no menor de 18, de los Estados Partes así lo conviene. Dicha conferencia tiene facultad para considerar las propuestas y decidir al respecto. Si el objetivo es enmendar la Convención o un Protocolo, sólo las Partes en esos instrumentos pueden aprobar las propuestas. En cuanto a los nuevos protocolos, pueden ser aprobados por una conferencia en la que estén representados todos los Estados, sean Partes en la Convención o no.

En la primera Conferencia de Examen, que celebró dos períodos de sesiones, en 1995 y en 1996, se aprobaron el Protocolo IV y el Protocolo II enmendado. La segunda Conferencia de Examen fue prevista para 2001.

### 5.1.1b *Protocolo I: fragmentos no localizables*

El Protocolo I contiene una sola disposición, por la que se prohíbe «emplear cualquier arma cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano».

La disposición es una aplicación directa del principio que prohíbe el empleo de armas «de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios», (según los términos empleados en el artículo 35 (2) del Protocolo I de 1977). Se la incluyó, principalmente, para proteger a los combatientes, lo cual constituye una excepción en la Convención y en los Protocolos. Sin embargo, tiene una significación práctica limitada: cuando se celebró la Conferencia, la existencia de armas como las descritas en el artículo no era más que un rumor; e incluso hoy, si existen, sin duda no forman parte de los arsenales comunes de la gran mayoría de los Estados. De hecho, la limitada significación de la prohibición que se establece en el Protocolo I llevó a que se incluyera, en el artículo 4 (3) de la CCAC, el requisito de que un Estado, para poder ser Parte en dicho instrumento, debe consentir en obligarse por, al menos, dos de los Protocolos anexos. El hecho de aceptar únicamente el Protocolo sobre fragmentos no localizables no habría tenido ninguna trascendencia.

Para ilustrar la limitada importancia que tiene este Protocolo, nada mejor que señalar que es el único remanente de los intentos de prohibir categorías de municiones explosivas empleadas realmente, como los proyectiles con una envoltura prefragmentada (diseñados para explotar, según un patrón establecido, en fragmentos de dimensiones predeterminadas) o rellenos de perdigones muy pequeños o de flechillas tipo clavos. Todos estos intentos fracasaron ante el argumento de que, si se los comparaba con otros tipos de municiones existentes, de uso común, como las bombas altamente explosivas o las piezas de artillería, no se podía sostener que las municiones explosivas de «fragmentación» fueran de una índole tal que causaran males superfluos o sufrimientos innecesarios.

### 5.1.1c *Protocolo II: minas, armas trampa y otros artefactos*

Mientras el Protocolo sobre fragmentos no localizables fue, en 1980, el resultado casi imperceptible de esfuerzos que apuntaban muy alto, el Protocolo sobre minas fue todo lo contrario, en ese y en muchos otros sentidos. Se puso mucha energía en la elaboración de normas detalladas sobre el empleo de varias clases de municiones del tipo de las minas, para tratar de «proteger lo más posible a la población civil» según la clásica expresión, contra los efectos, por lo general horribles y duraderos, de esa clase de arma. Algún tiempo después de la aprobación de este Protocolo, se sintió la necesidad de mejorar sus normas, lo que se hizo, en 1996, con la aprobación del Protocolo II enmendado. Como éste no reemplaza al Protocolo de 1980, y no todos los Estados Partes en dicho Protocolo consintieron en obligarse por el Protocolo enmendado de 1996, es necesario explicar, en primer lugar, el Protocolo de 1980.

Además de asignar protección a la población civil, el Protocolo también proporciona una protección a los combatientes, en particular contra los efectos de ciertas armas trampa, así como a las fuerzas y misiones de las Naciones Unidas.

El artículo 1 establece que el Protocolo se aplica en tierra, la que incluye las «playas, el cruce de vías acuáticas o el cruce de ríos», pero no «al empleo de minas antibuques en el mar o en vías acuáticas interiores». Se refiere a una amplia categoría de armas que, al contrario de lo que podría sugerir su nombre, no son necesariamente explosivas. Una "mina" es un arma explosiva. Como establece el artículo 2 (1), «se entiende por "mina" toda munición colocada debajo, sobre o cerca de la superficie del terreno u otra superficie cualquiera y concebida para detonar o explotar por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona o de un vehículo». El «arma trampa» no necesariamente es explosiva. Según el artículo 2 (2), es un arma trampa «todo artefacto o material concebido, construido o adaptado para matar o herir y que funcione inesperadamente cuando una persona toque un objeto aparentemente inofensivo o se aproxime a él, o realice un acto que aparentemente no entrañe riesgo alguno». Los «otros artefactos»

pueden ser explosivos o no. El artículo 2 (3) los define como «municiones y artefactos colocados manualmente que estén concebidos para matar, herir o causar daños y que funcionen por control remoto o en forma automática mediante acción retardada».

Se pretende lograr el propósito de proteger a la población civil, imponiendo, en primer lugar, restricciones generales al empleo de dichas municiones, que se inspiren en las disposiciones sobre el mismo tema que figuran en el Protocolo adicional I de 1977. Como se indica en el artículo 3, esas restricciones son de tres tipos: la prohibición del empleo de estas armas «sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalias, contra la población civil como tal o contra personas civiles»; la prohibición de uso indiscriminado; y la exigencia de que se tomen «todas las precauciones viables para proteger a las personas civiles de los efectos» de estas municiones. El artículo 3 define los conceptos de «uso indiscriminado» y el artículo 2, párrafos 4 y 5, los de «objetivo militar» y de «bienes de carácter civil», en los mismos términos que el Protocolo I de 1977.

Las «restricciones generales» que se establecen en el artículo 3 de ningún modo son redundantes, pues Estados que se hicieron Partes en la CCAC no eran Partes en el Protocolo I de 1977. Sin embargo, incluso para los Estados obligados por ambos instrumentos, el artículo 3 responde en caso de que se dude de si el empleo de minas, armas trampa y «otros artefactos» cabe en el concepto de «ataque» tal como se lo define en el artículo 49 del Protocolo I de 1977.

Los artículos 4 y 5 contienen normas específicas para la protección de la población civil. El artículo 4 restringe el empleo de todas las armas (salvo las minas lanzadas a distancia) en «ciudades, pueblos, aldeas u otras zonas en las que exista una concentración similar de personas civiles», si no se está librando o no es inminente allí un combate entre fuerzas terrestres. En esas circunstancias, está prohibido el empleo de estas armas, a menos que «sean colocadas en objetivos militares que pertenezcan a una parte adversa o estén bajo su control, o en las inmediaciones de dichos objetivos» (en un acto de sabotaje, por ejemplo); o cuando sean colocadas como medio de defensa, con la condición de que «se tomen medidas para proteger a la población civil de los efectos de dichos artefactos, por ejemplo, instalando señales de peligro, colocando centinelas, formulando advertencias o instalando cercas».

El artículo 5 trata del «empleo de minas lanzadas a distancia» (es decir, según el artículo 2 (1), minas «lanzada[s] por artillería, cohetes, morteros u otros medios similares, así como las arrojadas desde aeronaves»). Ese lanzamiento a distancia sólo está permitido «dentro de una zona que sea en sí un objetivo militar o que contenga objetivos militares» y con la condición de que «se pueda registrar con precisión su emplazamiento» o que «en cada una de esas minas exista un mecanismo neutralizador eficaz», para el

caso en que dicha mina ya no responda a los fines militares para los que fue colocada. El artículo también exige que, «a menos que las circunstancias no lo permitan», se formule una advertencia previa y eficaz «de todo lanzamiento o siembra de minas a distancia que pueda afectar a la población».

Las normas que figuran en el artículo 6, que prohíben «el empleo de determinadas armas trampa», se concibieron para proteger tanto a los combatientes como a los civiles. Recordando «las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados con respecto a la traición y la perfidia», en el párrafo 1 se prohíbe, «en todas las circunstancias», el empleo de «toda arma trampa que tenga forma de objeto portátil aparentemente inofensivo, que esté específicamente concebido y construido para contener material explosivo y detonar cuando alguien lo toque, lo manipule o se aproxime a él», así como el de una larga lista de armas trampa que «estén de alguna forma unidas o guarden relación con» el emblema de la cruz roja, personas enfermas, heridas o muertas, suministros médicos o juguetes infantiles, por mencionar sólo algunos casos.

En el artículo 6 (2), se prohíbe, también «en todas las circunstancias», el empleo de «cualquier arma trampa concebida para ocasionar daños superfluos o sufrimientos innecesarios». Esta prohibición, que también es una aplicación directa del conocido principio de 1899, se refería a una práctica que aún estaba fresca en la memoria y que consistía en construir huecos, cuidadosamente escondidos, en cuyo interior había afiladas lanzas de bambú: lo más probable era que la persona que cayera en esa trampa sufriera graves heridas y muriera de forma lenta y dolorosa.

Mientras estas disposiciones tratan del empleo de minas, y demás armas durante las hostilidades, el artículo 7 hace referencia al problema de los peligros que entrañan tanto los campos de minas como las minas sembradas y las armas trampa para la población civil, mucho después de que cesan las hostilidades activas. Las disposiciones de este artículo establecen una obligación de registrar, siempre que sea posible, el emplazamiento de todos los campos de minas, minas y armas trampa, y de que la Parte que haya registrado esos datos, o que los haya obtenido mediante un intercambio de información, los utilice, tras el término de las hostilidades, a fin de «adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas» para proteger a la población civil. En un anexo técnico al Protocolo, se proporcionan, detalladamente «directrices sobre el registro».

El artículo 7 no se refiere expresamente al caso de ocupación enemiga, a pesar de que, en tal situación, los campos de minas sembrados previamente para la defensa del territorio pueden constituir una amenaza para la población civil, como en cualquier otro caso de «cese de las hostilidades activas». Este silencio manifiesto se explica, en especial, por la oposición de (la entonces) Yugoslavia, cuya constitución excluye expresamente la aceptación de una situación de ocupación enemiga. Por consiguiente, la

delegación de ese país no podía aceptar ninguna norma que se refiriera en forma expresa a la ocupación. A la luz de este episodio en la historia de la elaboración del texto, se debe interpretar que la expresión «cesación de las hostilidades activas» abarca el caso de ocupación enemiga.

El artículo 8 prevé el caso en que una fuerza o una misión de las Naciones Unidas esté desempeñando «funciones de mantenimiento de la paz, observación o funciones similares» en una zona determinada (en la que, obviamente, la presencia de minas o de armas trampa puede significar un grave obstáculo para sus movimientos). En el párrafo 1, se obliga a cada parte en conflicto, si así se lo solicitan y en la medida de sus posibilidades, a «retirar o desactivar todas las minas o armas trampa de esa zona»; a adoptar todas las medidas necesarias para proteger a la fuerza o a la misión; y a poner a disposición del jefe de la fuerza o misión toda la información que tenga en su poder. Para el caso específico de una misión de las Naciones Unidas de determinación de hechos (que puede hacer inspecciones en una franja de territorio más amplia e imprevisible que otras misiones), el párrafo 2 repite las obligaciones de protección e información, dejando de lado la de retirar las minas, y demás armas, de la zona en la que la misión desempeña sus actividades.

Por último, el artículo 9 insta a que, tras el cese de las hostilidades activas, las partes cooperen «entre ellas y, cuando proceda, con otros Estados y con organizaciones internacionales», para retirar o desactivar los campos de minas, minas y armas trampa emplazados durante el conflicto.

Incluso retrospectivamente, el Protocolo sobre Minas sigue siendo un instrumento bien equilibrado, que otorga una protección significativa a la población civil, con una sola condición: que sus normas sean estrictamente respetadas por una fuerza armada profesional que se empeñe en una guerra, siguiendo el principio militar implícito de economía de fuerza y en un teatro de operaciones que permita ese tipo de guerra. En la práctica, sin embargo, la situación ha sido muy diferente. Países enteros han sido literalmente cubiertos de todos los tipos más péfidos de minas terrestres y de armas trampa. Este empleo masivo y sin restricciones en países como Afganistán y Angola provocó la protesta de la comunidad internacional; de allí surgieron los intentos de imponer mayores restricciones al empleo de esas municiones. Esos intentos se tradujeron en resultados positivos, con la aprobación del Protocolo II enmendado en 1996 y después, de la Convención de Ottawa de 1997; sin embargo, el Protocolo II original sigue siendo vigente y, por lo tanto, cuando es aplicable, hay que cumplir y hacer cumplir sus disposiciones.

#### 5.1.1d *Protocolo III: armas incendiarias*

El Protocolo, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias» (Protocolo III), consta de sólo dos artículos, que son el resultado de

amplios debates en la Conferencia. El artículo 1 define, a los efectos del Protocolo, el concepto de «armas incendiarias» e indica qué municiones no están incluidas en ese concepto. También define algunas otras nociones, como «objetivo militar» y «bien civil». El artículo 2 contiene normas sobre la «protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil».

De conformidad con el artículo 1 (1), por «arma incendiaria» se entiende «toda arma o munición concebida primordialmente para incendiar objetos o causar quemaduras a las personas mediante la acción de las llamas, del calor o de una combinación de ambos, producidos por reacción química de una sustancia que alcanza el blanco». Muchos tipos de municiones responden a esta descripción; en el párrafo se dan algunos ejemplos: «lanzallamas, "fougasses", proyectiles explosivos, cohetes, granadas, minas, bombas y otros contenedores de sustancias incendiarias». Pero esta lista de ejemplos no es fundamental para el Protocolo, pues ninguna de las armas incendiarias que incluye ha sido objeto de una reglamentación separada, sea para prohibir su empleo, sea para restringirlo. Lo mismo sucede con el caso del napalm, que, a pesar de las fuertes objeciones que se formularon contra su empleo, cuando se negoció la Convención, ni siquiera figura en la lista (en la actualidad, prácticamente ha sido eliminado de los arsenales militares).

Tiene mayor importancia práctica la enumeración que se presenta, en el mismo párrafo, de las municiones que el Protocolo no considera como armas incendiarias. Se trata, ante todo, de municiones que «puedan tener efectos incendiarios incidentales, tales como municiones iluminantes, trazadoras, productoras de humo o sistemas de señalamiento». Una trazadora es un proyectil concebido, principalmente, para mostrar la trayectoria seguida por una serie de proyectiles desde, por ejemplo, una ametralladora; la trayectoria se hace visible mediante la emisión de una luz, producida por la reacción química de una sustancia que contiene a tal efecto. Cuando la trazadora da en el blanco que los proyectiles también deben alcanzar, la misma reacción química puede causar un incendio o quemaduras. Se trataría, en tal caso, de un efecto colateral, no primario.

Las municiones «concebidas para combinar efectos de penetración, explosión o fragmentación con un efecto incendiario adicional» también están excluidas. Esta categoría abarca, por ejemplo, las municiones antitanque, cuyo efecto perforante permite alcanzar una temperatura sumamente alta. Las municiones de esta clase, «en las que el efecto incendiario no esté específicamente concebido para causar quemaduras a las personas», también se emplean, por lo general, contra los llamados objetivos «acorazados».

Como ya hemos señalado, el otro artículo del Protocolo, el artículo 2 protege a «las personas civiles y los bienes de carácter civil». En otras palabras, no proporciona ninguna protección a los combatientes contra los efectos de las armas incendiarias, estén o no incluidas en la definición, ni contra los efectos de incendios debidos a alguna otra causa.

El artículo 2 (1) reafirma la norma fundamental de protección de la población civil: «Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil». Obviamente, esta prohibición también se aplica a cualquier otro tipo de arma.

La finalidad de los párrafos 2 y 3 es proteger a las «concentraciones de personas civiles», noción que ya se había introducido en el Protocolo adicional I de 1977. En el artículo 1 (2), se define nuevamente esa noción y se añaden otros ejemplos; significa «cualquier concentración de personas civiles, sea de carácter permanente o temporal, tales como las que existen en las partes habitadas de las ciudades, los pueblos o las aldeas habitadas, o como en los campamentos o las columnas de refugiados o evacuados, o los grupos de nómadas». En esas situaciones, los civiles son sumamente vulnerables a los incendios provocados por ataques con armas incendiarias contra objetivos militares ubicados en esas concentraciones. Por consiguiente, el artículo 2 (2) prohíbe categóricamente «atacar con armas incendiarias lanzadas desde el aire cualquier objetivo militar ubicado dentro de una concentración de personas civiles».

En el párrafo 3, se permiten los ataques con armas que no sean lanzadas desde el aire sólo si se cumplen dos condiciones: en primer lugar, que el objetivo militar «esté claramente separado de la concentración de personas civiles» y, en segundo lugar, que «se hayan adoptado todas las precauciones viables para limitar los efectos incendiarios al objetivo militar y para evitar, y en cualquier caso reducir al mínimo, la muerte incidental de personas civiles, las lesiones a personas civiles y los daños a bienes de carácter civil». Cabe señalar que la protección que proveen estas prohibiciones cubre sólo los incendios causados por armas incendiarias tal como están definidas en el Protocolo, y no aquellos que son un efecto incidental del empleo de una munición que no se incluye en la definición.

Por último, el párrafo 4 contiene una disposición de protección del medio ambiente: «Queda prohibido atacar con armas incendiarias los bosques u otros tipos de cubierta vegetal, salvo cuando esos elementos naturales se utilicen para cubrir, ocultar o camuflar a combatientes u otros objetivos militares, o sean en sí mismos objetivos militares». Las excepciones incorporadas, que cubren todos los motivos imaginables que una parte beligerante podría tener para atacar un bosque con armas incendiarias (o, llegado el caso, con cualquier otra arma) quitan al párrafo toda su significación práctica.

### 5.1.1e *Protocolo IV: armas láser cegadoras*

Así como el empleo de minas, armas trampa y armas incendiarias es común y amplio, el uso de armas láser cegadoras es nuevo e infrecuente. Por lo tanto, la aprobación del Protocolo IV, en 1995, puede considerarse como uno

de esos casos excepcionales en que se ponen límites al empleo de un arma específica antes de que esté tan arraigada en los arsenales de los Estados que luego sea casi imposible retirarla.

En un espacio de tiempo comparativamente corto, los sistemas de láser han llegado a ser indispensables en muchos tipos de operaciones militares, para funciones como el señalamiento del objetivo o para guiar el proyectil. Cuando el «objetivo» es un sistema de arma tripulada, hay posibilidades de que el rayo láser alcance el ojo humano y cause a la persona una ceguera temporal o permanente. También es posible que el rayo láser sea dirigido voluntariamente a los ojos del personal enemigo, con la intención de incapacitarlo y de provocar el mismo efecto. Mientras el primer caso es accidental y el segundo, siempre que no cause más que una pérdida momentánea de la vista, podría considerarse como un método permitido para incapacitar al adversario, el caso de la ceguera permanente fue considerado de modo diferente, pues se sostuvo que, con ese método, se inflige un sufrimiento inaceptable tanto a la víctima como a la comunidad a la que pertenece; de esta comprobación surge el Protocolo IV.

El artículo 1 prohíbe «emplear armas láser específicamente concebidas, como única o una más de sus funciones de combate, para causar ceguera permanente a la vista no amplificada» (es decir, con o sin anteojos o lentes). En el artículo 4, se define a la «ceguera permanente» como una «pérdida irreversible y no corregible de la vista que sea gravemente discapacitante y sin perspectivas de recuperación». Una «discapacidad grave» se define en términos que permitirían a un óptico establecer con precisión si la pérdida de la vista que ha sufrido una persona corresponde a esa definición.

El artículo 2 establece que, al emplear sistemas láser, los Estados contratantes deben adoptar «todas las precauciones que sean viables para evitar el riesgo de ocasionar ceguera permanente a la vista no amplificada». Esas medidas incluyen, *inter alia*, la «instrucción de sus fuerzas armadas y otras medidas prácticas». El artículo 3 añade que la ceguera «como efecto fortuito o secundario del empleo legítimo con fines militares de sistemas láser», incluidos los sistemas empleados contra equipo óptico, «no está comprendida en la prohibición del presente Protocolo».

El artículo 1 contiene una segunda frase interesante, pues dispone que los Estados contratantes «no transferirán armas [como las que se definen en la primera frase ya citada] a ningún Estado ni a ninguna entidad no estatal». Se trata de una disposición para el desarme y, por ello, es inusual en un texto de derecho humanitario. También llama la atención la referencia que hace a las entidades no estatales. Éstas incluyen los grupos terroristas u otros grupos de oposición, sin importar si están empeñados en un conflicto armado. Éste es también un gran avance respecto del ámbito de aplicación general de la CCAC.

### 5.1.1f *Protocolo II enmendado: minas, armas trampa y otros artefactos*

El proceso de enmienda del Protocolo sobre minas dio como resultado un instrumento que difiere en todos los aspectos de los otros cuatro Protocolos de la CCAC. Mientras éstos entran en el ámbito de la Convención, el Protocolo II según fue enmendado en 1996 tiene un capítulo (el artículo 1) sobre su ámbito de aplicación, una sección (el artículo 8) sobre transferencias, y un título (artículos 11-14) sobre aplicación, cumplimiento, consultas internacionales y cooperación, que le son propios. Es, asimismo, un instrumento sumamente complicado, del cual sólo mencionaremos aquí las partes más importantes.

El primer aspecto que hay que destacar es su ámbito de aplicación. A diferencia de la CCAC y de sus otros cuatro Protocolos, el Protocolo II enmendado también es aplicable en conflictos armados internos. El artículo 1 no sólo dispone esto explícitamente (en el párrafo 2), sino que repite (en los párrafos 2-6) todas las cláusulas, incluidas las que tienen por objetivo salvaguardar la soberanía de los Estados, que figuran en el Protocolo adicional II de 1977. En un conflicto armado interno, «cada parte en el conflicto estará obligada a aplicar las prohibiciones y restricciones del presente Protocolo» (párrafo 3). No será tarea fácil instruir sobre todo a las Partes no estatales (y quizá no sólo a éstas) acerca de las obligaciones que impone este Protocolo.

