

La noción de “conflicto armado prolongado” en el Estatuto de Roma y la terminación de los conflictos armados en el derecho internacional: análisis de temas seleccionados

Dustin A. Lewis*

Dustin A. Lewis es director de investigación del Programa de Derecho Internacional y Conflictos Armados de la Facultad de Derecho de Harvard

Resumen

La cuestión del momento y la duración de numerosos conflictos armados contemporáneos ha generado controversias y desacuerdos, en especial, respecto de cómo distinguir con exactitud cuándo comienzan y cuándo terminan esos conflictos (si es que, en efecto, han terminado). La existencia de numerosos conflictos de larga duración –en algunos casos, de varias décadas– y el consiguiente sufrimiento que estos generan acentúan lo que está en juego en esos debates. Con el objeto de tratar de esclarecer algunos aspectos de la duración de las guerras contemporáneas, en este

* El autor agradece a Sonia Chakrabarty y a Shira Shamir por su inestimable investigación preliminar, y a Naz K. Modirzadeh, por sus valiosas observaciones y sugerencias.

artículo, se analizan dos grupos de asuntos jurídicos: en primer lugar, la noción de “conflicto armado prolongado” como está formulada en una cláusula relativa a los crímenes de guerra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y, en segundo lugar, las reglas, los principios y las normas establecidos en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional respecto de cuándo termina un conflicto armado. La conclusión del análisis es que, en el derecho internacional actual, no existe una categoría general de “conflicto armado prolongado”, que el establecimiento de esa categoría plantea numerosos desafíos y que varios aspectos del derecho relativos al término de un conflicto armado están aún sin resolver.

Palabras clave: conflicto armado prolongado, fin de un conflicto armado, conflicto armado no internacional, dimensión temporal de los conflictos armados, Corte Penal Internacional, crímenes de guerra.

¿Qué importancia tiene el tiempo en los aspectos jurídicos de los conflictos armados? ¿El derecho internacional humanitario (DIH) trata, y debe tratar, de forma diferente a los conflictos armados relativamente prolongados que a los de menor duración? ¿Se puede considerar que algunos conflictos armados comienzan solo cuando las hostilidades han tenido lugar durante un período suficientemente largo? Con respecto a los conflictos que se extienden a lo largo de períodos relativamente prolongados, ¿debe adaptarse el marco jurídico con miras a mejorar y extender la escala y el alcance de los compromisos relativos a la protección, reemplazando, quizá, las normas del DIH por normas pertenecientes a otros sistemas jurídicos, como el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)? ¿Quiénes se beneficiarían y quiénes se perjudicarían si se adoptara ese enfoque? y ¿quién tendría autoridad para determinar si se adopta o no?

En este número de la *International Review*, dedicado a los “conflictos armados prolongados”, se analizan temas como las repercusiones de los conflictos armados de larga duración en las poblaciones afectadas y las estrategias de la acción humanitaria para esos contextos¹. Ante todo, merece la pena destacar que, al menos desde la perspectiva del autor de este artículo, la larga duración de un conflicto armado –incluida la ocupación militar– no puede invocarse como fundamento

1 La convocatoria para la presentación de artículos para este número de la *International Review* aclara: “Desde 2016, alrededor de 20 delegaciones del CICR [Comité Internacional de la Cruz Roja] han trabajado en situaciones de crisis prolongadas, y cerca de dos tercios del presupuesto de la Institución fueron utilizados en contextos de conflictos prolongados. La acción humanitaria prolongada en conflictos de diversos tipos revela que el paradigma binario tradicional de acción humanitaria y desarrollo cede el paso a las políticas adaptadas para resolver necesidades cuando las personas luchan por sobrevivir en conflictos que se prolongan durante décadas. En 2015, el CICR eliminó el término “emergencia” de su llamamiento anual al reconocer el hecho de que su labor es, a menudo, una combinación de programas urgentes y de largo plazo. El CICR no está solo en esta tendencia. En los conflictos prolongados contemporáneos, actúa un amplio sector humanitario”. CICR, “Conflictos armados prolongados”, junio de 2017, disponible en línea en <https://international-review.icrc.org/es/node/104077> (todas las referencias de internet fueron consultadas en abril de 2020).

jurídico para desestimar la aplicación del DIH². No obstante, esa aseveración da lugar a una gran cantidad de interrogantes críticos y dimensiones jurídicas conexas en relación con la duración de las guerras contemporáneas.

En este artículo, me propongo ofrecer argumentos para el debate sobre los “conflictos armados prolongados”, analizando dos grupos de cuestiones jurídicas relativas al momento y la duración de las guerras contemporáneas. Al hacerlo, no pretendo dar una descripción exhaustiva de las innumerables cuestiones jurídicas que podrían surgir respecto de los conflictos armados de larga duración, sea cual fuere la definición de “larga duración”. Por el contrario, me centro en dos grupos de lo que podría entenderse como cuestiones jurídicas de carácter técnico. En primer lugar, analizo si –en virtud del DIH y, en especial, del derecho penal internacional (DPI) respecto de los crímenes de guerra– solo los conflictos armados sin carácter internacional, cuyas hostilidades han tenido lugar durante un período suficientemente largo, pueden caracterizarse como “conflictos armados prolongados” en los términos de la disposición pertinente del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI). Pongo el acento, en especial, en ese tipo de conflictos armados no internacionales porque, hasta donde sé, el término “conflictos armados prolongados” solo se ha utilizado para ese tipo de confrontaciones en un tratado de DIH. Es más: desconozco si el término (supuestamente) se ha cristalizado en una noción (independiente) en el derecho internacional consuetudinario. En segundo lugar, analizo si el DIH y el DPI de los crímenes de guerra prevén normas, principios y estándares suficientemente claros para discernir cuándo finalizan los conflictos armados contemporáneos, es decir, si el derecho nos permite saber con certeza cuándo han terminado los conflictos, incluidos los de duración relativamente larga. Estos dos conjuntos de cuestiones están relacionados entre sí de distintas maneras. Quizá la forma más evidente de

2 Por ejemplo, en relación con la “ocupación prolongada”, v. Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión separada del magistrado Elaraby, 2004, p. 104 (“Una ocupación prolongada pone a prueba y distorsiona las normas aplicables, pero el derecho relativo a la ocupación beligerante debe ser respetado plenamente durante todo el período de la ocupación”), disponible en línea en <https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>; CIJ, *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro e el territorio palestino ocupado*, opinión separada del magistrado Koroma, 2004, p. 63 (“Aunque es comprensible que una ocupación prolongada genere resistencia, incumbe a todas las partes en el conflicto respetar el [DIH] en todo momento”), disponible en línea en <https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>. A pesar de su posible importancia, los debates sobre la ocupación “prolongada” exceden el alcance de este artículo. Para un análisis de esa noción, v., por ejemplo, Iain Scobbie, “International law and the prolonged occupation of Palestine”, Mesa redonda de las Naciones Unidas sobre los aspectos jurídicos de la cuestión de Palestina, La Haya, 20-22 de mayo de 2015, disponible en línea en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2611130; Vaious Koutroulis, “The application of international humanitarian law and international human rights law in situation[s] of prolonged occupation: Only a matter of time?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, n.º 885, 2012 [“La aplicación del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de ocupación prolongada: ¿solo una cuestión de tiempo?”], disponible en línea en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/review/2012/irrc-885-koutroulis.pdf>]; Adam Roberts, “Prolonged military occupation: The Israeli-occupied territories since 1967”, *American Journal of International Law*, vol. 84, n.º 1, 1990.

distinguir el fin de un conflicto armado al que se considera “prolongado” –como en todos los conflictos armados– consista en evaluar el marco jurídico internacional aplicable al fin del conflicto. Para ayudar a desarrollar las razones por las que esto es importante, en varias secciones del artículo, dirijo la atención hacia algunos intereses jurídicos que podrían estar en riesgo en la aplicabilidad continua (o no) del DIH. Para concluir, señalo varias cuestiones problemáticas que surgen al evaluar si los “conflictos armados prolongados” deben incluirse en una (sub)categoría de conflicto armado en el derecho internacional.

“Conflicto armado prolongado”

Por lo que atañe a la guerra, pero también de manera más general, el tiempo es importante, en gran medida, porque las experiencias y el conocimiento del mundo están fundamentalmente estructurados, organizados y concebidos a través de nociones temporales. Por ejemplo, para comprender nuestras experiencias, normalmente, dividimos los períodos en unidades temporales discretas, por ejemplo, en minutos, días, meses, años o décadas. Aun así, a pesar de la relevancia del tiempo, su devenir y delimitación, y a pesar de algunos trabajos científicos recientes sobre su naturaleza y mecanismos³, aún sabemos demasiado poco acerca de las propiedades esenciales y los marcos conceptuales relacionados con el tiempo.

Derecho internacional humanitario y temporalidad

Independientemente de nuestras deficiencias individuales y colectivas para comprender de un modo más general la temporalidad, parece incuestionable que el tiempo es importante en numerosos sentidos, diversos y relevantes, para la guerra y el derecho que la rige. De hecho, en muchos aspectos, el derecho internacional estructura y organiza nuestras experiencias y conocimientos sobre los conflictos armados, sobre todo en lo concerniente a qué períodos consideramos y qué períodos no consideramos legítimamente “tiempo de guerra”⁴.

Por su parte, un período de conflicto armado reconocido jurídicamente legítima (según se ha afirmado) no solo las restricciones, sino también las “disposiciones habilitantes”⁵ del DIH y, si corresponde, de otras ramas pertinentes

3 V., por ejemplo, Dean Buonomano, *Your Brain Is a Time Machine: The Neuroscience and Physics of Time*, W. W. Norton, Nueva York, 2017; Richard A. Muller, *Now: The Physics of Time*, W. W. Norton, Nueva York, 2016 [*Ahora: La física del tiempo*, Pasado y Presente, Barcelona, 2016].

4 V., en general, Mary L. Dudziak, *War Time: An Idea, Its History, Its Consequences*, Oxford University Press, Nueva York, 2012.

5 V. Dino Kritsiotis, “War and armed conflict: The parameters of enquiry”, en Rain Liivoja y Tim McCormack (eds.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Routledge, Abingdon, 2016, p. 8.

del derecho internacional⁶. A la vez, con bastante frecuencia, se atribuye al DIH la propiedad de infundir un mínimo de interés humanitario a las crueldades de la guerra. No obstante, en varios aspectos, también podría pensarse que el DIH legitima algunas presunciones de peligrosidad de quienes se percibe como adversarios y quizás, incluso, de quienes se percibe como poblaciones adversarias. Esas presunciones contribuyen a que el trabajo preliminar de la normativa del DIH se interprete y se aplique de manera que, podría decirse, al menos tolere algunas manifestaciones de violencia, a menudo considerables, y otras medidas coercitivas que pueden tener como consecuencia una cuota de muerte, destrucción y sufrimiento que, si bien no es ilimitada, de todos modos, no sería permisible en ninguna rama del derecho que pudiera ser pertinente⁷. Asimismo, al igual que ocurre con la dimensión temporal, la formulación, la interpretación y la aplicación del DIH también ayudan a delinear otras dimensiones vinculadas de la guerra: qué situaciones equivalen a conflictos armados en primer lugar, cuál es la extensión espacial de las guerras y qué personas, entidades y bienes tienen derecho, o no, a distintos tipos y grados de protección jurídica, así como qué personas y entidades tienen la responsabilidad de respetar distintas normas jurídicas.

