

Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales

Sylvain Vité*

Sylvain Vité es asesor jurídico de la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Resumen

Aunque el derecho internacional humanitario tiene como finalidad limitar los efectos de los conflictos armados, sus instrumentos jurídicos no incluyen una definición acabada de las situaciones que quedan comprendidas dentro de su ámbito de aplicación. Si bien es cierto que los convenios pertinentes hacen referencia a diversos tipos de conflictos armados y que, por ende, proporcionan un panorama general de los aspectos jurídicos de ese concepto multifacético, estos instrumentos no proponen criterios lo suficientemente precisos para determinar de manera inequívoca el contenido de esas categorías. La precisión es, sin embargo, necesaria. De hecho, las normas aplicables varían de un caso a otro en función de cómo se defina jurídicamente cada uno de ellos. Al proponer una tipología de los conflictos armados desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, en este artículo se demuestra cómo pueden interpretarse

* Las opiniones vertidas en este artículo pertenecen exclusivamente al autor y no reflejan necesariamente la visión del CICR. El autor quisiera expresar su sincera gratitud a sus colegas de la División Jurídica del CICR, cuyos aportes han sido muy valiosos para el desarrollo de las ideas expuestas en el presente artículo. Agradece especialmente a Laurent Colassis, Tristan Ferraro, Jean-Marie Henckaerts y Kathleen Lawand.

las distintas categorías de conflictos armados previstas en este régimen jurídico a la luz de los aportes recientes de la práctica jurídica internacional. Asimismo, presentamos una reseña de algunas situaciones reales cuya categorización ha sido objeto de debate en el marco de los conceptos jurídicos existentes.

Introducción

Si bien su finalidad es limitar los efectos de los conflictos armados, el derecho internacional humanitario no contiene una definición acabada de las situaciones que quedan comprendidas dentro de su ámbito material de aplicación. Si bien es cierto que los convenios pertinentes hacen referencia a diversos tipos de conflictos armados y, por ende, proporcionan un panorama general de los aspectos jurídicos de ese concepto multifacético, esos instrumentos no proponen criterios lo suficientemente precisos para determinar de manera inequívoca el contenido de esas categorías. La precisión es, sin embargo, necesaria. De hecho, las normas aplicables varían de un caso a otro en función de cómo se defina jurídicamente cada uno de ellos. Los regímenes jurídicos que se deben tener en cuenta no son siempre los mismos, pues su aplicación depende, por ejemplo, de si la situación constituye un conflicto armado internacional o no internacional. Análogamente, algunas formas de violencia, denominadas “tensiones internas” o “disturbios interiores”, no alcanzan el umbral de aplicabilidad del derecho internacional humanitario y, en consecuencia, quedan dentro del alcance de otras normativas.

Al proponer una tipología de los conflictos armados desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, en este artículo se demuestra cómo pueden interpretarse las distintas categorías de conflictos armados previstas en ese régimen jurídico a la luz de los aportes recientes de la práctica jurídica internacional. En ese aspecto, es apropiado hacer referencia a las conceptualizaciones relacionadas con el derecho de los conflictos armados internacionales y el derecho de los conflictos armados sin carácter internacional. Luego, se analizan varios casos de aplicación que han suscitado controversias. La realidad de los conflictos armados es mucho más compleja que los modelos descritos en el derecho internacional humanitario, hasta tal punto que, hoy en día, algunos expertos consideran que las categorías jurídicas existentes no son del todo adecuadas.

El derecho de los conflictos armados internacionales

La historia del derecho de los conflictos armados internacionales revela que el ámbito de aplicación de ese régimen jurídico se ha ido ampliando con el desarrollo progresivo del derecho de los tratados. Mientras que, en un primer momento, predominaba una concepción formalista de la guerra, la reforma del sistema introducida con la revisión de los Convenios de Ginebra en 1949 dio origen a un abordaje más amplio, basado en un concepto más objetivo de conflicto armado. La

ampliación continuó con la aprobación del Protocolo adicional I en 1977, instrumento que añadió un nuevo tipo de conflicto al ámbito del derecho de los conflictos armados internacionales: las guerras de liberación nacional. El régimen jurídico comprende también un cuerpo específico de normas cuyo ámbito de aplicación está determinado por un concepto independiente: el de ocupación.

La guerra y los conflictos armados internacionales

En virtud del artículo 2(1) común a los Convenios de Ginebra, éstos se aplican a “todos los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Altas Partes Contratantes, incluso cuando una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”¹. Las situaciones a las que se hace referencia aquí son conflictos entre Estados. Las Altas Partes Contratantes mencionadas en el texto son entidades soberanas. Según el caso en cuestión, las situaciones pueden adoptar la forma de un conflicto directo entre Estados o de una intervención en un conflicto interno preexistente. En el segundo caso, se trata de conflictos “internacionalizados”, como aquellos en los que una potencia envía tropas al territorio de otro país para apoyar a un movimiento opositor al gobierno de ese Estado. La participación puede ser indirecta, cuando una potencia apoya y guía un alzamiento desde la distancia². En esas circunstancias, resulta fundamental determinar el nivel de control que hace posible clasificar el conflicto armado como conflicto internacional. No todas las formas de influencia conducen a la internacionalización del conflicto. En ese sentido, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) señaló que el “control de fuerzas armadas subordinadas o milicias o unidades paramilitares por parte de un Estado puede tener carácter general (y no comprende sólo la provisión de asistencia financiera o equipamiento o entrenamiento militar). Este requisito, sin embargo, no implica, por ejemplo, que el Estado dé órdenes concretas o que comande cada una de las operaciones individuales”³. El criterio de “control general” se cumple cuando un Estado extranjero “*desempeña un papel en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares* del grupo militar,

- 1 El mismo ámbito de aplicación ha sido adoptado en otros instrumentos del derecho internacional humanitario, en particular el Protocolo adicional I (v. el art. 1(3)).
- 2 Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), *El fiscal c. Tadic*, Causa IT-94-I-A, Fallo (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párr. 84: “Se considera que un conflicto armado es de índole internacional cuando en él intervienen dos o más Estados. Asimismo, un conflicto armado interno que se inicia en el territorio de un Estado puede volverse internacional (o, según las circunstancias, adquirir carácter internacional sin que haya concluido el conflicto interno) si (i) otro Estado interviene en el conflicto mediante la participación de sus tropas o si (ii) alguno de los participantes en el conflicto interno actúa en representación de ese otro Estado.
- 3 *Ibid.*, párr. 137. V. también Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Fallo, *Informes de la CIJ 2007*, 26 de febrero de 2007, párr. 404 [Aplicación del Convenio sobre prevención y sanción del delito de genocidio (*Bosnia-Herzegovina contra Serbia y Montenegro*)]. Aunque no adoptó una postura definitiva respecto de este tema, la Corte aceptó que el criterio de control general puede ser “aplicable y adecuado” como forma de determinar si un conflicto armado es internacional o no. V. A. Cassese, “The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, pp. 649-668.

además de financiar, instruir y equipar o prestar apoyo operacional a ese grupo” (el subrayado es nuestro)⁴. La participación debe, entonces, exceder el mero apoyo logístico, pero no implica que todas las acciones del grupo en cuestión sean dirigidas a distancia por el Estado extranjero.

Las situaciones a las que se hace referencia en el artículo 2(1) común a los Convenios de Ginebra se analizan desde dos puntos de vista: formal y práctico. En primer lugar, están las guerras declaradas, donde el estado de guerra está reconocido oficialmente por los participantes. En segundo lugar, hay otras formas de conflictos armados interestatales, cuya existencia no depende de cómo los definan las partes. Si bien el concepto de guerra existe en los tratados más antiguos del derecho internacional humanitario⁵, los Convenios de 1949 fueron los que introdujeron el concepto de conflicto armado en ese régimen jurídico. A través de esa contribución semántica, quienes redactaron el texto preliminar de esos instrumentos jurídicos deseaban destacar que, en lo sucesivo, la aplicabilidad del derecho internacional humanitario no estaría sujeta a la voluntad de los gobiernos. Ya no se basaría solamente en la subjetividad inherente al reconocimiento del estado de guerra, sino que dependería de hechos comprobables según criterios objetivos. Con la contribución realizada en 1949 el concepto de conflicto armado internacional quedó establecido como un concepto regido por el criterio fáctico. De modo que las normas pertinentes se aplican cuando se dan ciertas condiciones prácticas concretas⁶.

Respecto de la naturaleza de las condiciones mencionadas, por lo general se acepta que deben evaluarse en forma independiente, puesto que el nivel de intensidad requerido para que un conflicto esté sujeto al derecho de los conflictos armados internacionales es muy bajo⁷. Basta con que existan las situaciones previstas en los instrumentos jurídicos pertinentes. Entonces, “tan pronto como las fuerzas armadas de un Estado tengan en su poder a heridos o a miembros de las fuerzas armadas que se hayan rendido a o civiles de otro Estado, tan pronto como tomen prisioneros o tengan control real sobre una parte del territorio del Estado enemigo,

4 TPIY, *El fiscal c. Tadic*, Fallo (Sala de Apelaciones), V. la nota 2 *supra*, párrs. 137, 120 y 131. V. también TPIY, *El fiscal c. Naletilic*, Causa IT-98-34-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párr. 198. V. J. G. Stewart, “Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 85, n° 850, pp. 323 y ss. [“Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 850, junio de 2003]; A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Study on Thresholds of Applicability*, Tesis, University College, Galway, 2007, pp. 229 y ss.

5 V., por ejemplo, los arts. 4, 5 y 6 del Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña.

6 V. J. Pictet et al. (eds.), *Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field: Commentary*, Ginebra, CICR, 1952, p. 32; R. Kolb, *Ius in bello, le droit international des conflits armés*, Helbing and Lichtenhahn/Bruylant, Basilea/Bruselas, 2003, pp. 72 y ss.

7 J. Pictet et al. (eds), V. la nota 6 *supra*, p. 34; v. asimismo D. Schindler, “The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols”, *The Hague Academy Collected Courses*, vol. 63, 1979-II, p. 131; H.-P. Gasser, “International Humanitarian Law: An Introduction”, separata de *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Instituto Henri Dunant, Ginebra, 1993, p. 24; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruselas, 2008, p. 122; Kolb, v. la nota 6 *supra*, p. 73.

quedarán sujetas al convenio pertinente”⁸. De todos modos, no es necesario que el conflicto se prolongue en el tiempo o que se alcance cierta cantidad de víctimas⁹. En otras palabras, según el TPIY, un conflicto armado tiene la categoría de conflicto internacional “cuando dos Estados recurren a la fuerza”¹⁰. Para ser más precisos, podríamos decir que tal es el caso cuando hay hostilidades entre las partes. El ataque debe iniciarse con la intención de infligir daño al enemigo, con lo cual se descartan los casos en que el uso de la fuerza se debe a un error (incursión involuntaria en territorio enemigo, error en la identificación del objetivo, etc.). Análogamente, no hay conflicto armado internacional cuando el Estado atacado ha dado su consentimiento a un tercer Estado para que realice operaciones en su territorio (por ejemplo, para luchar contra un grupo armado no gubernamental)¹¹.