De la larga lista de definiciones (artículo 2), aquí sólo retendremos la siguiente: una «mina antipersonal» es «toda mina concebida primordialmente para que explote por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona y que incapacite, hiera o mate a una o más personas» (párrafo 3). Esta definición es importante porque, a diferencia de la versión anterior, en el Protocolo enmendado se fijan restricciones específicamente para ese tipo de mina.

El artículo 3 establece una serie de restricciones generales sobre el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos. Algunas corresponden a las disposiciones del Protocolo de 1980, mientras que otras reafirman los principios y las normas para la protección de los combatientes (contra los sufrimientos innecesarios) y de las personas civiles (contra los efectos de las hostilidades, incluida la prohibición de las represalias) que figuran en los Protocolos adicionales de 1977.

En el conjunto de restricciones, se destaca el artículo 3 (2), que declara que cada Parte contratante o parte en conflicto «es responsable de todas las minas, armas trampa y otros artefactos que haya empleado». La frase no termina allí. Agrega que dichas Partes «se compromete[n] a proceder a su limpieza, retirarlos, destruirlos o mantenerlos según lo previsto en el artículo 10 del presente Protocolo». Sin embargo, no queda claro el alcance de esa responsabilidad: ¿es responsable sólo de la remoción de los artefactos en cuestión o lo es también del daño que haya causado por el empleo ilícito de esos artefactos, incluidas las consecuencias económicas? Habida cuenta

de la enorme cantidad de dinero que implicaría la última interpretación, es posible que los autores del texto no la hayan pensado de ese modo. Sin embargo, no parece jurídicamente equivocado y valdría la pena examinar la cuestión.

El empleo de minas antipersonal, en particular, está reglamentado en (algunas partes de) los artículos 4-6. El artículo 4 prohíbe el empleo de toda mina antipersonal «que no sea detectable» (según se especifica en un anexo técnico al Protocolo). El artículo 5 fija restricciones técnicas y de otra índole al empleo de minas antipersonal que no sean lanzadas a distancia, y el artículo 6, al de minas lanzadas a distancia, incluidas las minas antipersonal. Las restricciones apuntan a evitar que causen daño a las personas que no sean combatientes enemigos.

El artículo 7, sobre el empleo de armas trampa y otros artefactos, reafirma casi todas las disposiciones comparables que figuran en el Protocolo de 1980. No repite la prohibición de emplear armas trampa «concebidas para causar males superfluos o sufrimientos innecesarios» (lo cual habría sido sólo una repetición). Añade restricciones al empleo de armas trampa en zonas «donde se encuentre una concentración [...] de civiles, en la que no tengan lugar combates entre las fuerzas en tierra o no parezcan inminentes». Una disposición similar, en el Protocolo de 1980, también incluye las minas.

La parte del Protocolo que se refiere a la aplicación contiene normas sobre transferencias (artículo 8); registro y utilización de información sobre minas, etc. (artículo 9); remoción de esas armas y cooperación internacional (artículo 10); cooperación y asistencia tecnológica (artículo 11); protección de misiones varias, incluidas las del CICR (artículo 12); consultas entre los Estados Partes, incluida una conferencia anual (artículo 13) y, última disposición, también primordial, el cumplimiento de las normas (artículo 14).

El artículo 14 (1) insta a los Estados Partes a adoptar «todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas y de otra índole, para prevenir y reprimir las violaciones del presente Protocolo cometidas por personas o en territorios sujetos a su jurisdicción o control». Las referencias a «personas o territorio» y a «jurisdicción o control» implican que estas medidas se aplicarán en un ámbito territorial amplio, que abarca las partes invadidas u ocupadas del territorio enemigo, al igual que –y no habría que olvidar este aspecto– el territorio del Estado en el caso de un conflicto armado interno.

El artículo 14 (2) dispone que las medidas del párrafo 1 incluyen «medidas pertinentes para garantizar la imposición de sanciones penales a las personas que, en relación con un conflicto armado y en contravención de las disposiciones del presente Protocolo, causen deliberadamente la muerte o lesiones graves a civiles, y la comparecencia de esas personas ante la justicia». Si bien no se establece explícitamente como «infracción grave», como se hace en los Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo I de 1977,

en esta disposición se formula, sin duda, una definición de «una violación grave del derecho internacional humanitario».

Todas estas innovaciones son bien recibidas y pueden contribuir a reforzar los efectos del Protocolo. Las obligaciones que figuran en el artículo 14 (3) son más tradicionales y exigen a los Estados Partes garantizar que sus fuerzas armadas reciban instrucción y formación; de conformidad con el párrafo 4, se comprometen a consultarse y a cooperar bilateralmente.

Por último, cabe destacar, una vez más, la índole manifiestamente independiente del Protocolo II enmendado. Es cierto que presenta muchos aspectos que lo separan de los otros Protocolos anexos a la CCAC. Sin embargo, desde un punto de vista técnico, no es más que otro Protocolo anexo; específicamente, no contiene ninguna disposición propia sobre la ratificación, la entrada en vigor, las relaciones convencionales, y otras cuestiones. En este sentido, es interesante observar que el Principado de Mónaco, al hacerse Parte en la Convención, el año 1997, optó por obligarse sólo por el Protocolo I sobre fragmentos no localizables y por el Protocolo II enmendado que son, respectivamente, el menos y el más riguroso de los cinco Protocolos, pero que incluyen el que le da acceso a la conferencia de examen anual.

### 5.1.1g *Reciprocidad y represalias*

El artículo 3 (2) del Protocolo sobre Minas de 1980 y el artículo 3 (7) del Protocolo sobre Minas enmendado en 1996 prohíben, «en todas las circunstancias, emplear las armas a las que se aplica el presente artículo, sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil». El artículo 6 (2) del Protocolo de 1980, en el que se prohíbe el empleo de «cualquier arma trampa concebida para ocasionar daños superfluos o sufrimientos innecesarios», y el artículo 3 (3) del Protocolo de 1996, en el que se prohíbe emplear «minas, armas trampa y otros artefactos» concebidos al mismo efecto, también están reforzados por la frase «en todas las circunstancias», al igual que la prohibición que figura en el artículo 2 del Protocolo sobre Armas Incendiarias de «atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil». Estas últimas disposiciones no incluyen una referencia a las represalias.

La frase «en todas las circunstancias» implica que el empleo de las armas en cuestión, basado en la reciprocidad (negativa) será considerado ilícito. Así se introduce, precisamente, la noción de «represalias». Una represalia es, por definición, un acto ilícito, pero que se legitima por su propósito (obligar a la parte adversa a corregir su comportamiento) y por las estrictas condiciones en las que se puede recurrir a él.

En cuanto a los ataques a título de represalia contra la población civil o contra personas civiles, los Protocolos sobre Minas prohíben expresamente ese

recurso, pero no hay una cláusula comparable en el Protocolo sobre Armas Incendiarias. Sin embargo, esa diferencia no supone ninguna conclusión significativa. La referencia en los Protocolos sobre Minas a las «represalias», como una suerte de respuesta a un ataque o como defensa, solamente repite la prohibición general de los ataques a modo de represalias contra la población civil o contra las personas civiles que figura en el artículo 51 (6) del Protocolo adicional I de 1977. La ausencia de una frase comparable en el Protocolo sobre Armas Incendiarias no es más que una consecuencia de una pequeña diferencia de construcción del artículo en cuestión y, obviamente, es falaz el argumento contrario de que el empleo de armas incendiarias a modo de represalia contra la población civil está permitido.

En los Protocolos sobre Minas, se conservan las disposiciones sobre «males superfluos y sufrimientos innecesarios», que apuntan principalmente, sino de modo exclusivo, a proteger a los combatientes. Esta categoría de personas están protegidas contra las represalias sólo si están heridas o enfermas o en poder del enemigo como prisioneros de guerra. Dada la falta de un lenguaje específico al respecto en los Protocolos sobre Minas y de una práctica sin ambigüedades en un sentido o en otro, la única conclusión que se puede extraer es que la legitimidad del empleo, a título de represalias, de minas, armas trampa y otros artefactos, así como de las demás armas prohibidas, contra las fuerzas armadas de la parte adversa sigue siendo un aspecto discutible.

### 5.1.2. La Convención de Ottawa sobre minas antipersonal

La Convención, cuyo título oficial es «Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción», es, ante todo, un instrumento interestatal para el desarme, por lo que aquí sólo lo mencionaremos brevemente. Si bien fue aprobada en Oslo, el 18 de septiembre de 1997, por lo general se le conoce como la Convención de Ottawa, dado que en esa ciudad fue abierta a la firma, los días 3 y 4 de diciembre de 1997. La Convención es el resultado de una campaña fuerte, bien organizada y persistente que, con el convencimiento de que las restricciones impuestas por el Protocolo II enmendado de 1996 no eran suficientes, se propuso (y consiguió) lograr una prohibición categórica de toda clase de empleo de las minas antipersonal.

Expresando claramente los motivos en que se funda la Convención, el primer párrafo del Preámbulo declara que los Estados Partes están:

«Decididos a poner fin al sufrimiento y las muertes causadas por las minas antipersonal, que matan o mutilan a cientos de personas cada semana, en su mayor parte civiles inocentes o indefensos, especialmente niños, obstruyen el desarrollo económico y la reconstrucción, inhiben la repatriación de refugiados y de personas desplazadas internamente, además de ocasionar otras severas consecuencias muchos años después de su emplazamiento».

En otro párrafo del Preámbulo, se pone de relieve el papel que desempeña la conciencia pública y se reconocen los esfuerzos realizados por «el Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas y otras numerosas organizaciones no gubernamentales de todo el mundo». En el último párrafo, se recuerdan los principios fundamentales del derecho humanitario: la ausencia de un derecho ilimitado a elegir los métodos o medios de hacer la guerra; la prohibición del empleo de armas de índole tal que causen sufrimientos innecesarios; y el principio de distinción entre civiles y combatientes.

Entrando ya en la materia de la Convención, el artículo 1 (1) establece el compromiso de cada Estado Parte a «nunca, y bajo ninguna circunstancia, emplear minas antipersonal». Seguidamente, se prohíbe en forma categórica desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir esa clase de armas, así como ayudar, estimular o inducir «a cualquiera a participar en una actividad prohibida a un Estado Parte, conforme a esta Convención». En el párrafo 2, se añade el compromiso de cada Estado Parte a «destruir o asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal de conformidad con lo previsto en esta Convención». Cabe señalar que, si bien en el artículo se prohíbe categóricamente el empleo de minas antipersonal en todo conflicto armado, sus prohibiciones para el desarme, como la que se refiere al desarrollo de esas armas, sólo obligan a los Estados.

En el artículo 2, se definen algunas nociones clave. En el párrafo 1, se adopta la definición de «mina antipersonal» que figura en el Protocolo de 1996, pero se suprime la palabra «primordialmente», como elemento que califica la concepción de esas armas. La frase siguiente excluye las minas antivehículo equipadas con un dispositivo antimanipulación que, según se explica en el párrafo 3, sirve para proteger una mina de los intentos de «manipularla o activarla intencionadamente de alguna otra manera». El dispositivo y la mina que éste protege pueden ser explosionados por la persona que efectúe la manipulación. Ni la mina ni el dispositivo antimanipulación están concebidos o colocados en un modo antipersonal, por eso están excluidos de la prohibición.

En los artículos siguientes de la Convención, se reglamentan cuestiones de procedimiento: destrucción de las existencias de minas antipersonal o de las minas colocadas en las zonas minadas, cooperación y asistencia internacionales, reuniones periódicas o extraordinarias de los Estados Partes, misiones de determinación de hechos, etc. En el artículo 9, se obliga a los Estados Partes a adoptar «todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que procedan, incluyendo la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida a los Estados Partes conforme a esta Convención, cometida por personas o en territorio bajo su jurisdicción o control».

Cabe observar, por último, que tras la prohibición, establecida hace más de un siglo, del empleo de las balas dum-dum y las recientes, aunque limitadas,

prohibiciones del empleo de armas «cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano», esta prohibición total del empleo de minas antipersonal es la tercera, y muy significativa, prohibición específica vigente de lo que pueden clasificarse como armas convencionales. Las demás normas específicas en este ámbito se limitan a establecer restricciones, más que prohibiciones, al empleo de tales armas.

## 5.2. ARMAS NUCLEARES

Después de la aprobación de los Protocolos adicionales de 1977, los acontecimientos más importantes relacionados con el empleo eventual de armas nucleares se dieron en el ámbito político: la caída del Muro de Berlín, en 1989, y la disolución de la Unión Soviética, en 1991, entre otros hechos, disminuyeron un poco la tensión y el temor que habían prevalecido durante la Guerra Fría, a causa de la amenaza de «destrucción mutua asegurada». Los dos anteriores antagonistas iniciaron el desmantelamiento de muchas cabezas nucleares, aunque cada uno siguió conservando una impresionante capacidad destructora. Al mismo tiempo, otros Estados ya habían desarrollado una capacidad nuclear, o habían comenzado a desarrollarla. Los esfuerzos por detener esa tendencia, a través del Tratado de 1971 relativo a la no proliferación, no tuvieron demasiado éxito.

En tales circunstancias, siguió siendo de capital importancia el asunto de la licitud del eventual empleo de armas nucleares. Claramente, no podía ser resuelto en una conferencia diplomática convocada por el CICR o por la ONU. Así, a finales de diciembre de 1994, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió plantear el asunto a la Corte Internacional de Justicia, pidiéndole una opinión consultiva sobre la cuestión siguiente: «¿Autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?»

En la Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, la Corte enfocó el asunto desde varios puntos de vista: consideraba, en efecto, que tenía competencia para emitir una opinión y, aunque reconocía las connotaciones políticas de la solicitud, convenía en que su objeto era de índole jurídica.

Conviene señalar aquí un aspecto preliminar: preocupaba a varios Estados la vaguedad y la abstracción de la pregunta formulada por la Asamblea General, así como el hecho de que podía llevar a la Corte a hacer declaraciones hipotéticas o especulativas fuera del ámbito de su función jurídica. Al respecto, la Corte sostuvo que (Opinión Consultiva, párrafo 15) para emitir su opinión, no hacía falta desarrollar hipótesis, estudiar distintos tipos de armas nucleares o examinar información técnica, estratégica y científica, altamente compleja y controvertida. La Corte simplemente examinaría todos los aspectos de las cuestiones que se fueran planteando, aplicando las normas jurídicas que correspondieran a la situación.

Se trata de una simplificación importante, no de la pregunta que formuló la Asamblea General, sino del enfoque adoptado por la Corte. Existen bibliotecas enteras con documentación sobre una gran diversidad de armas que integran la categoría general de «armas nucleares»: diferencias en cuanto a la fuerza explosiva, radiación primaria y secundaria, condiciones potenciales de empleo, efectos a corto y a largo plazo de dicho empleo, y así sucesivamente. Afirmar, como hizo la Corte, que examinaría todos los aspectos de las cuestiones que se plantearan aplicando, simplemente, las normas jurídicas que correspondan a la *situación* parece entrañar una contradicción. Con este enfoque, que excluye claramente los aspectos técnicos, resulta aún más sorprendente que la Corte observe (párrafo 35), que el poder destructor de las armas nucleares no puede medirse ni en el espacio ni en el tiempo y que tienen el poder de destruir a la civilización toda, así como al ecosistema del planeta. En este planteo, las armas nucleares son consideradas como una fuerza nociva en sí mismas.

En esencia, la Corte llegó a la conclusión de que el derecho aplicable más directamente pertinente que había de tenerse en cuenta es el que se refiere al empleo de la fuerza, estipulado en la Carta de las Naciones Unidas, y el derecho aplicable en los conflictos armados que reglamenta la conducción de las hostilidades, junto con tratados específicos sobre armas nucleares cuya pertinencia pudiera determinar la Corte (párrafo 34).

En la Carta de las Naciones Unidas se reconoce el derecho de legítima defensa contra un ataque armado; un derecho cuyo ejercicio está sujeto a «las condiciones de necesidad y de proporcionalidad», como norma de derecho consuetudinario. Estas condiciones se aplican tanto a la amenaza como al empleo de armas nucleares en legítima defensa.

En cuanto al derecho aplicable a las situaciones de conflicto armado, la Corte señala la ausencia de derecho convencional que trate expresamente del empleo de armas nucleares (párrafo 37), pero, al mismo tiempo, la existencia de muchas normas fundamentales para el respeto del ser humano, las cuales, según la Corte, son vinculantes para todos los Estados, pues representan principios de derecho internacional consuetudinario que no se pueden transgredir (párrafo 79). En cuanto al Protocolo I, la Corte recuerda que todos los Estados están obligados por las normas que figuran en dicho instrumento, las cuales, en el momento de su aprobación, sólo fueron la expresión del derecho consuetudinario preexistente, como la cláusula de Martens (párrafo 84). Rechazó el argumento según el cual las armas nucleares, por su novedad, no estaban regidas por las normas y principios establecidos de derecho humanitario, y añadió que esa conclusión sería incompatible con la índole intrínsecamente humanitaria de los principios jurídicos en cuestión que apuntalan el derecho de los conflictos armados y que se aplican a todas las formas de guerra y a todas las clases de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro (párrafo 86).

Mientras que todas estas cuestiones dejan poco lugar a dudas, las conclusiones que se pueden extraer al respecto (y del principio de neutralidad que protege a los Estados que no participan en el conflicto armado, analizado por la Corte en los párrafos 88 y 89) son controvertidas (párrafo 90). La Corte yuxtapuso dos puntos de vista: por un lado, que la licitud del empleo de un arma nuclear en particular debe evaluarse a partir de sus características y de las circunstancias específicas de su empleo (párrafo 91); por otro, que están prohibidos, en todas las circunstancias, todos los recursos a armas nucleares (párrafo 92).

En relación con el primer enfoque, la Corte observó que quienes lo proponían no habían determinado cuáles serían las circunstancias precisas en las que se justificaría el empleo de esas armas, y si ese empleo limitado no favorecería el aumento del empleo intensivo de armas nucleares de alta potencia. Añadió que la Corte no consideraba tener una base suficiente para determinar la validez de ese punto de vista (párrafo 94). En este sentido, la pregunta que surge es cómo relacionar esta queja con la afirmación anterior de la Corte de que simplemente aplicaría las normas a la situación, como si no tuvieran ninguna importancia los diferentes modos de empleo de los diferentes tipos de armas nucleares.

Por lo que respecta a la segunda tesis, la Corte llegó a una conclusión similar: no disponía de elementos suficientes para sostener, con seguridad, que el empleo de armas nucleares necesariamente sería contrario, en todas las circunstancias, a los principios y las normas del derecho aplicable a los conflictos armados (párrafo 95).

Luego de hacer otras referencias al derecho fundamental de los Estados a sobrevivir y, por ende, a recurrir a mecanismos de legítima defensa, a la política de disuasión, a la que una parte considerable de la comunidad internacional se adhirió por muchos años, y a las reservas que ciertos Estados poseedores de armas nucleares añadieron a los compromisos que habían adquirido bajo ciertos tratados de no recurrir a tales armas (párrafos 96, 97), la Corte, por el voto de calidad del presidente que dirimió el resultado de siete votos contra siete, llegó a la conclusión (párrafo 97) de que teniendo en cuenta el estado actual del derecho internacional como un todo, y los elementos fácticos con los que contaba, se veía obligada a observar que no podía llegar a una conclusión definitiva respecto de la licitud del empleo de armas nucleares por parte de un Estado en una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que su supervivencia misma estuviera en peligro.

Se deduce que la Corte se vio «obligada a observar» lo antes expuesto, porque no estuvo de acuerdo en investigar acerca del posible empleo de varios tipos de armas nucleares en diferentes situaciones. Otro comentario que se puede hacer es que el razonamiento que se sigue en la Opinión no lleva a la parte final de la conclusión de la Corte, que se refiere

a «una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que la supervivencia misma (de un Estado) esté en peligro». Dado que la Corte estimaba que no contaba con la información suficiente para elegir entre «licitud con respecto a algunas armas en algunas circunstancias» y «siempre lícito», ésa era la única conclusión a la que podía llegar. El resto fue un intento loable de decir sus cuatro verdades o, en todo caso, las verdades de los siete miembros de la Corte que votaron a favor del párrafo citado.

Es de lamentar que esta Opinión Consultiva no haya aportado mayor claridad acerca de la licitud del empleo de armas nucleares. Probablemente ésta sea, y siga siendo, una cuestión que no puede resolver el derecho (excepto en procedimientos *ex post facto*, como en el caso que se resolvió en Japón acerca del empleo de bombas atómicas contra Hiroshima y Nagasaki). En esta situación, lo único que se puede expresar es el deseo de que los dispositivos nucleares no caigan en manos irresponsables y que las «manos responsables» que ahora los poseen piensen, no dos, sino cien veces antes de recurrir al empleo de esas armas. En este sentido, si se piensa en el tiempo que ha pasado sin que se empleen armas nucleares, incluso en situaciones en las que se consideró seriamente su empleo, se pueden abrigar esperanzas también para el futuro.