Lamentablemente, el espectáculo descarnado de muchos conflictos armados contemporáneos –tantas veces caracterizados por el gran número de muertos y el considerable grado de destrucción, disturbios, privaciones, sojuzgamiento y desesperación– se extiende durante años e, incluso, décadas⁸. En *The War Report: Armed Conflicts in 2017*, editado por Annysa Bellal, se identifican 55 conflictos armados que tuvieron lugar, en opinión de los autores, en algún momento del año 2017. Aparentemente, la gran mayoría de las 11 ocupaciones militares enumeradas han existido durante décadas, entre ellas, las ocupaciones de Azerbaiyán por Armenia, Chipre por Turquía, Líbano por Israel, Moldavia por Rusia, Palestina por Israel,

- 6 Ciertamente, varias disposiciones del DIH son también aplicables en “tiempo de paz”; v., por ejemplo, art. 2(1) común a los cuatro Convenios de Ginebra (I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 75 UNTS 31 (en vigor a partir del 21 de octubre de 1950) (CG I); II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 75 UNTS 85 (en vigor a partir del 21 de octubre de 1950) (CG II); III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 75 UNTS 135 (en vigor a partir del 21 de octubre de 1950) (CG III); IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 75 UNTS 287 (en vigor a partir del 21 de octubre de 1950) (CG IV)); Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1125 UNTS 3, 8 de junio de 1977 (en vigor a partir del 21 de octubre de 1950) (PA I), arts. 6(1), 18(7), 60(2).
- 7 V., por ejemplo, Dustin A. Lewis, Gabriella Blum y Naz K. Modirzadeh, *Indefinite War: Unsettled International Law on the End of Armed Conflict*, Programa de la Facultad de Derecho de Harvard sobre Derecho Internacional y Conflictos Armados, Cambridge, febrero de 2017, p. 1, disponible en línea en <https://dash.harvard.edu/handle/1/30455582>.
- 8 Tomo prestada la frase “espectáculo descarnado” de Tom J. Farer, “Humanitarian law and armed conflicts: Toward the definition of ‘international armed conflict’”, *Columbia Law Review*, vol. 71, n.º 1, 1971, p. 37. Mientras que Farer se refiere a situaciones de “guerra interna”, yo empleo aquí la frase para cualquier tipo de conflicto armado.

Siria por Israel y el Sahara Occidental por Marruecos⁹. Varios de los 38 conflictos armados no internacionales que Bellal incluye entre los ocurridos en 2017 podrían caracterizarse como de larga duración¹⁰. Por ejemplo, al menos dos de esos conflictos –Colombia contra el Ejército de Liberación Nacional y Filipinas contra el Nuevo Ejército Popular–, aparentemente, se iniciaron en la década de 1960. Otros –incluidos, según las configuraciones del momento, el de Afganistán y los Estados Unidos contra Shura de Quetta del movimiento talibán y la República Democrática del Congo con el apoyo de la Misión de la Organización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo contra las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda– tendrían, al menos, 15 años de antigüedad. De las seis situaciones caracterizadas como “activas” en *The War Report: Armed Conflicts in 2017*, se afirma que tres han existido, al menos, desde 2014: India contra Pakistán; una coalición internacional (Alemania, Arabia Saudí, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos, Francia, Italia, Jordania, Marruecos, Países Bajos, Reino Unido y Turquía) contra Siria; y Ucrania contra Rusia¹¹.

El derecho penal internacional respecto de los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales: definición de “violencia armada prolongada” y “conflictos armados prolongados”

Los observadores directos de la avalancha de jurisprudencia reciente proveniente de los tribunales penales internacionales pueden haber detectado un área en particular en la cual el tiempo podría ser importante en lo concerniente a la guerra: concretamente, la disposición relativa a “conflicto armado prolongado”

9 V. Annysa Bellal (ed.), *The War Report: Armed Conflicts in 2017*, Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, Ginebra, 2018, p. 30. Otras ocupaciones militares identificadas por los autores de *The War Report: Armed Conflicts in 2017* son las ocupaciones de Eritrea por Etiopía, de Georgia por Rusia, de Siria por Turquía y de Ucrania por Rusia. Se estima que al menos algunos de los conflictos actuales o recientes de duración relativamente larga –incluidos los de Transnistria en Moldavia, Abjasia y Osetia del Sur en Georgia, y Nagorno Karabaj en Azerbaiyán– son, o al menos recientemente se estimaba que eran, “conflictos congelados”. V. Thomas D. Grant, “Frozen conflicts and international law”, *Cornell International Law Journal*, vol. 50, n.º 3, 2017, pp. 371, 377-399. Grant afirma que los “conflictos congelados comparten determinadas características: (1) se producen hostilidades armadas en las que participan, entre otros, un Estado y grupos separatistas en el territorio del Estado; (2) como consecuencia de las hostilidades, hay un cambio en el control efectivo del territorio; (3) el Estado y los grupos separatistas están divididos por líneas de separación de estabilidad efectiva; (4) los instrumentos aprobados otorgan estabilidad jurídica (calificada) a las líneas de separación; (5) los separatistas afirman una autodeterminación en la que fundamentan un Estado putativo; (6) ningún Estado reconoce al Estado putativo; (7) el proceso de resolución del conflicto en el que participan partes externas es esporádico y no concluyente”. *Ibid.*, p. 390 (citas omitidas). El término “conflictos congelados” parece estar anclado en el “vocabulario diplomático”. Marc Weller, “Settling self-determination conflicts: Recent developments”, *European Journal of International Law*, vol. 20, n.º 1, 2009, p. 137. Al menos por ahora, la expresión, según se piensa, “está, a lo sumo, en los márgenes del discurso jurídico”. T. D. Grant, *ob. cit.*, p. 413.

10 A. Bellal, nota 9 *supra*, pp. 30-31.

11 *Ibid.* pp. 29-30. Los otros tres conflictos armados internacionales “activos” identificados son Egipto contra Libia, Israel contra Siria y Turquía contra Irak, todos ellos caracterizados como “una serie de conflictos armados internacionales de corta duración”. *Ibid.*, p. 29.

del Estatuto de Roma de la CPI de 1988¹². En ese artículo, se enumeran doce tipos de crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto armado no internacional. (Existen dos categorías, o clasificaciones, generales principales de conflictos armados ampliamente reconocidas en el DIH contemporáneo: conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales¹³.) Desde su entrada en vigor, ese artículo ha sido abordado, si bien de manera bastante irregular, por algunas salas de la CPI, así como por algunos autores¹⁴.

Antes de seguir adelante, sería conveniente observar que el adjetivo “prolongado” significa –en su uso cotidiano– duradero, extendido o dilatado *en el tiempo*¹⁵. La noción básica es, al menos en algunos aspectos clave, relativa y subjetiva, y plantea interrogantes respecto de para qué duraciones, y en relación con qué tipo de contextos, el rótulo es adecuado o no.

Quizás el mejor punto de partida en lo jurídico no necesariamente sea el Estatuto de Roma propiamente dicho, sino la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), del cual se ha dicho que “deriva” la noción de “conflicto armado prolongado” del artículo 8(2)(f) del Estatuto de Roma¹⁶. No obstante, para poner esta jurisprudencia en contexto, podría servir una breve descripción de las disposiciones convencionales referidas al concepto de conflicto armado no internacional. Por su parte, el artículo 3 común a los cuatro Convenios

12 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2187 UNTS 90, 17 de julio de 1998 (en vigor a partir del 1 de julio de 2002) (Estatuto de Roma), art. 8(2)(f).

13 V., por ejemplo, CICR, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, segunda edición, Ginebra, 2016 (Comentario del CICR del CG I), párrs. 201 y siguientes, disponible en línea en <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>; Andrew Clapham, “The concept of international armed conflict”, y Lindsay Moir, “The concept of non-international armed conflict”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015; Jann K. Kleffner, “Scope of application of international humanitarian law”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, tercera edición, Oxford University Press, Oxford, 2013; Dapo Akande, “Classification of armed conflicts: Relevant legal concepts”, en Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Para un breve ensayo sobre por qué la clasificación puede tener importancia para el derecho internacional contemporáneo –o puede no tenerla–, v. Elizabeth Wilmshurst, “Conclusions”, en E. Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

14 Para un esbozo de la jurisprudencia de la CPI, v. notas 41-46 *infra* y el texto correspondiente. Para una breve descripción del análisis académico, v. Sylvain Vité, “Typology of armed conflicts in international humanitarian law: Legal concepts and actual situations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 873, 2009, pp. 80-83 [“Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, disponible en línea en https://international-review.icrc.org/sites/default/files/art_vite_final.pdf]. V. también Lindsay Moir, “The concept of non-international armed conflict”, en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), nota 13 *supra*, pp. 410-411, párrs. 53-56.

15 En el momento de redacción de este artículo, la definición de “prolongado” del *Oxford English Dictionary Online* es “[l]engthened, extended, prolonged [... i]n time”.

16 TPIY, *Prosecutor v. Ljube Bošković and Johan Tarčulovski*, caso n.º IT-04-82-T, fallo (Sala de Primera Instancia II), 10 de julio de 2008, párr. 197: “[S]e observa que durante la redacción del artículo 8(2)(f) del [Estatuto de Roma], que contempla otras violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra aplicables a conflictos armados no internacionales, los delegados rechazaron la propuesta de introducir un umbral de aplicabilidad del [PA] II a la sección; en cambio, aceptaron la propuesta de incluir la prueba para determinar la existencia de un ‘conflicto armado prolongado’, tomada de la resolución de la Sala de Apelaciones en el caso *Tadić*” (citas omitidas).

de Ginebra de 1949 se aplica explícitamente “[e]n caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que haya surgido en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”¹⁷. Esta formulación negativa –expresada para su aplicación en caso de conflicto armado *sin* carácter internacional– representa una especie de solución intermedia a la división de opiniones existente en el momento de la redacción¹⁸. En sus términos, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977 (PA II) “desarrolla y completa [el artículo 3 común], sin modificar sus actuales condiciones de aplicación”¹⁹. De conformidad con el artículo 1(1), el PA II expresamente:

se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el Art. 1 del [Protocolo adicional I (PAI); es decir, a todos los conflictos armados internacionales reconocidos, al menos, de conformidad con el PAI] y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el [PA II]²⁰.

El artículo 1(2) del PA II establece que el “Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

Ya desde la primera jurisprudencia del Tribunal, las salas del TPIY han afirmado que existe un “conflicto armado no internacional [o interno] siempre que hay [...] *violencia armada prolongada* entre las autoridades estatales y grupos

17 V. también Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 249 UNTS 240, 14 de mayo de 1954 (en vigor a partir del 7 de agosto de 1956), art. 19(1). Si bien se lo suele denominar “artículo 3 común” y su formulación es, por lo demás, idéntica a la de los Convenios de Ginebra I, III y IV, el art. 3 del CGII agrega en la primera oración del art. 3(2), dada la naturaleza del instrumento, el término “náufragos” a la categoría de las personas que “serán recogid[a]s y asistid[a]s” además de los heridos y los enfermos.