Desde la aprobación del Protocolo adicional I en 1977, el ámbito de aplicación del derecho internacional de los conflictos armados ha dejado de ceñirse a los conflictos entre Estados *stricto sensu* y abarca, desde entonces, conflictos entre fuerzas estatales y algunos grupos no gubernamentales, como es el caso de pueblos que luchan por el derecho a la autodeterminación. El Protocolo establece que entre las situaciones comprendidas por el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 se incluyen “conflictos armados en los cuales los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera o contra regímenes racistas, en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación, tal como lo establecen la Carta de la ONU y la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de la Carta”¹².

El alcance de la cláusula ha dado lugar a múltiples interpretaciones, empezando por la definición precisa de los “pueblos” de los que se hace mención y de los criterios que permiten distinguir entre las situaciones de conflicto armado así definidas y las situaciones contempladas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional II¹³. Los dos instrumentos jurídicos a los que se hace referencia en el artículo 1(4) del Protocolo adicional I están formulados

8 H.-P. Gasser, v. la nota 7 *supra*, pp. 22-23.

9 Algunos autores sostienen, sin embargo, que debería establecerse una distinción entre conflicto armado internacional (cuando se llega a cierto grado de intensidad) y otras formas de acciones hostiles que se consideren sólo “incidentes”, “choques fronterizos” o “refriegas”. V. el informe de la Asociación de Derecho Internacional *Draft Report, Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, Conferencia de Río de Janeiro, 2008, pp. 9-10, 23-24.

10 TPIY, *El fiscal c. Tadic*, Causa IT-94-1, Decisión sobre la moción de la defensa de interponer un recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párr. 70. V. también TPIY, *El fiscal c. Mucic y otros (Campo Celebici)*, Causa IT-96-21, Fallo (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 1998, párr. 184: “*le recours à la force armée entre États suffit en soi à déclencher l’application du droit international humanitaire*”. Esta definición ha sido adoptada por otros organismos internacionales. V., por ejemplo, Comisión de Investigación sobre el Líbano, *Report Pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, A/HRC/3/2*, 23 de noviembre de 2006, párr. 51. [*Informe de conformidad con la resolución S-2/1 del Consejo de Derechos Humanos*].

11 Sobre la postura contraria, v. David, citado en la nota 7 *supra*, p. 127.

12 Protocolo adicional I, art. 1(4).

13 V. *infra* la sección sobre el derecho de los conflictos armados de carácter no internacional. V. asimismo M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1982, pp. 45-52.

en términos muy generales, que no permiten dar respuestas satisfactorias. Tampoco es sencillo clarificar los conceptos a partir de la práctica, porque el escenario descrito en el artículo mencionado nunca ha sido reconocido oficialmente, en particular porque los Estados que podrían haber estado implicados no han ratificado el Protocolo adicional I. Para obtener más información, se puede recurrir a los comentarios referidos a ese tipo particular de conflicto armado¹⁴.

Ocupación

Cuando uno de los beligerantes logra dominar claramente a su adversario, un conflicto armado puede adoptar la forma de una ocupación de territorio¹⁵. Según el artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907, “se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra de hecho *bajo la autoridad del ejército enemigo*” (el subrayado es nuestro). Para que exista ocupación, según esta definición, deben cumplirse dos condiciones: (a) el ocupante ejerce control efectivo sobre un territorio que no le pertenece; (b) su intervención no ha sido aprobada por el legítimo soberano¹⁶. El control territorial efectivo, que es central para la noción de ocupación, implica que puede tener lugar una sustitución de poderes. Eso ocurre cuando, primero, el gobierno destituido no puede ejercer su autoridad y, segundo, la potencia ocupante está en condiciones de ejercer su propio poder¹⁷. Esta condición implica, en principio, que las tropas enemigas deben desplegarse en el territorio ocupado y restablecer un mínimo de estabilidad que les permita cumplir con las obligaciones que exige el derecho de la ocupación. En cuanto al segundo criterio, la ausencia de consentimiento, debe entenderse en términos bastante amplios. En particular, no se limita a casos en los cuales la toma del poder es consecuencia de las hostilidades. El artículo 2(2) del IV Convenio de Ginebra de 1949 complementa la definición de 1907 aclarando que las normas relevantes se aplican incluso en situaciones en que la ocupación del territorio “no encuentra resistencia armada”.

14 V., en especial, D. Schindler, citado en la nota 7 *supra*, pp. 133-144; Y. Sandoz *et al.* (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR/Martinus Nijhoff, Ginebra/La Haya, 1987, párrs. 66-118 [*Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*]; E. David, citado en la nota 7 *supra*, pp. 184-198.

15 Para profundizar el concepto de ocupación y el derecho de la ocupación, v. Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; R. Kolb y S. Vité, *Le droit de l'occupation militaire: perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruselas, 2009; Y. Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and Its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2009.

16 V. M. Bothe, “Beginning and End of Occupation”, *Current Challenges to the Law of Occupation, Proceedings of the Bruges Colloquium*, 20-21 de octubre de 2005, n° 34, otoño de 2004, pp. 28-32. V. también E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 4. El autor considera que la ocupación consiste en “el control efectivo, por una potencia (sea ésta uno o más Estados o una organización internacional, como la ONU) de un territorio sobre el cual esa potencia no tiene soberanía, sin el consentimiento del soberano de ese territorio”.

17 V., en especial, Ministerio de Defensa del Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, párr. 11.3; CIJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*, Fallo, *Informes de la CIJ* 2005, párr. 173 [*Caso sobre actividades armadas en territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda)*]; TPIY, *El fiscal c. Naletilic*, nota 4 *supra*, párr. 217; A. Roberts, “What is Military Occupation?”, *British Yearbook of International Law*, vol. 55, 1984, pp. 249, 300.

En algunos casos, el control territorial no es ejercido directamente por las fuerzas de ocupación sino a través de un gobierno títere u otra forma de poder subordinado local¹⁸. Sin embargo, es difícil evaluar en los casos particulares el grado de influencia requerida para que ese tipo de situaciones realmente se equiparen a una ocupación, pues las intervenciones en los asuntos de un tercer Estado no necesariamente constituyen casos de ocupación. Las relaciones entre las autoridades locales y las fuerzas de ocupación varían en intensidad según las circunstancias y siempre revelan cierta influencia recíproca —y hasta instancias de consulta— en el proceso de toma de decisiones. Para zanjar esta cuestión, el TPIY aplica —también en este caso— el criterio de “control general”. Se considera que existe ocupación cuando un Estado tiene “control general” de los actores locales que ejercen el “control efectivo” del territorio en cuestión¹⁹. Ésa es, por ejemplo, la situación actual en Nagorno-Karabaj. Azerbaiyán no ejerce la soberanía en la zona desde que fue derrotada, el año 1994, en la guerra contra las fuerzas secesionistas (que recibieron apoyo del ejército armenio). En la práctica, el gobierno del territorio (control territorial efectivo) lo ejercen las autoridades de la “República de Nagorno-Karabaj”, autoproclamada el 6 de enero de 1992 tras un referéndum local. Hasta la fecha, sin embargo, ningún Estado ha reconocido la soberanía del nuevo gobierno. Más aún, hay indicios de que la república está subordinada a Armenia (control general). En particular, las estructuras militares de la región incluyen una considerable cantidad de soldados y oficiales armenios. La función de Armenia no se limita, entonces, a un mero apoyo logístico, puesto que el gobierno armenio participa en la organización, la coordinación y la planificación de la autoridad establecida en Nagorno-Karabaj. Por ello, se considera que el territorio se encuentra en una situación de ocupación *de facto*²⁰. En conclusión, la prueba para determinar si una situación se equipara a una ocupación indirecta, es decir, si hay control general, es la misma que se utiliza para determinar si un conflicto interno ha adquirido carácter internacional. En los dos casos se debe evaluar el grado de control ejercido por un Estado sobre un grupo o sobre la autoridad en el territorio de otro Estado.

El derecho de los conflictos armados no internacionales

El concepto de conflicto armado no internacional en el derecho humanitario debe analizarse tomando en consideración dos importantes textos: el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1 del Protocolo adicional

18 V. Ministerio de Defensa del Reino Unido, nota 17 *supra*, párr. 11.3.1. V. asimismo TPIY, *El fiscal c. Tadic*, Causa IT-94-1-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 7 de mayo de 1997, párr. 584: “la relación de órganos o agentes de facto con la potencia extranjera comprende aquellas circunstancias en las cuales la potencia extranjera ‘ocupa’ u opera en cierto territorio *sólo* mediante órganos o agentes de facto locales” (el subrayado es nuestro).

19 TPIY, *El fiscal c. Blaskic*, Causa IT-95-14-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 3 de marzo de 2000, párr. 149; TPIY, *El fiscal c. Naletilic*, v. la nota 4 *supra*, párrs. 181-188, 197-202.

20 V., en particular, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. 884, 12 de noviembre de 1993; Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 62/243, 14 de marzo de 2008; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Res. 1416 (2005).

II de 1977. En este apartado, intentaremos echar luz sobre los criterios de cada una de esas disposiciones y expondremos cómo pueden interpretarse esos criterios en función de la práctica. Asimismo, analizaremos el concepto de conflicto armado no internacional en relación con la determinación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI). También es necesario hacer referencia a los términos del análisis examinando las cláusulas correspondientes del Estatuto de la Corte.

Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 se aplica en caso de “conflictos armados que no sean de índole internacional que surjan en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”²¹.

El mencionado artículo comienza con una negación, pues trata sobre los conflictos armados “que no sean de índole internacional”. Se refiere de manera implícita al artículo 2 común, que, como hemos mencionado, trata de conflictos entre Estados. Los conflictos armados que no son de índole internacional son aquellos en los cuales al menos una de las partes es un grupo no gubernamental. Según el caso, las hostilidades se desarrollan entre uno o más grupos armados y las fuerzas armadas de un Estado, o sólo entre grupos armados²².