### 5.3. ARMAS QUÍMICAS Y BACTERIOLÓGICAS

Como se dijo en capítulos anteriores, en el Protocolo de Ginebra de 1925, se prohibió el empleo de esta categoría de armas, pero no su producción, posesión, etc. Tampoco estaba del todo claro si se podían emplear o no como represalia contra el empleo previo por parte del enemigo, fuera del mismo medio de combate fuera de algún otro que perteneciera a la misma categoría de «armas de destrucción masiva». El hecho de que, desde hace ya varios decenios, la prohibición del empleo de estas armas se considere como una norma consuetudinaria no resuelve el problema: también se puede pensar que una prohibición consuetudinaria de una determinada arma vaya acompañada de un reconocimiento, también consuetudinario, del derecho a recurrir a las represalias en caso de violación de la norma prohibitoria.

Los intentos por solucionar esta situación dieron como resultado la aprobación, en 1972, de una Convención por la que se prohíben las armas bacteriológicas, y en 1993, de una Convención por la que se prohíben las armas químicas.

La Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, y el Protocolo de 1925 llevan, en el título, el calificativo «bacteriológicas»; sin embargo, la Convención cubre un ámbito más amplio que el anterior instrumento.

En el artículo 1, se expresa la obligación fundamental de los Estados Partes:

«Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia:

- 1) Agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos.
- 2) Armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados.»

Queda de relieve la mayor amplitud del ámbito de esta Convención en la descripción de los agentes y toxinas que se encuadran en la prohibición. Es interesante señalar que éstos están definidos en forma negativa, pues se los prohíbe cuando «no estén justificados para [...] fines pacíficos». El compromiso de los Estados Partes no repite la prohibición de empleo, que ya había sido establecida en el Protocolo de 1925. Por otra parte, no permite el desarrollo (etc.) «en ninguna circunstancia», ni siquiera en la más desfavorable, con lo cual podría decirse: ni siquiera en el caso de que la parte adversa emplee dichas armas. Así, el recurso a las represalias parece estar excluido.

En realidad, cualquier violación de la Convención y, *a fortiori*, cualquier empleo en tiempo de guerra de un arma biológica o de una toxina, puede ser objeto de una denuncia ante el Consejo de Seguridad de la ONU, el cual también *puede* iniciar una investigación y *debe* comunicar los resultados de ésta a los Estados Partes (artículo 6). Las medidas que el Consejo de Seguridad tome, llegado el caso, dependerán de la evaluación que haga de la situación a la luz de las disposiciones pertinentes de la Carta. En el artículo 7 de la Convención, se prevé el caso en que el Consejo decida «que [una] Parte ha quedado expuesta a un peligro de resultados de la violación de la Convención»; esa Parte puede, en tal caso, solicitar asistencia, y «cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a prestar [dicha] asistencia o a secundarla, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas». No es un sistema muy efectivo para lograr el cumplimiento de las normas y, no cabe duda de que sería insuficiente en relación con otras armas militarmente más significativas, como las armas químicas.

Transcurrieron veinte años más antes de que la comunidad internacional conviniera en el texto de la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción. Por ello, ese texto es muy complejo y sutilizado, mientras que la Convención sobre armas bacteriológicas es muy simple y elemental. Este instrumento no prevé mecanismos de supervisión, mientras que la Convención sobre armas químicas está dotada de una Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, establecida según la modalidad que se fija en el artículo 8 de la Convención y con sede en La Haya.

Como su título indica, la Convención no se limita a prohibir el desarrollo (etc.) de armas químicas, sino que también reafirma y refuerza la prohibición de su empleo. El sexto párrafo del Preámbulo lo enfatiza:

«Resueltos, en bien de toda la humanidad, a excluir completamente la posibilidad de que se empleen armas químicas, mediante la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, complementando con ello las obligaciones asumidas en virtud del Protocolo de Ginebra de 1925».

Transcribiendo, en gran medida, el artículo inicial de la Convención sobre armas bacteriológicas, el artículo 1 (1) reafirma el compromiso de cada Estado Parte, «cualesquiera que sean las circunstancias», a no desarrollar (etc.) armas químicas. Cabe subrayar dos diferencias. En el artículo no se describen o definen las armas químicas, y en el párrafo 1, apartado b) se enuncia la prohibición de «emplear armas químicas».

La cuestión de las definiciones provocó encarnizados debates durante la negociación. El resultado ocupa gran parte del largo artículo 2. Pero, en algunos aspectos, el artículo sigue el esquema de la Convención sobre armas bacteriológicas: identificación de ciertas «sustancias químicas tóxicas o sus precursores, salvo cuando se destinen a fines no prohibidos por la presente Convención, siempre que los tipos y cantidades de que se trate sean compatibles con esos fines» (apartado 1 a)), y de ciertas «municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias especificadas en el apartado a) que libere el empleo de sus municiones o dispositivos» (apartado 1. (b)). Estos rasgos definen las armas químicas, «conjunta o separadamente»: una sustancia química tóxica que sirva a un propósito prohibido es, en sí misma, un arma química.

Se añaden más definiciones: una «sustancia química tóxica» es «toda sustancia química que, por su acción química sobre los procesos vitales, pueda causar la muerte, la incapacidad temporal o lesiones permanentes a seres humanos o animales»; un «precursor» es «cualquier reactivo químico que intervenga en cualquier fase de la producción por cualquier método de una sustancia química tóxica»; un «componente clave de sistemas químicos binarios o de multicomponentes» es «el precursor que desempeña la función más importante en la determinación de las propiedades tóxicas del producto final y que reacciona rápidamente con otras sustancias químicas en el sistema binario o de multicomponentes»; y así sucesivamente.

Un concepto fundamental en ese sistema es el de «fines no prohibidos por la presente Convención». Como se estipula en el artículo 2 (9), por esos fines se entiende:

«a) actividades industriales, agrícolas, de investigación, médicas, farmacéuticas o realizadas con otros fines pacíficos;

- b) fines de protección, es decir, los relacionados directamente con la protección contra sustancias químicas tóxicas y contra armas químicas;
- c) fines militares no relacionados con el empleo de armas químicas y que no dependen de las propiedades tóxicas de las sustancias químicas como método de guerra;
- d) mantenimiento del orden, incluida la represión interna de disturbios».

Cabe observar que, además de los «fines pacíficos», esta definición reconoce la necesidad permanente de prepararse para la protección, no sólo contra sustancias químicas tóxicas, sino también contra (el empleo de) armas químicas, reconocimiento que supone un profundo sentido de realismo.

Es igualmente realista que, entre los propósitos no prohibidos, figure «la represión interna de disturbios». Los gases lacrimógenos y otras armas químicas similares se emplean como «agentes de represión de disturbios» en muchos países. Según el artículo 2 (7), un «agente de represión de disturbios» es «cualquier sustancia química no enumerada en una Lista, que puede producir rápidamente en los seres humanos una irritación sensorial o efectos incapacitantes físicos que desaparecen en breve tiempo después de concluida la exposición al agente». La noción de «Lista» se precisa en las notas incluidas en los apartados donde se dan las definiciones de «sustancia química tóxica» y «precursor»; esas Listas están «incluidas en el Anexo sobre sustancias químicas» y en ellas se enumeran las sustancias «respecto de las que se ha previsto la aplicación de medidas de verificación».

La existencia de «agentes de represión de disturbios» implica la posibilidad de su empleo en situaciones de conflicto armado. Como se dijo en el capítulo 3.3.2, ese empleo es indeseable y debe prevenirse. A tal efecto, los Estados Partes se comprometen, de conformidad con el artículo 1 (5), a «no emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra». Si bien no está expresado en términos tan categóricos como la prohibición general de armas químicas («cualesquiera sean las circunstancias»), «no podrán formularse reservas» a este compromiso ni a las demás disposiciones de la Convención (artículo 22). Se puede recordar que Estados Unidos, en 1975, se reservó el derecho de «emplear por primera vez agentes de represión de disturbios [...] a modo de defensa militar para salvar vidas», dando como ejemplo el caso del empleo de esos agentes para reprimir los disturbios en campamentos de prisioneros de guerra. En realidad, no tuvo que formular de nuevo esta reserva, puesto que tal empleo no corresponde a un «método de guerra». (La misma aclaración vale para la reserva que hizo en relación con el uso, por primera vez, de herbicidas, el cual responde a fines de protección y no de guerra.)

La referencia más bien vaga al empleo de armas químicas como «método de guerra» deja abierta la cuestión de si abarca todos los conflictos armados o sólo los de índole internacional. El Protocolo de Ginebra de 1925 se aplica, sin duda, a la «guerra», es decir sólo a los conflictos armados

internacionales. En cierta medida, la prohibición consuetudinaria del empleo de armas químicas había cubierto también los conflictos armados internos. Sin embargo, la tolerancia del empleo de agentes de represión de disturbios en la Convención sobre armas químicas plantea el problema de que, en un país en el que existe un conflicto armado interno, los gases lacrimógenos pueden emplearse, en un lugar, como «agentes de represión» para contener un disturbio local y, en otro, como «método de guerra» para facilitar la captura de miembros de un grupo armado de oposición. Queda por verse si el empleo como método de guerra en un conflicto armado interno puede, y debe, ser efectivamente excluido.

No diremos más aquí acerca de la Convención sobre armas químicas pues, aunque tan sólo esbozáramos el sistema concebido para garantizar su aplicación plena, su verificación efectiva y su cumplimiento, nos alejaríamos mucho de nuestro objeto.

#### 5.4. BIENES CULTURALES

Como vimos en el capítulo 3.3.6, en marzo de 1999, se aprobó el segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. Este instrumento complementa a la Convención en lo relativo a las relaciones entre las Partes (artículo 2) y está abierto a los Estados Partes en la Convención (artículos 41-42, y artículo 1 (d)). Si bien se mantiene la definición de «bienes culturales» establecida en el artículo 1 de la Convención (artículo 1 (b)), se introducen importantes cambios en lo que concierne a las normas de protección general (Capítulo 2) y se crea un sistema totalmente nuevo de «protección reforzada» (Capítulo 3), que reemplaza el sistema de «protección especial» establecido en la Convención, para todos los fines prácticos. Estipula su propia norma sobre el «ámbito de aplicación» (artículo 3) y agrega capítulos sobre «responsabilidad penal y jurisdicción» (Capítulo 4) y «cuestiones institucionales» (Capítulo 6).

El Protocolo, al igual que la Convención, se aplica en situaciones de conflicto armado internacional. Las únicas disposiciones de la Convención que son aplicables en caso de conflicto armado interno son las relativas al «respeto de los bienes culturales»; el Protocolo, en cambio, generosamente, se aplica *in toto* a tales situaciones (artículo 3 (1) y artículo 22 (1)). Sin embargo, las partes en conflicto no estatales no están «obligadas por el Protocolo». En el artículo 3 (2), se estipula que «si una de las partes en un conflicto armado no está obligada por el presente Protocolo, las Partes en el presente Protocolo seguirán obligadas por él en sus relaciones recíprocas», y esas relaciones se extenderán también a un «Estado Parte en el conflicto que no está obligado por dicho instrumento, cuando ese Estado acepte sus disposiciones y durante todo el tiempo que las aplique». La diferencia entre una parte (con «p» minúscula) y una Parte (con «P» mayúscula) es que esta última es, por definición, un Estado Parte en el Protocolo (artículo 1 (a)).

El artículo 22 (que constituye el Capítulo 5, sobre «Protección de los bienes culturales en los conflictos armados de carácter no internacional»), en los párrafos 2-7, trata de las consecuencias de la generosa ampliación del ámbito de aplicación del Protocolo. Éste «no se aplicará en situaciones de disturbios y tensiones internos»; no menoscabará «la soberanía de un Estado» ni «la prioridad de jurisdicción» de un Estado con respecto a violaciones del Protocolo; no contempla ningún tipo de justificación para las intervenciones; «no producirá efecto alguno sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto» y, por último, también muy importante, «la UNESCO podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto», un privilegio que esta organización comparte con el CICR, aunque de conformidad con el mandato respectivo.

La principal característica del Capítulo 2, sobre «disposiciones generales relativas a la protección», es que formula casi todas las normas de 1954 en el lenguaje de los Protocolos de 1977. La «necesidad militar imperativa», que en la Convención indica cuándo pueden dejar de respetarse sus normas, en este instrumento ya no constituye la única medida que determina esa decisión, sino que está complementada por un conjunto de condiciones que derivan del Protocolo I adicional. Una condición fundamental es que la no aplicación fundada en una necesidad militar imperativa «sólo se podrá invocar para dirigir un acto de hostilidad contra un bien cultural cuando y durante todo el tiempo en que: (i) ese bien cultural, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar» (artículo 6 (a)). En el artículo 1 (f), se define la noción de «objetivo militar» en términos idénticos a los del artículo 52 (2) del Protocolo I; según ambos artículos, un objetivo militar es el objeto que «por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuye eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrece en las circunstancias del caso una ventaja militar definida». El término «función», en el artículo 6 (a), sirve para subrayar que un bien cultural no puede ser un objetivo militar por su naturaleza o finalidad (aunque no quede del todo claro el caso del Ministerio de Defensa holandés).

La invocación de la suspensión debe ser objeto de una decisión en el más alto nivel. En el artículo 6 (c), se prescribe que esa decisión «será tomada por el oficial que mande una fuerza de dimensión igual o superior a la de un batallón, o de menor dimensión cuando las circunstancias no permitan actuar de otra manera». La última parte de la frase da prueba del mismo sentido de realismo que se puede observar en el apartado siguiente, en el que se establece que «se debe dar aviso con la debida antelación» y «cuando las circunstancias lo permitan». Para decirlo de otro modo, la protección general sigue siendo contingente y depende de las circunstancias.

En los artículos 7 y 8, se introducen las nociones de «precauciones en el ataque» y «precauciones contra los efectos de las hostilidades», con términos tomados de los artículos 57 y 58 del Protocolo I. El objetivo del artículo 9 es reforzar las normas de la Convención relativas a la protección de los bienes culturales en territorios ocupados. Se puede observar, de paso, que

como el Protocolo es complementario de la Convención de 1954, no es necesario repetir las prohibiciones de realizar cualquier acto de hostilidad y, en particular, cualquier acto a modo de represalia contra un bien cultural, tal como se estipula en los artículos 4 (1) y (4) de la Convención.

Un bien cultural sólo puede recibir «protección reforzada» si cumple las condiciones determinadas en el artículo 10 y si la protección se concede de conformidad con los procedimientos estipulados en el artículo 11 y por decisión de los doce miembros del Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, instituido de conformidad con el artículo 24. Las condiciones para la protección reforzada son que el bien (a) «sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad»; (b) «esté protegido por medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado»; y (c) «no sea utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares, y que haya sido objeto de una declaración de la Parte que lo controla, en la que se confirme que no se utilizará para esos fines».

El procedimiento para que se conceda la protección reforzada se inicia cuando el Estado que tiene jurisdicción o que controla un bien cultural solicita que éste se incluya en la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada (artículo 27 (1) (b)); véase más adelante). Luego, esa solicitud se remite a todos los Estados Partes, que pueden objetarla a través de «alegaciones»; según el caso, se pueden hacer consultas a organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, así como a expertos particulares; por último, en el caso de que se presenten alegaciones, el Comité toma una decisión por mayoría de las cuatro quintas partes de sus miembros. En cuanto a las solicitudes que se formulen tras el desencadenamiento de las hostilidades, en el artículo 11 también se prevé un procedimiento de emergencia mediante el cual se puede conceder una protección reforzada provisional, hasta que finalice el procedimiento normal de concesión de esa protección.

«El Comité concederá la protección reforzada a un bien cultural a partir del momento en que se inscriba en la Lista» (artículo 11 (10)). Así, el Comité funciona como cesionista mientras dure la «protección reforzada». Las Partes (con «P» mayúscula) en conflicto son las únicas que habrán de garantizar la inmunidad de los bienes culturales protegidos, «absteniéndose de hacerlos objeto de ataques y de utilizar esos bienes o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares» (artículo 12).

Los bienes culturales pueden perder su protección reforzada. Una manera de que ello ocurra es que el Comité anule o suspenda la protección (artículo 13 (1) (a)). Para que se llegue a la suspensión, deben haberse cometido «violaciones graves del artículo 12 por utilización de bienes culturales bajo protección reforzada en apoyo de una acción militar». En cambio, para que se decida anular la protección, esas violaciones deben haber sido continuas.

En este caso excepcional, se puede retirar el bien de la Lista. En ambos casos, se debe notificar la decisión a todas las Partes (artículo 14).

Y aquí empieza a haber cierta confusión. Por un lado, para que un bien sea reconocido como bien cultural, no ha de ser «utilizado con *finés militares* o para proteger *instalaciones militares*»; por otro, una vez que se ha concedido la protección reforzada, las partes en conflicto deben abstenerse «de utilizar esos *bienes o sus alrededores inmediatos* en apoyo de acciones militares», y la pérdida de la protección reforzada puede deberse a la «*utilización de bienes culturales* [...] en apoyo de una acción militar». El sentido de «apoyo de acciones militares» puede ser más preciso que el de «finés militares», y la referencia a «esos bienes o sus alrededores inmediatos» abarca más que los solos «bienes culturales». Será interesante ver cómo se interpretarán estos términos en la práctica.

Cuando se suspende o se anula la protección reforzada de un bien cultural, éste vuelve a beneficiarse de las normas de protección general estipuladas para esa clase de bienes.

La situación es más grave cuando la protección reforzada se pierde por el segundo de los motivos que define el artículo 13 (1) (b), es decir «cuando y durante todo el tiempo en que la utilización del bien lo haya convertido en un objetivo militar». En esas circunstancias, el bien puede ser «objeto de un ataque», pero sólo si se cumplen las estrictas condiciones que se enumeran en el párrafo 2: (a) cuando ese ataque sea el único medio factible para poner término a esa utilización; (b) cuando se hayan tomado todas las precauciones posibles para evitar, o en todo caso reducir al mínimo, los daños al bien cultural; (c) «cuando, a menos que las circunstancias no lo permitan, por exigencias de legítima defensa inmediata», la orden de ataque haya sido dada «por el nivel más alto del mando operativo», se haya dado un aviso con medios eficaces a las fuerzas adversarias y se haya concedido un plazo razonable a las fuerzas adversarias «para regularizar la situación».

Cabe señalar que, mientras cualquier bien cultural puede perder su protección cuando, «por su función, haya sido transformado en un objetivo militar», un bien que goza de protección reforzada sólo la pierde cuando su utilización («mediante la cual contribuye eficazmente a la acción militar») tenga esa consecuencia. Obviamente, esta condición es más estricta y precisa que la de «utilización en apoyo de una acción militar».

En suma, la utilización de un bien cultural en apoyo de la acción militar puede llevar a la suspensión de la protección reforzada y, si esa utilización es continua, a la pérdida de dicha protección. Éstas son decisiones que toma el Comité y que deben ser objeto de publicación. La decisión de si un bien cultural que goza de protección reforzada se ha convertido, por su utilización, en un objetivo militar, y puede, por ende, ser objeto de ataques, es de índole militar y debe tomarse en el más alto nivel de mando (o en uno

más bajo, en una situación de legítima defensa inmediata). La «necesidad militar», sea imperativa o de otro tipo, ya no se menciona en el Protocolo, y el factor de contingencia se ha reducido al mínimo.

A pesar de que el nuevo sistema de protección reforzada aún no es operativo y, por lo tanto, tiene que pasar todavía «la prueba de fuego», parece prometedor. Dos fases serán su piedra de toque. Una concierne a la Lista, sin la cual no puede haber protección reforzada. El procedimiento para su elaboración sólo comenzará después de la entrada en vigor del Protocolo (tres meses después de que 20 Estados hayan depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión al director general de la UNESCO, artículo 44). Primeramente, ha de efectuarse una Reunión de las Partes (convocada al mismo tiempo que la Conferencia General de la UNESCO, artículo 23 (1)) para elegir a los Miembros del Comité (artículo 23 (3) (a)). Los «Miembros» son «Partes», es decir Estados Partes en el Protocolo.

Los Miembros eligen, como representantes, a «personas competentes en las esferas del patrimonio cultural, la defensa o el derecho internacional, y consultándose mutuamente tratan de garantizar que el Comité en su conjunto reúna las competencias adecuadas en todas esas esferas» (artículo 24). Una vez instituido, el Comité puede empezar a recibir y evaluar solicitudes para conceder protección reforzada. La respuesta a esas solicitudes sólo puede basarse en los criterios mencionados en el artículo 10 (por ende, en el artículo 11 (7)). Así, finalmente, se elaborará la Lista.

Este bosquejo de la primera fase muestra que el procedimiento puede funcionar bien, siempre que las Partes y sus representantes se abstengan de hacer razonamientos políticos: aquéllas, al designar a las personas que las representarán; y éstas, al tomar sus decisiones.

La segunda fase de la prueba tendrá lugar cuando, en una situación de conflicto armado, el Comité deba decidir acerca de la suspensión o la anulación de la protección reforzada, o cuando una parte en conflicto estime que debe atacar el bien cultural protegido, porque constituye un «objetivo militar». Esperemos que esa situación, –que, de hecho, puede presentarse en una situación de conflicto armado interno– esté todavía lejos de convertirse en una realidad.

El artículo 15, que inicia el Capítulo 4 (Responsabilidad penal y jurisdicción), introduce la noción de «violaciones graves». Se define así a cualquier acto cometido «deliberadamente y en violación de la Convención o del presente Protocolo»; tales actos están enumerados en el párrafo 1, siguiendo un orden decreciente de gravedad:

- a) hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada;
- b) utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares;

- c) causar destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención y el presente Protocolo o apropiárselos a gran escala;
- d) hacer objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención y el presente Protocolo;
- e) robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos».