18 V. T. J. Farer, nota 8 *supra*, p. 50.

19 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1125 UNTS 609, 8 de junio de 1977 (en vigor a partir del 7 de diciembre de 1978), art. 1(1).

20 *Ibíd.*, art. 1(1).

armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado”²¹. Para poder hacer esa afirmación y para poder determinar si existe, o existió, un conflicto armado no internacional sujeto a la jurisdicción correspondiente del Tribunal sobre crímenes de guerra, las salas del TPIY han observado que es necesario determinar la existencia de dos elementos constitutivos: (1) que las hostilidades tienen (o tuvieron) *intensidad* suficiente, y (2) que una parte no estatal tiene (o tenía) un grado de *organización* suficiente²². El acento en la “violencia armada prolongada” en la jurisprudencia del TPIY tenía el propósito, en parte, al menos al principio, de ayudar a distinguir una situación de conflicto armado de carácter “interno” o no internacional –o de carácter “mixto”– de situaciones como “el bandidaje, las insurrecciones no organizadas y de corta duración o las actividades terroristas, que”– se afirmaba– “no están sujetas al [DIH]”²³. Este enfoque parece seguir, en general, el objetivo del artículo 1(2) del PA II, en el sentido de distinguir entre determinadas situaciones de violencia que pueden caracterizarse como conflictos armados no internacionales contemplados en ese instrumento y otras que no. Por su parte, las salas del TPIY, por lo general, no han requerido que también deban darse las otras condiciones materiales enumeradas en el artículo 1(1) del PA II para que el Tribunal ejerza la

21 TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, caso n.º IT-94-1-AR72, decisión sobre la petición de la defensa de interponer recurso interlocutorio sobre la jurisdicción (Sala de Apelaciones), 2 de octubre de 1995 (*Tadić*, jurisdicción), párr. 70 (cursivas añadidas). V. también los casos citados en TPIY, *Boškoski and Tarčulovski*, nota 16 *supra*, párr. 175, nota 703. Algunas salas de la CPI también han adoptado esta definición; v., por ejemplo, CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n.º ICC-01/05-01/08, fallo en virtud del art. 74 del Estatuto: público con anexos I, II, y A a F (Sala en Primera Instancia III), 21 de marzo de 2016, párr. 128 (*Bemba*, fallo en primera instancia); revocada con otros fundamentos en CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n.º ICC-01/05-01/08 A, fallo sobre la apelación de Jean-Pierre Bemba Gombo contra el fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto de la Sala de Primera Instancia (Sala de Apelaciones), 8 de junio de 2018.

22 V., por ejemplo, TPIY, *Boškoski and Tarčulovski*, nota 16 *supra*, párrs. 175-206.

23 TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, caso n.º IT-94-1-T, opinión y fallo (Sala de Primera Instancia), 7 de mayo 1997, párr. 562: “La prueba aplicada por la Sala de Apelaciones para determinar la existencia de un conflicto armado a efectos de las normas previstas en el artículo común 3 se centra en dos aspectos de un conflicto: la intensidad del conflicto y la organización de las partes en conflicto. En un conflicto armado de carácter interno o mixto, esos dos criterios íntimamente relacionados se usan solo para distinguir, como mínimo, entre un conflicto armado y un contexto de bandidaje, insurrecciones no organizadas y de corta duración o actividades terroristas, que no están sujetas al derecho internacional humanitario” (citas omitidas). V., asimismo, TPIY, *Boškoski and Tarčulovski*, nota 16 *supra*, párr. 175, nota 706 y el texto correspondiente. Respecto de los actos de terrorismo en relación con los aspectos de la “violencia armada prolongada” en la jurisprudencia del TPIY, v. *ibíd.*, párr. 190: “[L]a Sala considera que si bien los actos aislados de terrorismo pueden no alcanzar el umbral de un conflicto armado, cuando hay violencia prolongada de este tipo, en especial, si requieren la participación de las fuerzas armadas en las hostilidades, esos actos son relevantes para la evaluación del nivel de intensidad respecto de la existencia de un conflicto armado”.

jurisdicción sobre crímenes de guerra en un conflicto armado no internacional²⁴. Vale la pena recordar que esta disposición del PA II concierne la capacidad de una parte no estatal de ejercer dicho control sobre una parte del territorio del Estado contratante, de modo que la parte no estatal pueda realizar operaciones militares sostenidas y concertadas e implementar el PA II. En resumen, se podría decir que la jurisprudencia pertinente del TPIY engloba la dimensión de la “violencia armada prolongada” en la evaluación de la intensidad de las hostilidades como elemento constitutivo de un conflicto armado no internacional²⁵.

Así pues, el aspecto de la “violencia armada prolongada” –tal como se lo desarrolla en la jurisprudencia del TPIY– podría dar lugar a dimensiones contrapuestas. La versión abreviada es que, en principio, la formulación textual clave requiere que la violencia armada sea suficientemente duradera, pero, en la jurisprudencia, la dimensión de la duración, a menudo, forma parte del análisis más amplio de la intensidad de las hostilidades como uno de múltiples criterios relativos a la existencia (o inexistencia) de un conflicto armado sin carácter internacional.

Los académicos Marco Sassòli y Julia Grignon han criticado la parte de la formulación del TPIY que –al menos en sus términos– requiere que la violencia armada tenga una duración mínima antes de que las hostilidades puedan determinar la categorización de la situación como conflicto armado no internacional sujeto a la jurisdicción del Tribunal sobre crímenes de guerra. Su crítica se dirige a varios temas que se superponen. Por ejemplo, se estima que la calidad de “prolongado” es de naturaleza subjetiva²⁶. Esta afirmación parece significar que, al menos desde

24 V. TPIY, *Boškoski and Tarčulovski*, nota 16 *supra*, párr. 197: “Si bien la jurisprudencia del Tribunal requiere que un grupo armado posea ‘cierto grado de organización’, las partes beligerantes no necesariamente tienen que estar organizadas como las fuerzas armadas de un Estado. Tampoco el grado de organización de un grupo armado que participa en un conflicto al que se aplica el artículo común 3 debe presentar el mismo nivel de organización requerido para las partes en un conflicto regido por el Protocolo adicional II, que deben tener un mando responsable y ejercer un control sobre parte del territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo. El Protocolo adicional II es más estricto que el artículo común 3 para determinar la existencia de un conflicto armado. De eso se sigue que el grado de organización requerido para ejercer ‘violencia prolongada’ es menor que el que se requiere para que una organización realice ‘operaciones militares sostenidas y concertadas’. En este sentido, cabe destacar que durante la redacción del artículo 8(2)(f) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que abarca ‘otras’ violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra aplicables en conflictos armados sin carácter internacional, los delegados rechazaron la propuesta de incluir el umbral de aplicabilidad del Protocolo adicional II a esta sección, pero, en cambio, aceptaron la propuesta de incluir la prueba para determinar la existencia de un ‘conflicto armado prolongado’, tomada de la resolución de la Sala de Apelaciones en el caso *Tadić*. Esto indica que la prueba mencionada era considerada distinta de la prueba que propone el Protocolo adicional II y tenía un umbral más bajo. Esta diferencia en el grado requerido de organización tiene sentido a la luz de las normas más detalladas del derecho internacional humanitario que se aplican a los conflictos regidos por el Protocolo adicional II, según las cuales ‘debe haber cierto grado de estabilidad en el control de una parte del terreno, aunque sea pequeña, para que puedan aplicar efectivamente las normas del Protocolo’. Por el contrario, el artículo 3 común establece protecciones humanitarias básicas, y una parte en conflicto solo necesita tener un grado de organización mínimo para que se garantice su aplicación” (citas omitidas).

25 V., por ejemplo, TPIY, *Boškoski and Tarčulovski*, nota 16 *supra*, párr. 177: “Las Salas de Primera Instancia han tenido en cuenta varios factores indicadores para determinar la ‘intensidad’ del conflicto. Entre ellos [...] *la extensión de las confrontaciones* en el territorio y en un *período de tiempo*” (cursivas añadidas; citas omitidas).

26 Marco Sassòli y Julia Grignon, “Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit international humanitaire”, en Abdelwahab Biad y Paul Tavernier (eds.), *Le droit international humanitaire face aux défis du xxi^e siècle*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 145 (“[s]ubjectif par essence”).

la perspectiva de política jurídica, sería imprudente hacer que la existencia de un conflicto armado sin carácter internacional dependiera de una abstracción no verificable como esa. Quizá desde esta perspectiva, podría no quedar claro si, por ejemplo, el período de 30 horas de choque violento en la base militar de La Tablada, en Argentina, el 23 y el 24 de enero de 1989 –enfrentamiento que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que “activó la aplicación de las disposiciones del artículo 3 común, así como de otras normas relevantes para la conducción de conflictos internos”²⁷– calificaría (suponiendo que se satisficieran las otras condiciones de jurisdicción) como suficientemente “prolongado” para quedar bajo la jurisdicción del TPIY sobre crímenes de guerra. Además, a la luz del carácter retrospectivo de los procesos penales, se ha observado que la noción de “violencia armada prolongada” plantea el interrogante de si se puede sostener legítimamente que una persona acusada de haber cometido un crimen de guerra actuó sabiendo que existía un conflicto armado que quedaba bajo la jurisdicción del TPIY sobre crímenes de guerra el primer día –o el segundo, o el trigésimo– en que ocurrieron los actos de violencia armada²⁸. Este tipo de crítica se enmarca en el principio de legalidad. Asimismo, al menos desde el punto de vista de algunas víctimas de conflictos armados, el requisito de que la violencia armada sea “prolongada” puede plantear el interrogante de si las víctimas de los primeros actos violentos contaban con protección plena, al menos, en el sentido de la responsabilidad penal internacional por crímenes de guerra²⁹. Es más: fuera del contexto de la implementación del DIH mediante el DPI, se ha observado que la incorporación del concepto de violencia armada “prolongada” plantea un problema similar, al menos respecto de las víctimas y de las organizaciones humanitarias: se ha afirmado que es inconcebible no solo que esas víctimas tengan que esperar una determinada cantidad de tiempo antes de que puedan saber si están protegidas por el DIH o no, sino también que las organizaciones humanitarias desconozcan si pueden invocar el DIH, por ejemplo, para obtener acceso humanitario³⁰. Teniendo en cuenta estas consideraciones, Sassòli y Grignon reconocen al menos algunas ventajas en el enfoque según el cual las Salas del TPIY evalúan la “violencia armada prolongada” –aunque, en cierta medida, en contra de los textos existentes– principalmente en términos del criterio de intensidad de las hostilidades, y no

27 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, caso n.º 11.137, Informe n.º 55/97, 1 de noviembre de 1997, párr. 156.

28 V. M. Sassòli y J. Grignon, nota 26 *supra*, p. 145.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.* p. 146: “Il n’est pas imaginable qu’elles doivent attendre un certain laps de temps avant de pouvoir savoir si elles sont protégées par, ou si elles peuvent invoquer le droit international humanitaire.”

exclusivamente (o, al menos, no principalmente), en términos del criterio de duración de la violencia armada por sí solo³¹.