Asimismo, el artículo 3 común presupone la existencia de un “conflicto armado”, es decir, que la situación alcanza un nivel de intensidad que permite distinguirla de otras formas de violencia en las cuales no se aplica el derecho internacional humanitario, a saber, “situaciones de disturbios o tensiones internas, actos de violencia aislados y esporádicos, y otros actos de naturaleza similar”²³. El nivel de intensidad requerido en ese caso es mayor que el necesario para que un conflicto armado sea considerado de índole internacional. En la práctica jurídica, en particular la del TPIY, se observa que ese nivel mínimo se alcanza cuando la situación puede definirse como de “violencia armada prolongada”²⁴. Esta condición debe evaluarse conforme a dos criterios fundamentales: (a) la intensidad de la violencia y (b) la organización

21 Art. 3(1) común a los Convenios de Ginebra.

22 V. TPIY, *El fiscal c. Tadic*, Decisión sobre la moción de la defensa de interponer un recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, nota 10 *supra*, párr. 70.

23 Protocolo adicional II, art. 1(2). Si bien la cita está tomada del Protocolo adicional II, se acepta que el umbral establecido es válido también para los conflictos comprendidos dentro del artículo 3 común a los Convenios. V. CICR, *How Is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law?*, Documento de opinión, marzo de 2008, p. 3 [¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?]. V. también TPIY, *El fiscal c. Limaj*, Causa IT-03-66-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 30 de noviembre de 2005, párr. 84.

24 TPIY, *El fiscal c. Tadic*, Decisión sobre la moción de la defensa de interponer un recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, V. la nota 10 *supra*, párr. 70.

de las partes²⁵. Estos dos componentes del concepto de conflicto armado de índole no internacional no admiten definiciones en términos abstractos, sino que deben evaluarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta una gran cantidad de factores²⁶. Con respecto al criterio de intensidad, los datos que se deben contemplar incluyen, por ejemplo, la naturaleza colectiva de las hostilidades y el hecho de que el Estado tenga que recurrir a las fuerzas armadas porque la policía no está en condiciones de controlar la situación. La duración del conflicto, la frecuencia de las acciones violentas y las operaciones militares, la naturaleza de las armas empleadas, el desplazamiento de la población civil, el control del territorio por parte de fuerzas de oposición, la cantidad de víctimas (fallecidos, heridos, personas desplazadas, etc.) son elementos que también deben tenerse en cuenta²⁷. Sin embargo, se trata de factores de evaluación que permiten establecer si se ha alcanzado el nivel mínimo de intensidad en cada caso, pero no son condiciones que deban existir simultáneamente. En cuanto al segundo criterio, quienes participan en la violencia armada deben ser grupos con cierto nivel de organización. Por definición, las fuerzas del gobierno cumplen con el requisito de ser grupos organizados, por lo cual no es necesario realizar una evaluación en cada caso²⁸. En cuanto a los grupos armados no estatales, entre los factores que deben considerarse se encuentran la existencia de un organigrama que refleje una estructura de mando, la autoridad para lanzar operaciones que involucren a distintas unidades, la capacidad de reclutar y entrenar combatientes, y la existencia de reglas internas²⁹.

- 25 V. TPIY, *El fiscal c. Tadic*, Fallo (Sala de Primera Instancia), nota 18 *supra*, párrs. 561-568, en especial párr. 562. V. asimismo TPIY, *El fiscal c. Limaj*, nota 23 *supra*, párr. 84; TPIY, *El fiscal c. Boskoski*, Causa IT-04-82, Fallo (Sala de Primera Instancia), 10 de julio de 2008, párr. 175. Estos criterios han sido adoptados posteriormente por otros organismos internacionales. V., en especial, Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), *El fiscal c. Rutaganda*, Causa ICTR-96-3, Fallo (Sala de Primera Instancia I), 6 de diciembre de 1999, párr. 93; Comisión Internacional de Investigación para Darfur, *Report Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, 25 de enero de 2005, párrs. 74-76 [*Informe en atención a la Resolución 1564 del Consejo de Seguridad, del 18 de septiembre de 2004*]. En la causa contra Haradinaj, el TPIY adoptó una postura ligeramente distinta al considerar una interpretación amplia de la noción de “violencia armada prolongada”, según la cual es preciso contemplar no sólo la duración de la violencia sino también todos los aspectos que permiten evaluar el nivel de intensidad de la misma. Aparentemente, el TPIY equipara esta noción con la de intensidad. (TPIY, *El fiscal c. Haradinaj*, Causa IT-04-84-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 3 de abril de 2008, párr. 49.) Si se desea profundizar en las consideraciones teóricas de este tópico, v. A. Cullen, citado en la nota 4 *supra*, pp. 179 y ss.
- 26 TPIY, *El fiscal c. Haradinaj*, v. la nota 25 *supra*, párr. 49; TPIR, *El fiscal c. Rutaganda*, v. la nota 25 *supra*, párr. 93. En la obra de Pictet citada en la nota 6 *supra*, pp. 49-50, el autor proporciona criterios que pueden tenerse en cuenta en la evaluación de estas cuestiones.
- 27 V. R. Pinto (relator), “Report of the Commission of experts for the study of the question of aid to the victims of internal conflicts”, *International Review of the Red Cross*, febrero de 1963, en especial pp. 82-83: “Según la definición del artículo 3, la existencia de un conflicto armado no puede negarse cuando las hostilidades dirigidas contra las autoridades gubernamentales tienen carácter colectivo y un mínimo de organización. En este aspecto, y sin que las circunstancias sean acumulativas, deberían tenerse en cuenta factores tales como la duración del conflicto, el número y la estructura de los grupos insurrectos, su establecimiento y accionar en una parte del territorio, el grado de inseguridad, la existencia de víctimas, los métodos empleados por el gobierno para restablecer el orden, etc.” Si se desea profundizar en los factores considerados por el TPIY en su jurisprudencia, v. TPIY, *El fiscal c. Boskoski*, nota 25 *supra*, párr. 177. V. también TPIY, *El fiscal c. Limaj*, nota 23 *supra*, párr. 168; TPIY, *El fiscal c. Haradinaj*, nota 25 *supra*, párr. 49.
- 28 TPIY, *El fiscal c. Haradinaj*, nota 25 *supra*, párr. 60.
- 29 Si se desea consultar un resumen de los factores indicativos considerados por el TPIY en su jurisprudencia, v. TPIY, *El fiscal c. Boskoski*, nota 25 *supra*, párrs. 199-203. V. asimismo TPIY, *El fiscal c. Limaj*, nota 23 *supra*, párrs. 94-134; TPIY, *El fiscal c. Haradinaj*, nota 25 *supra*, párr. 60.

Cuando no se cumple alguna de estas dos condiciones, una situación de violencia puede definirse como disturbios interiores o tensiones internas, conceptos que designan tipos de inestabilidad social que no pertenecen al ámbito de los conflictos armados y nunca han sido definidos en el derecho, a pesar de que se los menciona explícitamente en el Protocolo adicional II³⁰. En los documentos preparatorios para la redacción del Protocolo, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) considera que los disturbios interiores son situaciones en las que, sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin carácter internacional, existe, sin embargo, a nivel interior, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden tener formas variables, que van desde generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas, para restablecer el orden interno³¹. En lo referente a las tensiones internas, éstas comprenden situaciones de violencia caracterizadas por arrestos masivos, un gran número de presos “políticos”, torturas y otros tipos de maltrato, desapariciones forzadas y/o la suspensión de las garantías fundamentales, entre otros³².

Por último, el artículo 3 común se aplica a los conflictos armados “que se desarrollan en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”. El significado de esta cláusula no está libre de controversias. ¿Debe entenderse como una condición que excluye los conflictos armados que no son de índole internacional y que tienen lugar en los territorios de dos o más Estados o como un simple recordatorio del ámbito de aplicación del artículo 3? De acuerdo con esta última hipótesis, suele decirse que este punto específico fue incluido para que quedara en claro que el artículo 3 sólo se aplica en situaciones que afectan el territorio de los Estados que han ratificado los Convenios de Ginebra de 1949. Veremos más abajo que ésta es, probablemente, la interpretación más adecuada³³.

Algunos analistas añaden otra condición a la noción de conflicto armado sin carácter internacional. Sugieren que deben tenerse en cuenta las intenciones de los grupos no gubernamentales que participan en las hostilidades. Así, sólo se incluirían

30 Protocolo adicional II, art. 1(2).

31 CICR, *Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, Documento presentado en la Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, vol. V, Ginebra, 24 de mayo al 12 de junio de 1971, p. 79 [*Protección de víctimas de conflictos armados no internacionales*]. Esta definición fue adoptada en el comentario de los Protocolos adicionales; v. Y. Sandoz et al., nota 14 *supra*, párr. 4475.

32 Y. Sandoz et al. (eds.), v. la nota 14 *supra*, párr. 4476. Sobre disturbios interiores y tensiones internas, v., en particular, A. Eide, “Internal Disturbances and Tensions”, en *International Dimensions of Humanitarian Law*, UNESCO, París, 1988, pp. 279-295; H.-P. Gasser, “Humanitarian Standards for Internal Strife – A Brief Review of New Developments”, *International Review of the Red Cross*, n° 294, mayo-junio de 1993, pp. 221-226 [“Normas humanitarias para las situaciones de disturbios y tensiones interiores”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 117, mayo-junio de 1993]; F. Ni Aolain, “The Relationship Between Situations of Emergency and Low-Intensity Armed Conflict”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 28, 1998, pp. 97-106; R. Abi-Saab, “Le droit humanitaire et les troubles internes”, *Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2001, pp. 477-493.

33 V. el apartado “Conflictos armados no internacionales ‘exportados’” en este mismo artículo.

los grupos que persiguen un objetivo político. Las organizaciones “puramente delictivas” como los grupos mafiosos o las pandillas locales no entran en esa categoría y no deben, por tanto, ser consideradas partes en un conflicto armado de índole no internacional³⁴. Sin embargo, en el estado actual del derecho humanitario, esa condición adicional no tiene fundamento jurídico. El TPIY hace referencia a ello al analizar la naturaleza de la lucha que enfrentó, en 1998, a las fuerzas serbias y el Ejército de Liberación de Kosovo. En el asunto Limaj, la defensa había objetado la clasificación de la contienda como conflicto armado, argumentando que las operaciones llevadas a cabo por las fuerzas serbias no tenían como objetivo la derrota del ejército enemigo sino la “limpieza étnica” de Kosovo. El Tribunal no hizo lugar al argumento, señalando que “la determinación de la existencia de un conflicto armado se basa únicamente en dos criterios: la intensidad del conflicto y la organización de las partes; *el propósito de los grupos armados en su participación en los actos de violencia o la consecución de otros objetivos es, por tanto, irrelevante*” (el subrayado es nuestro)³⁵. Más aún, la posición contraria daría lugar a problemas difíciles de resolver en la práctica. Las intenciones de los grupos armados no son homogéneas y no siempre pueden apreciarse con claridad. Muchos de ellos llevan a cabo actividades delictivas como la extorsión o el tráfico de drogas al tiempo que persiguen un objetivo político y, a la inversa, a veces las organizaciones delictivas tienen cierto poder en el ámbito político o, al menos, en el control de ciertos sectores de la población.