Según estipula el artículo 15 (2), las Partes en el Protocolo deben adoptar las medidas necesarias para tipificar esos actos como «delitos», con arreglo a su legislación nacional, y para sancionarlos «con penas adecuadas». Deben hacerlo de conformidad con «los principios generales del derecho y del derecho internacional, comprendidas las normas que hacen extensible la responsabilidad penal individual a personas que no han sido autoras directas de los actos». Esta disposición es, sin duda, mucho más sucinta que las que figuran en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) sobre el mismo tema (véase, más adelante, el capítulo 6.2).

En el artículo 16 (1), también se dispone que cada Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de las infracciones indicadas en el artículo 15, en los siguientes casos (véase el capítulo 6.2):

- respecto de todas las infracciones, cuando la infracción haya sido cometida en su territorio o por uno de sus nacionales (principios de jurisdicción basados en la territorialidad o en la nacionalidad);
- respecto de las infracciones (especialmente graves) que están enumeradas en los apartados (a) a (c), «cuando el presunto autor esté presente en el territorio de este Estado» (se trata aquí de una aplicación del llamado principio de universalidad).

El artículo 16 (2) da la posibilidad de definir la jurisdicción según otros criterios y especifica que si un Estado que no es Parte en el Protocolo (pero que es parte en conflicto) acepta y aplica las disposiciones de dicho instrumento, las disposiciones sobre responsabilidad penal y jurisdicción no se aplican, sin embargo, a los miembros de las fuerzas armadas de ese Estado.

Los artículos 17-20 establecen normas relativas al procesamiento, la extradición, la asistencia judicial recíproca y los motivos de rechazo de la extradición o de la asistencia judicial recíproca. El artículo 21, con el que finaliza el capítulo 4, obliga a las Partes a adoptar las medidas necesarias «para que cesen los siguientes actos, cuando sean perpetrados deliberadamente: a) toda utilización de bienes culturales en violación de la Convención o del presente Protocolo; b) toda exportación y cualquier otro desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos de bienes culturales desde un territorio ocupado en violación de la Convención o del presente Protocolo».

En el capítulo 6, sobre «Cuestiones institucionales», se incluyen disposiciones para la institución de tres órganos: la Reunión de las Partes y el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, ya mencionados, y un Fondo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, cuya finalidad es conceder ayuda financiera o de otra índole, en tiempo de paz, en apoyo de medidas preparatorias, y, durante o después de un conflicto armado, en relación con medidas de emergencia y de otro tipo para la protección o la reconstrucción de bienes culturales (artículo 29).

El capítulo 7 contiene disposiciones sobre difusión e instrucción, con respecto a las cuales se especifica que «toda autoridad militar o civil que en tiempo de conflicto armado esté encargada de aplicar el presente Protocolo habrá de tener pleno conocimiento de su texto» (artículo 30 (3)); sobre cooperación internacional en casos de violaciones graves (artículo 31, que es igual a la disposición del artículo 89 del Protocolo adicional I, con la diferencia de que añade la UNESCO, al lado de Naciones Unidas); y sobre «asistencia internacional», por parte del Comité, en particular respecto de los bienes culturales que gozan de protección reforzada (artículo 32) y sobre «asistencia técnica» por parte de la UNESCO (artículo 33).

Al comienzo del Capítulo 8 sobre «Aplicación del presente Protocolo», el artículo 34 dispone que este instrumento «se aplicará con el concurso de las Potencias Protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes en conflicto». El artículo 35 define una función de «buenos oficios» que las Potencias Protectoras pueden cumplir «siempre que lo juzguen conveniente en interés de los bienes culturales». El artículo 36 prevé el caso en que no se hayan designado Potencias Protectoras y atribuye una función de conciliador al director general de la UNESCO, así como al presidente del Comité.

## 5.5. LA GUERRA EN EL MAR

Al igual que el derecho sobre la guerra terrestre, el derecho relativo a la guerra en el mar existe desde hace siglos. Sin embargo, aparte de las normas para la protección de los heridos, enfermos y náufragos en el mar, que figuran en el II Convenio de Ginebra de 1949, esa codificación se detuvo casi por completo después de la segunda Conferencia de la Paz de La Haya, en 1907. La Conferencia Diplomática de 1974-1977 no tenía el cometido de incluir en sus tareas el derecho de la guerra en el mar, y las conferencias que se han sucedido en los últimos cincuenta años y que han codificado y aumentado el derecho marítimo general, si bien eran conscientes de esa problemática, tampoco tenían ese cometido.

Muchos factores han contribuido a este estado de cosas. Baste mencionar algunos: las cuestiones son ahora mucho más complicadas que en la época anterior a la creación de la ONU; el mar está dividido en más zonas; la existencia y las actividades de las Naciones Unidas han afectado

la pertinencia de la neutralidad; las técnicas de la guerra en el mar, debajo y sobre las aguas, han sufrido cambios radicales. Además, relativamente pocos Estados se empeñan activamente en guerras en el mar, y algunos de ellos no están dispuestos a que se codifique el derecho de la guerra marítima en el contexto de una conferencia internacional, en la que todo tipo de intereses, diferentes a los propios, pueden determinar el resultado.

Habida cuenta de esta situación, como ya reseñamos en el capítulo 2.4, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo se ocupó de preparar y publicar un documento que, si bien no es un tratado, proporciona una exposición fiable del derecho de la guerra en el mar. El documento fue elaborado por un grupo de expertos jurídicos y navales, procedentes de los Gobiernos, o cercanos a ellos, pero que participaron en esa empresa a título personal, así como por representantes del CICR. Se publicó en 1994 como el «Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados en el Mar».

El Manual abarca una amplia gama de temas, muchos de los cuales sobrepasan el ámbito de este apartado (por ejemplo, la relación entre los conflictos armados y el derecho a la legítima defensa; la conducta de los beligerantes y la situación de los neutrales en diferentes zonas de operaciones; la interceptación, visita, registro, desviación y captura de naves y de mercancías). De interés para nosotros son la Parte III («Normas básicas y distinción entre personas o bienes protegidos y objetivos militares») y la Parte IV («Métodos y medios de la guerra en el mar»).

La Sección I (Normas básicas) de la Parte III reafirma principios ya conocidos: la ausencia de un derecho ilimitado a elegir los métodos y medios de guerra; la distinción entre civiles y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares; la definición de «objetivo militar», como en el Protocolo adicional I de 1977; el requisito de que los ataques se limiten a los objetivos militares, especificando que «los buques mercantes y las aeronaves civiles son bienes civiles, a no ser que los principios y las normas enunciados en este documento autoricen a considerarlos objetivos militares»; la prohibición de métodos o medios de guerra que «sean de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios» o que tengan una acción discriminada; la prohibición de conducir las hostilidades fijándose como objetivo que «no haya supervivientes»; el requisito de que se tenga la debida consideración por el medio ambiente natural; y, por último, igualmente importante (a la luz de la historia): «Las naves de superficie, los submarinos y las aeronaves están obligados por los mismos principios y normas».

La Sección II (Precauciones en el ataque) repite las normas sobre el tema que figuran en el Protocolo I de 1977. La Sección VI añade precauciones específicas por lo que atañe a las aeronaves civiles.

La Sección III proporciona una lista de las clases de naves que gozan de inmunidad contra los ataques y establece las condiciones para gozar de esa inmunidad y los motivos por los que se pierde. Gozan de inmunidad, por ejemplo, los buques hospitales y las aeronaves sanitarias; las naves que transportan bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y las empleadas en acciones de socorro; las naves de pasajeros (cuando sólo transporten pasajeros civiles) y las aeronaves civiles. Las naves gozan de inmunidad si cumplen las siguientes condiciones: «a) se emplean de manera inocua en su actividad habitual; b) se someten a identificación e inspección cuando son requeridas; y c) no obstaculizan intencionadamente los movimientos de los combatientes y obedecen las órdenes de detenerse o de desviarse de su ruta cuando son requeridas» (norma 48). Si estas condiciones no se cumplen, la nave pierde la inmunidad y, por ende, puede ser objeto de ataques. En el caso de un buque hospital, los ataques se permiten sólo como último recurso y luego de que las otras medidas que se hayan tomado para solucionar la situación no hayan surtido efecto (normas 49-51).

Tanto por lo que respecta a los buques hospitales como a otros tipos de naves que han perdido la inmunidad, el ataque sólo puede efectuarse si (normas 51 y 52):

- «a) su desviación o captura no es factible;
- b) no se dispone de ningún otro método para ejercer un control militar;
- c) las circunstancias del incumplimiento son lo suficientemente graves como para que dicho buque hospital se haya convertido en un objetivo militar o pueda razonablemente presumirse que lo es; y
- d) las bajas o daños incidentales no fueran desproporcionados en relación con la ventaja militar obtenida o esperada».

En cuanto a la pérdida de inmunidad de las aeronaves enemigas y a las consecuencias de tal pérdida, se aplican normas similares (norma 57).

Para que un buque o una aeronave sea un objetivo militar, o «pueda razonablemente presumirse que lo es», debe «contribuir de manera efectiva a una acción militar». En este sentido, la norma 58 prescribe que «en caso de duda sobre si se está utilizando una nave o una aeronave que goza de inmunidad contra los ataques para contribuir de manera efectiva a una acción militar, se presumirá que no se emplea para ello».

Se puede atacar cualquier nave mercante enemiga sólo si corresponde a la definición de objetivo militar. En la Sección IV, se enumeran las actividades que pueden convertir a las naves mercantes enemigas en objetivos militares, por ejemplo: transportar tropas, estar incorporadas al sistema de obtención de información del enemigo, navegar en convoy con buques de guerra o «contribuir de cualquier otra manera efectiva a la acción militar, transportando, por ejemplo, material militar». La Sección establece normas similares respecto de las aeronaves civiles enemigas.

En la Sección V, se enuncian normas comparables, que determinan las condiciones que habrán de cumplirse para que se pueda atacar a naves mercantes y aeronaves civiles neutrales, por ejemplo, la condición de que haya motivos razonables para creer que una nave transporta contrabando o que viola un bloqueo, o que una aeronave civil transporta contrabando.

La Sección I de la Parte IV trata de los medios de guerra: misiles y otros proyectiles, torpedos y minas. Según la norma 78, «los misiles y proyectiles, incluidos los de alcance transhorizonte, deberán emplearse de conformidad con los principios de distinción entre personas o bienes protegidos y objetivos militares», enunciados en las normas fundamentales, y con los principios relacionados con las «precauciones en el ataque». Los torpedos deben hundirse o volverse inofensivos cuando hayan acabado su recorrido (norma 79). Las normas sobre el empleo de minas son mucho más detalladas (80-92); permiten «impedir el acceso del enemigo a una zona marítima», pero añaden que «el minado no debe tener el efecto práctico de impedir el paso entre las aguas neutrales y las aguas internacionales», y se deben tener debidamente en cuenta «los usos legítimos de la alta mar, estableciendo, entre otras cosas, rutas sustitutivas seguras para las naves de Estados neutrales». En otras normas se fijan requisitos técnicos para varios tipos de minas, así como las medidas que las partes en conflicto han de tomar tras el cese de las hostilidades activas, a fin de «retirar o hacer inofensivas las minas que hayan colocado, teniendo que retirar cada parte sus propias minas».

La Sección II, sobre «Métodos de guerra», consta de dos partes. La primera, sobre el bloqueo, reafirma las normas tradicionales sobre esa cuestión (incluida la norma 95, que es sumamente simple: «Un bloqueo ha de ser efectivo. Que un bloqueo sea efectivo es cuestión de que se aplique de hecho»). También incorpora normas tomadas de otros ámbitos del derecho humanitario: la prohibición de que se empleen los bloqueos como medio de hacer padecer hambre a la población civil o, en circunstancias en que se puede esperar que el bloqueo causará daños excesivos a la población civil, «en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera del bloqueo» (norma 102); la obligación de permitir el libre paso de víveres y otros suministros esenciales, si la población civil del territorio bloqueado está insuficientemente abastecida, sin perjuicio del derecho a fijar las condiciones técnicas de ese paso y de la condición de que la distribución de esa asistencia se haga «bajo la supervisión local de una Potencia Protectora o de una organización humanitaria que ofrezca garantías de imparcialidad, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja» (norma 103); y la obligación de «permitir el paso de suministros médicos para la población civil y para los militares heridos o enfermos», sin perjuicio, también en este caso, del derecho a fijar las condiciones técnicas de ese paso (norma 104).

La otra parte trata de la práctica de las potencias navales de declarar el cierre de zonas marítimas, a veces enormes, a toda nave que no cuente con el correspondiente permiso de navegar en esas «zonas de exclusión». En el

Manual, se tolera el establecimiento de esas zonas, a lo sumo como «medida excepcional», pero se subraya que un beligerante «no puede eximirse de las obligaciones que le impone el derecho internacional humanitario», y se enuncian normas que el beligerante debe respetar, a fin de reducir al máximo los efectos adversos del establecimiento de esas zonas.

En la Sección III, figuran las normas relacionadas con las tácticas de engaño, estratagemas y perfidia. Una se refiere, en particular, a las aeronaves militares y auxiliares: se prohíbe, en todo momento, que éstas simulen «que gozan de inmunidad o que tienen un estatuto civil o neutral» (norma 109).

La norma 110 declara que «las estratagemas están permitidas». En lugar de dar ejemplos de ellas, se indican actos que están prohibidos: «lanzar un ataque enarbolando un pabellón falso» y «simular intencionadamente en cualquier momento el estatuto de», por ejemplo, buques hospitales u otras naves autorizadas a enarbolar el emblema de la cruz roja o de la media luna roja, naves que cumplen misiones humanitarias o naves de pasajeros que transportan pasajeros civiles.

Según la norma 111, «queda prohibida la perfidia». Esta disposición repite, luego, la definición de actos que constituyen perfidia, que contiene el artículo 37 (1) del Protocolo adicional I de 1977. En lugar de tomar la lista de actos pérfidos que figura en dicho artículo, la norma 111 da sus propios ejemplos: «Es ejemplo de perfidia lanzar un ataque simulando: a) tener un estatuto de inmunidad, civil, neutral o protegido por las Naciones Unidas; b) rendirse o estar en situación de emergencia, enviando, por ejemplo, una señal de socorro u ordenando que la tripulación suba a los botes salvavidas».

El Manual de San Remo abarca muchos más aspectos de los que podemos abordar aquí. Pero el resumen que hemos presentado de las Partes III y IV puede ser suficiente para mostrar que los autores del documento llevaron a cabo la impresionante tarea de combinar el derecho tradicional de la guerra en el mar con normas y principios tomados de otros ámbitos del derecho humanitario, y elaboraron, así, un conjunto de normas realistas que deberían ser aceptables para las potencias navales.



## CAPÍTULO 6

# LOS DESARROLLOS POSTERIORES A 1977: APLICAR Y HACER RESPETAR EL DERECHO

Los últimos veinticinco años del siglo XX, en particular el último decenio, se caracterizaron por una alta incidencia de conflictos armados, en ocasiones excesivamente violentos, en que se infringieron abiertamente muchas normas y principios del derecho humanitario que regían desde hacía mucho tiempo. Paradójicamente, esa situación produjo un efecto positivo, pues las reacciones fueron más fuertes que las que se habían manifestado en el pasado. La comunidad internacional no sólo se preocupó por ese estado de cosas, sino que también lo condenó e hizo el avance más importante con la creación de los Tribunales *ad hoc* para ex Yugoslavia, en 1993, y para Ruanda, en 1994. Asimismo, se pudo observar una postura más activa en relación con la promoción del respeto del derecho humanitario, tanto a nivel internacional como nacional.

En cuanto a las Naciones Unidas, vimos, en el capítulo 2.3, que su interés por el derecho humanitario y por su desarrollo fue más bien retórico, y que la Asamblea General aprobaba resoluciones sobre aspectos que figuraban en sus programas con el título de «derechos humanos en los conflictos armados». Los cambios que tuvieron lugar en el ámbito político hicieron que la organización, en especial el Consejo de Seguridad, adoptara, gradualmente, una postura más activa. Basándose en el mandato que se le asigna en su Carta, la ONU comenzó poco a poco a expresarse contra las situaciones de violaciones flagrantes de los derechos humanos y del derecho humanitario. Es interesante observar que, en sus resoluciones o en las declaraciones presidenciales (que son un medio de expresión menos formal que las resoluciones), no se distinguía (o no se distingue) entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados internos; se hacía y se hace referencia a las normas del derecho humanitario sin ninguna especificación, aunque muchas veces se menciona particularmente la necesidad de respetar y de proteger a la población civil.

Además de las resoluciones y las declaraciones sobre situaciones específicas, el Consejo de Seguridad efectúa, en ocasiones, debates generales sobre temas concretos,

para los que se basa en informes que le remite el secretario general. Por ejemplo, en el Consejo se ha debatido repetidas veces sobre la suerte que corre la población civil en los conflictos armados. Otra cuestión que es objeto de debate, desde hace poco tiempo, es la proliferación de armas pequeñas y las acciones que pueden emprenderse para detener su rápida expansión. Si bien no necesariamente se traducen en medidas concretas e inmediatas, esos debates son útiles para fijar orientaciones políticas y para instar a los miembros de la ONU y a otras entidades a actuar en los ámbitos correspondientes.

Además de aprobar resoluciones y debatir sobre diferentes cuestiones de derecho humanitario, el Consejo de Seguridad ha optado por realizar acciones prácticas en casos específicos. Por ejemplo, en la guerra entre Irak e Irán, los años 1980-1988, el secretario general envió, a solicitud del Consejo, varias misiones sobre el terreno para verificar si se habían empleado armas químicas; cada vez que los informes correspondientes confirmaron esa presunción, el Consejo desaprobó enérgicamente dicho empleo; lamentablemente, esto no fue suficiente para que la parte acusada modificara su conducta.

El Consejo de Seguridad dirigía esas reprobaciones a la parte o a las partes implicadas. En cambio, para fundamentar sus decisiones de establecer los respectivos Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda se basó en la noción de responsabilidad penal individual. El mismo fundamento se utilizó para crear la Corte Penal Internacional (CPI), que fue instituida por una conferencia diplomática y cuyo propósito es funcionar a la par de la Corte Internacional de Justicia, organismo de las Naciones Unidas que examina los asuntos relacionados con la responsabilidad estatal.

Con el establecimiento de los Tribunales y de la CPI se busca alcanzar varios objetivos: hacer que los criminales de guerra comparezcan ante la justicia, especialmente cuando los Estados no tienen la disposición o la capacidad de hacerlo; instar a los Estados a investigar los crímenes y a enjuiciar a los criminales en los tribunales nacionales; contribuir a la prevención de los crímenes internacionales; y por último, de manera más general, reforzar la paz y la seguridad internacional promoviendo el imperio de la ley en países que sufren las consecuencias de conflictos y crímenes de guerra.

A pesar de que esas medidas son avances prometedores para hacer cumplir el derecho internacional humanitario, ni los Tribunales *ad hoc* ni la CPI, son, en sí, una respuesta cabal a la cuestión de hacer cumplir sus normas. Dado que su jurisdicción se limita a violaciones particularmente graves del derecho, las otras violaciones, menos graves, no son de su competencia. Además, si una parte en conflicto opta por infringir sistemáticamente ciertas normas de derecho humanitario, las acciones penales y el juicio que se inicien contra los infractores individuales de esas normas pueden no ser suficientes para hacer cambiar esa tendencia. Por lo tanto, siguen siendo tan necesarios como siempre los demás medios que pueden propiciar el cumplimiento de las obligaciones que incumben a las Partes según el derecho internacional humanitario.

## 6.1. LOS TRIBUNALES PARA EX YUGOSLAVIA Y PARA RUANDA

En 1991, Yugoslavia comenzó a desintegrarse. Los consiguientes conflictos armados fueron motivo para que los medios de comunicación presentaran informes cada vez más alarmantes acerca de los aterradores actos que se cometían, siguiendo, con frecuencia, la práctica de la «limpieza étnica». En octubre de 1992, a instigación del Consejo de Seguridad, el secretario general de la ONU estableció una comisión de expertos, a la que encargó de reunir y analizar la información disponible sobre violaciones graves del derecho humanitario; ésta presentó su informe final en mayo de 1994. Entre tanto, el Consejo de Seguridad había instituido, en mayo de 1993, el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (el Tribunal para ex Yugoslavia, TPIY).

Menos de un año antes de la creación del TPIY, se desencadenó un grave conflicto étnico en África central, en el transcurso del cual miembros del grupo hutu asesinaron a 500.000 miembros del grupo tutsi, en Ruanda. El Consejo de Seguridad, que recibió críticas por no haber actuado rápidamente para impedir la matanza, reaccionó creando, en 1994, un Tribunal *ad hoc*, similar al Tribunal para ex Yugoslavia, con jurisdicción sobre el genocidio y otras violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda (el Tribunal para Ruanda, TPIR).

Los Tribunales para ex Yugoslavia y para Ruanda se fundan en resoluciones del Consejo de Seguridad, aprobadas de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión). La jurisdicción del TPIY se limita al territorio de la ex Yugoslavia; la del TPIR abarca, además del genocidio perpetrado en Ruanda, las violaciones del derecho humanitario cometidas por ciudadanos ruandeses en el territorio de Estados vecinos, pero está limitada, temporalmente, a los actos cometidos el año 1994, por lo cual el asesinato posterior de miles de personas que huyeron del conflicto ruandés queda fuera de su jurisdicción.