En cuanto a la CPI, el artículo 8 del Estatuto de Roma hace referencia a los crímenes de guerra respecto de los que la Corte tiene competencia³². El artículo 8(2)(a-b) del Estatuto de Roma rige sobre esos crímenes de guerra para conflictos armados internacionales, mientras que el artículo 8(2)(c-f) rige sobre esos crímenes de guerra para conflictos armados sin carácter internacional³³. El artículo 8(2)(c) establece –en cuatro puntos (i-iv)– cuatro grupos de crímenes de guerra relativos a “violaciones graves” del artículo 3 común respecto de los que la Corte tiene competencia “[e]n caso de conflicto armado que no sea de índole internacional”³⁴. Con un efecto diferenciador similar al del artículo 1(2) del PA II relativo a las situaciones a las que no se aplica el Protocolo, el artículo 8(2)(d) del Estatuto de Roma establece que el artículo 8(2)(c) “se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”. Por su parte, el artículo 8(2)(e) contiene doce grupos de “[o]tras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional”³⁵; es decir, otras además de los cuatro grupos de “violaciones graves” del artículo 3 común que prevé el artículo 8(2)(c)(i-iv). En virtud del artículo 8(2)(f) del Estatuto de Roma:

El párrafo 2 e) del presente artículo [del Estatuto de Roma] se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de

31 Ibid. V. también Marco Sassòli, “Humanitarian law and international criminal law”, en Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 119 (“Del mismo modo, si bien hoy [el DPI] acepta que la violencia armada debe ser prolongada para constituir un conflicto armado (sin carácter internacional, ese estándar no es adecuado para las partes, los combatientes, las víctimas y las organizaciones humanitarias en el estallido de un conflicto. Es inconcebible que deban esperar y observar cómo evoluciona el conflicto antes de saber si deben cumplir las normas del DIH, si están protegidos por el DIH, si debían cumplirlas desde el inicio o si pueden invocarlas” (citas omitidas)) y nota 39 (“Por lo tanto, se puede ver con beneplácito que [una Sala de Primera Instancia del] TPIY interpretara recientemente que el término “prolongado” hace más referencia a la intensidad de la violencia armada que a su duración” (citas omitidas)).

32 El art. 8 bis del Estatuto de Roma se aplica al crimen de agresión.

33 El art. 8(1) del Estatuto de Roma establece que “[l]a Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.

34 Estatuto de Roma, art. 8(2)(c). La CPI puede ejercer jurisdicción sobre esa conducta solo si los actos enumerados son “cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”.

35 Muchos de esos doce grupos de violaciones se vinculan con violaciones de normas que regulan la conducción de las hostilidades, incluidas las previstas en el art. 8(2)(e)(i-iv).

un Estado cuando existe un *conflicto armado prolongado* entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos [cursiva añadida].

En consecuencia, mientras que la jurisprudencia del TPIY abarca la *violencia* armada prolongada³⁶, esta disposición del Estatuto de Roma rige para los *conflictos* armados prolongados. Al igual que el inglés, los otros cinco textos igualmente auténticos³⁷ del Estatuto de Roma –árabe, chino, francés, ruso y español– parecen dar sustento a la afirmación de que lo dispuesto en la segunda oración del artículo 8(2)(f) puede interpretarse, al menos en una lectura superficial del texto, como una imposición del requisito de que un conflicto armado de índole no internacional debe ser prolongado en el sentido de la duración (prolongada) para que el artículo 8(2)(f) del Estatuto de Roma sea aplicable³⁸.

En abstracto, podrían presentarse tres enfoques conceptuales posibles de “conflicto armado prolongado”, como figura en el Estatuto de Roma. De acuerdo con el primero de ellos, podría pensarse que la incorporación de este concepto en el Estatuto da origen a una (*sub*)categoría de conflicto armado no internacional. Con el segundo enfoque, podría considerarse que un conflicto armado no internacional en su conjunto –y no (simplemente) uno o más de sus elementos constitutivos– debe tener una duración suficiente; de lo contrario, la CPI no puede ejercer jurisdicción sobre crímenes de guerra; en virtud de este enfoque, la formulación establecería un *umbral* de duración mínima³⁹. Por último, con el tercer enfoque, podría pensarse que la noción de “conflicto armado prolongado” está *incorporada* en el análisis de uno o los dos elementos considerados necesarios para determinar la existencia de un conflicto armado sin carácter internacional sujeto a la jurisdicción correspondiente de la Corte sobre crímenes de guerra. Como se ha observado anteriormente, esos elementos son (1) la intensidad de las hostilidades y (2) la organización de la parte (o las partes) no estatal(es).

En el momento de redacción de este artículo⁴⁰, la jurisdicción de la CPI relativa a la disposición de “conflicto armado prolongado” prevista en el artículo 8(2)(f) apunta en direcciones algo diferentes o, al menos, no completamente congruentes. Por un lado, una sala de la CPI al menos ha reconocido judicialmente la frase, afirmando que –a diferencia del artículo 8(2)(d)– el artículo 8(2)(f) requiere la existencia de un “conflicto armado prolongado”, que “*puede* interpretarse

36 V. notas 23-25 *supra* y el texto correspondiente.

37 Estatuto de Roma, art. 128. V. también Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1155 UNTS 331, 23 de mayo de 1969 (en vigor a partir del 27 de enero de 1980), art. 33.

38 V. las partes pertinentes de la segunda oración del art. 8(2)(f) del Estatuto de Roma (árabe: “الأجل وتطبيق على المنازعات المسلحة التي تقع في إقليم دولة عندما يوجد صراع مسلح متداول [...]”; chino: “该项 定适用于在一国境内发生的武装冲突, 如果政府当局与有组织武装集团之间, 或这种集团相互之间长期进行武装冲突.”; francés: “Il s’applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée ...”; ruso: “Онприменяется в отношении вооруженных конфликтов, которые имеют место на территориигосударства, когда идет длительный вооруженный конфликт [...]”; español: “Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado [...]”).

39 En concreto, los previstos en el art. 8(2)(e) del Estatuto de Roma.

40 La investigación para este artículo fue actualizada por última vez en 2018.

que exige un umbral más alto o un umbral adicional”⁴¹. Pero, por otro lado, al evaluar la existencia de un conflicto armado no internacional de modo que un crimen de guerra previsto en el artículo 8(2)(e) del Estatuto de Roma esté sujeto a la jurisdicción de la Corte, no necesariamente queda claro que algunas salas de la CPI hayan considerado que deba establecerse una duración específica para un conflicto no internacional evidente, en algunos o en todos los casos, como condición indispensable para ejercer dicha jurisdicción⁴². Cabe recordar que el artículo 8(2)(e), que enumera algunos crímenes de guerra, está directamente vinculado con el artículo 8(2)(f), relativo a situaciones de conflicto armado no internacional en las que pueden haberse cometido esos crímenes de guerra. Las salas de la CPI parecen estar de acuerdo, en mayor o menor medida, con el tercer enfoque, aunque no queda totalmente claro que, a la vez, hayan excluido el segundo. Dicho de otro modo, buena parte de la jurisprudencia pertinente de la CPI parece tomar distintos caminos –o al menos no esmerarse en distinguir– entre (aspectos de) un enfoque en virtud del cual el conflicto armado no internacional *en su conjunto* debe ser suficientemente duradero y un enfoque según el cual la noción de “conflicto armado prolongado” está comprendida en el análisis relativo a uno o los dos elementos constitutivos a los que se considera necesarios para determinar

41 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n.º ICC-01/05-01/08, resolución en virtud del art. 61 (7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo (Sala de Asuntos Preliminares II), 15 de junio de 2009, párr. 235 (*Bemba*, confirmación de cargos) (cursiva añadida).

42 V., por ejemplo, *Bemba*, fallo en primera instancia, nota 21 *supra*, párr. 138: “El artículo 8(2)(f), sobre la aplicación del artículo 8(2)(e), contiene una segunda oración que requiere, además, la existencia de un ‘conflicto armado prolongado’. Esto difiere del artículo 8(2)(d), sobre la aplicación del artículo 8(2)(c), que no incluye ese requisito. La Sala de Asuntos Preliminares, si bien observa que ‘puede pensarse que [esta diferencia] requiere que se alcance un umbral de intensidad mayor o adicional’, ‘no estimó necesario profundizar en este argumento, pues el período en cuestión abarca aproximadamente cinco meses y, por lo tanto, ha de ser considerado ‘prolongado’ de todos modos. Dado que, en este caso, la acusación incluye los crímenes contemplados en los artículos 8(2)(c) y 8(2)(e), la Sala observa que la *posible* distinción solo tendría importancia si la Sala llegara a la conclusión de que el conflicto en cuestión no fue ‘prolongado’, y entonces considerara innecesario analizar en mayor profundidad la diferencia en esta instancia” (cursiva añadida; citas omitidas).

la existencia de un conflicto armado sin carácter internacional en primer lugar⁴³. Entiendo que ninguna sala de la CPI ha adoptado el primero de los enfoques mencionados anteriormente, según el cual la referencia a un “conflicto armado prolongado” en los términos del artículo 8(2)(f) del Estatuto de Roma daría origen a una *subcategoría* de *conflicto armado no internacional*. De todos modos, en la jurisprudencia de la CPI hasta 2018, la duración mínima de un conflicto armado no internacional regido por el artículo 8(2)(e) –y, por lo tanto, considerado, al menos implícitamente, un “conflicto armado prolongado” respecto de la segunda oración del artículo 8(2)(f)– es, aparentemente, de cinco meses⁴⁴.

