



Nuestro mundo. Tu acción.

XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja
Ginebra, 28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011 – **Por la humanidad**



ES

31IC/11/5.1.2
Original: inglés

**XXXI CONFERENCIA INTERNACIONAL
DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA**

Ginebra, Suiza
28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011

**El derecho internacional humanitario y
los desafíos de los conflictos armados contemporáneos**

Informe

**Documento preparado por
el Comité Internacional de la Cruz Roja**

Ginebra, octubre de 2011

**EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Y
LOS DESAFÍOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS**

ÍNDICE

- I. Introducción**

- II. Noción y tipología de los conflictos armados**

- III. Influencia recíproca entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos**

- IV. Ámbito de protección del derecho internacional humanitario: selección de asuntos**
 - 1) Asistencia y acceso con fines humanitarios**
 - 2) El derecho de la ocupación**
 - 3) Derecho internacional humanitario y fuerzas multinacionales**
 - 4) Compañías militares y de seguridad privadas**

- V. Métodos y medios de hacer la guerra**
 - 1) Nuevas tecnologías de guerra**
 - 2) Uso de armas explosivas en zonas densamente pobladas**
 - 3) Participación directa en las hostilidades**
 - 4) Tratado sobre el comercio de armas**

- VI. Amalgama entre el derecho internacional humanitario y la normativa jurídica en materia de terrorismo**

RESUMEN

Este es el tercer informe sobre «el derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos» que el CICR presenta a una Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Los dos primeros fueron sometidos a las Conferencias Internacionales XXVIII y XXX, respectivamente, celebradas en diciembre de 2003 y noviembre de 2007, en Ginebra. La finalidad es reseñar algunos de los desafíos que los conflictos armados contemporáneos plantean al derecho internacional humanitario (DIH), incitar a la reflexión sobre esos desafíos y hacer una síntesis de la acción, posición e interés actuales o futuros del CICR.

En este informe, como en los anteriores, es posible abordar solo algunos desafíos. Se examinan cuestiones que no fueron tratadas antes, pero que concitan cada vez más el interés de los Estados y de la Institución como, por ejemplo, las nuevas tecnologías de guerra y el proyecto de tratado sobre el comercio de armas (TCA) y se vuelve sobre asuntos ya examinados, pero que siguen siendo de actualidad.

En otro informe que se presenta a la Conferencia, titulado «*Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados*», se reseñan los resultados de un estudio y una reflexión que condujo el CICR desde 2008 sobre la adecuación de las normas del DIH a las necesidades de protección de las víctimas de los conflictos armados contemporáneos. En el informe se destacan cuatro ámbitos del DIH cuyas disposiciones hoy no responden adecuadamente a los problemas humanitarios actuales y cuyo fortalecimiento se considera oportuno. Se trata de la protección debida, en tiempo de conflicto armado, a los detenidos, a los desplazados internos y al medio ambiente, y de los mecanismos de aplicación del DIH.

En el capítulo introductorio se hace una reseña de los actuales conflictos armados y de sus consecuencias en el ámbito humanitario, a fin de ilustrar las situaciones en que se plantean desafíos al DIH.

El capítulo II versa sobre la noción y la tipología de los conflictos armados, las cuales suscitan polémica ya desde hace varios años. Se examinan los criterios para definir lo que es un conflicto armado internacional y la cuestión de saber si la clasificación de los conflictos armados que se hace según el DIH, esto es, conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales, cubre también todos los tipos de conflicto que hoy se registran en el mundo. Se abordan, en particular, los tipos de conflicto armado no internacional (CANI) que se rigen por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como la aplicación y la aplicabilidad del DIH a las formas contemporáneas de violencia armada.

El capítulo III se centra en la influencia recíproca entre el DIH y el derecho de los derechos humanos, un aspecto que sigue siendo objeto de debate jurídico, a causa de las consecuencias prácticas de esa relación en la conducción de operaciones militares. Para empezar, se ilustran algunas diferencias entre los dos derechos, destacando en especial, las diferencias de su carácter vinculante para los grupos armados organizados no estatales. Después, se aborda la influencia recíproca por lo que hace a la detención y al uso de la fuerza en los CAI y en los CANI. Por último, se examina brevemente la cuestión de los ataques extraterritoriales contra personas.