La jurisdicción del TPIY, en cambio, no está restringida temporalmente. En el artículo 1 de su Estatuto, sólo se hace referencia a las «violaciones graves (...) cometidas a partir de 1991», y en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, por la cual se crea el TPIY, se habla de violaciones cometidas «entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz». Por lo tanto, su jurisdicción comprende las violaciones graves del derecho humanitario cometidas en Kosovo, una provincia yugoslava, en 1998 y 1999. (Cabe preguntarse, entonces, si el sintagma «*ad hoc*», con el que se califica a los dos Tribunales, es apropiado para el TPIY, como sí lo es para el TPIR; sin embargo, esta consideración no justifica que nos desviemos del uso generalmente aceptado de esa denominación.)

La jurisdicción de ambos Tribunales abarca las «violaciones graves del derecho internacional humanitario» (artículo 1 de los Estatutos respectivos). La denominación «derecho internacional humanitario», según se la emplea en este artículo, comprende tanto los crímenes de guerra como los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Aquí nos limitaremos a la categoría de crímenes de guerra.

Según el artículo 2 de su Estatuto, el TPIY tiene jurisdicción sobre las «infracciones graves a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949», mientras que, en el artículo 3, se le habilita para «perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra». En el mismo artículo, se enumeran, en forma no exhaustiva, los actos siguientes: «el empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles; la destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares; el ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos; la toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico; el pillaje de bienes públicos o privados». En su jurisprudencia, el Tribunal ha interpretado que la noción de «leyes o prácticas de guerra» se aplica también a los conflictos armados internos. Como, desde el comienzo, la situación ruandesa fue vista como un conflicto totalmente interno, en el artículo 4 del Estatuto del TPIR, se proporciona una lista de violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo II, a las que se considera crímenes punibles. El reconocimiento de que las violaciones del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados suponen una responsabilidad penal individual constituye un acontecimiento histórico. Hasta hace poco tiempo, se sostenía, por lo general, que la noción de «crimen de guerra» no se aplicaba en una situación de conflicto armado interno; en realidad, ni el artículo 3 común ni el Protocolo II tratan explícitamente de la responsabilidad individual. Por consiguiente, aunque las normas aplicables a conflictos armados internos todavía estén menos desarrolladas que el derecho aplicable a los conflictos internacionales, el establecimiento de los Tribunales *ad hoc*, así como el trabajo que éstos han realizado, han contribuido en forma significativa a que la distinción entre los dos tipos de conflictos sea menos importante.

La jurisdicción personal de los respectivos Tribunales para ex Yugoslavia y para Ruanda se limita a las personas naturales (artículo 6 del Estatuto del TPIY; artículo 5 del Estatuto del TPIR). Las partes en conflicto, así como cualquier otra entidad colectiva, sean Estados o grupos armados de oposición, quedan fuera de la jurisdicción de los Tribunales (tal como ocurrió con el Tribunal de Nuremberg). No importa si las personas están vinculadas a un Estado en particular.

En los artículos 6 y 7 de los Estatutos del TPIY y del TPIR, respectivamente, se establece el principio de responsabilidad penal individual. Se garantiza,

así, que todas las personas que hayan contribuido a la comisión de un crimen sean consideradas responsables. Consecuentemente, el artículo 7 (1) del Estatuto del TPIY y el artículo 6 (1) del TPIR abarcan a cualquier persona que «haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes» contemplados en el Estatuto respectivo. Los principios que se refieren a «cargo oficial», «responsabilidad de los mandos» y «orden impartida por un superior» garantizan la responsabilidad de todas las personas a lo largo de la cadena de mando. En consecuencia, se incluye a los jefes de Estado o de Gobierno, a los funcionarios gubernamentales y a otros superiores. En el artículo 7 (3) del Estatuto del TPIY y en el artículo 6 (3) del Estatuto del TPIR, se trata el principio de responsabilidad de los mandos y se estipula que:

«El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los autores».

En el artículo 7 (4) del Estatuto del TPIY y en el artículo 6 (4) del TPIR, se rechaza la noción según la cual un subordinado que ha cometido un crimen puede ser exonerado de su responsabilidad si prueba que actuó siguiendo las órdenes impartidas por un superior, aunque se reconoce que esas órdenes pueden ser consideradas «como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia».

Por último, cabe señalar que, en caso de que hubiera jurisdicción concurrente de los Tribunales Internacionales y de los tribunales nacionales, en el artículo 9 del Estatuto del TPIY y en el artículo 8 del TPIR, se da primacía a los Tribunales Internacionales sobre las jurisdicciones nacionales.

## 6.2. CORTE PENAL INTERNACIONAL

Poco tiempo después del establecimiento del Tribunal para ex Yugoslavia, la Comisión de Derecho Internacional, aprovechando el clima político favorable del momento, pudo completar, finalmente, el trabajo sobre la creación de una corte penal internacional que había iniciado en los primeros años de las Naciones Unidas. En 1994, remitió el proyecto de Estatuto a la Asamblea General de la ONU. Ésta decidió formar un Comité, asignándole como tarea producir un texto ampliamente aceptable para someterlo después a una conferencia diplomática; dicho comité se reunió, en varias ocasiones, entre 1996 y 1998. En el quincuagésimo segundo período de sesiones, la Asamblea General decidió convocar a una conferencia diplomática, del 15 de junio al 17 de julio de 1998, en Roma, «para completar y aprobar una convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional». El

17 de julio de 1998, la Conferencia aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), que luego firmaron 139 Estados.

El Estatuto entrará en vigor después de que 60 Estados lo hayan ratificado. Cuando se redactó el presente libro, 28 Estados lo habían hecho<sup>1</sup>. La cuestión de cuántos Estados se harán partes, efectivamente, en el Estatuto de la CPI, es importante, porque la obligación de los Estados de cooperar con la Corte y reconocer sus sentencias sólo incumbe a los Estados que sean Partes en el Estatuto.

Los Tribunales *ad hoc* para ex Yugoslavia y para Ruanda son susceptibles de recibir críticas por ejercer justicia selectiva, a causa de su jurisdicción geográfica y temporal limitada. Pero la CPI, como es una corte permanente, podrá funcionar sin esa crítica. No obstante, se debería recordar que, haciendo efectivo el principio de irretroactividad de las normas penales, el artículo 24 del Estatuto de la CPI estipula que «nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor».

La frase inicial del artículo 5, sobre «Crímenes de la competencia de la Corte», establece que «la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto». Su jurisdicción abarca los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y el crimen de agresión. Dado que aún no hay consenso para establecer una definición generalmente aceptada de «agresión», el artículo 5 añade que la Corte ejercerá jurisdicción sobre ese crimen sólo cuando se haya logrado un consenso, tanto respecto de la definición de ese crimen como de las condiciones en que la Corte puede ejercer esta parte de su jurisdicción. La resolución de esta espinosa cuestión, que incluye el difícil problema de las relaciones entre la jurisdicción de la Corte y los poderes del Consejo de Seguridad, deberá ser, pues, objeto de negociaciones entre las partes interesadas.

En el artículo 8, se define la jurisdicción de la Corte respecto de los crímenes de guerra. En el párrafo 1, se indica que la Corte tendrá jurisdicción sobre esos delitos, «en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes». Esta frase impone cierto umbral al ejercicio de jurisdicción de la Corte, aunque no sea absoluto, ya que la expresión «en particular» significa: la Corte sigue teniendo el poder de procesar crímenes de guerra aislados.

En el artículo 8 (2), se definen cuatro categorías de crímenes de guerra; las dos primeras se aplican a conflictos internacionales y las dos últimas, a los conflictos internos. De este modo, el Estatuto mantiene la distinción entre

---

1 N. del T: el Estatuto de la CPI entró en vigor el 1 de julio de 2002.

los dos tipos de situaciones (como se hizo en los Estatutos y en la práctica de los dos Tribunales *ad hoc*).

En el párrafo 2 (a), se proporciona una lista de infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, y en el párrafo 2 (b), se enumeran «otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales». Esta última lista, muy extensiva, contiene normas de conducción de la guerra que fueron reconocidas en el siglo XIX, pero también toma en cuenta desarrollos más recientes del derecho internacional humanitario, algunos de los cuales están incluidos en el Protocolo I adicional de 1977: por ejemplo, las disposiciones que penalizan varios actos contra los organismos de mantenimiento de la paz de la ONU y otras organizaciones humanitarias, así como contra sus instalaciones, materiales, unidades y vehículos; el traslado de civiles a territorios concretos por parte de la Potencia ocupante; las violaciones y la esclavitud sexual, la prostitución, el embarazo y la esterilización forzados, o cualquier otra forma de violencia sexual; hacer padecer hambre intencionadamente a la población civil como método de guerra; y reclutar o alistar niños de menos de quince años en las fuerzas armadas nacionales o hacerlos participar activamente en las hostilidades.

El empleo de armas prohibidas se circunscribe a dos párrafos: veneno o armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares, cualquier líquido, material o dispositivo análogo, y las balas que se ensanchen o se aplasten fácilmente en el cuerpo humano. Según el párrafo 2 (b) (xx), el empleo de «armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional humanitario de los conflictos armados» no corresponderá, por lo general, a la jurisdicción de la CPI, a menos que esas armas y métodos de guerra «sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto» en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las normas pertinentes. Esto significa que la CPI no está autorizada a determinar si el empleo de un arma en particular viola ciertos principios y si el hecho es punible como crimen de guerra; entre esas armas, se cuentan las armas nucleares: se prefirió finalmente no hacer ninguna referencia al respecto en el Estatuto.

En el artículo 8 (2), se hace una lista bastante exhaustiva de crímenes de guerra que pueden cometerse en situaciones de conflictos armados internos; no obstante, es mucho más corta que la de los crímenes en situaciones de conflictos armados internacionales. En el párrafo 2 (c), se mencionan las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; por primera vez, las disposiciones de este artículo son objeto de una disposición convencional penal. Según el párrafo 2 (e), son punibles «(o)tras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional». Se enumeran actos que se inspiran tanto en el Protocolo II adicional de 1977 como en las disposiciones de derecho consuetudinario que figuran en el Reglamento de La Haya, los

Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I adicional. Al igual que las disposiciones sobre los conflictos armados internacionales, las que se refieren a los conflictos armados internos abarcan la protección del personal y de los bienes de la ONU y de otras organizaciones humanitarias, así como los crímenes basados en diferencias de sexo. La disposición sobre «reclutar o alistar niños menores de quince años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades» también es comparable a la disposición sobre el empleo de menores en un contexto de conflicto internacional. Sin embargo, el empleo, en un conflicto interno, de armas cuyo empleo está prohibido en un conflicto armado internacional no está incluido en la lista de crímenes de guerra que incumben a la jurisdicción de la CPI.

En cuanto a las condiciones para que sea aplicable la disposición que penaliza las violaciones graves del artículo 3 común, en el párrafo 2 (d) se prescribe que no se aplicará «a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos». En el párrafo 2 (f), se emplean las mismas expresiones que en el párrafo 2 (e), añadiendo que sólo se aplica «a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos». Esta frase, que se basa, en principio, en el artículo 1 (1) del Protocolo II, se desvía de dicho artículo en varios sentidos. Abarca los conflictos entre grupos armados de oposición (que también están incluidos en el artículo 3 común, pero no en el artículo 1 del Protocolo); y deja fuera el elemento de control sobre una parte del territorio del Estado que permite a los grupos de oposición «realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo». Estas diferencias constituyen mejoras significativas; sin embargo, en el párrafo 2 (f), se añade, desafortunadamente, el calificativo «prolongado», que no figura en el Protocolo II de 1977 (pero que fue tomado de una sentencia emitida por el Tribunal para ex Yugoslavia en la fase inicial del primer caso que trató, el *caso Tadic* (jurisdicción)).

El párrafo 3 del artículo 8 deriva del artículo 3 del Protocolo II y declara que nada de lo dispuesto en los párrafos que se refieren a los conflictos armados internos «afectará a la responsabilidad que incumbe a todo Gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo».

Teniendo en cuenta que los crímenes, según las definiciones del Estatuto, pueden no reunir los requisitos del principio de legalidad, en el artículo 9, se estipula que «los elementos de los crímenes [...] ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos (en los que se define dichos crímenes)». El Comité Preparatorio de la CPI ultimó un proyecto final de «Elementos de los crímenes», que debe ser coherente con el Estatuto. Pero habrá que

esperar la entrada en vigor de dicho instrumento y una primera reunión de la Asamblea de Estados Partes para su aprobación final (por dos tercios de los miembros).

Una cuestión importante en relación con la Corte Penal Internacional es la de su jurisdicción. En el artículo 12 del Estatuto, se establecen las «condiciones previas para el ejercicio de la competencia». La condición general es que el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen o el Estado del cual el acusado es nacional haya aceptado la jurisdicción de la Corte, o que el Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decida someterle un asunto. Al hacerse Parte en el Estatuto, un Estado acepta la jurisdicción de la Corte. También es posible que un Estado acepte su jurisdicción *ad hoc*, con respecto a un crimen en particular. Cabe señalar que si el Consejo de Seguridad somete un asunto a la Corte, ésta puede tener jurisdicción sobre un crimen cometido en un Estado que no es Parte en el Estatuto y por un individuo que es nacional de dicho Estado.

Una vez que se han reunido las condiciones previas para el ejercicio de la competencia, se necesita saber quién o qué inicia el ejercicio real de esa competencia. En el artículo 13, se mencionan tres posibilidades: un Estado Parte o el Consejo de Seguridad remiten un caso al Fiscal; el Fiscal puede iniciar por su cuenta una investigación. Esta última posibilidad está estipulada en el artículo 15: «El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte».

La finalidad de la Corte no es reemplazar o sustituir a los tribunales nacionales. En el Preámbulo del Estatuto, se recuerda que «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales». En el mismo sentido, el artículo 1 estipula que la Corte «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». El principio de complementariedad reviste una importancia considerable, pues la mayoría de los Estados cuidan con mucho celo su jurisdicción. Se supone que la CPI intervendrá sólo cuando un Estado que tiene competencia en el asunto «no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo»; o cuando su decisión de no procesar al acusado «haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo» (artículo 17 (1)). Es probable que este tipo de situaciones se presenten cuando los crímenes internacionales en cuestión se relacionen con la participación directa o indirecta de individuos vinculados al Estado, puesto que los Gobiernos a menudo carecen de la voluntad política de enjuiciar a sus funcionarios de alto nivel; y *a fortiori* cuando la comisión de un crimen responda a la ejecución de una política del Gobierno. Asimismo, es posible que la Corte intervenga cuando no funcionen las instituciones nacionales, como en el caso de Ruanda, el año 1994.

En la Parte 3 del Estatuto, se estipulan los principios generales de derecho penal, que incluyen: los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* (no hay crimen ni castigo sin legislación previa), el principio de irretroactividad del derecho penal, las diversas formas de responsabilidad individual, la responsabilidad de los mandos superiores, el elemento de intencionalidad, y los fundamentos para excluir la responsabilidad penal individual. Al ser el primer tratado que establece estos principios clave de derecho penal, el Estatuto de la CPI constituye una contribución significativa al desarrollo del derecho penal internacional y cumple el requisito fundamental de especificidad.

La CPI tiene jurisdicción sobre personas naturales (diferentes de las personas jurídicas; artículo 25 (1)). En el párrafo 2, se subraya que «quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente». La noción de «comisión de un crimen» no se refiere estrictamente a la perpetración real del acto y se elabora en el párrafo 3. Allí se enumera una amplia gama de formas de cometer un crimen (individualmente o no), así como de contribuir, facilitar y ayudar a su comisión, que incluyen: ordenar, solicitar, inducir, ayudar, cubrir o suministrar los medios para la comisión de un crimen. Si un grupo de personas actúa con un propósito común y contribuye a la comisión de un crimen, o intenta hacerlo, se considera que ese acto también constituye un delito cuando la contribución es intencional y se hace «con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo» o «a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen». En el caso particular del genocidio, la noción de «comisión de un crimen» abarca la incitación pública y directa de terceros a cometer dicho delito (como ocurrió en el caso de Ruanda).

En el artículo 25 (4), se determina que «nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional». Es evidente que lo contrario es igualmente cierto: una persona que forma parte del aparato estatal y que ha cometido un crimen que compete a la Corte no está exenta de responsabilidad penal, según el Estatuto, por el solo hecho de que el Estado es internacionalmente responsable por su acto. En el artículo 27, se establece, en forma explícita, que ningún cargo oficial, incluidos el de jefe de Estado o de Gobierno, exonera a una persona de su responsabilidad penal según lo dispuesto en el Estatuto.

El artículo 28 trata la compleja cuestión de la responsabilidad de los mandos. Se establece una distinción entre «el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar» y otras relaciones entre «superior y subordinado». En cuanto al jefe militar o a quien actúe efectivamente como tal, el artículo dispone que esa persona:

«a) ... será penalmente responsable por los crímenes [...] cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control

efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

- i) hubiere sabido o, *en razón de las circunstancias del momento*, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
- ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento».

En el párrafo b), se incluyen disposiciones similares con respecto a las «relaciones entre superior y subordinado». La diferencia reside en que, en lugar de la norma amplia sobre información que figura en a) i), en b) i), se prevé el caso en que el superior «hubiere tenido conocimiento o *deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información* que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos». En b) ii), se añade el requisito de que «los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo». Cabe aclarar que no era necesario incluir este requisito en el caso de los jefes militares.

Es importante señalar que toda la doctrina relativa a la «responsabilidad de los mandos», tal como se la define en el Estatuto, se aplica tanto a los conflictos armados internacionales como a los internos. La conducta de los jefes políticos o militares de los grupos armados de oposición en un contexto de conflicto interno, en particular, está regida por las disposiciones de este artículo.

El artículo 29 dispone que «los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán». Es posible pensar que uno de esos crímenes esté sujeto a prescripción según lo dispuesto en la legislación nacional del Estado implicado, de modo que ese Estado, de conformidad con el artículo 17 (1), no pueda realmente llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento. En tal caso, la CPI podría admitir el asunto.

En los artículos 31 y 32, se establecen los fundamentos para eximir de responsabilidad penal a un inculpado, incluyendo los que se refieren a la defensa propia y a los errores de derecho.

El artículo 33 trata de las órdenes superiores o, más precisamente, de los crímenes cometidos «en cumplimiento de una orden emitida por un Gobierno o un superior». Dispone que tales órdenes no eximen a una persona de responsabilidad, a menos que esa persona a) estuviera obligada por ley a obedecer esas órdenes; b) no supiera que la orden era ilícita; y c) la orden no fuera manifiestamente ilícita. Obsérvese que las tres condiciones son acumulativas. Con respecto a la condición c), el párrafo 2 añade, en particular, que «a los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente

ilícitas». Con esta salvedad, si se cumplen las tres condiciones, se logrará una defensa válida para eximir al acusado de responsabilidad penal.

El Estatuto consta también de disposiciones que versan sobre las cuestiones siguientes: composición, administración y organización del trabajo de la Corte (Partes 4 a 8); cooperación y asistencia internacional (Parte 9); cumplimiento de las sentencias (Parte 10); Asamblea de los Estados Partes (Parte 11); financiación (Parte 12) y cláusulas finales (Parte 13). Dejando de lado estas cuestiones, mencionemos, para terminar, que la CPI tendrá sede en La Haya (Países Bajos), según lo dispuesto en el artículo 3.

### **6.3. OBSERVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO POR LAS FUERZAS DE LAS NACIONES UNIDAS**

Una cuestión que, durante mucho tiempo, ha estado en la agenda internacional es el respeto del derecho humanitario por parte de las fuerzas de las Naciones Unidas. Tras largos debates y negociaciones entre el secretario general de las Naciones Unidas, el CICR y los Estados que ponen tropas a disposición de la ONU, el secretario general publicó el «Boletín del secretario general sobre la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas», que, de conformidad con lo estipulado en el texto, entró en vigor el 12 de agosto de 1999 (cincuentenario de los Convenios de Ginebra). En vez de hacer aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales o la Convención sobre ciertas armas convencionales, el Boletín da directrices detalladas, inspiradas en esos tratados, sobre temas como: protección de la población civil, medios y métodos de combate, trato debido a las personas detenidas, y protección de los heridos y de los enfermos, así como del personal médico y de socorro.

Sin referirse directamente a la cuestión de la responsabilidad de las Naciones Unidas respecto de violaciones del derecho cometidas por miembros de sus fuerzas, en la Sección 3 del Boletín, se especifica que, aun en ausencia de un acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas, entre la ONU y el Estado en cuyo territorio se despliegue una fuerza de las Naciones Unidas, éstas «se comprometerán a velar por que la fuerza realice sus operaciones con pleno respeto de los principios y normas de los convenios generales aplicables al comportamiento del personal militar».

En la Sección 4, se declara que «en caso de violación del derecho internacional humanitario, los miembros del personal militar de una fuerza de las Naciones Unidas 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. Una interpretación a

*contrario* de esta disposición, es decir sostener que está excluido que un tribunal penal competente, sea nacional o internacional, juzgue esos casos, no parece justificada.