Por su parte, las salas de la CPI parecen haber adoptado el enfoque conceptual general del TPIY (que requiere dos elementos constitutivos, a saber, la intensidad de las hostilidades y la organización de la(s) parte(s) no estatal(es)) para determinar la existencia de un conflicto armado de índole no internacional sujeto a la jurisdicción pertinente de la Corte sobre crímenes de guerra⁴⁵. No obstante, la

43 En *Bemba*, fallo en primera instancia, nota 21 *supra*, párr. 137 (“La primera oración común al artículo 8(2)(d) y 8(2)(f) requiere que el conflicto alcance un nivel de intensidad que exceda el de las ‘situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos’. A fin de determinar la intensidad de un conflicto, las Salas de Primera Instancia I y II respaldaron la decisión del TPIY en el sentido de que, entre los factores relevantes, se incluyen ‘la gravedad de los ataques y el posible incremento de los choques armados, la extensión de los choques en el territorio y en un período de tiempo, el aumento del número de fuerzas estatales, la movilización y la distribución de armas entre las partes en conflicto y que el conflicto haya llamado la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ONU), y de haberlo hecho, si se han dictado resoluciones al respecto’. La Sala adopta el enfoque de las Salas de Primera Instancia I y II al respecto” (cursiva añadida; citas omitidas)); *ibid.*, párr. 140 (“La Sala considera que la intensidad y los criterios [nota: en plural] para un ‘conflicto armado prolongado’ no requieren que la violencia sea continua e ininterrumpida” (cursiva añadida)); *ibid.*, párr. 139 (“La Sala observa que el concepto de ‘conflicto [armado] prolongado’ no fue definido explícitamente en la jurisprudencia de esta Corte, sino que generalmente ha sido tratado dentro del marco de la evaluación de la intensidad del conflicto. Al evaluar si un conflicto armado sin carácter internacional era prolongado, sin embargo, distintas salas de esta Corte subrayaron la duración de la violencia como factor relevante. Esto se corresponde con el enfoque adoptado por las salas del TPIY. La Sala sigue esa jurisprudencia” (cursiva añadida; citas omitidas)); CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, caso n.º ICC-01/04-01/07, fallo sobre la aplicación del artículo 74 del Estatuto (Sala de Asuntos Preliminares II), 7 de marzo de 2014, párr. 1217 (“La Chambre se réfère notamment à la présentation qu’elle a précédemment faite des attaques postérieures à celle de Bogoro afin de conclure que le conflit armé était à la fois prolongé et intense en raison, notamment, de sa durée et du nombre élevé d’attaques perpétrées sur l’ensemble du territoire de l’Ituri, du mois de janvier 2002 au mois de mai 2003. Aussi, pour elle, les éléments de preuve en sa possession suffisent à satisfaire l’exigence d’intensité du conflit” (cursiva añadida; citas omitidas)); *Bemba*, confirmación de cargos, nota 41 *supra*, párr. 235 (“La Sala también tiene en cuenta que la formulación del artículo 8(2)(f) del Estatuto difiere de la del artículo 8(2)(d), que requiere la existencia de un ‘conflicto armado prolongado’, por lo cual puede considerarse que requiere que se alcance un umbral mayor o adicional” (cursiva añadida)).

44 *Bemba*, confirmación de cargos, nota 41 *supra*, párr. 235: “La Sala tiene en cuenta que la formulación del artículo 8(2)(f) del Estatuto de Roma difiere de la del artículo 8(2)(d) del Estatuto, que requiere la existencia de un ‘conflicto armado prolongado’, por lo cual puede considerarse que requiere que se alcance un umbral mayor o adicional –requisito que no estipula el artículo 8(2)(d) del Estatuto. Puede esgrimirse el argumento de que este requisito puede aplicarse, de todos modos, en el contexto del artículo 8(2)(d) del Estatuto. Sin embargo, independientemente de esa posible interpretación, la Sala no considera necesario evaluarla, pues el período en cuestión se extiende por cinco meses, aproximadamente, por lo cual ha de ser considerado como ‘prolongado’ de todos modos” (cursiva añadida).

45 *Bemba*, fallo en primera instancia, nota 21 *supra*, párr. 128.

jurisprudencia de la CPI no es uniforme respecto del grado y el tipo de control (si lo hay) que una parte no estatal debe ejercer –y durante cuánto tiempo debe ejercerlo– para que una situación sea considerada un conflicto armado no internacional sujeto a la jurisdicción correspondiente de la Corte. Por ejemplo, algunas salas de la CPI parecen exigir el grado y el tipo de control (o al menos la capacidad de ejercerlo) de una parte no estatal previstos en el artículo 1(1) del PA II; mientras que otras salas parecen haber adoptado un enfoque diferente; es más: la jurisprudencia de la Corte no parece determinar si la *duración* de ese control (o, al menos, la capacidad de ejercerlo) tiene importancia en este contexto o no y, si la tiene, en qué medida⁴⁶.

No parecería justo culpar exclusivamente a los jueces de la Corte por el enfoque algo confuso y errático actual de la jurisprudencia de la CPI respecto de la frase “conflicto armado prolongado”. Los Estados que redactaron la disposición del Estatuto de Roma no deberían quedar eximidos de su cuota de responsabilidad⁴⁷.

46 Comparar *Bemba*, fallo en primera instancia, nota 21 *supra*, p. 68, nota 318 (“En este sentido, la Sala observa que en la Conferencia sobre el establecimiento de la Corte, la propuesta inicial de la Mesa para el contenido del artículo 8 (2)(f) fue tomada del artículo 1(1) del Protocolo adicional II, que hace referencia a ‘operaciones militares sostenidas y concertadas’. Varios delegados expresaron la objeción de que el uso de esta disposición pondría muy alto el umbral para los conflictos armados de índole no internacional. En el texto modificado, además de otros cambios, la frase ‘operaciones militares sostenidas y concertadas’ fue reemplazada por la que, en la actualidad, forma parte del artículo 8(2)(f), ‘conflicto armado prolongado’”), con CPI *Katanga*, nota 43 *supra*, párrs. 1209, 1211 (“En ce qui concerne enfin la milice ngiti, parfois appelée FRPI à partir de la fin de l’année 2002, la Chambre entend se référer à l’ensemble de ses constatations factuelles relatives à l’organisation de cette milice avant le mois de février 2003: [...] Enfin, les membres de cette milice poursuivaient des objectifs communs et ils ont, *ensemble et sur une longue période, conduit des opérations militaires*. [...] Au vu de ces différents éléments de preuve, la Chambre est en mesure de conclure qu’au moins au mois de janvier 2003, chacun de ces groupes, en l’occurrence l’UPC, l’APC ainsi que la milice ngiti, était armé et présentait *un degré d’organisation suffisant*, comme en attestent leur structure et leurs modalités de fonctionnement, leur participation à des opérations militaires et, le cas échéant, aux processus politiques alors mis en œuvre” (cursivas añadidas; citas omitidas)); CPI, *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, caso n.º ICC-01/04-01/10, resolución sobre la confirmación de los cargos: versión expurgada (Sala de Asuntos Preliminares I), 16 de diciembre de 2011, párr. 103 (“De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala a los efectos del artículo 8(2)(f) del Estatuto, un grupo armado organizado debe tener ‘la capacidad de planificar y realizar operaciones militares durante un período prolongado’” (citas omitidas)); CPI, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, caso n.º ICC-02/05-01/09, resolución sobre la solicitud de la Fiscalía de una orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir: versión pública expurgada (Sala de Asuntos Preliminares I), 4 de marzo de 2009, párr. 60 (“La Sala también ha señalado que el artículo 8(2)(f) del Estatuto hace referencia al ‘conflicto armado prolongado entre [...] grupos armados organizados’, y que, en la opinión de la Sala, esto señala la necesidad de que los grupos armados organizados en cuestión tengan la capacidad de planificar y realizar operaciones militares durante un período prolongado. En este sentido, la Sala observa que, a la fecha, el control del territorio por los grupos armados organizados pertinentes ha sido un factor clave para determinar si tenían la capacidad de realizar operaciones militares durante un período prolongado” (citas omitidas; los corchetes que indican elipsis son del original)); CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, caso n.º ICC-01/04-01/06, resolución sobre la confirmación de los cargos: versión pública con anexo 1 (Sala de Asuntos Preliminares I), 29 de enero de 2007, párr. 234 (“La Chambre relève que l’article 8-2-f du Statut fait mention des ‘conflits armés qui opposent [des groupes armés] de manière prolongée’. Selon la Chambre, ces termes mettent l’accent sur la nécessité que les groupes armés en question aient *la capacité de concevoir et mener des opérations militaires pendant une période prolongée*” (cursiva añadida; corchetes en el original)).

47 Sobre la historia de la redacción de la disposición, v. Sandesh Sivakumaran, “Identifying an armed conflict not of an international character”, en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Brill, Leiden, 2009, pp. 371-373.

De todos modos, al parecer, muchas de las críticas expresadas por Sassòli y Grignon con respecto a la noción de “conflicto armado prolongado” en la jurisprudencia del TPIY, si no todas, pueden aplicarse al menos con la misma intensidad a la disposición sobre “conflicto armado prolongado” del Estatuto de Roma⁴⁸.

DIH relativo al fin de un conflicto armado: pruebas, intereses e interrogantes clave

Los debates más generales centrados en la noción de “conflicto armado prolongado” podrían enriquecerse si se detuvieran a evaluar si el derecho internacional proporciona la suficiente orientación para distinguir el fin de un conflicto armado –sea que se analice desde el punto de vista *fáctico* (¿cuándo *termina* el conflicto armado?), sea que se evalúe desde el punto de vista *jurídico* (¿cuándo *deja de ser aplicable* una parte relevante del marco jurídico internacional relativo a los conflictos armados?), sea que se considere desde el punto de vista *normativo* (¿cuándo *debería* terminar el conflicto?)⁴⁹. Hay zonas de coincidencia y otras de divergencia entre el carácter “prolongado” y el fin de un conflicto armado, y el análisis de esas zonas puede contribuir a la reflexión acerca de cuestiones relacionadas con las guerras de larga duración. Quizá la relación más evidente sea que, para que finalice un “conflicto armado prolongado”, es necesario (como en cualquier conflicto armado) discernir qué prueba para el fin de un conflicto armado es aplicable a esa situación. Así pues, para determinar la duración real de un “conflicto armado prolongado”, necesariamente se debe recurrir, en parte, a la interpretación y la aplicación del derecho internacional relativo al fin de un conflicto armado. Es más: vincular la cuestión del carácter “prolongado” de un conflicto con la de cuándo finaliza un conflicto puede ayudar a descubrir si los argumentos a favor de una (sub)categoría de “conflicto armado prolongado” –y con ella, la continuidad de la aplicabilidad del DIH–, en última instancia, podría generar una situación jurídica que daría la sensación de una mayor protección, pero que, en la práctica, conduciría a más muerte, destrucción y sufrimiento, legítimos de conformidad con el DIH, a diferencia de lo que ocurre con el derecho internacional de los derechos humanos. Por último, una cierta *falta* de conexión entre esas dos áreas puede ser reveladora, en particular, de que, a la fecha, según mi conocimiento, ni los Estados ni los tribunales han invocado el carácter “prolongado” de un conflicto armado como elemento, estándar o umbral jurídico para discernir el final de un conflicto armado o, al menos, el fin de la aplicabilidad del marco jurídico relativo a los conflictos armados a esa situación. En cambio, como se ha observado anteriormente, algunos tribunales internacionales han analizado el carácter “prolongado” de un conflicto armado en relación con su *inicio*, pero solo para algunos conflictos armados no internacionales, y lo han hecho, en la mayoría de las ocasiones, englobando el significado corriente de “prolongado”, como “extendido en el tiempo”, en uno de

48 V. notas 26-31 *supra* y el texto correspondiente.

49 V. D. A. Lewis, G. Blum y N. K. Modirzadeh, nota 7 *supra*.

los múltiples factores que se emplean para determinar el elemento de intensidad suficiente de las hostilidades.

En 2017, junto con dos colegas, sostuve que, en general, el derecho internacional no ofrece orientación suficiente en relación con el fin de una guerra, o al menos no la ofrece respecto de varias cuestiones importantes⁵⁰. En esta sección, destaco determinadas cuestiones relativas al fin de un conflicto armado en virtud del derecho internacional actual⁵¹. Centro mi atención en las pruebas y otros aspectos de la orientación que brinda el DIH que podrían ser necesarias para determinar el final de un conflicto armado, además de otros intereses e interrogantes relevantes desde varios puntos de vista.