Artículo 1 del Protocolo adicional II

El Protocolo adicional II se aplica a los conflictos armados de índole no internacional “que se desarrollan en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Este instrumento no se aplica, sin embargo, a guerras de liberación nacional, que son equiparables a conflictos armados internacionales en virtud del artículo 1(4) del Protocolo adicional I.

Como en el caso del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, un conflicto armado no internacional, conforme a la definición del Protocolo adicional II, sólo puede existir si la situación alcanza un nivel de violencia tal que permite distinguirla de los casos de disturbios interiores y tensiones internas³⁶. No obstante,

34 De acuerdo con Bruderlein, por ejemplo, las características principales que presentan los grupos armados son (a) existencia de una estructura básica de mando; (b) uso de la violencia con fines políticos; (c) independencia del control estatal. V. C. Bruderlein, *The Role of Non-State Actors in Building Human Security: The Case of Armed Groups in Intra-State Wars*, Centro para el Diálogo Humanitario, Ginebra, mayo de 2000. V. también D. Petrasek, *Ends and Means: Human Rights Approaches to Armed Groups*, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, Ginebra, 2000, p. 5 [El fin y los medios: una aproximación a los grupos armados desde la perspectiva de los derechos humanos, Consejo Internacional para Estudios de Derechos Humanos, Versoix, 2000].

35 TPIY, *El fiscal c. Limaj*, V. la nota 23 *supra*, párr. 170.

36 Protocolo adicional II, art. 1(2).

este último instrumento define un ámbito de aplicación más acotado que el que establece el artículo 3, ya que exige que las fuerzas no estatales tengan un nivel de organización particularmente alto, es decir que estén “bajo la dirección de un mando responsable” y ejerzan el control territorial, de modo tal de poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo³⁷. Si bien en el artículo 3 común se presupone que los grupos armados deben tener cierto grado de organización, no se establece que esos grupos deberían controlar parte del territorio donde se desarrolla el conflicto. Por ello, en la práctica, un conflicto puede reunir las condiciones de aplicación establecidas en el artículo 3 sin cumplir con los requisitos de aplicación del Protocolo adicional II. Inversamente, todos los conflictos armados contemplados en el Protocolo adicional II están también cubiertos por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

En la práctica, muchas veces resulta difícil decidir si las situaciones cumplen con las condiciones de aplicación establecidas en el Protocolo adicional II. En especial, el nivel de control territorial suele evaluarse de manera diferente en los distintos casos. Si se adopta una interpretación amplia, el concepto de conflicto armado no internacional tal como lo define el Protocolo se asemeja al del artículo 3. Incluso el control temporario de zonas reducidas sería suficiente en ese caso para justificar la aplicación del Protocolo adicional II³⁸. Por el contrario, una interpretación estricta del artículo 1(1) obliga a limitar las situaciones comprendidas en él a aquellas en las cuales la parte no gubernamental ejerce un control similar al de un Estado y la naturaleza del conflicto es semejante a la de un conflicto armado internacional³⁹. En su Comentario de los Protocolos adicionales, el CICR parece adoptar una postura intermedia respecto de este tema al aceptar que el control territorial tiene a veces un carácter relativo, por ejemplo, cuando los centros urbanos permanecen en poder gubernamental, mientras que las zonas rurales escapan a su autoridad⁴⁰. No obstante, agrega que la naturaleza misma de las exigencias mencionadas en el Protocolo adicional II implica que se necesita “cierta estabilidad en el control de una porción del territorio, aunque sea modesta”⁴¹.

El ámbito de aplicación del Protocolo adicional II también está limitado a los conflictos armados entre fuerzas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados. Esto implica que, a diferencia del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que no establece esa restricción, dicho protocolo no se extiende a conflictos entre grupos no estatales⁴².

37 Protocolo adicional II, art. 1(1). V. asimismo M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, nota 13 *supra*, pp. 626 y ss.

38 Momtaz considera que no es necesario que las partes implicadas instauren una estructura administrativa similar a la de un Estado y añade que el criterio de control territorial debe evaluarse conforme a la naturaleza de las obligaciones previstas. Para algunas de las obligaciones relacionadas con el respeto a los derechos fundamentales “no es necesario que exista control de parte del territorio” (D. Momtaz, “Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux”, *The Hague Academy Collected Courses*, n° 292, 2002, p. 50, traducción del CICR).

39 L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 106.

40 Y. Sandoz *et al.* (eds.), V. la nota 14 *supra*, párr. 4467.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, párr. 4461; Bothe, Partsch y Solf, v. la nota 13 *supra*, p. 627.

Por último, el Protocolo adicional II retoma el criterio de *ratione loci* formulado en el artículo 3 común, es decir, sólo cubre conflictos armados de índole no internacional “que se desarrollan en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”. Los comentarios anteriores sobre el mismo tema también se aplican en este caso. El protocolo también establece que los conflictos en cuestión son los que tienen lugar en el territorio de una Alta Parte Contratante entre “sus” fuerzas armadas y movimientos de oposición. Según una interpretación literal de este pasaje, el instrumento no se aplicaría a las situaciones en las que las tropas de un Estado interviesen fuera de su territorio en apoyo de las autoridades locales, pues las fuerzas no pertenecen al Estado en el cual se desarrolla el conflicto. Una lectura acorde con el espíritu del derecho humanitario indica, no obstante, que la expresión “sus fuerzas armadas” debería interpretarse en ese caso no sólo como las tropas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto sino también como las de cualquier otro Estado que intervenga en favor del gobierno local.

Con respecto al alcance de los nuevos puntos incorporados en el Protocolo adicional II, cabe recordar que este instrumento amplía y complementa el artículo 3 común, pero no cambia sus condiciones de aplicación⁴³. Por consiguiente, las restricciones adicionales establecidas en el artículo 1(1) sólo definen el ámbito de aplicación del Protocolo, sin extenderse a todo el derecho de los conflictos armados de carácter no internacional. El artículo 3 común conserva así su autonomía y se aplica a una mayor cantidad de situaciones⁴⁴.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la CPI distingue entre dos categorías de crímenes que se cometen durante “conflictos armados que no son de índole internacional”: (a) violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; y (b) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en situaciones de conflicto armado⁴⁵. En ambos casos, el Estatuto establece el nivel mínimo de aplicabilidad de sus disposiciones, estipulando que éstas no se aplican a “situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar⁴⁶. Asimismo, si bien el Estatuto no proporciona una definición más precisa del ámbito material de aplicación de las normas relacionadas con las “violaciones graves del artículo 3 común” (artículo 8(2)(d)), aclara la noción de conflicto armado no internacional para las “otras violaciones graves”. El artículo 8(2)(f) establece que, en ese caso, las normas se aplican “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

43 Protocolo adicional II, art. 1(1).

44 Y. Sandoz *et al.* (eds.), V. la nota 14 *supra*, párr. 4454; L. Moir, v. la nota 39 *supra*, p. 101.

45 Estatuto de Roma de la CPI, art. 8(2)(c) y (e), respectivamente.

46 Estatuto de Roma de la CPI, art. 8(2)(d) y (f), respectivamente.

o entre tales grupos⁴⁷. Dada la referencia explícita al criterio de duración (“conflicto armado prolongado”), cabe preguntarse si el párrafo (2)(f) se limita a aclarar los términos del párrafo (2)(d) sin establecer otra categoría de conflicto o si, por el contrario, propone un tipo diferente de conflicto armado no internacional, con lo cual definiría un nuevo ámbito de aplicación. Esta cuestión es objeto de controversia y aún no se ha resuelto.

Algunos expertos consideran que los dos párrafos mencionados hacen referencia a una única situación⁴⁸. En particular, sostienen que la intención de quienes participaron en las discusiones previas a la redacción del Estatuto no era crear una nueva categoría de conflicto armado no internacional, sino que la referencia a la duración contenida en el párrafo (2)(f) tenía por objeto evitar la incorporación al Estatuto del carácter restrictivo del Protocolo adicional II. En cierta forma, se trató de encontrar un punto medio entre el proyecto original, que no hacía distinciones entre los párrafos (2)(d) y (2)(f), y el deseo de ciertos Estados de incluir las restricciones del Protocolo adicional II en el segundo párrafo⁴⁹. Quienes defienden esa postura consideran que su interpretación es la única que acompaña la evolución del derecho consuetudinario, que no distingue entre distintos tipos de conflictos armados no internacionales.

Otros autores⁵⁰, en cambio, consideran que si el concepto de conflicto armado no internacional del párrafo (2)(d) se refiere directamente al del artículo 3

47 Esta definición está basada en la jurisprudencia del TPIY, según la cual existe conflicto armado toda vez que se recurre al uso de la fuerza entre Estados o cuando hay *violencia armada prolongada* entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el territorio de un Estado (TPIY, *El fiscal c. Tadic*, Decisión sobre la moción de la defensa de interponer un recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, v. la nota 11 *supra*, párr. 70 (el subrayado es nuestro)).

48 T. Meron, “The Humanization of Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, p. 260; M. Bothe, “War Crimes”, en A. Cassese et al. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 423; A. Cullen, “The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, n° 3, 2007, p. 445.

49 El texto del párrafo (2)(f) es el resultado de una iniciativa de Sierra Leona para lograr un acuerdo entre las delegaciones que estaban a favor de la inclusión de una lista de crímenes de guerra aplicable a los conflictos armados que no fueran de carácter internacional y las que estaban en contra. Una primera propuesta en ese sentido, enviada por el Comité Plenario, consistió en restringir el ámbito de aplicación de los crímenes enumerados en el párrafo (2)(e) adoptando los criterios especificados en el art. 1(2) del Protocolo adicional II (A/CONF.183/C.1/L.59). Al no haberse llegado a un acuerdo con aquella propuesta, Sierra Leona presentó el texto que finalmente se incorporó al documento. El objetivo era conformar a las delegaciones que se oponían a incluir los crímenes de guerra en el derecho de los conflictos armados no internacionales y al mismo tiempo evitar un umbral tan elevado como el del Protocolo adicional II (A/CONF.183/C.1/SR.35, párr. 8). V. A. Cullen, nota 48 *supra*, pp. 419-445.