#### 6.4. RESPONSABILIDAD COLECTIVA E INDEMNIZACIONES POR VIOLACIONES DEL DERECHO

Como se dijo en el apartado 3.5.3c, en el decenio de 1990, los tribunales japoneses tuvieron que ocuparse de una serie de demandas contra el Gobierno japonés, entabladas por personas que, en su calidad de prisioneros de guerra, de detenidos civiles o de mujeres y niñas forzadas a prostituirse en territorio ocupado durante la Segunda Guerra Mundial, afirmaban haber sido víctimas de malos tratos cuando estuvieron en poder de las fuerzas armadas japonesas. Sostenían también que habían recibido una indemnización insuficiente, y en algunos casos ninguna, por los daños y perjuicios que habían sufrido, en violación el derecho internacional humanitario. Algunos demandantes habían recibido, en el pasado, un pago simbólico por parte de sus autoridades nacionales, además del dinero que había pagado Japón basándose en un acuerdo «de indemnización global» que por lo general se incluye en un acuerdo de paz. En otros casos, ese acuerdo no se había realizado o, en el caso de las mujeres y niñas filipinas forzadas a prostituirse, las víctimas no se habían atrevido antes a exigir una indemnización, pues durante decenios les había sido imposible tan sólo hablar abiertamente de lo que les había ocurrido.

Varios de estos casos han tenido resultados negativos; otros seguían pendientes cuando se redactó este libro. Una cuestión fundamental en estos procesos es si las personas individuales pueden entablar demandas basadas en el derecho internacional humanitario contra un Estado extranjero. Sin tener en cuenta el resultado, lo que importa es el esfuerzo que han realizado no sólo los demandantes, sino también sus asesores japoneses.

La invasión y ocupación de Kuwait por Irak, en 1990-1991, fue otra oportunidad para aplicar la obligación de indemnizar por violaciones del derecho, incluidas las que conciernen a víctimas individuales. Mediante la resolución 687 (1991), el Consejo de Seguridad creó la Comisión de las Naciones Unidas de Indemnización, y le confió la tarea de examinar y adjudicar demandas de indemnizaciones por pérdidas sufridas como resultado directo de la invasión de Kuwait por Irak. Si bien la Comisión se ocupa, principalmente, de las pérdidas que resultan del uso ilícito de la fuerza por parte de Irak, también ha otorgado indemnizaciones por violaciones del derecho internacional humanitario sufridas por personas individuales. En algunas ocasiones, lo ha hecho sin referirse expresamente a ese ordenamiento jurídico, aunque los actos subyacentes, por ejemplo, toma de rehenes o pillaje de la propiedad privada, podrían haberse interpretado como violaciones de ese derecho. Pero en un caso hizo referencia expresa al derecho internacional humanitario:

si bien los costos militares y las demandas del personal militar están fuera de la competencia de la Comisión, se concedieron indemnizaciones a miembros de las fuerzas armadas de la coalición aliada que habían sido prisioneros de guerra y que habían sufrido daños como resultado de tratos indebidos, en violación del derecho internacional humanitario.

Tras los acontecimientos que tuvieron lugar en el territorio de ex Yugoslavia, se presentó otro tipo de caso, a nivel interestatal, cuando Bosnia-Herzegovina solicitó a la Corte Internacional de Justicia, en 1993, que condenara a la República Federal de Yugoslavia (es decir, Serbia y Montenegro) por violaciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Solicitó, además, que se indicaran medidas provisionales para el cese inmediato de los actos de genocidio contra la población bosnia, lo que generó una reconvencción por parte de Yugoslavia. También en 1993, la Corte indicó medidas provisionales para la protección de los derechos previstos en la Convención antes mencionada. En 1996, decidió que tenía competencia en el caso y declaró admisible la solicitud de Bosnia-Herzegovina. En 1997, sostuvo que las reconvencciones que le había presentado Yugoslavia también eran admisibles; por ese medio, Yugoslavia solicitaba a la Corte que declarara a Bosnia-Herzegovina responsable de actos de genocidio cometidos contra los serbios en ese país. En el momento de redacción del presente libro, aún no se ha juzgado el fondo de las demandas de cada parte.

El caso es interesante porque muestra la posibilidad que tienen los Estados de reivindicar los derechos que les asigna el derecho internacional humanitario, así como a sus nacionales, recurriendo a las normas relacionadas con la responsabilidad del Estado y a los procedimientos de derecho internacional general para la solución de litigios. Muestra, además, que ese procedimiento puede tener lugar en forma simultánea a procedimientos ante un órgano judicial internacional (el Tribunal para ex Yugoslavia), contra presuntos responsables de los mismos hechos en que se basa el caso interestatal.

## **6.5. JURISDICCIONES NACIONALES Y RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL**

Como clara reacción ante lo sucedido en diferentes conflictos armados recientes, los Estados muestran hoy una mayor disposición a examinar asuntos relacionados con violaciones del derecho internacional humanitario. En este sentido, el primer asunto que se sometió al Tribunal para ex Yugoslavia, contra Dusko Tadic, bosnio serbio, comenzó con el arresto de Tadic, el año 1994, en Alemania, por las autoridades alemanas, como sospechoso de haber cometido delitos en Bosnia-Herzegovina, incluidos los de tortura y complicidad en la comisión de genocidio. Ambos cargos, por lo que atañe a su sustancia y a su jurisdicción, podían ser objeto de un proceso en Alemania. Mediante una solicitud formal de inhibición, el caso se sometió al Tribunal para ex Yugoslavia.

Desde entonces, numerosos asuntos relacionados con los acontecimientos acaecidos en ex Yugoslavia y en Ruanda se han tratado en varias jurisdicciones nacionales, en situaciones en que los Tribunales no encontraban fundamentos para solicitar la inhibición. En Ruanda, especialmente, se dejó que la amplia mayoría de los asuntos relacionados con las matanzas de 1994 fueran procesados por los tribunales de ese país.

A raíz de los acontecimientos en ex Yugoslavia, en Ruanda y en otros lugares, se ha puesto de manifiesto, una vez más, que la legislación penal y las normas relativas a la jurisdicción de un Estado deben permitir el procesamiento y el juicio de violaciones graves del derecho humanitario cometidas fuera de ese Estado por nacionales de otro Estado que posteriormente se encuentren en su territorio (como Tadic, que se encontraba en Alemania). En varios países, esta comprobación se ha traducido en la adaptación de la legislación vigente; en otros, se está realizando el correspondiente trabajo de enmiendas. En este contexto, se puede mencionar la tarea que desempeña el Servicio de Asesoramiento del CICR, que se instituyó como instrumento para asistir a los Estados en estos esfuerzos (véase también el apartado 6.6).

Para terminar, cabe mencionar los casos que un grupo de nacionales bosnios presentó en Estados Unidos, bajo el *Alien Tort Claims Act* (ATCA), para solicitar indemnizaciones de Radovan Karadzic por genocidio, abuso sexual, prostitución forzada, tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cometidos durante el conflicto en ex Yugoslavia. En cuanto a la jurisdicción, el tribunal estadounidense sostuvo que el ATCA le otorgaba competencia sobre demandas basadas en genocidio y en crímenes de guerra, que consideró como violaciones previstas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

## 6.6. EL TRABAJO DEL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA

Las violaciones graves y sistemáticas, en conflictos armados recientes, de casi todas las normas de derecho humanitario, incluidas las que protegen a los colaboradores de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o a otro personal especialmente protegido, no podían sino provocar la reacción de la comunidad de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. La Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja es un foro apropiado para debatir esas cuestiones. Se reúne, en principio, cada cuatro años, y participan en ella representantes de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, de la Federación Internacional de estas Sociedades y del CICR.

En la XXVII Conferencia Internacional, que se celebró en Ginebra, el año 1999, se aprobó un «Plan de acción para los años 2000-2003». La primera parte de este documento está dedicada a la «protección de las víctimas de conflictos armados mediante el respeto del derecho internacional humanitario».

Entre sus objetivos se cuentan: la incorporación, por los Estados, de sus obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario en los programas de educación y formación pertinentes; la creación de «una barrera eficaz contra la impunidad» mediante la aplicación, por los Estados, de sus obligaciones internacionales respecto de la represión de los crímenes de guerra; la cooperación mutua para lograr el objetivo antes citado y «el examen de un sistema equitativo de reparaciones».

Al determinar el objetivo de cumplimiento cabal, por todas las partes en un conflicto armado, de sus obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario, se hace una sugerencia interesante:

«Se insta a los grupos armados organizados, en los conflictos armados no internacionales, a que respeten el derecho internacional humanitario. Asimismo, se les insta a que *declaren su intención de hacerlo*, así como a que enseñen ese derecho a sus fuerzas».

La frase en cursiva es, precisamente, la disposición que falta en el Protocolo II. Queda por saber cuál será el efecto de esa declaración unilateral, tanto para la Parte que la realiza como para el Gobierno. En todo caso, a falta de un acuerdo expreso entre las partes sobre la aplicación del (o de partes del) derecho internacional humanitario, una intención declarada por el grupo armado de oposición, o por el Gobierno, podría contribuir en forma significativa a un mayor respeto del derecho.

Huelga decir que, a lo largo de los últimos decenios, el CICR ha hecho todo lo posible por detener la ola de incumplimiento de los principios de derecho humanitario, incluso de los más elementales. Se ocupa de difundir el derecho donde puede, utilizando todos los medios posibles e incluso en los puntos más remotos de países implicados en conflictos armados. Siempre que es posible, coopera en este esfuerzo con el Estado y las autoridades locales, así como con la Sociedad Nacional de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja.

Recientemente, se ha agregado un nuevo instrumento a la serie de medios utilizados para la promoción del respeto del derecho humanitario: el Servicio de Asesoramiento del CICR en Derecho Internacional Humanitario. Su objetivo es asesorar y ayudar a los Estados interesados en sus esfuerzos para adoptar medidas nacionales de aplicación.

Para completar aquí la información sobre el CICR, es necesario decir que tiene un doble cometido: brindar asistencia y protección a las víctimas de conflictos armados (función que ha desempeñado desde su creación, en 1863) y actuar como promotor y guardián del derecho internacional humanitario.

El trabajo del CICR ha sido reconocido a lo largo de los años por la comunidad internacional y se ha fundado en tratados multilaterales, como los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I adicional. Como se dijo antes,

en varios artículos de dichos instrumentos, se menciona al CICR y se le autoriza a realizar una amplia variedad de actividades. Así, el CICR puede ofrecer sus servicios a las partes en un conflicto armado, sus delegados están autorizados a visitar prisioneros de guerra, internados y detenidos civiles, con quienes deben poder mantener entrevistas privadas y sin testigos. Asimismo, el CICR puede actuar como sustituto de una Potencia protectora. Además, a través de la Agencia Central de Búsquedas, el CICR actúa como intermediario entre las partes en un conflicto armado, transmitiendo información sobre los prisioneros de guerra, los internados y los detenidos civiles visitados a la parte en conflicto a la que pertenecen, para que ésta, a su vez, informe a los respectivos familiares. El sistema también se emplea para informar a los familiares acerca de la muerte de los combatientes.

De conformidad con el artículo 81 del Protocolo I, las partes en un conflicto armado deben dar al CICR las facilidades que esté en su poder otorgar, para que pueda desempeñar las tareas humanitarias que se le atribuyen en los Convenios y en el Protocolo, a fin de proporcionar protección y asistencia a las víctimas de los conflictos. El Protocolo II carece de una disposición similar para el caso de conflictos armados internos. No obstante, se puede recordar que el artículo 3 común dispone que «un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto».

Además de los Convenios de Ginebra y su Protocolo I, los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja dan al CICR una base para sus actividades. Según el artículo 5 de los Estatutos, el CICR tiene, entre otros, los siguientes cometidos:

- trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados;
- hacer siempre lo posible, como institución neutral cuya actividad humanitaria se despliega especialmente en casos de conflicto armado –internacionales o de otra índole– o de disturbios internos, por lograr la protección y la asistencia a las víctimas militares y civiles de dichos acontecimientos y de sus consecuencias directas;
- trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo.

Además, en el artículo 5 (3), se reafirma que «el Comité Internacional puede tomar las iniciativas humanitarias que correspondan a su cometido de institución y de intermediario específicamente neutrales e independientes y estudiar las cuestiones cuyo examen incumba a tal institución».

La función del CICR como promotor y guardián del derecho internacional humanitario tiene las tres facetas siguientes: velar por el respeto del derecho humanitario, promover y difundir el derecho, y contribuir a su desarrollo.

Sus actividades para lograr la «fiel aplicación» del derecho humanitario significan, concretamente, que sus delegados sobre el terreno velan por que las partes en conflicto apliquen el derecho humanitario. Si se viola el derecho, el CICR intenta persuadir a las autoridades correspondientes, sea el Gobierno o un grupo armado de oposición, de que corrija su comportamiento. El CICR procura edificar una relación constructiva con todos los que participan en la violencia y realiza lo que podría llamarse una «diplomacia discreta». Habida cuenta del principio de confidencialidad en que basa su labor, el CICR sostiene que no se le puede solicitar que proporcione pruebas ante los tribunales nacionales o internacionales. La exención del CICR en este sentido ha sido reconocida expresamente por el Tribunal para ex Yugoslavia, en el caso *Simic*, en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI y en acuerdos de sede que establecen privilegios e inmunidades del CICR en los diferentes Estados en los que la Institución está presente.

Ahora bien, si a pesar de las intervenciones confidenciales no se logra alcanzar el resultado deseado, el CICR se reserva el derecho de denunciar públicamente las violaciones del derecho que haya comprobado. El objetivo de hacerlas públicas no es señalar a los responsables en forma individual, sino instar a las partes en conflicto a que respeten el derecho humanitario. Con frecuencia, el CICR también insta a otros Estados a que intervengan ante las partes implicadas.

A través de su Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, el CICR insta a los Estados a aprobar medidas de legislación nacional para la aplicación del derecho humanitario a nivel nacional. Los expertos jurídicos del CICR, tanto en la sede, en Ginebra, como sobre el terreno, brindan a los Estados asistencia técnica en relación, por ejemplo, con la legislación relativa al enjuiciamiento de criminales de guerra o a la protección de los emblemas de la cruz roja o de la media luna roja.

Si bien los Estados son los principales responsables de la difusión del derecho humanitario, el CICR ha adquirido, a lo largo de los años, una experiencia considerable en esa materia, y con frecuencia, sus delegados imparten cursos, especialmente para las fuerzas armadas y de seguridad, empleados estatales, diplomáticos y civiles en general. Cuando lleva a cabo estas actividades, el CICR coopera, en lo posible, con las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, así como con la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

## 6.7. ORGANISMOS DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En los últimos tiempos, los organismos de derechos humanos, tanto gubernamentales como no gubernamentales, se han inclinado, cada vez más, a incorporar el derecho humanitario en sus actividades. Esto se debe, en primer lugar, a que sus actividades se realizan, con frecuencia, en zonas de

conflictos armados en las que son aplicables las normas de derecho humanitario, además de las de derechos humanos. En segundo lugar, existen similitudes sustanciales y una superposición evidente (por ejemplo, los principios de derecho a la vida y de inviolabilidad de la persona humana) entre los dos ordenamientos jurídicos.

En las Naciones Unidas, por ejemplo, esta tendencia puede observarse en la práctica del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y para los Refugiados, respectivamente. Cabe señalar el caso de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia, cuyo mandato abarca el informe de violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario sin distinción y sin importar si fueron cometidas por el Estado o por grupos armados de oposición. La Oficina informa a las autoridades gubernamentales y, en términos generales, a la ONU.

Las Comisiones de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y los relatores que éstas designan para países o para ámbitos específicos del derecho a menudo hacen referencia al derecho internacional humanitario, junto a los derechos humanos, en sus resoluciones e informes.

En el plano regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está igualmente activa. En realidad, ha dado un paso más adelante, al evaluar en forma explícita los incidentes que han acaecido en países implicados en conflictos armados, y que violan tanto los derechos humanos como el derecho humanitario. Ha recurrido a normas de derecho humanitario para interpretar las normas aplicables de derechos humanos (que no fueron concebidas específicamente para situaciones de conflictos armados), así como para añadir un fundamento extra a sus decisiones acerca de si una conducta en particular ha violado los preceptos fundamentales de humanidad.

En sus informes sobre la situación de los derechos humanos en determinados países en guerra, la Comisión puede incluir, y así lo hace, información sobre el comportamiento de todas las partes, en relación con los derechos humanos y con el derecho humanitario. Llegado el caso, exhorta a las partes, o específicamente a uno u otro de los grupos armados de oposición, a respetar esos derechos. No obstante, si debe expresar una decisión que involucra una responsabilidad internacional, la Comisión puede dirigirla solamente al Gobierno en su calidad de representante del Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en su informe sobre Colombia, en 1999, la Comisión describió en detalle y analizó la conducta de todas las partes en el conflicto armado que tiene lugar en ese país, a la luz de las normas aplicables de derecho humanitario; pero debió admitir que, en lo que respecta a la responsabilidad, las numerosas violaciones graves del derecho humanitario cometidas por la guerrilla y por los grupos paramilitares no incumbían a su jurisdicción.

El mismo obstáculo que se interpuso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también impediría que otros organismos intergubernamentales de derechos humanos traten y decidan casos individuales, en relación con la responsabilidad internacional por violaciones del derecho humanitario. No obstante, todos estos organismos tienen la posibilidad de referirse al mismo tiempo al derecho humanitario y a los derechos humanos, en una manera más retórica, expresando que «deploran» o «condenan» cierta conducta y que «exhortan» a las partes a corregir su comportamiento.

Entre los organismos no gubernamentales, *Human Rights Watch* ha sido el primero en investigar la situación de los derechos humanos y del derecho humanitario en conflictos armados específicos, y en informar abiertamente al respecto. Como es una ONG, su competencia para actuar no está basada en (o limitada por) un tratado. Por lo tanto, tiene libertad para «acusar» a cualquiera de las partes o a individuos por violaciones de esos ordenamientos jurídicos. Al hacerlo, procura ser, y que la consideren como, una fuente creíble de información.

Por otro lado, *Amnistía Internacional* no había estado dispuesta, durante mucho tiempo, a tomar en cuenta el derecho humanitario en sus informes sobre situaciones de violaciones graves de los derechos humanos, incluso cuando era evidente que en los países implicados estaba teniendo lugar un conflicto armado en el que se cometían violaciones y también, o sobre todo, abusos del derecho humanitario. Recientemente, ha cambiado su postura, en particular para poder expresarse abiertamente contra violaciones del derecho humanitario cometidas por grupos armados de oposición.

En suma, aunque todavía sea limitada, la práctica de los organismos de derechos humanos que acabamos de describir es un aporte bienvenido al conjunto, indiscutiblemente restringido, de medios internacionales para hacer que las partes en conflictos armados respeten el derecho internacional humanitario. La fuerza de estos organismos reside en su capacidad de expresarse abiertamente, de investigar sobre las violaciones del derecho y de llamar la atención y exhortar a los responsables de éstas. Su debilidad es que no tienen las mismas capacidades en derecho humanitario, y que en ningún caso pueden acusar a las partes, con autoridad, de ser responsables de violaciones de ese derecho. Por ende, si bien se debería apoyar y estimular su interés por el derecho internacional humanitario, sus actividades en este ámbito no hacen menos necesario el desarrollo de mecanismos de supervisión con el cometido específico de hacer respetar las normas del derecho humanitario.

## CAPÍTULO 7

# CONCLUSIÓN

El derecho internacional humanitario de los conflictos armados no es un fin en sí, sino un medio para lograr un fin: preservar la humanidad ante la realidad de la guerra. Todos los días hacemos frente a esta realidad y, por consiguiente, el medio sigue siendo necesario.

En los capítulos precedentes, se hizo un esbozo del desarrollo que ha conocido el derecho humanitario, así como de algunos de los problemas que plantea. En gran medida, estos problemas son más variados y complicados que lo que usualmente surge de los debates públicos, que tienden a prestar atención al derecho humanitario sólo en el contexto de ciertos «temas de actualidad»: a veces, se trata del empleo eventual de armas nucleares; otras, de la situación de los combatientes de la guerrilla en guerras de liberación nacional; luego, de la suerte que corre la población civil en un conflicto armado interno o de los ataques injustificados contra el personal de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, que implican una total falta de respeto por el emblema protector. Sin embargo, aun reconociendo la importancia que estas cuestiones revisten, se deberían tomar en cuenta los vínculos que las relacionan con otros aspectos del derecho humanitario, que merecen recibir la misma atención.

Esas cuestiones de derecho humanitario, sin tener en cuenta su variedad y complejidad, pueden reducirse a dos problemas fundamentales: el equilibrio entre el imperativo de humanidad y la necesidad militar; y los obstáculos que en este sentido plantea la soberanía de los Estados. La soberanía y la necesidad militar son los dos espíritus malignos de nuestra historia, y no estamos en condiciones de exorcizarlos en breve. Si bien hoy muchos consideran que la soberanía de los Estados es el principal obstáculo para lograr una sociedad mejor, los Estados, tanto viejos como nuevos, la cuidan como su bien más preciado y como un medio indispensable para protegerse de las injerencias que van en menoscabo de su integridad territorial y su independencia política. Cualquier interferencia evidente en su comportamiento en tiempo de conflicto armado y, sobre todo, en una situación de conflicto armado interno, o cualquier intento de controlarlo, se interpreta rápidamente como una injerencia en su preciada soberanía.

El tema de la necesidad militar predominó aún más en los capítulos precedentes. Difícilmente podría haber sido de otro modo, pues ese concepto constituye una parte integrante del fenómeno de los conflictos armados. Debería comprenderse que, bajo la expresión «necesidad militar», se sintetiza el argumento según el cual ciertas cosas están permitidas en un conflicto armado, con el fundamento único de que esas cosas deben hacerse. El argumento contrario es que, incluso en los conflictos armados, hay cosas que no pueden hacerse, porque constituyen atentados intolerables contra la humanidad. Habida cuenta de lo expuesto en los capítulos anteriores, no queda duda de que es difícil encontrar el equilibrio entre estos dos argumentos opuestos. Esa dificultad está demostrada por un siglo de conferencias internacionales, celebradas de 1899 a 1999 para examinar esas cuestiones.