Pruebas, intereses y retos

En principio, hay dos grandes cuestiones vinculadas entre sí que podrían ayudar a enmarcar esta parte del análisis. En primer lugar, no hay una única prueba global para determinar el fin de un conflicto armado y la aplicabilidad del marco jurídico internacional pertinente. El hecho de considerar esta cuestión como más o menos beneficiosa o más o menos perjudicial puede depender de la perspectiva de cada quien. En segundo lugar, esto se debe, en parte, y como se describe más abajo, en varios puntos y a lo largo de diversos contextos, a que los distintos grupos de actores pueden no estar de acuerdo respecto de si reconocer (o pretender continuar reconociendo) o dar por finalizada una situación de conflicto armado y, en consecuencia, si reconocer (o continuar reconociendo) o dar por finalizada la

50 Ibid.

51 V. también Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, sexta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 36-64; Julia Grignon, “The Geneva Conventions and the end of occupation”, y Gabriella Venturini, “The temporal scope of application of the Conventions”, en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), nota 13 *supra*; Alice Debarre, “When does war end?”, *Humanity in War*, 17 de diciembre de 2015, disponible en línea en <https://lawsofarmedconflict.wordpress.com/2015/12/17/when-does-war-end/>; Julia Grignon, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess, Zúrich, 2014; Marko Milanovic, “The end of application of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.º 893, 2014; Rogier Bartels, “From *jus in bello* to *jus post bellum*: When do non-international armed conflicts end?”, en Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday y Jens Iverson (eds.), *Jus Post Bellum*, Oxford University Press, Oxford, 2014; Robert M. Chesney, “Postwar”, *Harvard National Security Journal*, vol. 5, n.º 1, 2014; Tristan Ferraro, “Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, n.º 885, 2012; Vaios Koutroulis, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Pedone, París, 2010; Robert Kolb y Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Hart, Portland, Oregón, 2008, pp. 99-106; Christine Bell, “Peace agreements: Their nature and legal status”, *American Journal of International Law*, vol. 100, n.º 2, 2006; Derek Jinks, “The temporal scope of application of international humanitarian law in contemporary conflicts”, documento de apoyo, Programa de Investigación en política humanitaria y conflictos, 2003, disponible en línea en <https://web.archive.org/web/20170217170439/http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session3.pdf>.

aplicabilidad de (una parte del) marco jurídico internacional pertinente relativo a los conflictos armados⁵².

En lo referente a la primera cuestión, el marco jurídico internacional contemporáneo concerniente a los conflictos armados muchas veces ha sido formulado, interpretado y aplicado de formas que típicamente atienden distintos conjuntos de intereses en distintos niveles que afectan a distintos grupos de actores en diferentes momentos de un conflicto armado. Por ejemplo, en lo que podría llamarse un nivel macro, el marco jurídico se centra, en parte, en categorías generales, es decir, en cuándo finaliza un conflicto armado internacional (incluida la ocupación militar) o un conflicto armado no internacional, considerado en su conjunto. En cuanto al fin de un conflicto armado internacional, por ejemplo, se han establecido varios grupos distintos de formulaciones:

- en el territorio de las partes en conflicto, la aplicación del Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (CG IV) –así como la aplicación de las disposiciones correspondientes del PAI, al menos para los Estados contratantes– “terminará con el cese general de las operaciones militares”⁵³; y
- en todo el territorio de los Estados en guerra, el DIH en general, al menos de acuerdo con la jurisprudencia del TPIY, continuará aplicándose “hasta que se instaure una paz general”⁵⁴.

En cuanto a las ocupaciones militares, también se han formulado distintas disposiciones⁵⁵:

- con respeto a la aplicación de las disposiciones correspondientes del CG IV, el tercer párrafo del artículo 6 del tratado prevé que, en el caso de un territorio ocupado, “la aplicación del [CG IV] terminará un año después del cese general de las operaciones militares; no obstante, la Potencia ocupante estará obligada mientras dure la ocupación –si esta Potencia ejerce las funciones de gobierno en el territorio de que se trata–, por las disposiciones de los siguientes Artículos del presente Convenio: 1 a 12, 27, 29 a 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 a 77 y 143”; y
- con respecto a la aplicación del CG IV y el PA I, al menos para las Altas Partes Contratantes del PA I; el artículo 3(b) del PA I determina que la aplicación, tanto del CG IV como del PA I, “cesará [...] en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación”.

52 V. M. Milanovic, nota 51 *supra*, p. 165, que explica que el análisis que hace un actor de cuándo deja de aplicarse el DIH puede verse afectado “por el hecho de que ese actor *desea*, en última instancia, que se continúe aplicando el DIH a la luz de las consecuencias de la continuidad o la finalización” (cursiva del original). Esta sección se basa, en gran medida, en D. A. Lewis, G. Blum y N. K. Modirzadeh, nota 7 *supra*, pp. 13-20.

53 CG IV, art. 6, párr. 2; PA I, art. 3(b). Esta disposición del PA I también incluye la siguiente cláusula de excepción: “excepto [...] para las personas cuya liberación definitiva, repatriación o reasentamiento tenga lugar posteriormente. Tales personas continuarán beneficiándose de las disposiciones pertinentes de los Convenios y del presente Protocolo hasta su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento”.

54 *Tadić*, jurisdicción, nota 21 *supra*, párr. 70.

55 V. el análisis en J. Grignon, “The Geneva Conventions and the end of occupation”, nota 51 *supra*, pp. 1584-1585.

En cuanto a los conflictos de índole no internacional, ninguna disposición convencional establece una prueba general ni prevé ningún tipo de formulación temporal relativa al momento en que finaliza el conflicto en su totalidad ni cuándo deja de regir el marco jurídico aplicable a ese contexto⁵⁶. Por su parte, la jurisprudencia del TPIY (y, más recientemente, la última jurisprudencia de la CPI⁵⁷) afirma que, en conflictos armados no internacionales, el DIH “se aplica [...] y continúa aplicándose tras el cese de las hostilidades hasta que [...], en el caso de un conflicto interno [o un conflicto armado no internacional], se llegue a un acuerdo pacífico”⁵⁸. Así pues, al menos de acuerdo con esa jurisprudencia, hasta que “se llegue a un acuerdo pacífico”, continúa vigente el marco jurídico aplicable a los conflictos armados no internacionales en su carácter tanto protector como habilitante.

En definitiva, la prueba del “acuerdo pacífico” posiblemente sea impracticable, al menos, en algunas variantes de los conflictos armados no internacionales contemporáneos, quizá, sobre todo, en aquellos en los que participan partes no estatales que (también) son tratadas como entidades terroristas⁵⁹. Más aún, al exigir un “acuerdo pacífico”, la prueba también parece estar en contradicción con el giro más contemporáneo –que se remonta al menos a la aprobación de los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra de 1949– hacia determinaciones de carácter más fáctico de la existencia (o inexistencia) de un conflicto armado, independientemente de si se ha hecho o no (también) un reconocimiento formal (político) del conflicto⁶⁰.

En lo que podría denominarse un nivel micro, el marco jurídico internacional de los conflictos armados establece determinadas pruebas y formulaciones que implican obligaciones, derechos, permisos y otros intereses jurídicos relativos a grupos particulares de personas, comunidades y entidades,

56 El PA II contempla que algunas de sus disposiciones puedan continuar aplicándose incluso tras el fin del conflicto. V. PA II, art. 2(2): “Al fin del conflicto armado, todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquél, así como las que fuesen objeto de tales medidas *después del conflicto* por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los artículos 5 y 6 hasta el término de esa privación o restricción de libertad” (cursiva añadida).

57 Con respecto a la determinación del fin de un conflicto armado no internacional bajo su jurisdicción, una Sala de Primera Instancia de la CPI considera “que los criterios de intensidad y de ‘conflicto armado prolongado’ no requieren que la violencia sea continua e ininterrumpida. En cambio, como estipula la primera oración común al artículo 8(2)(d) y 8(2)(f) [del Estatuto de Roma], el criterio fundamental es que se supere el nivel de ‘actos esporádicos y aislados de violencia’”. *Bemba*, fallo en primera instancia, nota 21 *supra*, párr. 140. Este enfoque forma parte de un conjunto más amplio de jurisprudencia según la cual, aparentemente, al menos en el marco actual de la CPI, una vez que se inicia un conflicto armado no internacional (al trascender, entre otras cosas, los “actos esporádicos y aislados de violencia”), este no termina sino hasta que se llegue a un “acuerdo pacífico”. *Bemba*, fallo en primera instancia, nota 21 *supra*, párrs. 140-141. Aparentemente, este sigue siendo el caso, al menos en principio, independientemente de si, por ejemplo, tiene lugar un período extremadamente largo (en términos relativos) de cese de las hostilidades.

58 *Tadić*, jurisdicción, nota 21 *supra*, párr. 70; *Bemba*, fallo en primera instancia, nota 21 *supra*, párr. 141.

59 Para propuestas sobre otras pruebas posibles para determinar el fin de un conflicto armado no internacional, incluidos aquellos en los que participan entidades denominadas “terroristas”, v. D. A. Lewis, G. Blum y N. K. Modirzadeh, nota 7 *supra*, pp. 96-103.

60 V. Comentario del CICR del CG I, nota 13 *supra*, párrs. 491-492.

entre otras categorías, en momentos previos a un conflicto armado, durante el conflicto o con posterioridad a su fin. Esas formulaciones se han hecho, por ejemplo, con respecto a:

- categorías de personas privadas de libertad⁶¹;
- medidas relativas a campos minados, zonas minadas, minas, armas trampa y otros dispositivos⁶², así como a restos explosivos de guerra⁶³; y
- al menos, respecto de las ocupaciones militares, la restitución de cables submarinos incautados o destruidos⁶⁴, y la indemnización correspondiente, y de municiones de guerra incautadas⁶⁵.

61 Por ejemplo, para los conflictos armados internacionales, respecto de los prisioneros de guerra (que, en virtud de la primera oración del art. 118 del CG III, serán “liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas”), algunos prisioneros de guerra heridos y enfermos (que en virtud del encabezado del art. 110 del CG III “serán repatriados directamente”), las “personas protegidas” en los términos del art. 4 del CG IV (las medidas de índole restrictiva tomadas con respecto a esas personas, en virtud de la primera oración del art. 46 del CG IV, serán “abolidas lo antes posible después de finalizadas las hostilidades”), las personas internadas (el internamiento de esas personas, en virtud del art. 133 del CG IV, “cesará lo más rápidamente posible después de finalizadas las hostilidades.”) y otras personas (en virtud del art. 75(6) del PA I, las personas correspondientes disfrutarán de protección “incluso después de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento”). V. Nathalie Weizmann, “The end of armed conflict, the end of participation in armed conflict, and the end of hostilities: Implications for detention operations under the 2001 AUMF”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 47, n.º 3, 2016; Bettina Scholdan, “‘The end of active hostilities’: The obligation to release conflict internees under international law”, *Houston Journal of International Law*, vol. 38, n.º 1, 2016; Marco Sassòli, “Release, accommodation in neutral countries, and repatriation of prisoners of war” y Bruce Oswald, “End of internment”, en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), nota 13 *supra*; Deborah N. Pearlstein, “Law at the end of war”, en *Minnesota Law Review*, vol. 99, n.º 1, 2014; Deborah N. Pearlstein, “How wartime detention ends”, *Cardozo Law Review*, vol. 36, n.º 2, 2014. Para una justificación de por qué relativamente las mismas normas son aplicables respecto de las personas privadas de libertad independientemente de la existencia o inexistencia de un conflicto armado, v. R. M. Chesney, nota 51 *supra*.