El capítulo IV contiene una sección sobre el alcance de la protección que otorga el DIH. Se destacan diferentes aspectos relacionados con *la asistencia y el acceso con fines humanitarios*, incluidas las normas jurídicas aplicables a este tipo de asistencia, y las limitaciones prácticas a la entrega de socorros humanitarios. En otra sección se examina el

derecho de la ocupación y se abordan importantes cuestionamientos jurídicos con respecto a la aplicación de las disposiciones del DIH en la materia; por ejemplo, cuándo comienza y cuándo termina una ocupación, cuáles son los derechos y los deberes de una Potencia ocupante, qué uso se puede hacer de la fuerza en un territorio ocupado, y qué aplicabilidad tiene el derecho de la ocupación a las fuerzas de las Naciones Unidas. Todas estas cuestiones fueron examinadas en reuniones de expertos organizadas por el CICR de 2007 a 2009, las cuales dieron como resultado la redacción de un informe que será publicado a finales de 2011.

La sección titulada *DIH y fuerzas multinacionales* (bajo la égida de las Naciones Unidas o no) trata de las incertidumbres jurídicas a que dan lugar las diferentes operaciones en que intervienen. Por ejemplo, ¿qué aplicabilidad tiene el DIH en estas operaciones?, ¿cuál es la clasificación jurídica de las situaciones en que actúan?, ¿que normas se aplican a la detención de personas por las fuerzas multinacionales? y ¿existe una armonización de las normas aplicables? Se reconoce que, independientemente de su cometido específico, las fuerzas multinacionales están obligadas a respetar el DIH cuando se cumplen las condiciones para aplicar el DIH. En la última sección del Capítulo, se arroja luz sobre los retos humanitarios que plantea el uso de *compañías militares y de seguridad privadas*, y se hace una reseña de las iniciativas internacionales que se han tomado recientemente o que hoy se toman para ajustar las actividades de esas compañías al DIH y a otras normas pertinentes del derecho internacional.

Los métodos y los medios de guerra son el tema del capítulo V. En la primera sección se examinan nuevas tecnologías de guerra como, por ejemplo, la «ciberguerra». Se aborda la especificidad del ciberespacio como un ámbito potencial de guerra y las dificultades que plantean las ciberoperaciones en cuanto a la aplicación de las disposiciones del DIH relativas, en especial, a la prohibición de los ataques indiscriminados y desproporcionados, y a la obligación de tomar precauciones factibles en los ataques. También se pasa revista a las dificultades jurídicas que conllevan los sistemas de armas de control remoto, así como los sistemas de armas autónomos y automatizados. Se recuerda que las nuevas tecnologías deben ser conformes a las normas de DIH existentes, al tiempo que se reconoce que éstas no responden a todas las dificultades de orden jurídico y práctico que plantean las nuevas tecnologías.

El *uso de armas explosivas en zonas densamente pobladas* es el tema de otra sección del capítulo V. Se destaca tanto el costo humano del uso de esas armas, como el quebrantamiento del respeto del DIH que su uso supone. La conclusión es que las armas explosivas que tengan una amplia zona de impacto no deberían, en general, ser utilizadas en zonas densamente pobladas.

La sección sobre la *participación directa en las hostilidades* recapitula el proceso que llevó a la redacción de la «Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario», publicada en 2009, la cual fue refleja únicamente la opinión del CICR. Asimismo se exponen brevemente diferentes puntos de vista sobre algunas de las recomendaciones formuladas en la Guía.

En la última sección del capítulo se examinan las razones por las cuales se emprendieron, bajo los auspicios las Naciones Unidas, los actuales trabajos sobre la redacción de un *tratado sobre el comercio de armas*. Uno de los principales objetivos de este tratado debería ser reducir el costo humano de la disponibilidad de armas, mediante la inclusión de normas claras sobre la transferencia responsable de las armas convencionales y de sus municiones. El CICR apoya la preparación de un tratado de vasto alcance, que imponga normas internacionales comunes sobre el comercio de armas.