Esta larga serie de conferencias ha dado como resultado la aprobación de un número creciente de importantes tratados que, en su conjunto, forman un cuerpo de normas considerable. Esto no quiere decir que ahora todas las cuestiones se han reglamentado para satisfacción de todos: de hecho, eso parece imposible y, tal vez, los legisladores internacionales deban tratar nuevas demandas, que resulten de acontecimientos futuros.

Se debería añadir que ni la aprobación de tratados ni su gradual incorporación en el derecho internacional consuetudinario de los conflictos armados garantizan que se lo aplique en la práctica. Son raras las ocasiones en que los beligerantes respetan automáticamente las obligaciones que imponen restricciones a la conducción de las hostilidades. La mayoría de las veces, se debe ir paso a paso, para evitar que el conflicto armado degenera en la destrucción ciega y la muerte sin sentido que implica la guerra total. No siempre se gana esta batalla por la humanidad. Pero cada logro parcial significa que no se torturará o asesinará a un prisionero, que una granada de mano no se arrojará a ciegas contra una multitud, que no se bombardeará un poblado hasta destruirlo; en otras palabras, que una persona no habrá sufrido innecesariamente a causa del flagelo de la guerra.

La finalidad del derecho humanitario de los conflictos armados antes mencionada, es decir, preservar la humanidad ante la realidad de la guerra, es secundaria: el primer objetivo debe ser evitar los conflictos armados.

Hasta el presente, ese objetivo ha estado fuera de nuestro alcance, a pesar de los vehementes esfuerzos que muchos han desplegado para lograrlo. Por esta razón, los autores del presente libro consideramos que se justificaba llamar la atención de los lectores sobre la relación entre guerra y humanidad que es, por lo general, difícil.

# BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

## OBRAS CONSULTADAS

- Bouchet-Saulnier, F., *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, París, 1998;
- CICR/Instituto Henry Dunant, *Bibliography of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, segunda edición, Ginebra, 1987;
- CICR/Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, decimotercera edición, Ginebra, 1994;
- Doswald-Beck, L. (ed.), *Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar*, Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, CICR, n° 132, noviembre-diciembre de 1995;
- Fischer, H., & W. H. von Heinegg, *The Law of Naval Warfare, A Select Bibliography*, Bochum, 1989;
- Friedman, L., *The Law of War, A Documentary History*, 2 tomos, Nueva York, 1972;
- Levie, H. S., *Protection of War Victims: Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, 4 tomos y suplemento, Dobbs Ferry, 1979-1985;
- id.*, *The Law of Non-International Armed Conflict: Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987;
- id.*, *The Law of War and Neutrality, A Selective English-Language Bibliography*, Dobbs Ferry, 1988;
- Roberts, A., & R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, tercera edición, Oxford, 2000;
- Schindler, D., & J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts, A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, tercera edición, Dordrecht/Ginebra, 1988;
- Solf, W. A., & J. A. Roach, *Index of International Humanitarian Law*, Ginebra, 1987;
- Verri, P., *Diritto per la pace e diritto nella guerra*, Roma, 1980;
- id.*, *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja (Colombia) y TM Editores, 1998.

## OBRAS DE INTERÉS GENERAL

- Abi-Saab, G., 'Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols', in *Recueil des Cours*, 1979-IV;
- Abi-Saab, R., *Droit humanitaire et conflits internes*, Ginebra/París, 1986;
- Arrassen, M., *Conduite des hostilités, droit des conflits armés et désarmement*, Bruselas, 1986;
- Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht Boston/Londres, 1992;
- Bedjaoui, M. (ed.), *Modern Wars, The Humanitarian Challenge*, Londres, 1986;
- Beigbeder, Y., *The Role and Status of International Humanitarian Volunteers and Organizations – The Right and Duty to Humanitarian Assistance*, Dordrecht/Boston/Londres, 1991;
- Bello, E., *African Customary Humanitarian Law*, Ginebra, 1980;
- Ben-Tov, A., *Facing the Holocaust in Budapest – The International Committee of the Red Cross and the Jews in Hungary, 1943-1945*, Dordrecht/Boston/Londres, 1988;
- Best, G., *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, Londres, 1980, 1983;
- id.*, *War and Law Since 1945*, Oxford, 1994;
- Boissier, P., *Histoire du Comité International de la Croix-Rouge : De Solferino à Tsushima*, Ginebra, 1963;
- id.*, *History of the International Committee of the Red Cross: From Solferino to Tsushima*, Ginebra, 1985;
- id.*, *Historia del Comité Internacional de la Cruz Roja: De Solferino a Tsushima*, Comité Internacional de la Cruz Roja/Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1998;
- Boiton-Malherbe, S., *La protection des journalistes en mission périlleuse dans les zones de conflit armé*, Bruselas, 1989;
- Bothe, M., *Das völkerrechtliche Verbot des Einsatzes chemischer und bakteriologischer Waffen*, Köln, 1973;
- Bothe, M., P. Macalister-Smith & T. Kurziden (eds.), *National Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, 1990;
- Bothe, M., K. J. Partsch & W. A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflict*, La Haya, 1982;

- Bugnion, F., *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Ginebra, 1994;
- Calogeropoulos-Stratis, A., *Droit humanitaire et droits de l'homme: La Protection de la personne en période de conflit armé*, Ginebra, 1980;
- Cassese, A. (ed.), *Current Problems of International Law*, Milán, 1975;
- id.* (ed), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Nápoles, 1979;
- id.*, *Violence et droit dans un monde divisé*, París, 1990;
- Chadwick, E., *Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict*, La Haya/Boston/Londres, 1996;
- Clark, I., *Waging War, A Philosophical Introduction*, Oxford, 1988;
- Courvoisier, R., *Ceux qui ne devaient pas mourir – De la guerre d' Espagne aux réfugiés palestiniens, quarante ans de combat sans armes*, París, 1978;
- David, E., *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruselas, 1978;
- id.*, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruselas, 1999;
- Delissen A. J. M. & G. J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law and Armed Conflict – Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht/Boston/Londres, 1991;
- Detter de Lupis, I., *The Law of War*, Cambridge, 1987;
- Deyra, M., *Droit international humanitaire*, París, 1998;
- Dinstein, Y., *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, Leyden, 1965;
- id.*, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, 1988;
- Draper, G.I.A.D., 'The Geneva Conventions of 1949', in *Recueil des Cours*, 1965-I;
- id.*, 'The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and the two Additional Protocols of 1978', in *Recueil des Cours*, 1979-III;
- Dunant, J. H., *Recuerdo de Solferino*, Ginebra, 1862; versión española CICR, Ginebra, 1982;
- Durand, A., *Histoire du Comité International de la Croix-Rouge: de Sarajevo à Hiroshima*, Ginebra, 1978;

- id.*, *History of the International Committee of the Red Cross: From Sarajevo to Hiroshima*, Ginebra, 1984;
- id.*, *Historia del Comité Internacional de la Cruz Roja: de Sarajevo a Hiroshima*, Éditions Strategic Communications, Ginebra, 1998;
- Durand, A., & J. Meurant (eds.), *Préludes et pionniers – Les précurseurs de la Croix-Rouge 1840-1860, Actes du colloque tenu à Genève au palais de l'Athénée les 26, 27 et 28 octobre 1988*, Ginebra, 1991;
- Durham, H. & T. L. H. McCormack (eds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, La Haya/Londres/Boston, 1999;
- El Kouhene, M., *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1986;
- Encyclopedia of Public International Law*, Volúmenes 3 y 4: 'Use of Force – War and Neutrality – Peace Treaties', Amsterdam/Nueva York/Oxford, 1982;
- Falk, R. A. (ed.), *The Vietnam War and International Law*, 4 volúmenes, Princeton, 1968-1976;
- Fleck, D. (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law*, Oxford, 1999;
- Forsythe, D. P., *Humanitarian Politics: The International Committee of the Red Cross*, Baltimore, 1977;
- Fox, H., & M. A. Meyer (eds.), *Armed Conflict and The New Law, Volume II – Effecting Compliance*, Londres, 1993;
- Freymond, J., *Guerres, révolutions, Croix-Rouge – réflexions sur le rôle du Comité international de la Croix-Rouge*, Ginebra, 1976;
- Fujita, H., I. Suzuki & K. Nagano (eds.), *War and the Rights of Individuals – Renaissance of Individual Compensation*, Tokio, 1999;
- Furet, M.-F., J.-C. Martinez & H. Dorandeu (eds.), *La guerre et le droit*, París, 1979;
- Gardam J. G., *Non-Combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1993;
- Gasser, H. P., *Einführung in das humanitäre Völkerrecht*, Verlag Paul Haupt, Berna/Suttgart/Viena, 1995;
- Gasser, H. P., 'International Humanitarian Law – An Introduction', en: Hans Haug, *Humanitary for All – The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Henry Dunant Institute and Paul Haupt Publishers, Ginebra y Berna/Stuttgart/Viena, 1993 (puede obtenerse también como separata, en el CICR);

- Gimmerthal, M., *Kriegslist und Perfidieverbot im Zusatzprotokoll vom 10. Juni 1977 zu den vier Genfer Rotkreuz-Abkommen von 1949 (Zusatzprotokoll I)*, Bochum, 1990;
- Green, L.C., *Superior Orders in National and International Law*, Leyden, 1976;
- id.*, *Essays on the Modern Law of War*, Dobbs Ferry, 1985;
- id.*, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester, Estados Unidos, 2000;
- Greenspan, M., *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley & Los Angeles, 1959;
- Greenwood, C., 'International Humanitarian Law (Laws of War), Revised Report for the Centennial Commemoration of the First Hague Peace Conference 1899', in F. Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference, Reports & Conclusions*, La Haya/Londres/Boston, 2000;
- Gutman, R. & D. Rieff (eds.), *Crimes of War – What the Public Should Know*, Nueva York/Londres, 1999;
- Haug, H., *Menschlichkeit für alle – Die Weltbewegung des Roten Kreuzes und des Roten Halbmonds*, Ginebra/Berna/Fráncfort, 1991;
- id.*, *Humanity for All, the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Ginebra, 1993;
- Herczegh, G., *Development of International Humanitarian Law*, Budapest, 1984;
- Hess, M., *Die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts, insbesondere in gemischten Konflikten*, Zurich, 1985;
- Huber, M., *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Ginebra, 1954;
- Jakovljevic, B., *New International Status of Civil Defence*, La Haya/Boston/Londres, 1982;
- Junod, M., *Le troisième combattant – De l'ypérite à la bombe atomique d'Hiroshima*, París, 1947;
- id.*, *Warrior without Weapons*, Londres, 1951; reimpresión, Ginebra, 1982;
- id.*, *El tercer combatiente – Desde el gas mostaza en Abisinia hasta la bomba atómica en Hiroshima*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1985;
- Junod, S., *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*, Comité Internacional de la Cruz Roja y Plaza & Janés Editores, Bogotá, 1998.

- Kalshoven, F., *Belligerent Reprisals*, Leyden, 1971;
- id.*, *The Law of Warfare*, Leyden/Ginebra, 1973;
- id.*, 'Arms, Armaments and International Law', in *Recueil des Cours*, 1985-II;
- id.* (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other Disasters*, Dordrecht/Boston/Londres, 1989;
- id.* (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference, Reports & Conclusions*, La Haya/Londres/Boston, 2000;
- id.* & Y. Sandoz (eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1989;
- Kelley, M. J., *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations – The Search for a Legal Framework*, La Haya/Londres/Boston, 1999;
- Kewley, G., *Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Collingwood, VCTA, 1984;
- Keyzer, N., *The Military Duty to Obey*, Amsterdam, 1977;
- Kimminich, O., *Schutz der Menschen in bewaffneten Konflikten*, München, 1979;
- Kotsch, L., *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Ginebra, 1956;
- Kwakwa, E., *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht/Boston/Londres, 1992;
- Levie, H. S., 'Prisoners of War in International Armed Conflict', in 59 *U.S. Naval War College International Law Studies*, Newport, 1979;
- id.*, 'Documents on Prisoners of War', in 60 *U.S. Naval War College International Law Studies*, Newport, 1979;
- id.*, *The Code of International Armed Conflict*, Londres/Roma/Nueva York, 1986;
- id.*, *Mine Warfare at Sea*, Dordrecht/Boston/Londres, 1992;
- Maass, R., *Der Söldner und seine kriegsvölkerrechtliche Rechtsstellung als Kombattant und Kriegsgefangener*, Bochum, 1990;
- Macalister-Smith, P., *International Humanitarian Assistance: Disaster Relief Actions in International Law and Organization*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985;
- Maresca, L. & S. Maslen, *The Banning of Anti-personnel Landmines: the Legal Contribution of the International Committee of the Red Cross 1955-1999*, Cambridge, 2000;

- McCormack, T. L. H. & G. J. Simpson (eds.), *The Law of War Crimes – National and International Approaches*, La Haya/Londres/Boston, 1997;
- McCoubrey, H., *International Humanitarian Law: The Regulation of Armed Conflicts*, Dartmouth, 1990;
- id.* & N.D. White, *International Organizations and Civil Wars*, Dartmouth, 1995;
- McDougal, M. S., & F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*, New Haven/Londres, 1961;
- Melzer, Y., *Concepts of Just War*, Leyden, 1975;
- Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989;
- Meyer, M. A. (ed.), *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, Londres, 1989;
- id.* & H. McCoubrey (eds.), *Reflections on Law and Armed Conflicts – The Selected Works on the Laws of War by the late Professor G. I. A. D. Draper, OBE*, La Haya/Boston/Londres, 1998;
- Meyrowitz, H., *Les armes biologiques et le droit international*, París, 1968;
- id.*, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, París, 1970;
- Miller, A. S., & M. Feinrider (eds), *Nuclear Weapons and War*, Westport, 1984;
- Moreillon, J., *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des détenus politiques*, Lausanne, 1973;
- Müller-Rappart, E., *L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné*, París, 1965;
- Nabusli K., *Traditions of War: Occupation, Resistance and the Law*, Oxford, 1999;
- Nahlik, S. E., 'L'extension du statut du combattant à la lumière du Protocole I de Genève de 1977', in *Recueil des Cours*, 1979-III;
- O'Brien, W. V., *The Conduct of Just and Limited War*, Nueva York, 1981;
- Paskins, B., & M. Dockrill, *The Ethics of War*, Minneapolis, 1979;
- Pfanner, T., 'Le rôle du CICR dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire', in *Law in Humanitarian Crises: How Can International Humanitarian Law be Made Effective in Armed Conflict?*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, 1995;

- Pictet, J. S., *Les principes du droit international humanitaire*, Ginebra, 1966;
- id.*, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Leyden/Ginebra, 1973;
- id.*, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Ginebra/Dordrecht, 1985;
- id.*, "Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario", curso dado el mes de julio de 1982 en la Universidad de Estrasburgo en el marco de la reunión de enseñanza organizada por el Instituto Internacional de Derechos Humanos, Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986;
- id.*, *Une Institution unique en son genre: Le Comité international de la Croix-Rouge*, Ginebra/París, 1985;
- id.* (ed.), *Commentaire sur les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949*, 4 volúmenes, Ginebra, 1952/59;
- id.* (ed.), *Commentary on the Four Geneva Conventions of 12 August 1949*, 4 volúmenes, Ginebra, 1952/60;
- Rajower, F., *Das Recht des bewaffneten nicht-internationalen Konflikts seit 1949*, Zurich, 1990;
- Rogers, A. P. V., *Law on the Battlefield*, Manchester, 1996;
- Ronzitti, N. (ed.), *The Law of Naval Warfare, A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Dordrecht/Boston/Londres, 1988;
- Rosas, A., *The Legal Status of Prisoners of War*, Helsinki, 1976;
- Rousseau, C., *Le droit des conflits armés*, París, 1983;
- Sandoz, Y., C. Swinarski & B. Zimmermann (eds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ginebra, 1986;
- id.* (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, 1987;
- id.*, *Comentario del Protocolo del 8 de junio 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)*, 2 tomos, Comité Internacional de la Cruz Roja y Plaza & Janés Editores, Bogotá, 2001;

- Sassòli, M., *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten*, Basilea/Frâncfort, 1990;
- Sassòli, M. & A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, Ginebra, 1999;
- Schindler, D., 'The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols', in *Recueil des Cours*, 1979-II;
- Schwarzenberger, G., *The Law of Armed Conflict*, Volumen II de *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 1968;
- Siotis, J., *Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non-international*, Ginebra, 1958;
- SIPRI, *The Problem of Chemical and Biological Warfare*, 6 volúmenes, Estocolmo, 1971-1975;
- id.*, *The Law of War and Dubious Weapons*, Estocolmo, 1976;
- Spieker, H., *Völkergewohnheitsrechtlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt*, Bochum, 1992;
- Steinkamm, A., *Die Streitkräfte im Kriegsvölkerrecht*, Würzburg, 1967;
- Stone, J., *Legal Controls of International Conflict*, Sydney, 1959;
- Suter, K., *An International Law of Guerrilla Warfare: The Global Politics of Law Making*, Londres, 1984;
- Swinarski, C. (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de Jean Pictet*, Ginebra/La Haya, 1984, (compilación de textos en francés, inglés, español y alemán);
- Toman, J., *La protection des biens culturels en cas de conflit armé – Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, París, 1994;
- Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999;
- Tucker, R. W., *The Law of War and Neutrality at Sea*, Washington, 1957;
- UNESCO, *Les Dimensions internationales du Droit humanitaire*, París, 1986;
- Venturini, G., *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milán, 1988;
- Verri, P., *Appunti di diritto bellico*, Roma, 1982;

Veuthey, M., *Guérilla et droit humanitaire*, Ginebra, 1976, 1984;

Vichniac, I., *Croix-Rouge – Les stratèges de la bonne conscience*, París, 1988;

Vité, S., *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Bruselas, 1999;

*Yearbook of International Humanitarian Law*, La Haya, Volumen 1, 1998;

Willemin, G. & R. Heacock, *The International Committee of the Red Cross*, Boston/La Haya/Dordrecht/Lancaster, 1984;

Zayas, A. M. de, *Die Wehrmacht-Untersuchungsstelle, Unveröffentlichte Akten über alliierte Volkerrechts-Verletzungen im Zweiten Weltkrieg*, Múnich, 1980;

Zegveld, L., *Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability*, Cambridge, 2001.

# ÍNDICE DE PALABRAS CLAVE

## A

Acuerdo de Londres de 1945, 33  
Aeronaves civiles, 212  
Aeronaves militares, 133  
Aeronaves sanitarias, 65, 144, 213  
Afganistán, 189  
África, 35  
Agencia Central de Búsquedas, 63, 74, 80, 147, 148, 233  
Alemania, 96, 230-231  
Ambulancia, 29, 65  
Amnistía, 159  
Amnistía Internacional, 92, 236  
Angola, 189  
Apátridas, 150  
Argelia, 12, 35  
Armas bacteriológicas, 49, 201  
Armas biológicas, 49, 201  
Armas incendiarias, 107, 182, 189-191  
Armas láser cegadoras, 39, 182, 191 *et seq.*  
Armas nucleares, 13, 28, 34, 36, 37, 38, 46, 54-56, 130, 131, 181, 198-201, 237  
Armas químicas, 36, 49, 88, 166, 201, 205, 218  
Armas trampa, 39, 107, 186, 189, 191, 195  
Asamblea General de las Naciones Unidas, 28, 38, 53, 99, 118, 168, 178, 198  
Ataques indiscriminados, 120, 173

## B

Balas dum-dum, 25  
Bandera de parlamento, 109-110  
Barcos hospitales, 66, 67

Bélgica, 30  
Berlín, 198  
Berna, 38  
Bienes culturales, 29, 45-46, 56, 59, 85, 89, 96, 112, 205-211  
Bloqueo, 26, 73, 149, 214  
Bombardeos, 13, 14, 25, 52-54, 70, 89, 119, 133  
Bombardeos ilimitados. Véase ataques indiscriminados.  
Bosnia-Herzegovina, 230

## C

Carta de las Naciones Unidas, 11, 12, 35, 133, 178, 212, 217, 221  
Caso Shimoda, 91  
Caso Tadic, 224  
Castiglione, 29  
CICR, 17, 18, 31, 35, 36-37, 40, 45, 69, 73-74, 80, 82-83, 85, 92, 95, 161, 163-164, 176-177, 198, 206, 212, 214, 228, 231, 234  
Ciudades no defendidas, 26  
Civiles detenidos, 85, 90, 229  
Cláusula de Martens, 24, 99, 154, 182, 199  
Código de Lieber, 21-24, 51  
Colombia, 11, 235  
Combatiente, 24, 35, 101-103, 104, 106, 109, 115-116, 151, 157, 161, 182, 185, 188, 193, 212  
Combatiente por la liberación, 14, 35, 101  
Comisión de Derecho Internacional, 34, 40, 221  
Comisión Internacional de Encuesta, 169, 179-180  
Comité Internacional de la Cruz Roja. Véase CICR.