62 Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996), anexo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 3 de mayo de 1996, 2048 UNTS 133 (en vigor a partir del 3 de diciembre de 1998), arts. 9(2), 10(1) (que establecen formulaciones temporales relativas al “cese de las hostilidades activas” a las obligaciones relativas a las minas, armas trampa y otros artefactos).

63 Protocolo sobre los restos explosivos de guerra anexo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (Protocolo V), 28 de noviembre de 2003, 2399 UNTS 126 (en vigor a partir del 12 de noviembre de 2006), arts. 3(1-3), 4(2) (que asignan responsabilidades concernientes a la limpieza, la remoción o la destrucción de los restos explosivos de guerra y proporcionan información relativa a esas actividades “tras el cese de las hostilidades activas”).

64 Reglamento de La Haya de 1907, art. 54: “Los cables submarinos que pongan en comunicación un territorio ocupado con uno neutral no podrán ser tomados o destruidos sino en el caso de necesidad absoluta. Deben ser restituidos y las indemnizaciones se fijarán cuando *se haga la paz* [à la paix]” (cursiva añadida).

65 *Ibid.*, art. 53, párr. 2: “Todos los medios destinados en tierra, en mar y en los aires para la trasmisión de noticias o para el transporte de personas o cosas, excepción hecha de los casos regidos por el derecho marítimo, los depósitos de armas y en general toda especie de municiones de guerra, pueden ser tomados, aunque pertenezcan a particulares, pero deberán ser restituidos, y la indemnización se fijará *cuando se restablezca la paz* [à la paix]” (cursiva añadida).

Por lo que respecta a la segunda cuestión que da un marco a esta sección (es decir que los distintos actores pueden no estar de acuerdo respecto de si manifestarse a favor o en contra de la existencia continua de un conflicto armado), se ofrecen aquí algunos de los muchos ejemplos existentes. En general, es posible que los actores humanitarios encuentren fundamentos más sólidos en el DIH que en otras ramas del derecho internacional (como el DIDH) a la hora de solicitar o mantener el acceso a las poblaciones necesitadas⁶⁶. En consecuencia, podrían pecar por exceso al preferir que no se declarara el fin de un conflicto armado de manera prematura, aunque no solo los aspectos protectores, sino también los aspectos “habilitantes” del DIH continuarían siendo aplicables⁶⁷. Asimismo, para determinar la existencia de crímenes de guerra (que, al menos, para la mayoría de las definiciones, puede cometerse solo con una conexión suficiente con un conflicto armado), los tribunales deben determinar la existencia de un conflicto armado relevante para establecer su jurisdicción. Los tribunales deberían tener interés institucional en sostener que una situación en particular ha constituido un período ininterrumpido de conflicto armado⁶⁸. Un enfoque de este tipo ayudaría a evitar una presunta “puerta giratoria entre la aplicabilidad y la inaplicabilidad [del DIH]”, “puerta giratoria” que, según consideró una sala del TPIY al analizar un conflicto armado internacional, podría generar “un grado considerable de confusión e incertidumbre jurídica”⁶⁹. La certeza, sin embargo, puede tener un costo al suponer la aplicabilidad de las normas relativamente más permisivas del DIH, en lugar de las más restrictivas dispuestas en otros marcos jurídicos internacionales y en los sistemas nacionales correspondientes⁷⁰. A la vez, las solicitudes de asilo, en algunos contextos, pueden depender, al menos en parte, de la existencia o inexistencia de un conflicto armado relevante⁷¹. Asimismo, los Estados neutrales o que no son parte en un conflicto armado pueden tener distintos intereses en la existencia continua, o la inexistencia, de un conflicto armado al que se aplica el derecho de la neutralidad⁷².

Además, los enfoques que podrían adoptar las personas y las poblaciones civiles pueden ser difíciles de prever. Por un lado, parece claro que las personas civiles preferirían que la guerra finalizara lo antes posible para que el régimen

66 D. A. Lewis, G. Blum y N. K. Modirzadeh, nota 7 *supra*, pp. 19-20.

67 V. Comentario del CICR del CG I, nota 13 *supra*, párrs. 388-390.

68 V. D. A. Lewis, G. Blum y N. K. Modirzadeh, nota 7 *supra*, pp. 17-18.

69 TPIY, *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak, and Mladen Markač*, caso n.º IT-06-90-T, fallo (Sala de Primera Instancia I), 15 de abril de 2011, párr. 1694.

70 V. D. A. Lewis, G. Blum y N. K. Modirzadeh, nota 7 *supra*, pp. 17-18.

71 V. *ibid.*, p. 16, donde se observa que “la Directiva Europea 2011/95/EU proporciona un ejemplo. La Directiva establece una orientación sobre protección internacional para los refugiados o las personas con derecho a ‘protección subsidiaria’. El artículo 2(f) de la Directiva prevé que una persona con derecho a ‘protección subsidiaria’ puede ser un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, en determinadas situaciones, se enfrentaría a un riesgo real de ‘sufrir daños graves’. A su vez, el artículo 15(c) de la Directiva prevé que pueden constituir ‘daños graves’ ‘las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno’” (citas omitidas).

72 V., por ejemplo, *ibid.*, pp. 15-16.

del DIH –más tolerante, en general (en comparación con los regímenes de cumplimiento de las normas del DIDH y la legislación nacional que regulan las medidas “en tiempo de paz”), con la muerte y las lesiones “incidentales” de civiles y la destrucción o daño a los bienes de carácter civil⁷³– deje de ser aplicable. Por el otro, y quizá, en cierta medida, paradójicamente, la población civil o las personas civiles pueden preferir, según las circunstancias, defender la extensión de la aplicación de las disposiciones pertinentes del DIH. Por ejemplo, se reconoce, por lo general, que el DIH –a diferencia del DIDH⁷⁴– es vinculante para todas las partes en un conflicto armado, incluidos los Estados y, si corresponde, las partes no estatales. Asimismo, el alcance de algunas normas del DIH podría otorgar más protección que las disposiciones análogas del DIDH o de la legislación nacional. Un ejemplo de normas del DIH que, en apariencia, son más protectoras son las disposiciones de tratados de DIH que prohíben castigar a quienes ejercen una actividad médica conforme con la deontología, sean quienes fueren los beneficiarios⁷⁵.

También las fuerzas armadas pueden tener interés en que finalice o continúe la aplicabilidad del marco jurídico de los conflictos armados⁷⁶. Quizá lo más importante en este contexto es que, por lo general, se considera que las normas del DIH que rigen la conducción de las hostilidades permiten –o, al menos, toleran– un nivel mayor de muerte, lesiones, destrucción, daño y otros perjuicios legítimos (hasta cierto límite) que las normas del DIDH o los marcos nacionales de cumplimiento de la ley que rigen el empleo de la fuerza letal contra las personas⁷⁷. Asimismo, otras medidas que las fuerzas armadas pueden adoptar para tratar de asegurar la victoria podrían considerarse legítimas en situaciones de guerra, pero no, en otras situaciones. Entre esas medidas, podrían incluirse la captura y detención de miembros de las fuerzas enemigas, la incautación o destrucción de bienes, o el control de territorios y poblaciones. Es más: discernir el estatuto de un combatiente en virtud del DIH sería importante para conceder (o no) el estatuto

73 V., por ejemplo, Jelena Pejic, “Conflict classification and the law applicable to detention and the use of force”, en Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 104-105: “El principio de proporcionalidad en el ataque prohíbe los ataques a objetivos militares legítimos de los que pueda esperarse que causen la muerte o lesiones a personas civiles o daño a bienes de carácter civil, o una combinación de ambos, que serían excesivos en relación con la ventaja militar directa y concreta prevista. *La diferencia fundamental entre las normas relevantes [del DIH] y las normas de derechos humanos es que, en virtud de las primeras, el principio de proporcionalidad tiene por finalidad limitar el daño incidental (‘colateral’) a personas y bienes protegidos, en tanto que se reconoce que puede realizarse una operación aunque sea probable que cause daño, siempre que este no sea excesivo en relación con la ventaja militar directa y concreta prevista.* Por el contrario, el objetivo del principio de proporcionalidad de conformidad con el derecho de los derechos humanos es evitar el daño a cualquier persona, excepto a la persona contra la que se emplea la fuerza. Es más: de conformidad con el derecho de los derechos humanos, se debe evitar el empleo de la fuerza letal contra esa persona si existe otra vía no letal de alcanzar el objetivo de la operación dirigida a hacer cumplir la ley” (cursiva añadida; citas omitidas).

74 No obstante, v., por ejemplo, Katharine Fortin, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

75 V. PA I, art. 16(1); PA II, art. 10(1). V. también CG I, art. 18, párr. 3.

76 V. D. A. Lewis, G. Blum y N. K. Modirzadeh, nota 7 *supra*, p. 14.

77 V., por ejemplo, *ibid.*, p. 1.

de prisionero de guerra en una captura, así como para la activación (o no) del “privilegio del combatiente”.⁷⁸

Por su parte, los dirigentes políticos pueden tener su propio conjunto de intereses (quizá también combinados con los de otras partes interesadas) respecto de la continuidad de un conflicto armado o su fin. Adoptar una postura de guerra –y, por ende, el régimen del DIH– puede permitirles combatir con facultades más amplias y un mayor número de recursos⁷⁹. Esto sería así porque, por ejemplo, reconocer la existencia de un conflicto armado puede habilitar la invocación de facultades de emergencia que su electorado vería con buenos ojos. No obstante, los dirigentes políticos podrían querer evitar reconocer la existencia de un conflicto armado porque, por ejemplo, se podría interpretar que así otorgarían legitimidad al adversario.

Por último, si bien excede el alcance de este artículo, el fin de un conflicto armado podría plantear interrogantes jurídicos concernientes a la legislación nacional. Por ejemplo, la existencia de un conflicto armado (también) puede requerir leyes nacionales sobre asuntos tales como indemnizaciones, seguros, terminación de contratos y restricciones comerciales⁸⁰.

En resumen, parece que el derecho internacional contemporáneo no ofrece una única teoría normativa integral sobre el fin de los conflictos armados, ni siquiera en el caso de los de una duración relativamente prolongada⁸¹. Tampoco podría afirmarse que el derecho internacional proporciona una base suficiente para saber qué conexiones, si es que existen, pueden –y deben– establecerse entre los umbrales jurídicos para el inicio de un conflicto armado, la articulación política y estratégica de los objetivos de una guerra, y los criterios por los cuales debería determinarse que un conflicto armado ha finalizado⁸². Profundizar en estos criterios podría ayudar a reforzar el argumento de que el derecho internacional guía los comportamientos en relación con la guerra.