En el capítulo VI se aborda la *amalgama* que hoy se hace *entre conflicto armado y terrorismo* poniendo de relieve las diferencias entre las bases jurídicas que rigen estos dos tipos de violencia. Se hace un detenido examen de los efectos jurídicos y políticos de esa amalgama, de sus desventajas para el respeto del DIH por las partes no estatales en los CANI, y de sus consecuencias prácticas, esto es, el potencial para restringir el trabajo de las organizaciones humanitarias en los CANI.

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DESAFÍOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS

I. INTRODUCCIÓN

Este es el tercer informe sobre «el derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos» que el CICR presenta a una Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Los dos primeros fueron sometidos a las Conferencias Internacionales XXVIII y XXX, respectivamente, celebradas en diciembre de 2003 y noviembre de 2007, en Ginebra. La finalidad es reseñar algunos de los desafíos que los conflictos armados contemporáneos plantean al derecho internacional humanitario (DIH), incitar a la reflexión sobre esos desafíos y hacer una síntesis de la acción, posición e interés actuales o futuros del CICR. En esta introducción se examinan situaciones en que se verifican esos desafíos.

En los últimos cuatro años, más de 60 países se han visto afectados por conflictos armados interestatales o no internacionales en los que la población civil es la que se ha visto más afectada por los estragos y sufrimientos que han causado. De hecho, las personas civiles siguen siendo las primeras víctimas de las violaciones cometidas contra el DIH tanto por Estados como por grupos armados no estatales. Las violaciones más frecuentes incluyen ataques deliberados contra personas civiles, destrucción de infraestructuras y bienes indispensables para su supervivencia, y desplazamientos forzados de población civil. Los métodos y medios de guerra indiscriminados empleados, especialmente en zonas pobladas, también han ocasionado sufrimientos a la población civil. Los combatientes no han tomado todas las precauciones factibles –ni en los ataques ni en relación con los efectos de los ataques– según lo dispuesto por el DIH y, por consiguiente, ha habido pérdidas innecesarias de vidas entre la población civil y de bienes de carácter civil. Las personas privadas de libertad también han sido víctimas de graves violaciones del DIH como el homicidio, la desaparición forzada, la tortura y otros tratos crueles, y los atentados contra la dignidad personal. Las mujeres, en especial, han sido víctimas de violaciones y otras formas de violencia sexual y, en algunos contextos, de forma masiva. El personal sanitario y los servicios e instalaciones de salud han sido atacados directamente o han visto el desempeño de sus funciones seriamente obstaculizado. Asimismo, el uso abusivo de los emblemas protectores ha puesto en peligro, en última instancia, a todos los componentes del Movimiento en el cumplimiento de su misión humanitaria. La inseguridad general sobre el terreno y la consiguiente falta de acceso a los grupos armados no estatales para lograr su aceptación y garantías de seguridad, así como la frecuente elección deliberada de los trabajadores humanitarios como objetivos de ataques o de secuestros, han impedido que la asistencia humanitaria llegue a las personas que la necesitan y han dejado a su suerte a cientos de miles de civiles.

A pesar de todo, algunos Gobiernos siguen negando la existencia de un CANI en los respectivos territorios y, por consiguiente, la aplicación del DIH. Esto dificulta o hace imposible que entablen un diálogo con el CICR sobre el respeto de las obligaciones que el DIH les impone. Otros se han mostrado renuentes a reconocer la necesidad de que el CICR y otros componentes del Movimiento traten con los grupos armados no estatales asuntos relacionados con la seguridad y el acceso a las víctimas, y para difundir el DIH y los principios humanitarios, por cuanto consideran que los grupos armados en cuestión son «organizaciones terroristas» o, en todo caso, ilegales.

En los años que han mediado desde que el CICR presentó su último informe, la Institución ha observado dos tendencias en los conflictos armados. El primero es la *diversidad* de

situaciones de conflicto armado. Mientras que en unos conflictos se han desplegado la tecnología y los sistemas de armas más avanzados en enfrentamientos asimétricos, otros se han caracterizado por el uso de una baja tecnología y por un alto grado de fragmentación de los grupos armados contendientes.