50 A. Bouvier y M. Sassòli (eds.), *How Does Law Protect in War?*, vol. 1, Ginebra, CICR, 2006, p. 110; R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 268 y ss.; W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007 (3ª ed.), p. 116. E. David adopta una postura más equilibrada al considerar que, en sentido estricto, el párrafo (2)(f) no establece una tercera categoría de conflicto armado de carácter no internacional sino que “un concepto más amplio de conflicto armado reemplaza al del Protocolo adicional II mediante la aplicación del criterio de *lex posterior*” (David, v. la nota 7 *supra*, p. 137, traducción del CICR).

común a los Convenios de Ginebra, la noción contenida en el párrafo (2)(f) añade un criterio temporal. Según se desprende de este último párrafo, existe un conflicto armado no internacional cuando el conflicto es “prolongado”. Mientras que, desde la perspectiva del párrafo (2)(d), la duración es un factor que podría tenerse en cuenta cuando se evalúa la situación pero no constituye un criterio obligatorio, en (2)(f) la duración es inherente al concepto mismo. Vista así, esta noción no parece constituir una ampliación del ámbito de aplicación del párrafo (2)(d), sino que establece una categoría distinta de conflicto armado de índole no internacional tendiente a criminalizar, dentro del contexto del Estatuto de la CPI, las violaciones adicionales del derecho internacional humanitario; por ejemplo, las violaciones de las normas del Protocolo adicional II. Las discusiones que tuvieron lugar durante la preparación de ese artículo parecen indicar que la intención era llegar a un acuerdo respecto de una categoría distinta de la referida en el párrafo (2)(d).

La jurisprudencia parece respaldar la segunda interpretación. En el asunto *Lubanga Dyilo*, la Sala de Asuntos Preliminares recurrió al Protocolo adicional II para interpretar el párrafo (2)(f) del Estatuto de la CPI. Con ello, pareció querer dar un sentido claro a la disposición, definiendo un umbral de aplicabilidad específico. La Sala dejó en claro que ese umbral se caracteriza por dos condiciones: (a) la violencia debe alcanzar cierta intensidad y debe prolongarse en el tiempo; (b) debe participar un grupo armado con cierto nivel de organización, en particular con “capacidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares durante un tiempo prolongado”⁵¹. Así expresada, la definición parece distinguir un ámbito de aplicación más estricto que el señalado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, pues exige que el conflicto se desarrolle durante cierto tiempo, pero es, no obstante, más amplia que la del Protocolo adicional II, pues no requiere que el/los grupo/s armado/s implicado/s ejerza/n control sobre el territorio⁵². En consecuencia, la categoría de conflicto armado así definida está a mitad de camino entre las categorías mencionadas en el artículo 3 y las del Protocolo adicional II.

En conclusión, en el Estatuto de Roma de la CPI se reconocerían dos tipos de conflicto armado no internacional: en primer lugar, los conflictos que se ajustan a la definición del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (párrafos (2)(c)–(d)); y, en segundo lugar, los conflictos armados no internacionales prolongados (párrafos (2)(e)–(f)). De todos modos, es importante tener en cuenta que esta novedad del Estatuto no crea un nuevo concepto de conflicto armado de índole no internacional dentro del derecho internacional humanitario, sino que sólo tiene por objeto determinar la jurisdicción de la CPI. Se aplica, por tanto, sólo al ejercicio de dicha jurisdicción y no establece una categoría de aplicación más general.

51 CPI, *El fiscal c. Lubanga Dyilo*, Causa ICC-01/04-01/06-803, Decisión sobre la confirmación de cargos (Sala de Asuntos Preliminares I), 29 de enero de 2007, párrs. 229-237, en especial, párr. 234.

52 Esta nueva categoría también presenta algunos problemas. No hay un criterio objetivo que permita establecer cuándo se alcanza el mínimo de duración requerido. Tampoco queda claro qué régimen jurídico debe aplicarse durante el período en el cual el conflicto aún no puede considerarse lo “suficientemente prolongado” para entrar en la categoría de conflicto armado de índole no internacional ¿Habrá que considerar la aplicación retroactiva del derecho internacional humanitario en ese caso?

Controversias en torno a la clasificación de los conflictos armados

En la realidad, los conflictos armados no están tan claramente definidos como en las categorías jurídicas. Algunos no se ajustan a ninguno de los conceptos previstos por el derecho internacional humanitario. Esto lleva a preguntarse si es necesario complementar o adaptar esas categorías con vistas a asegurar que esas situaciones no caigan en un vacío jurídico. Sin ánimo de agotar el análisis, en esta sección repasamos algunos de los dilemas que aparecen en la práctica, con referencia a tres tipos de situaciones cuya clasificación es controversial el control de un territorio sin presencia militar; la intervención extranjera en un conflicto armado no internacional; y los conflictos armados de carácter no internacional que se desarrollan en el territorio de varios Estados.

Control de un territorio sin presencia militar en el terreno

A pesar de las aclaraciones contenidas en el Reglamento de La Haya de 1907 y los Convenios de Ginebra de 1949 respecto de la noción de ocupación, en la práctica no siempre resulta fácil identificar las situaciones que se ajustan a ese concepto. Tal como afirma Roberts, “el significado básico del término es evidente pero, como suele ocurrir con las nociones abstractas, los límites no son tan claros”⁵³.

La situación de la Franja de Gaza después de la retirada de los israelíes ilustra a la perfección las dificultades mencionadas. El 12 de septiembre de 2005, los últimos soldados israelíes se retiraron de la zona en la que habían mantenido una presencia continua desde la Guerra de los Seis Días de 1967. Contribuían así con la implementación del “Plan de Retirada” aprobado por el Gobierno israelí el 6 de junio de 2004 y ratificado por el Parlamento el 25 de octubre de ese año⁵⁴. De acuerdo con dicho plan, las autoridades tenían la intención de poner fin a sus responsabilidades frente a la población que residía en el territorio ocupado⁵⁵. ¿Debería considerarse, entonces, que esas medidas marcaron el fin de la ocupación de dicho territorio? En otras palabras, ¿basta la retirada física de las fuerzas israelíes para afirmar que el control territorial efectivo, característico de la ocupación, dejó de existir en ese momento?

Para algunos especialistas, la respuesta a esa pregunta es negativa. Israel conservó un grado de control considerable sobre la Franja de Gaza a pesar de que sus soldados ya no tenían presencia física en la zona⁵⁶. El Plan de Retirada estable-

53 Roberts, v. la nota 17 *supra*, p. 249.

54 Oficina del Primer Ministro israelí, *Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan: Addendum A – Revised Disengagement Plan: Main Principles*, 6 de junio de 2004, disponible en línea en <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Revised+Disengagement+Plan+6-June-2004.htm#A> (consultado el 9 de julio de 2009).

55 *Ibid.*

56 V. la nota del secretario general de la ONU *Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied Since 1967*, Documento de la ONU A/61/470, 27 de septiembre de 2006, párr. 6 [*Situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967*]. V. también J. Dugard, *Report on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied by Israel Since 1967*, E/CN.4/2006/29, 17 de enero de 2006, párrs. 6 y ss. [*Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967*].

cía que Israel continuaría ejerciendo el control en las fronteras, el espacio aéreo y la región costera⁵⁷. Más aún, Israel tiene la ventaja de poder ingresar en territorio palestino en todo momento a fin de preservar el orden público⁵⁸. Dada la superficie reducida del territorio de Gaza y los medios militares disponibles, su poder es aún mayor. La interpretación se apoya asimismo en el artículo 42(2) del Reglamento de La Haya de 1907, según el cual hay ocupación cuando la autoridad de las fuerzas armadas hostiles “se ha establecido y es posible ejercerla” (el subrayado es nuestro). Esa “posibilidad” podría interpretarse en el sentido de que la autoridad potencial sería suficiente como confirmación de la realidad de la ocupación. El secretario general de la ONU consideró que “las acciones de las fuerzas israelíes en Gaza han demostrado que la tecnología moderna permite que una potencia ocupante tenga control efectivo sobre un territorio aun sin presencia militar en el mismo”⁵⁹. De acuerdo con esa postura, la ocupación de la Franja de Gaza no habría cesado con la retirada de las tropas israelíes en 2005, ya que sería posible afirmar que Israel ha continuado ejerciendo a la distancia el “control efectivo” que requiere el derecho de la ocupación.

Sin embargo, otros especialistas consideran que un estudio más profundo de los textos de los tratados revela que la capacidad de un ocupante de imponer su autoridad depende de su presencia física en el territorio que controla⁶⁰. Si bien el artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907 considera un territorio como ocupado cuando para el enemigo “es posible ejercer” su autoridad en él, también deja en claro que la autoridad debe “establecerse” en primer lugar. Se establece así un vínculo indisoluble entre el establecimiento de la autoridad, que implica el despliegue y la presencia militar en el territorio de que se trate, y la posibilidad de extender dicha autoridad a la totalidad del territorio. Tal como sostiene la Corte Internacional

57 Oficina del Primer Ministro israelí, v. la nota 54 *supra*, capítulo 1: “Background: Political and Security Implications”.

58 Para un análisis más minucioso de los poderes que Israel continúa ejerciendo tras su retirada de Gaza, v. Gisha: Centro Legal para la Libertad de Movimiento, *Disengaged Occupiers: The Legal Status of Gaza*, enero de 2007, pp. 29 y ss, disponible en línea en <http://www.gisha.org/UserFiles/File/Report%20for%20the%20website.pdf> (consultado el 13 de julio de 2009).

59 *Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied Since 1967*, Documento de la ONU A/61/470, 27 de septiembre de 2006, párr. 7 [Situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967]. V. también J. Dugard, *Report of the Special Rapporteur of the Commission of Human Rights on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied by Israel Since 1967*, E/CN.4/2006/29, 17 de enero de 2006 [Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967]. V. asimismo C. Bruderlein, “Legal Aspects of Israel’s Disengagement Plan Under International Humanitarian Law”, *Legal and Policy Brief*, Programa de la Universidad de Harvard de investigación en políticas humanitarias y conflictos, noviembre de 2004, pp. 10-11; A. Bockel, “Le retrait israélien de Gaza et ses conséquences sur le droit international”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 50, 2005, p. 23; I. Scobbie, “Is Gaza Still Occupied Territory?”, *Forced Migration Review*, vol. 26, 2006, p. 18.