78 De acuerdo con ese privilegio, en virtud del DIH, los combatientes legítimos “no pueden ser enjuiciados por actos lícitos de guerra cometidos en el transcurso de las operaciones militares, aunque su comportamiento constituya un crimen grave en tiempo de paz”. Knut Dörmann, “The legal situation of ‘unlawful/unprivileged combatants’”, *International Review of the Red Cross*, vol. 85, n.º 849, 2003, p. 45.

79 V. D. A. Lewis, G. Blum y N. K. Modirzadeh, nota 7 *supra*, pp. 13-14.

80 V., por ejemplo, Jennifer K. Elsea y Matthew C. Weed, *Declarations of War and Authorizations for the Use of Military Force: Historical Background and Legal Implications*, Servicio de Investigación del Congreso, 14 de abril de 2014, disponible en línea en <https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL31133.pdf>, pp. 26-75; Lord McNair y A. D. Watts, *The Legal Effects of War*, cuarta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 1966, pp. 117-202.

81 V. D. A. Lewis, G. Blum y N. K. Modirzadeh, nota 7 *supra*, p. 105.

82 *Ibid.* V. también Jens Iverson, “War aims matter: Keeping *jus contra bellum* restrictive while requiring the articulation of the goals of the use of force”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 27, n.º 1, 2018; Gabriella Blum, “Prizeless wars, invisible victories: The modern goals of armed conflict”, *Arizona State Law Journal*, vol. 49, número especial, 2017; Tess Bridgeman, “When does the legal basis for U.S. forces in Syria expire? The end point of the ‘unwilling or unable’ theory of self-defense”, *Just Security*, 14 de marzo de 2018, disponible en línea en <https://www.justsecurity.org/53810/legal-basis-u-s-forces-syria-expire/>; Startsun Viktor Nikolaevich y Balkanov Il'ya Vladimirovich, “Indefinite war: Unregulated field of international law pertaining to an armed conflict termination criteria”, *Journal of Military Law*, n.º 3, 2017; Gabriella Blum y David Luban, “Unsatisfying wars: Degrees of risk and the *jus ex bello*”, *Ethics*, vol. 125, n.º 3, 2015; Gabriella Blum, “The fog of victory”, *European Journal of International Law*, vol. 24, n.º 1, 2013.

Conclusión

Tras analizar la jurisprudencia más reciente de la CPI sobre la noción de “conflicto armado prolongado” y plantear distintos interrogantes relativos al fin de los conflictos armados en el DIH, podría ser interesante concluir este artículo analizando brevemente si la categoría de “conflicto armado prolongado” *debería* constituir (o no) una (sub)categoría de conflicto armado en el DIH y el DPI sobre los crímenes de guerra. En resumen, ¿deberíamos pasar de una única disposición concerniente a los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma a una categoría independiente de conflicto armado? Al evaluar esta cuestión, habría que tener en cuenta tres grupos de consideraciones preliminares (entre muchos otros, sin duda), algunos aparentemente contradictorios: (1) determinar la duración de un conflicto para que se lo considere “prolongado”; (2) conceder a los conflictos de duración prolongada una importancia distintiva; y (3) calibrar las normas jurídicas con mayor o menor grado de restricción o permisividad.

Quizá lo primero que habría que tener en cuenta es que no queda claro que sea posible trazar una o varias líneas fundamentadas –con la suficiente especificidad– respecto de cuáles son los períodos específicos que ameritan la denominación de “conflicto armado prolongado”.

Además, una (sub)categoría impulsada por el carácter (relativamente) duradero de un conflicto armado indicaría que la importancia del tiempo es distinta –y, quizá, más significativa– que la de algunas de las demás dimensiones de un conflicto armado, como la geografía. Esa (sub)categoría (también) indicaría que la importancia de los conflictos relativamente duraderos y el sufrimiento asociado con ellos tienen una importancia especial. Así pues, esa (sub)categoría captaría con mayor precisión una parte de la realidad –incluido el sufrimiento prolongado– de muchos conflictos armados contemporáneos que se extienden a lo largo de varios años e incluso décadas. No obstante, habría que tener en cuenta que la (sub)categoría en cuestión haría, entonces, que las guerras sin carácter prolongado parecieran menos importantes, y no simplemente que tuvieran una importancia diferente. De todos modos, para quienes prefieren concebir el DIH como un único sistema normativo de protección, sobre todo, quizá, como un sistema que pueda difundirse fácilmente entre quienes toman decisiones vitales en medio de la confusión de las hostilidades, el establecimiento de otra (sub)categoría de conflicto armado debilitaría las pretensiones de universalidad, coherencia y discernibilidad del sistema.

Por último, al menos respecto de algunos conflictos armados contemporáneos de larga duración, hay quienes consideran que el marco jurídico actual es difícil de distinguir, interpretar o aplicar. Quizá desde su punto de vista, una (sub)categoría de “conflicto armado prolongado” tendría un efecto estabilizador para esas situaciones, al menos para determinar con mayor claridad las normas jurídicas aplicables –y los principios, normas y estándares correspondientes– a los períodos y situaciones pertinentes.

Sin embargo, en este aspecto también pueden surgir interrogantes. Al definir una (sub)categoría de “conflicto armado prolongado”, parece probable

que uno de los temas clave sea cómo calibrar la tensión entre los aspectos más o menos “protectores” y los más o menos “habilitantes” de las normas jurídicas correspondientes. No prestar la atención suficiente a las cuestiones relacionadas con tratar de encontrar un equilibrio implica numerosos riesgos, incluida la posible extensión efectiva de las “disposiciones habilitantes”⁸³ del DIH sin hacer las adaptaciones coincidentes (o incluso contrapuestas) desde el punto de vista de la “protección”. Por ejemplo, un esfuerzo para abarcar y abordar el “nexo entre acción humanitaria, desarrollo y paz” en una (sub)categoría jurídica de “conflicto armado prolongado”, involuntaria o inconscientemente, podría extender la aplicabilidad del DIH, incluidas sus “disposiciones habilitantes”, en lugar de otros regímenes –como el DIDH– que, en general, podrían verse como marcos jurídicos que otorgan más protección a las poblaciones afectadas o son más beneficiosos para estas. En este sentido, definir una (sub)categoría de “conflicto armado prolongado” podría implicar una situación jurídica que daría la idea equivocada de una mayor protección, pero que, en la práctica, implicaría más muerte, destrucción y sufrimiento no ilícitos para el DIH.

Al evaluar, entonces, la creación de una (sub)categoría de “conflicto armado prolongado”, habría que analizar qué normas jurídicas habría que adaptar –junto con el(los) tiempo(s), si correspondiera, en que habría que adaptarlas– y qué normas jurídicas permanecerían sin cambios, independientemente de la duración del conflicto. Esa determinación, si se hace con una perspectiva lo más amplia, basada en principios y realista posible, podría constituir una tarea de gran magnitud, que incluiría una evaluación integral de qué compromisos normativos comprendidos en el régimen jurídico existente serían importantes, y cuáles no, con respecto a la duración de un conflicto armado (suponiendo que hacer esa distinción fuera posible en primer lugar). Es más: no es necesariamente obvio que, al emplear un enfoque basado en un “equilibrio” normativo que, a menudo, se percibe como inherente al DIH contemporáneo⁸⁴ –a veces, como resultante de un “paralelogramo de fuerzas” que da forma a todas las normas mediante un equilibrio entre las exigencias de la necesidad militar y las consideraciones humanitarias⁸⁵–, necesariamente se conceda más protección a la población civil; al contrario. Por ejemplo, el académico Vaïos Koutroulis demuestra, en el caso de la ocupación, que adoptar las justificaciones y los fundamentos normativos del derecho internacional contemporáneo de la ocupación militar *propiciaría* un resultado de mayor protección a los civiles. Pero así se podría desembocar en un enfoque que hiciera

83 D. Kritsiotis, nota 5 *supra*, p. 8.

84 V. Michael N. Schmitt, “Military necessity and humanity in international humanitarian law: Preserving the delicate balance”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n.º 4, 2010.

85 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, tercera edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 10, párr. 26, sostiene que “[c]ada norma del [derecho de los conflictos armados internacionales] está configurada por un paralelogramo de fuerzas que forman parte de una fórmula de transigencia entre las exigencias de la necesidad militar y las consideraciones humanitarias”.

valer más (y, a veces, quizá mucho más) los intereses de seguridad de la Potencia ocupante⁸⁶.

Calibrar con prudencia el contenido normativo relativo a una (sub)categoría de “conflicto armado prolongado”, entonces, requeriría evaluar las relaciones de otros campos jurídicos –en particular, el DIDH– con dicha (sub)categoría. Esto es así porque, siguiendo la línea de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, deben tomarse en consideración al menos dos ramas del derecho –el DIH y el DIDH– en lo que atañe a situaciones de conflicto armado⁸⁷. A la vez, es probable que determinar dónde se trazarán y dónde deberían trazarse la(s) línea(s) para una la (sub)categoría de “conflicto armado prolongado” giraría, en gran parte, alrededor de qué conjunto(s) de supuestos se adoptarán en materias tales como:

- la escala, la dimensión, la viabilidad y la preferencia de normas del DIDH en comparación con las normas correspondientes del DIH;
- la medida en que se considera que esas normas del DIDH y el DIH son vinculantes para el Estado en cuestión y también para las partes no estatales en conflicto; y
- el alcance geográfico de la aplicabilidad de esas normas del DIDH y el DIH.

Además, el marco jurídico relativo a una (sub)categoría de “conflicto armado prolongado” podría comprender también el DPI sobre los crímenes de guerra. Por ejemplo, se podría realizar una evaluación para decidir si al menos algunas violaciones del DIH –incluidas las tipificadas como crímenes de guerra– pueden cometerse en conflictos armados de cualquier duración, o si esas violaciones pueden cometerse solo en un conflicto armado de una determinada duración mínima⁸⁸.

En conclusión, se plantea que, en virtud del derecho internacional existente, no hay una categoría independiente de “conflicto armado prolongado”, que sugerir que se incorpore esa categoría plantea numerosos interrogantes difíciles de responder y que, en la actualidad, varios aspectos del derecho relativo al término de un conflicto armado están aún sin resolver. El hecho de que se considere que esta situación es satisfactoria o no puede depender, en buena medida, de la perspectiva personal respecto de cuáles son, o cuáles deberían ser, los objetivos, las normas y los parámetros del marco jurídico aplicable a los conflictos armados. Mientras tanto, numerosas guerras de larga duración continúan asolando a poblaciones de todo el mundo.

86 V. V. Koutroulis, nota 2 *supra*, pp. 192-193.

87 V. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *ICJ Reports 2005*, párr. 216. V. también CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *ICJ Reports 2004*, párrs.104-106; ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *ICJ Reports 1996*, párr. 25.

88 Por su parte, uno de los elementos del crimen de lesa humanidad de la desaparición forzada de personas –establecido en el art. 7(1)(i) del Estatuto de Roma– es que “[e]l autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un tiempo prolongado”. CPI, *Elementos de los crímenes*, art. 7(1)(i), párr. 6 (cursiva añadida). En cuanto al estatuto de los *Elementos de los crímenes* en el Estatuto de Roma, v. arts. 9(1) y 21(1)(a) del Estatuto.