Mientras que en los últimos años se han producido varios tipos nuevos de CAI, como el reciente conflicto entre Libia y la coalición multinacional bajo el mando de la OTAN, los CANI siguen siendo los más frecuentes. La causa principal ha sido la debilidad de los Estados que ha dejado margen a las milicias locales y a los grupos armados para actuar. Esto ha llevado a entornos donde el saqueo, el tráfico, la extorsión y los secuestros se han convertido en provechosas estrategias económicas que cuentan con el sustento de la violencia, así como de intereses nacionales, regionales e internacionales, con todos los sufrimientos que ello lleva aparejado para las personas civiles. Los conflictos de baja intensidad se caracterizan a menudo por brutales formas de victimización y violencia, principalmente contra las personas civiles, para infundirles miedo, hacerse con su control y conseguir nuevos reclutas. Los choques directos entre grupos armados y fuerzas gubernamentales suelen ser ocasionales.

En cambio, son frecuentes las hostilidades en que se enfrentan grupos armados no estatales que operan en el interior de zonas pobladas contra fuerzas gubernamentales provistas de medios militares muy superiores a los de aquellos, y en que los civiles y las viviendas quedan expuestas a los enfrentamientos. La mezcla de los grupos armados con las personas civiles, en violación del DIH, ha sido utilizada por algunos ejércitos como justificación para eludir la obligación que impone el DIH de tomar todas las precauciones posibles para reducir al mínimo los riesgos para los civiles. La guerra urbana ha planteado dificultades particulares a las fuerzas gubernamentales. Éstas han seguido utilizando con frecuencia métodos y medios de guerra diseñados para uso en campos de batalla abiertos y, por lo tanto, inadecuados a los entornos poblados, como ciertos tipos de poder aéreo y de artillería. Al respecto, preocupan cada vez más las consecuencias del uso de la fuerza explosiva en zonas pobladas para las personas civiles y los bienes de carácter civil, que son los más afectados por las hostilidades.

Otra tendencia notable en los CANI contemporáneos es la progresiva dificultad para distinguir entre los enfrentamientos que tienen un fundamento ideológico y los que no, pues existen grupos armados no estatales que han surgido de la actividad criminal organizada. Cabe recordar que, a pesar de algunos puntos de vista contrarios, la motivación fundamental de la actividad de esos grupos no es un elemento que se tiene en cuenta para determinar jurídicamente si, según la definición del DIH, están implicados en un CANI.

Las recientes situaciones de tensiones civiles en África del norte y en Oriente Medio se han transformado, en contextos como el de Libia, en conflictos armados no internacionales, en los que se enfrentan fuerzas gubernamentales a movimientos de oposición armada. En otros contextos, como Irak y Yemen, los disturbios civiles han tomado principio de conflictos armados ya existentes. Por esta razón, se ha planteado la cuestión de saber qué normas internacionales –DIH o principios y normas de los derechos humanos– rigen en situaciones particulares de violencia. Esta cuestión decisiva también se ha planteado con frecuencia en muchas otras situaciones de conflicto armado en distintos partes del mundo.

La segunda característica notoria de los conflictos armados de los últimos años ha sido la *duración* de los conflictos armados. Al respecto, vale la pena observar que el CICR despliega la mayoría de sus operaciones en países donde la Institución está presente desde hace ya dos, tres o cuatro décadas, como en Afganistán, Colombia, la República Democrática del Congo, Israel y territorios ocupados, Filipinas, Somalia y Sudán. Estas situaciones prolongadas de conflicto armado, a menudo atizadas por razones económicas relacionadas con el acceso a recursos naturales, oscilan entre fases de alto y bajo grado de intensidad e inestabilidad, sin que logren encontrarse soluciones encaminadas a una paz

duradera. Algunos conflictos armados, como el de Sri Lanka, han terminado en la victoria militar de una parte sobre otra, pero esto ha sido más la excepción que la regla. Muy pocos han quedado definitivamente resueltos mediante negociaciones de paz y, en varios casos, se han vuelto a desencadenar conflictos armados entre viejos enemigos a pesar de los armisticios y acuerdos de paz pactados.

Además, las diferencias entre Estados aún por resolver han tenido como consecuencia situaciones duraderas de ocupación a las que se aplican las normas del IV Convenio de Ginebra y del DIH consuetudinario, aunque pocas Potencias ocupantes, o ninguna, reconozcan que en su caso se aplique el derecho de la ocupación. A menos que se encuentren soluciones políticas a las causas iniciales de las ocupaciones que aún perduran, la población civil afectada por estas situaciones seguirá sufriendo las consecuencias del desposeimiento y de la violencia.