60 V. Y. Shany, *Faraway, so Close: The Legal Status of Gaza After Israel’s Disengagement*, trabajo de investigación del Foro de Derecho Internacional de la Universidad Hebrea de Jerusalén n° 12-06, agosto de 2006, p. 19. V. también Roberts, nota 17 *supra*, p. 300; H.-P. Gasser, “Belligerent Occupation”, en D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 243; M. Bothe, “Occupation, Belligerent”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Elsevier, Amsterdam, 1997, p. 764.

de Justicia (CIJ), el control efectivo se hace evidente como consecuencia de la sustitución de poderes⁶¹. De hecho, es imposible alcanzar el mismo umbral de aplicación si las fuerzas extranjeras se hallan fuera de la región en cuestión. Asimismo, es imposible concebir la aplicación de la mayoría de las normas de ocupación a menos que haya presencia en el territorio ocupado⁶². No es posible garantizar el orden público y la vida en un territorio, como lo exige el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907, desde fuera. Sería absurdo, pues, exigir que un Estado cumpliera con sus obligaciones internacionales cuando no puede hacerlo porque no está presente en la región. Una interpretación de este tipo sería contraria a los principios básicos del derecho de la ocupación.

El ejemplo de Gaza pone en evidencia hasta qué punto la noción de ocupación es difícil de delimitar en la práctica. Sería imposible dentro del marco de este artículo considerar todos los tópicos vinculados con las dificultades de delimitación del concepto. El CICR está llevando a cabo un proceso de consulta con el fin de aclarar una serie de puntos que todavía son controvertidos.

Intervención extranjera en conflictos armados de carácter no internacional

En este apartado, se reconocen dos formas diferentes de intervención extranjera: (a) cuando terceros Estados participan en un conflicto armado de carácter no internacional en apoyo de alguna de las partes del conflicto; (b) cuando fuerzas multinacionales participan en un conflicto armado no internacional en el curso de una operación de mantenimiento de la paz.

Intervención de terceros Estados en un conflicto armado de carácter no internacional

Este escenario, a veces denominado “conflicto mixto”, combina características de conflictos armados internacionales y de conflictos armados no internacionales. De acuerdo con la configuración de las partes, las hostilidades pueden oponer a las fuerzas del Estado en cuyo territorio se desarrollan las hostilidades y las de un Estado interviniente, las de Estados que intervienen en ambos lados de las líneas de frente, las fuerzas de un Estado (aquel en cuyo territorio se desarrollan las hostilidades o un tercer Estado) y grupos armados no estatales, o grupos armados que combaten entre sí. En consecuencia, es preciso contar con una definición jurídica de las situaciones que no se ajustan a las categorías de conflicto estipuladas en el derecho internacional humanitario.

El CICR considera que, según cuáles sean las partes beligerantes, varía el derecho que se aplica en cada situación. Las relaciones entre Estados se rigen por el derecho de los conflictos armados internacionales, mientras que para otras situaciones se

61 CIJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, v. la nota 17 *supra*, párr. 173 [*Caso sobre actividades armadas en territorio del Congo*].

62 A modo de ejemplo, v. el art. 43 del Reglamento de La Haya de 1907 y los arts. 55, 56 y 59 del IV Convenio de Ginebra.

aplican las normas de conflictos no internacionales⁶³. De modo que la intervención de terceros Estados en apoyo de un grupo armado no estatal enfrentado con las fuerzas militares de un Estado implica la “internacionalización” del conflicto interno existente. A esta aplicación fragmentaria del derecho internacional humanitario recurrió la CIJ en el asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra el gobierno nicaragüense. En su análisis, la Corte establece una diferencia entre el conflicto entre el gobierno y los grupos a los que se enfrenta, por un lado, y el conflicto entre los gobiernos nicaragüense y estadounidense, por el otro⁶⁴. Sin embargo, este tipo de abordaje diferenciado entraña algunos problemas. En muchos casos, la distinción entre conflictos que derivan de uno u otro de los dos tipos de conflictos armados es artificial o tiene consecuencias que son difíciles de aceptar. Por ejemplo, cuando existe una alianza entre fuerzas estatales extranjeras y grupos rebeldes, surgen los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el estatuto jurídico de los civiles que las fuerzas extranjeras mantienen en cautiverio y luego entregan al grupo rebelde local? ¿Corresponde aplicar las normas del IV Convenio de Ginebra (en la medida en que existe un conflicto armado entre el Estado interviniente y el Estado en cuyo territorio se desarrollan las hostilidades) o las normas que surgen del derecho de los conflictos armados de carácter no internacional (puesto que un grupo armado no gubernamental participa en el conflicto)? En otras palabras, ¿es necesario aplicar un conjunto de normas diferentes según sean las fuerzas extranjeras o directamente el grupo local los que arrestan personas?

En vista de estas dificultades, cabe preguntarse si es preciso adaptar el derecho internacional humanitario para aplicarlo en situaciones de conflicto armado no internacional caracterizadas por la intervención de fuerzas militares extranjeras. Algunos expertos piensan que el derecho internacional de los conflictos armados debería aplicarse en todos los casos en los cuales una potencia extranjera actúa en nombre de una de las partes⁶⁵. Tal fue el espíritu de una de las propuestas del CICR en su informe sobre protección de víctimas de conflictos armados no internacionales de 1971⁶⁶. La propuesta fue rechazada por los especialistas que analizaron el borrador del CICR, quienes consideraron que una postura de ese tipo podría contribuir a agravar el conflicto, pues los grupos no gubernamentales intentarían involucrar a terceros Estados para beneficiarse de la aplicación de las normas del derecho de los conflictos armados internacionales⁶⁷.

63 V. D. Schindler, “International Humanitarian Law and Internationalized Internal Armed Conflicts”, *International Review of the Red Cross*, n.º 230, 1982, pp. 255-264 [“El derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos internacionalizados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 53, 1982].

64 CIJ, Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra el gobierno de Nicaragua (*Nicaragua contra Estados Unidos de América*), Fallo, Informes de la CIJ, 1986, párr. 219.

65 I. Dettner, *The Law of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 49; E. David, v. la nota 8 *supra*, p. 175.

66 CICR, *Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, v. la nota 31 *supra*, pp. 17 y ss. [Protección de víctimas de conflictos armados no internacionales].

67 CICR, *Report on the Work of the Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, CICR, Ginebra, agosto de 1971, pp. 50 y ss, en especial párrs. 301 y ss. [Informe sobre los trabajos de la Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados].

Intervención de fuerzas multinacionales en un conflicto armado de carácter no internacional

En primer lugar, es necesario dejar en claro aquí que la presencia de fuerzas multinacionales en este contexto no necesariamente las convierte en partes en conflicto. Normalmente en estos casos, las fuerzas militares no están presentes para participar en las hostilidades sino que se despliegan en el marco de una operación típica de mantenimiento de la paz. Su misión no las autoriza a brindar asistencia a ninguna de las partes, sino que deben limitarse a realizar actividades de observación u ocupar zonas de interposición. Más aún, sólo pueden recurrir a la fuerza armada en ejercicio de la defensa propia. Con todo, las fuerzas multinacionales deben ser consideradas partes en el conflicto en dos situaciones. Primero, puede ocurrir que participen directamente en las hostilidades apoyando a una de las partes beligerantes. La misión de la ONU en el Congo (MONUC), por ejemplo, prestó asistencia militar al gobierno de la República Democrática del Congo contra la ofensiva de la oposición armada⁶⁸. En segundo lugar, cuando las fuerzas armadas internacionales se despliegan sin prestar asistencia a ninguna de las partes beligerantes, su condición será determinada conforme a los criterios utilizados normalmente para evaluar la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional. Las tropas deben considerarse una parte del conflicto si su participación alcanza el nivel de intensidad requerido⁶⁹. Éste no será el caso cuando se empleen las armas sólo en ejercicio de la defensa propia.

La naturaleza de los conflictos armados analizados aquí es problemática. Para la mayoría de los autores⁷⁰, estas situaciones son equivalentes a conflictos armados internacionales. En tanto son organizaciones internacionales las que deciden, definen y llevan a cabo las operaciones correspondientes, los conflictos en cuestión pertenecen a la categoría de internacionales. En ese caso, no tiene demasiada importancia si el adversario es un Estado o un grupo no gubernamental. Desde esa perspectiva, el escenario hipotético equivale a un conflicto armado internacional *sui generis*, siendo suficiente la condición particular de la organización involucrada para clasificarlo como tal. Aun así, la aplicación del derecho de los conflictos armados internacionales en este caso trae aparejados algunos problemas.

68 V., por ejemplo, secretario general de la ONU, *Fourth Special Report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, S/2008/728, 21 de noviembre de 2008, párrs. 13 y 25. [Cuarto informe especial del Secretario General sobre la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo].

69 V. el apartado "La guerra y los conflictos armados internacionales".

70 V., en particular, D. Shraga, "The UN as an Actor Bound by International Humanitarian Law", en L. Condorelli et al. (eds.), *The United Nations and International Humanitarian Law*, Pedone, París, 1996, p. 333; P. Benvenuti, "The Implementation of International Humanitarian Law in the Framework of UN Peace-Keeping", en Oficina de Ayuda Humanitaria de la Comisión Europea, *Law in Humanitarian Crises: How Can International Humanitarian Law Be Made Effective in Armed Conflicts?*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1995, pp. 96 y ss.; C. Emanuelli, "United Nations Forces and Humanitarian Law", en L. Condorelli et al. (eds.), *The United Nations and International Humanitarian Law*, Pedone, París, 1996, pp. 357 y ss.; R. Kolb, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 57 y ss.

En el caso hipotético en que el conflicto se desarrolla entre fuerzas multinacionales y grupos armados no estructurados, parece difícil exigir a las partes que observen el III Convenio de Ginebra de 1949. Desde otra perspectiva, que es la adoptada por el CICR, la aplicación del derecho internacional humanitario en ese caso debería depender de qué partes están en el conflicto en cada situación particular. El derecho de los conflictos armados internacionales se aplica, entonces, cuando se enfrentan fuerzas internacionales con fuerzas gubernamentales. Por el contrario, si en la lucha participan fuerzas internacionales y grupos no estatales, debe prevalecer el derecho de los conflictos armados no internacionales. Es decir que, en un mismo conflicto armado, el régimen jurídico aplicable en cada situación varía según cuáles sean los adversarios en cada situación⁷¹.