- Conferencias de la Paz de La Haya, 23-26, 49
- Conferencia Diplomática de 1949, 32
- Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, 1974-1977, 38
- Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 17, 37, 53, 231
- Confidencialidad, 234
- Congo, 11
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 12, 179-180, 217-219, 222, 225
- Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 29, 39, 205-211
- Convención de las Naciones Unidas sobre ciertas armas convencionales. Véase Convención sobre ciertas armas convencionales.
- Convención de Ottawa, 39, 189, 196. Véase también minas.
- Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Véase Convención sobre ciertas armas convencionales.
- Convención sobre ciertas armas convencionales, 36, 39, 107, 181-196
- Convenio de La Haya relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales en tiempo de guerra, 26
- Convenio de La Haya sobre la guerra terrestre, 43-44, 86, 90, 171
- Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Véase Convenio de La Haya sobre la guerra terrestre.
- Convenios de 1949. Véase Convenios de Ginebra de 1949.
- Convenios de Ginebra de 1949, 16, 32, 37, 40, 43-46, 83-86, 88, 91-96, 99, 114, 136, 147, 164-165, 170, 174, 183, 194, 220, 223-224, 228, 232-234
- Corte Internacional de Justicia, 34, 55-56, 92, 131, 198-201, 218, 230
- Corte Penal Internacional, 41, 210, 218, 221-228
- Crimen de guerra, 33, 71, 93-95, 151, 174, 218-220, 222
- Crímenes contra la humanidad, 33, 71, 151, 220, 227
- Criminal de guerra, 40
- Cruz roja, 31, 65, 135, 145
- D**
- Declaración de Bruselas de 1874, 24
- Declaración de San Petersburgo de 1868, 22-24, 48, 51, 119
- Declaración relativa al Derecho de la Guerra Naval, 26
- Deportación, 77
- Depositario, 38
- Derecho de Ginebra, 16, 18, 21, 29-33, 36, 85, 88, 162
- Derecho de La Haya, 16, 21 *et seq.*, 27-28, 37
- Derecho de neutralidad, 11
- Derecho internacional consuetudinario, 15-17, 45-46, 89, 97, 199, 201
- Derechos humanos, 11, 34, 38, 47, 176, 234-236
- Derecho relativo al medio ambiente, 11
- Dunant, 29
- E**
- Elementos de los crímenes, 224
- Emblema, 57, 65, 110-111, 177, 188, 237
- Enfermos: véase heridos, enfermos y náufragos
- Eritrea, 11

Espionaje, 105, 110, 158  
Estados Unidos, 17, 34, 50-51, 62, 71, 91, 97, 204  
Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 233  
Etiopía, 11

**F**

Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 83, 161, 163, 231, 234  
Filipinas, 229  
Francia, 34, 96  
Francotiradores, 22, 24, 47  
Fuera de combate, 22, 49, 51, 111-112, 137, 168, 173

**G**

Gas, 27, 49-50, 108, 201  
Genocidio, 95, 220, 227-228, 230  
Gorazde, 133  
Grocio, 15  
Guerra Civil Española, 31  
Guerra de Corea, 68  
Guerra de liberación, 12, 32, 35, 87, 100, 154, 167. *Véase también* guerrilla.  
Guerra de liberación nacional. *Véase* guerra de liberación.  
Guerra de los Treinta Años, 15  
Guerra económica, 52  
Guerra naval, 26, 66-67, 211-215  
«Guerra total», 15  
Guerrilla, 14, 61, 103-104, 127, 155, 235  
Guerrillero, 125. *Véase también* guerrilla.

**H**

Heridos y enfermos. *Véase* heridos, enfermos y náufragos.  
Heridos, enfermos y náufragos, 29, 32, 44, 54, 63, 65, 72, 136-148, 159-160, 165, 168, 188, 211

Heridos. *Véase* heridos, enfermos y náufragos.  
Hospital, 30, 54, 64-67, 70, 72-74, 77, 82, 140, 179  
*Human Rights Watch*, 92, 236

**I**

Indemnización, 89-91  
Indochina, 35  
Indonesia, 12, 45  
Infracciones graves, 32, 40, 91, 94-96, 172-176, 194, 219-220, 223  
Internados, 85, 158  
Internados civiles, 16, 166  
Internamiento, 80  
Intervención, 178, 206  
Irak, 218, 229  
Israel, 62

**J**

Japón, 91, 229  
Juicio equitativo, 47, 82, 151, 159

**K**

Kosovo, 219  
Kuwait, 229

**L**

Levantamiento en masa, 47, 60  
Limpieza étnica, 219  
Localidades no defendidas, 131-133

**M**

Mantenimiento de la paz, 46  
Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, 40, 211-215  
Media luna roja, 65, 135, 145  
Medio ambiente. *Véase* protección del medio ambiente.  
Medios de transporte sanitarios, 66, 135, 138-144, 160  
Mercenario, 105-106, 151

Miembros de movimientos de resistencia, 47, 62, 79, 102, 104, 114  
 Milicias y cuerpos de voluntarios, 60  
 Minas, 39, 70, 107, 153, 182, 186-189, 193-198, 214  
 Misil, 54, 55  
 Mozambique, 12  
 Mujeres, 151, 152

**N**

Naciones Unidas, 11-14, 21, 35, 45, 133, 178, 211, 217, 221  
 Napalm, 51, 190  
 Náufragos. Véase heridos, enfermos y náufragos.  
 Necesidad militar, 17, 43, 59, 99, 135, 206, 209, 237  
 Nicaragua, 50, 92  
 Niños, 151-152  
 No intervención. Véase intervención.  
 Normas consuetudinarias sobre la guerra. Véase derecho internacional consuetudinario.

**O**

Objetivo militar, 26, 46, 51-56, 58, 70, 113, 116-118, 121, 123, 125-130, 140, 143, 161, 187-191, 208, 209, 212  
 Ocupación militar, 24  
 Oldemburgo, 30  
 Operación militar, 124  
 Orden de un superior. Véase responsabilidad individual.  
 Oriente Próximo, 35

**P**

Países Bajos, 30, 45, 57, 95-96, 123, 125  
 Pena de muerte, 79, 152  
 Perfidia, 108-110, 215  
 Periodista, 153  
 Persona que participa en las hostilidades, 37, 47, 61, 101, 105, 106, 112, 115, 137, 152, 157, 159, 161, 172

Personal religioso, 46, 135, 138-141, 142, 144, 160  
 Personal sanitario, 29, 44, 64, 65, 82, 138-141, 160  
 Personas civiles protegidas. Véase protección de la población civil.  
 Personas protegidas, 75-76, 94  
 Pillaje, 157, 220  
 Población civil. Véase protección de la población civil.  
 Potencia detenedora, 68, 69, 70  
 Potencia ocupante, 24, 61, 76-80, 92, 129, 141, 148, 223  
 Potencia protectora, 83-86, 106, 147, 164-166, 233  
 Primera Guerra Mundial, 26, 31  
 Prisionero de guerra, 16, 22, 31, 35, 47, 51, 61, 67, 70, 82, 85, 90, 101, 103, 106, 112, 113, 137, 151, 153, 157, 158, 169, 229-230  
 Prostitución, 74  
 Protección civil, 135  
 Protección de la población civil, 14, 21-22, 32, 35, 38, 46, 53, 54, 77, 102, 104, 109, 113-116, 121, 126, 127, 133-136, 145-150, 153, 160-162, 168, 182, 186, 187, 195, 214, 217  
 Protección del medio ambiente, 107, 123, 130, 182, 191  
 Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares, 27, 49, 108, 201  
 Protocolos adicionales de 1977, 29-32, 39, 43 *et seq.*, 97 *et seq.*  
 Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. Véase Protocolos adicionales de 1977.  
 Prusia, 30

**R**

Reciprocidad, 49, 87-88, 92, 167-168, 169, 195-196

Refugiados, 150  
 Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 19, 28, 31, 46-48, 51, 111, 127, 131  
 Reino Unido, 34, 170-171  
 Represalias, 31, 55, 65, 67, 74, 88-89, 92, 122, 168-171, 180, 187, 193, 195-196, 202, 207  
 Resistencia, 47, 62, 79, 102, 104, 114  
 Respetar y hacer respetar, 44  
 Responsabilidad de un Estado, 18, 67, 75, 86, 89-91, 171-172, 178, 218, 222, 224-225, 226, 231  
 Responsabilidad de un Gobierno. Véase responsabilidad de un Estado.  
 Responsabilidad individual, 33, 93-96, 102, 138, 220, 226  
 Responsabilidad individual por violaciones, 33, 67, 93, 111, 174-175, 210, 226-227  
 Responsabilidad penal individual, 33, 93, 111  
 Restablecimiento de la paz, 46  
 Ruanda, 11, 17, 41, 219-221, 225, 226, 231

## S

Secretario General de las Naciones Unidas, 180, 218, 228  
 Segunda Guerra Mundial, 18-19, 28, 31, 40, 47, 71, 83, 89, 91, 116, 119, 133, 174, 229  
 Segundo Protocolo de La Haya para la protección de los bienes culturales, 39, 205 *et seq.*  
 Servicio de Asesoramiento del CICR, 231-234  
 Signo distintivo, 56, 60, 135, 172  
 Sociedad de las Naciones, 26, 28  
 Solferino, 29, 30  
 Srebrenica, 133  
 Sri Lanka, 11  
 Submarino, 27, 50, 212  
 Sudán, 11

Sufrimientos innecesarios, 48  
 Suiza, 96  
 Superior, 174-175, 221, 226-227

## T

Tito, 47  
 Torpedo, 214  
 Tortura, 74, 81, 94  
 Traslados de índole forzosa, 77  
 Tratado de Londres de 1930, 27  
 Tribunal de Nuremberg, 28, 33, 71  
 Tribunal del distrito de Tokio, 91  
 Tribunal Internacional de Presas, 40  
 Tribunal militar, 78. Véase también Tribunal Militar Internacional.  
 Tribunal Militar Internacional, 28, 40, 95  
 Tribunal Internacional para ex Yugoslavia, 11, 17, 94, 230  
 Tribunal Internacional para Ruanda, 11, 17, 94, 219-221  
 Truman, 17

## U

UNESCO, 29, 39, 85, 206, 209, 211  
 Unidad sanitaria, 135, 138-144, 160  
 Unidades sanitarias móviles, 64  
 Utilidad militar, 48

## V

Vietnam, 12, 37, 62, 107  
 Violación, 157

## W

Wurtemberg, 30

## Y

Yugoslavia, 11, 17, 41, 47, 133, 180, 188, 219-221, 230

## Z

Zona de seguridad, 54, 72  
 Zona desmilitarizada, 132-133  
 Zona neutralizada, 72  
 Zona sanitaria, 65, 72



# ÍNDICE DE ARTÍCULOS

Convenios de Ginebra de 1949

Artículos comunes

1 - 44, 92, 162, 167

2 - 45, 88, 183

3 - 32, 44, 59, 80, 82, 85, 87, 92,  
151, 154, 155, 157, 159, 220,  
223, 224, 231, 233

I Convenio de Ginebra: heridos y enfermos  
(Convenio de Ginebra del 12 de  
agosto de 1949 para aliviar la suerte  
que corren los heridos y los enfermos  
de las fuerzas armadas en campaña)

8 - 84

9 - 84

10 - 84, 164

12 - 44, 62, 63

15 - 63

15 - 17, 63

17 - 63

18 - 63

19 - 65

21 - 65

23 - 65

24 - 64

25 - 64

26 - 64

27 - 64

28 - 64

29 - 64

32 - 64

36 - 65

38 - 65

38 - 44, 65

46 - 65

47 - 83

49 - 94

50 - 94

51 - 90, 91

II Convenio de Ginebra:

heridos, enfermos y náufragos

(Convenio de Ginebra del 12 de  
agosto de 1949 para aliviar la suerte  
que corren los heridos, los enfermos  
y los náufragos de las fuerzas arma-  
das en el mar)

8 - 84

9 - 84

10 - 84, 164

12 - 62, 66

14 - 66

22 - 66

22 - 24, 66

27 - 67

30 - 67

31 - 67

43 - 67

47 - 67

48 - 83

50 - 94

51 - 94

52 - 90, 91

III Convenio de Ginebra:

prisioneros de guerra

(Convenio de Ginebra del 12 de  
agosto de 1949 relativo al trato de-  
bido a los prisioneros de guerra)

4 - 60, 62, 112, 115

5 - 62, 106

8 - 84

9 - 84

10 - 84, 164

12 - 67, 90	18 <i>et seq.</i> - 73
13 - 67, 112	23 - 73
14 - 68	24 - 74
15 - 68	25 - 74
16 - 62	26 - 74
17 - 68	27 - 62, 74
19 - 68	28 - 74
21 - 68, 69	29 - 74, 90
33 - 102	30 - 74
39 - 68	31 - 74
41 - 68	32 - 74
42 - 68	33 - 74, 92
49 - 69	34 - 75
50 - 70	35 - 75
52 - 70	38 - 75
70 - 70	39 - 75
71 - 70	40 - 75
72 - 71	41 - 75
78 - 71	42 - 75
82 - 71	43 - 76
85 - 71	47 - 76
92 - 68	49 - 77, 128
109 - 69	50 - 77
118 - 68	51 - 77
120 - 69	54 - 77
122 - 63	55 - 77, 141, 148
123 - 63, 80	56 - 77, 141
126 - 85	57 - 77
127 - 83	58 - 77
129 - 94	59 - 61, 77
130 - 94	62 - 78
131 - 90, 91	63 - 78
	64 - 78
IV Convenio de Ginebra: población civil	65 - 78
(Convenio de Ginebra del 12 de	66 - 78
agosto de 1949 relativo a la protec-	67 <i>et seq.</i> - 78
ción debida a las personas civiles en	68 - 78
tiempo de guerra)	78 - 79
	79 <i>et seq.</i> - 80
4 - 61, 74, 94	140 - 74, 80
5 - 75, 80, 104, 105	143 - 85
9 - 84	144 - 83
10 - 84	146 - 94
11 - 84, 164	147 - 94
14 - 72	148 - 90, 91
15 - 72	

Protocolo adicional I	30 - 144
(Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del 8 de junio de 1977)	31 - 144
	32 - 147
	33 - 147, 148
	34 - 148
	35 - 107, 108, 123, 130, 168, 173, 185
	36 - 108
1 - 99, 100, 162, 166, 167, 172, 183, 184	37 - 108, 109, 168, 215
2(c) - 164	38 - 110, 168
2(d) - 165	39 - 110, 168, 173
4 - 100	40 - 42, 111
5 - 164, 165	40 - 111, 168
6 - 164, 165, 175	41 - 111, 112, 137, 168, 173
7 - 178	42 - 112
8 - 136, 142	43 - 101, 106, 115, 172
8(c) - 139	44 - 102, 103, 104, 106, 109, 151
8(e) - 138	45 - 104, 105, 106, 116
8(f) - 142	46 - 105, 106
8(g) - 142	47 - 105, 151
9 - 137, 139	48 - 101, 103, 113, 119
10 - 137	49 - 114, 187
11 - 137, 139, 172	50 - 52, 113
12 - 140	50 - 115, 116
13 - 141	51 - 116, 119, 120, 121, 126, 129, 137, 169, 171, 173, 196
14 - 141	52 - 117, 118, 119, 122, 123, 135, 169, 206
15 - 141	53 - 122, 169
12 - 15, 138	54 - 122, 123, 169
16 - 139, 145, 160	55 - 123, 130, 170
16 - 20, 142	52 - 56, 121
17 - 146, 148	56 - 124, 129, 169
18 - 145	57 - 119, 121, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 173, 177
19 - 147	58 - 125, 128, 130, 206
20 - 147, 168	58(b) - 129
21 - 142	59 - 131, 132, 133
22 - 142	60 - 133
23(b) - 108	61 - 136
24 - 143	61(a) - 134
24 - 31, 142	62 - 135
25 - 143	63 - 135
25 - 27, 143	66 - 135
26 - 143	67 - 136
27 - 144	69 - 148
28 - 143, 144	
29 - 144	

- 70 - 149  
 71 - 150  
 72 - 150  
 73 - 150  
 74 - 150  
 75 - 104, 105, 116, 151  
 76 - 151  
 77 - 152, 157  
 78 - 152, 157  
 79 - 153  
 80 - 163  
 81 - 161, 176, 233  
 82 - 163, 175  
 83 - 163  
 85 - 172, 173  
 86 - 174  
 87 - 174  
 88 - 175  
 89 - 178, 179, 211  
 90 - 169, 179, 180  
 91 - 171  
 96 - 100, 156, 167, 172, 184
- Protocolo adicional II  
 (Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, del 8 de junio de 1977)
- 1 - 154, 155, 224  
 2 - 156  
 3 - 224  
 4 - 157  
 5 - 157, 158  
 6 - 159  
 7 - 159  
 8 - 159  
 9 - 160  
 10 - 160  
 11 - 160  
 12 - 160  
 13 - 161  
 14 - 16, 161  
 17 - 161
- 18 - 161, 177  
 19 - 162
- Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 1899, 1907
- 2 - 44  
 3 - 86, 90, 172  
 23(g) - 43
- Reglamento anexo al Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 1899, 1907
- 1 - 46  
 2 - 47  
 22 - 48  
 23(a) - 49  
 23(b) - 51  
 23(c) - 51, 111  
 23(d) - 51, 111  
 23(e) - 48  
 23(f) - 51  
 24 - 51  
 25 - 25, 131  
 26 - 127  
 27 - 56  
 28 - 51
- Convención de La Haya de 1907 relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (VIII Convenio)
- 2 - 50
- Convenio de La Haya de 1907 relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales en tiempo de guerra (Convenio IX)
- 2 - 26, 52, 53  
 3 - 26  
 5 - 56  
 6 - 53

Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado	23 - 209
	24 - 207, 209
	27 - 207
	29 - 211
1 - 56	30 - 211
2 - 56	31 - 211
3 - 57	32 - 211
4 - 57, 207	33 - 211
6 - 57	34 - 211
8 - 58	35 - 211
9 - 58	36 - 211
10 - 58	
11 - 58	
16 - 57, 58	
18 - 45	
19 - 57	
25 - 83	
28 - 96	
41 - 205	
42 - 205	
Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1999	Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales (CCAC) (Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados)
	1 - 183
	2 - 183
	3 - 184
	4 - 184, 185
	6 - 183
	7 - 184
	8 - 185
	10 - 184
1(a) - 205	
1(b) - 205	
1(d) - 205	
1(f) - 206	
2 - 205	
3 - 205	
6(a) - 206	
6(c) - 206	
7 - 206	
8 - 206	
9 - 206	
10 - 207, 209	
11 - 207, 209	
12 - 207	
13 - 207, 208	
14 - 208	
15 - 209	
16 - 210	
17 - 20 - 210	
21 - 210	
22 - 206	
	Protocolo sobre fragmentos no localizables (Protocolo I) de la CCAC, de 1980 - 185
	Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II) de la CCAC, de 1980
	1 - 186
	2 - 186, 187
	3 - 187
	4 - 187
	5 - 187
	6 - 188, 195
	7 - 188
	8 - 189
	9 - 189

Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) de la CCAC, de 1980	17 - 225, 227 24 - 222 25 - 226 27 - 226 28 - 226 29 - 227 31 - 227 32 - 227 33 - 227
1 - 190	
2 - 190, 195	
Protocolo sobre armas láser cegadoras (Protocolo IV) de la CCAC, de 1995	
1 - 192	
2 - 192	
3 - 192	
4 - 192	
Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, enmendado en 1996, (Protocolo II enmendado) de la CCAC	
1 - 193	
2 - 193	
3 - 193, 195	
4 - 194	
5 - 194	
6 - 194	
7 - 194	
8 - 193	
9 - 194	
10 - 193	
11 - 14, 193	
11 - 194	
12 - 194	
13 - 194	
14 - 194	
Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998	
5 - 222	
8 - 222, 224	
9 - 224	
12 - 225	
13 - 225	
15 - 225	
	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de 1994
	4 - 220 5 - 220 6 - 221 8 - 221
	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, de 1993
	1 - 219 2 - 220 3 - 220 6 - 220 7 - 221 9 - 221
	Convención de Ottawa, de 1997 (Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción)
	1 - 197 2 - 197 9 - 197
	Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, de 1994
	48 - 213 49 - 51, 213 51 - 213 52 - 213 57 - 213

- 58 - 213
- 78 - 214
- 79 - 214
- 80 - 92, 214
- 95 - 214
- 102 - 214
- 103 - 214
- 104 - 214
- 109 - 215
- 110 - 215
- 111 - 215

Tratado de Londres relativo a la limitación y la reducción del armamento naval, de 1930

- 22 - 27

## **MISIÓN**

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de la guerra y de la violencia interna, así como de prestarles asistencia. En las situaciones de conflicto, dirige y coordina las actividades internacionales de socorro del Movimiento. Procura, asimismo, prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales. Del CICR, fundado en 1863, nació el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

# RESTRICCIONES EN LA CONDUCCIÓN DE LA GUERRA

**Frits Kalshoven** nació en La Haya (Países Bajos), el año 1924. Fue oficial naval y profesor emérito de derecho internacional público y de derecho internacional humanitario en la Universidad de Leiden.

Participó en las Conferencias diplomáticas sobre *la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y sobre ciertas armas convencionales* (1971-1980). Actuó como primer presidente de la Comisión de expertos de las Naciones Unidas para investigar los crímenes de guerra cometidos en el territorio de ex Yugoslavia (1992-1993).

Desde 1991, es miembro de la Comisión Internacional de Encuesta, instituida de conformidad con el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; desde 1997, preside dicha comisión.

**Liesbeth Zegveld** nació en Ridderkerk (Países Bajos), el año 1970. Se desempeña como jurista internacional y penal.

En 1998, se le adjudicó una beca *Fullbright* para investigar en la Universidad de Nueva York y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Washington (Estados Unidos). Por su disertación sobre *Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability* (Los grupos armados de oposición en el derecho internacional: la búsqueda de responsabilidad), recibió la distinción *cum laude* y el Premio sobre Derechos Humanos otorgado por los Países Bajos, correspondiente al año 2000.



CICR