Conflictos armados no internacionales que tienen lugar en territorios de varios Estados

Tanto el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra como el Protocolo adicional II establecen sus respectivos ámbitos de aplicación mencionando expresamente que el conflicto en cuestión tiene lugar en el territorio de un Estado Parte en esos instrumentos jurídicos. Sin embargo, en la práctica, muchos conflictos entre un gobierno y un grupo armado se llevan a cabo en el territorio de dos o más Estados. Algunos autores consideran que éstos constituyen un nuevo tipo de conflicto que no aparece en los textos vigentes. Las situaciones de ese tipo se denominan “conflictos armados transnacionales” o “conflictos extraestatales” y, según esos mismos autores, requieren la aplicación de un tipo especial de derecho internacional humanitario⁷². Respecto de estos conflictos, es útil distinguir varios escenarios posibles.

Conflictos armados no internacionales “exportados”

Las partes en un conflicto armado no internacional clásico (es decir, que se ajusta a las definiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra o del Protocolo adicional II) bien pueden continuar las hostilidades en el territorio de uno o

71 H. McCoubrey y N. D. White, *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations*, Dartmouth, Aldershot, 1996, p. 172; L. Condorelli, “Le statut des forces des Nations Unies et le droit international humanitaire”, en C. Emanuelli (ed.), *Les casques bleus: policiers ou combattants?*, Wilson & Lafleur Ltée, Montreal, 1997, p. 110; B. Tittmore, “Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 33, 1997, p. 110; J. Pejic, “Status of Armed Conflicts”, en E. Wilmshurst y S. Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 94. Ciertos autores piensan que debería revisarse el derecho internacional humanitario para adaptarlo a las características de las fuerzas multinacionales. V., por ejemplo, R. Kolb, citado en la nota 70 *supra*, pp. 65 y ss.

72 V., en especial, R. S. Schöndorf, “Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, n.º 1, 2004, pp. 61-75; G. S. Corn, “Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Armed Conflict: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 40, n.º 2, marzo de 2007.

más Estados con el consentimiento explícito o tácito del gobierno o los gobiernos implicados. (A este tipo de conflicto se lo denomina “exportado”, “deslocalizado” o “extraterritorial”.) En principio, las fuerzas gubernamentales que participan persiguen al grupo armado que busca refugio en el territorio de un Estado vecino. En ese tipo de situaciones, el conflicto no es internacional porque en él no toman parte dos o más Estados (como lo establece el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra), pues el Estado interviniente actúa con el consentimiento del Estado en cuyo territorio continúan las hostilidades.

El derecho que debe aplicarse en esos casos es materia de controversia. Algunos especialistas opinan que se trata de un tipo diferente de conflicto y recomiendan el desarrollo de una nueva forma de derecho internacional humanitario, un tercer sistema jurídico que se sumaría al derecho de los conflictos armados internacionales y al derecho de los conflictos armados no internacionales. Según esos autores, desde el punto de vista de las partes, estos conflictos armados son muy similares a los conflictos de carácter no internacional, pues participan en ellos fuerzas gubernamentales y grupos armados. Sin embargo, desde el punto de vista territorial, esos conflictos se caracterizan por la “internacionalización”, ya que no están confinados al territorio de un único Estado sino que se desarrollan más allá de las fronteras, en el territorio de dos o más Estados⁷³. Un nuevo régimen jurídico adaptado a esta tercera categoría podría dar como resultado, según la opinión de Schöndorf, una combinación del “derecho de los no combatientes en los conflictos armados interestatales” (tratamiento de civiles en manos enemigas, principio de distinción) y el “derecho de los combatientes en conflictos armados intraestatales” (protección y tratamiento de los heridos, enfermos y naufragos, ausencia de un estatuto jurídico para los adversarios capturados, etc.)⁷⁴. El autor considera que no se justifica la existencia de una protección diferente para los no combatientes (es decir, los civiles que no participan directamente en las hostilidades) según el conflicto sea interestatal o intraestatal. En cambio, este tipo de distinción sería aceptable en el caso de los combatientes pues, en los conflictos intraestatales, los miembros de grupos armados no gozan de los privilegios que se otorgan a los soldados en los conflictos armados internacionales. Esta solución permitiría tener en cuenta los aspectos internos (naturaleza de las partes) e internacionales (extraterritorialidad) de esos conflictos.

Así y todo, no es fácil determinar si el factor territorial es decisivo en la clasificación de un conflicto armado como de carácter no internacional. En realidad, la referencia al territorio de una Alta Parte Contratante en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II tuvo como cometido asegurar que la aplicación de las normas pertinentes estuviese asociada a la jurisdicción de un Estado que hubiese ratificado los tratados en cuestión. En consecuencia, el objetivo de esa referencia no sería eliminar los “conflictos exportados” del ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario, sino que se trataría en realidad de un recordatorio —en el contexto del derecho de los conflictos armados no in-

73 V., en especial, Schöndorf, nota 72 *supra*, pp. 41 y ss.

74 *Ibid.*, pp. 45 y ss.

ternacionales— del principio en virtud del cual los convenios internacionales son vinculantes sólo para los Estados que los han aceptado.⁷⁵ No hay ningún obstáculo, entonces, para la aplicación de este régimen jurídico, incluso si las hostilidades continúan más allá de las fronteras de un único Estado. Además, puesto que los cuatro Convenios de Ginebra gozan de ahora ratificación universal, el CICR añade que, en la práctica, el criterio territorial establecido en el artículo 3 ha perdido su importancia. De hecho, tal como señala esta organización internacional, “cualquier conflicto entre fuerzas armadas estatales y grupos armados o entre estos grupos sólo puede tener lugar en el territorio de una de las Partes del Convenio”⁷⁶.

Conflictos armados no internacionales transfronterizos

Otra posibilidad es que las fuerzas armadas de un Estado se enfrenten con un grupo armado situado en el territorio de un Estado vecino. En ese caso, no hay extensión o exportación de un conflicto preexistente. Las hostilidades surgen en un contexto transfronterizo. Si el grupo armado actúa bajo el control de su Estado de residencia, cabe definir las hostilidades como un conflicto armado internacional entre los dos Estados implicados. En cambio, si el grupo actúa por iniciativa propia, sin estar al servicio del gobierno del Estado donde se encuentra, la clasificación del conflicto se torna más problemática. Cabe preguntarse si el empleo de la fuerza por parte de un Estado en el territorio de otro implica necesariamente la existencia de un conflicto armado internacional. Si es así, ¿debe considerarse a los miembros del grupo armado como civiles que participan directamente en las hostilidades? ¿Sería más apropiado pensar en un conflicto armado no internacional transfronterizo aunque surja entre los dos Estados un conflicto armado internacional paralelo? Por el contrario, ¿el conflicto deberá considerarse como de carácter no internacional sólo si el Estado de residencia del grupo armado acepta o tolera la intervención del Estado vecino? ¿La ausencia de consentimiento implica necesariamente que la situación corresponde a un conflicto armado internacional?⁷⁷ Por último, ¿constituye esta situación un nuevo tipo de conflicto, con lo que será necesario crearle un régimen jurídico propio?⁷⁸

Un ejemplo reciente de una situación de este tipo es el del Líbano, el verano de 2006. Tras varios ataques lanzados por el brazo armado de Hezbolá contra

75 V. D. Jinks, “September 11 and the Laws of War”, *Yale Journal of International Law*, vol. 28, 2003, pp. 36 y ss; M. Sassòli, “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, *Occasional Paper Series*, Universidad de Harvard, invierno de 2006, n.º 6, p. 9; J. Cerone, “Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law and the Law of Non-International Armed Conflict in an Extraterritorial Context”, *Israel Law Review*, vol. 40, n.º 2, 2007.

76 CICR, *How Is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?*, v. la nota 23 *supra*, p. 3. V. también Moir, nota 39 *supra*, p. 31.

77 David considera que existe conflicto armado internacional cuando el grupo armado asegura representar al Estado y cuenta con el apoyo de un sector de la población (David, v. la nota 7 *supra*, p. 127).

78 Corn, quien clasifica este tipo de situaciones como “conflictos armados transnacionales”, sostiene que se les deben aplicar los “principios fundamentales del derecho de los conflictos armados”, es decir, fundamentalmente el art. 3 común a los Convenios de Ginebra y algunos principios que rigen la conducción de hostilidades (v. la nota 72 *supra*).

posiciones y aldeas en territorio israelí, el 12 de julio se inició un conflicto armado de alta intensidad. Ocho soldados israelíes murieron en el curso de las operaciones y otros dos fueron capturados. Las autoridades israelíes reaccionaron lanzando una ofensiva por tierra, mar y aire contra el Líbano. Las hostilidades continuaron hasta el 14 de agosto, fecha en que entró en vigor el cese del fuego acordada por los dos gobiernos implicados⁷⁹.

La Comisión de Investigación sobre el Líbano, creada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, consideró que la situación correspondía a un conflicto armado internacional. Sin embargo, según su criterio, las fuerzas armadas libanesas nunca participaron en las hostilidades. En su informe de noviembre de 2006, la Comisión señala que Hezbolá debería incluirse en la categoría de milicia “perteneciente a una parte del conflicto”, tal como se la define en el artículo 4A(2) del III Convenio de Ginebra de 1949. Para sustentar esa opinión, apunta que Hezbolá, en tanto partido político legalmente reconocido, tiene representación en el Parlamento y en el gobierno del Líbano. Además, durante varios años, Hezbolá fue un movimiento de resistencia anti-israelí en el sur del Líbano, hecho reconocido por el presidente de ese país, quien se refirió al brazo armado de Hezbolá como “grupo de resistencia nacional”⁸⁰. Así, en opinión de la Comisión, la guerra de 2006 fue de carácter internacional en virtud del vínculo existente entre Hezbolá y el Estado del Líbano en ese momento.

No obstante, existen dudas acerca de si los argumentos presentados por la Comisión realmente permiten concluir que esa situación coincide con la definición planteada en el artículo 4A(2) del III Convenio de Ginebra. En realidad, no hay argumentos suficientes para demostrar que existía una relación cercana entre los combatientes de Hezbolá y el gobierno del Líbano. Para que esa relación exista, los combatientes tendrían que haber actuado “en nombre del” gobierno⁸¹. En otras palabras, “para poder considerar a las tropas irregulares combatientes legítimos, las normas internacionales y la práctica de los Estados [...] exigen que los soldados actúen bajo el control de una parte del conflicto armado internacional y que exista una relación de dependencia y alianza entre esas tropas y la parte en cuestión”⁸². Así debe entenderse la frase “perteneciente a una parte del conflicto” del artículo 4A(2) del III Convenio de Ginebra⁸³. En el caso del Líbano, aparentemente no existía el grado de control necesario. Por el contrario, las autoridades libanesas manifestaron, en distintas ocasiones, que no sabían de los ataques que dieron origen al conflicto y que no estaban de acuerdo con ellos. Tal afirmación consta en una carta dirigida al secretario general

79 Si se desea conocer más a fondo las circunstancias y el curso del conflicto, v. Comisión de Investigación sobre el Líbano, *Report Pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, A/HRC/3/2*, 23 de noviembre de 2006 [*Informe de conformidad con la resolución S-2/1 del Consejo de Derechos Humanos*].

80 *Ibid.*, párrs. 50-62.

81 J. Pictet et al. (eds.), *Geneva Convention III Relative to the Treatment of the Prisoners of War: Commentary*, CICR, Ginebra, 1960, p. 57 [*Comentario sobre el Tercer Convenio de Ginebra relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra*].

82 TPIY, *El fiscal c. Tadić*, Fallo (Sala de Apelaciones), v. la nota 2 *supra*, párr. 94.

83 *Ibid.*

y al Consejo de Seguridad de la ONU⁸⁴. En consecuencia, en este caso se necesitaría una doble clasificación jurídica. Además de un conflicto armado internacional entre Israel y el Líbano, la guerra de 2006 fue un conflicto armado no internacional entre Israel y Hezbolá, cuya característica distintiva fue su carácter transfronterizo⁸⁵. Así pues, la naturaleza de los beligerantes —y no el carácter transfronterizo de la situación— constituye el criterio decisivo para la clasificación del conflicto⁸⁶.

Sin embargo, adoptar esta postura implica plantearse algunos interrogantes acerca de la aplicación de las normas jurídicas, en particular en lo que atañe a los combatientes capturados. El IV Convenio de Ginebra debería aplicarse en el caso de los miembros de Hezbolá detenidos, en tanto ciudadanos libaneses o de un Estado que no mantiene relaciones diplomáticas con Israel⁸⁷. No obstante, los soldados israelíes capturados por el grupo armado sólo estarían protegidos por el derecho de los conflictos armados de carácter no internacional. Lo cual implicaba un problema respecto de la igualdad de los beligerantes. Si se considerara que el derecho de los conflictos armados no internacionales también se aplica a los detenidos en manos de Israel, se lograría la igualdad, pero el costo sería el debilitamiento de los criterios aplicables.

Otras interpretaciones se han propuesto para el conflicto libanés. Para algunos especialistas, la situación pone de manifiesto la existencia de un nuevo tipo de conflicto armado, que no satisface la categoría de conflicto armado internacional ni la de conflicto armado no internacional y que por tanto exige la aplicación de un derecho internacional humanitario propio⁸⁸.

La lucha internacional contra el terrorismo

El debate acerca de la naturaleza de los conflictos armados transfronterizos ilustra también la discusión acerca de los enfrentamientos entre algunos Estados y Al Qaida. Aquí, el conflicto adopta la forma de ataques terroristas y operaciones antiterroristas en varios países. ¿Pueden considerarse estos acontecimientos en su conjunto como un conflicto armado (mundial transfronterizo) al que se aplicaría el derecho internacional humanitario?⁸⁹ ¿Se trata de un nuevo tipo de conflicto

84 V., en especial, *Identical Letters Dated 13 July 2006 From the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Lebanon to the United Nations Addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council*, A/60/938-S/2006/518, 13 de julio de 2006 [*Cartas idénticas fechadas el 13 de julio de 2006 enviadas por el Chargé d'affaires a.i. de la misión permanente del Líbano ante la ONU, dirigidas al Secretario General y al Presidente del Consejo de Seguridad*].

85 V. David, nota 7 *supra*, p. 156.

86 L. Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 136.

87 IV Convenio de Ginebra, arts. 4(1) y (2).

88 V. la nota 78 *supra*.

89 V. J. C. Yoo y J. C. Ho, "The Status of Terrorists", trabajo de investigación de la Facultad de Derecho, Derecho Público y Teoría del Derecho de la Universidad de California en Berkeley n.º 136, 2003. Jinks también considera que los ataques del 11 de septiembre de 2001 suponen un conflicto armado no internacional entre los Estados Unidos y Al Qaida y que el art. 3 común a los Convenios de Ginebra es aplicable en este caso (v. la nota 75 *supra*, pp. 11 y ss. y pp. 30 y ss.).

armado al que se debe aplicar un régimen jurídico que aún no se ha establecido?⁹⁰ ¿O se trata, en cambio, de un fenómeno que no está relacionado con los conflictos armados? Las mismas preguntas pueden formularse respecto de los grupos delictivos transnacionales. Algunos especialistas no dudan en referirse, por ejemplo, a la existencia de una “lucha mundial contra la droga”⁹¹.

Los puntos centrales de este asunto ya se han analizado con detenimiento⁹². Aquí sólo diremos que las respuestas deben ser lo suficientemente flexibles para incluir los distintos tipos de conflictos armados contemplados en el derecho internacional humanitario. Básicamente, la forma en que opera Al Qaida no permite definirlo como un grupo armado que pueda considerarse una parte en un conflicto armado mundial no internacional. De acuerdo con lo que se conoce de su funcionamiento, parece tratarse de una red de células dispersas que operan en la clandestinidad⁹³. Las células no cumplen con el criterio de organización requerido para que el conflicto sea definido como conflicto armado no internacional conforme al derecho internacional humanitario. No obstante, algunos expertos creen que no es imposible que un conflicto entre uno o más Estados y un grupo armado transnacional alcance ese nivel en un futuro⁹⁴. En el asunto *Hamdan c. Rumsfeld*, la Suprema Corte de Estados Unidos parece haber adoptado esa postura al considerar que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 es aplicable a los integrantes de Al Qaida, y a las personas vinculadas con la organización, que fueron capturados en la lucha contra el terrorismo⁹⁵.

Más allá de este caso en particular, en algunos contextos, la lucha contra el terrorismo puede adoptar las características de un conflicto armado. Eso ocurre, por ejemplo, cuando se enfrentan Estados, como cuando Estados Unidos atacó Afganistán en octubre de 2001. La conflagración también podría ser equivalente a un conflicto armado no internacional (internacionalizado) clásico, como en Afganistán a partir del 19 de junio de 2002, fecha en la que se estableció el gobierno de transición. Con la asistencia de la coalición internacional, las nuevas autoridades

90 V. Schöndorf, nota 72 *supra*; Corn, nota 72 *supra*; R. D. Sloane, “Prologue to a Voluntarist War Convention”, Artículo de investigación n° 07-09 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston, 2007. Balendra sugiere una opción adicional, que consistiría en recurrir a una definición variable de conflicto armado, que sería restringida cuando el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos no son concurrentes y amplia cuando sí lo son (N. Balendra, “Defining Armed Conflict”, *Cardozo Law Review*, vol. 29, n° 6, 2008).

91 M. Kenney, “The Challenge of Eradicating Transnational Criminal Networks: Lessons from the War on Drugs”, artículo presentado en el encuentro anual de la Asociación de Ciencia Política de Estados Unidos, 2002; D. M. Luna, “Narco-Trafficking: What Is the Nexus With the War on Terror?”, 8 de octubre de 2008, disponible en línea en <http://merln.ndu.edu/archivepdf/terrorism/state/110828.pdf> (consultado el 9 de julio de 2009).

92 V. J. Pejic, “Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?”, *British Yearbook of International Law*, 2004, pp. 85 y ss.

93 V., en especial, CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Síntesis del Informe del CICR presentado en la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, Ginebra, diciembre de 2003, pp. 232 y ss. v. también Pejic, nota 92 *supra*, pp. 85 y ss.; Sassòli, nota 75 *supra*, pp. 10-11.

94 Sassòli, v. la nota 75 *supra*, p. 9.

95 Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, *Hamdan c. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), pp. 65-69.

debieron hacerse cargo de la intensa lucha contra tropas no estatales organizadas: los talibán.

Conclusión

En este análisis de los distintos tipos de conflictos armados contemplados en el derecho internacional humanitario, hemos puesto en evidencia las dificultades que entraña la clasificación de situaciones de violencia y, por ende, la decisión respecto de las normas que deben aplicarse. Estas dificultades están relacionadas en parte con las categorías jurídicas en sí, cuyo contenido es a veces impreciso en los textos de los tratados pertinentes. En ese sentido, el desarrollo de la práctica en el ámbito internacional resulta fundamental, pues permite evaluar las categorías a la luz de situaciones reales y así expresarlas en términos concretos. Probablemente, el aporte más valioso en este aspecto ha sido el del TPIY con relación al concepto de conflicto armado no internacional. En su jurisprudencia, dicho tribunal ha identificado los dos elementos constitutivos de este concepto y además ha elaborado un amplio abanico de criterios indicativos que permiten verificar su existencia en cada caso particular. Sin embargo, quedan por aclarar otros elementos que derivan de la tipología de los conflictos armados. La situación de la Franja de Gaza, por ejemplo, pone de manifiesto la complejidad del concepto de ocupación cuando se tienen en cuenta todos sus aspectos. Aún quedan cuestiones sin resolver; en particular, con respecto a los criterios que permiten determinar el momento de inicio y de finalización de una ocupación.

La clasificación de las situaciones de violencia armada se relaciona también con consideraciones políticas, pues las partes involucradas procuran interpretar los hechos conforme a sus propios intereses. Dentro del margen de discreción a que dan lugar los términos generales de las categorías jurídicas, es habitual que los Estados se rehúsen a admitir que son parte en un conflicto armado. En cambio, prefieren restarle importancia al hecho presentándolo como una operación para mantener el orden público. Así evitan la aplicación del derecho humanitario. Esta tendencia se ve impulsada por el hecho de que no existe un organismo internacional independiente autorizado a tomar decisiones sistemáticamente en aquellos casos que podrían corresponderse con alguna forma de conflicto armado. Si bien el CICR, cuya tarea se basa principalmente en el derecho internacional humanitario, informa a las partes involucradas en una situación de conflicto de las evaluaciones que realiza (a menos que ello no beneficie a las víctimas), las partes no están obligadas a aceptarlas. En esas condiciones, se torna aún más importante aclarar los conceptos pertinentes, con miras a reducir el margen de interpretación e incrementar la previsibilidad de aplicación del derecho internacional humanitario.