II. NOCIÓN Y TIPOLOGÍA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Al tiempo que ha aumentado la complejidad práctica de los conflictos armados, como se señalado en la sección anterior, en los últimos años ha habido controversias jurídicas sobre la noción y la tipología de los conflictos armados. Se ha cuestionado, en especial, la adecuación:

- 1) de los criterios corrientemente utilizados para determinar la existencia de un CAI,
- 2) de la actual clasificación de los conflictos armados, y en especial de los criterios para determinar la existencia de un CANI, y
- 3) del DIH aplicable, así como de su aplicabilidad, en algunos casos.

1) Criterios para determinar la existencia de un conflicto armado internacional

Según el DIH, los CAI son los conflictos en que se enfrentan Estados (o un Estado y un movimiento de liberación nacional siempre que se cumplan ciertas condiciones¹). De conformidad con el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra de 1949, las disposiciones de estos tratados se aplican en todos los casos de guerra declarada o de «cualquier otro conflicto armado que surja» entre dos o varios Estados Partes en esos Convenios, aunque uno de ellos no reconozca el estado de guerra.² Como explica Jean Pictet en sus Comentarios a los cuatro Convenios de Ginebra: «Toda diferencia entre dos Estados que ocasione la intervención de fuerzas armadas es un conflicto armado en el sentido del artículo 2 aunque una de las Partes niegue la existencia del estado de guerra. Ni la duración del conflicto ni la mortandad que éste cause influyen en modo alguno en esa definición».³ En los años que han pasado desde que se aprobaron los Convenios, pocas veces se ha considerado que la duración o la intensidad sean elementos constitutivos para la existencia de un CAI.

Últimamente, sin embargo, se ha puesto en tela de juicio este enfoque, indicando que las hostilidades deben alcanzar cierto grado de intensidad para poder calificarlas de conflicto armado, lo que significa que haría falta cumplir un criterio de intensidad para poder calificar un uso de la fuerza entre Estados como un CAI. Según esta opinión, los usos aislados o

¹ Protocolo adicional I, artículos 1.4 y 96.3.

² De conformidad con el derecho internacional humanitario, la ocupación beligerante es como una especie de conflicto armado internacional. Más adelante, se examinan los desafíos existentes en relación con los criterios para determinar la existencia de una ocupación.

³ Commentary to the Third Geneva Convention, J. Pictet (ed.), CICR, 1960, p. 23.

esporádicos de fuerza armada entre Estados son «incursiones fronterizas», «incidentes navales», «choques», y otras «provocaciones armadas» que no pueden ser clasificados como CAI a causa de la baja intensidad de violencia que acarrear. Por esta razón, esos Estados no las han clasificado explícitamente como CAI.

Además de que domina la opinión jurídica contraria, se reconoce que debería mantenerse la ausencia de un requisito de umbral de intensidad para clasificar una situación como CAI, a fin de evitar controversias de orden jurídico y político sobre si se ha alcanzado el umbral a la luz de los hechos específicos. Por lo que respecta a la protección, también hay razones convincentes para no relacionar la existencia de un CAI con un umbral de violencia. Para ilustrar este punto de vista, basta un solo ejemplo: según el III Convenio de Ginebra, los miembros de las fuerzas armadas de un Estado que se opone a otro que son capturados por las fuerzas armadas del Estado adversario, llenan los requisitos para que les confiera el estatuto de prisioneros de guerra, independientemente de que haya realmente enfrentamientos entre los dos Estados. El estatuto de prisionero de guerra (PG) y el trato que éste debe recibir están bien definidos en el DIH, incluido el hecho de que un PG no será perseguido por actos de guerra lícitos. Es bastante evidente que el personal militar capturado no gozaría de una protección jurídica equivalente solo de conformidad con el derecho interno del Estado detenedor, aunque este ordenamiento esté complementado con el derecho internacional de los derechos humanos.

El hecho de que en una situación particular un Estado no haga explícitamente alusión, por motivos políticos o de otra índole, a un CAI no es óbice para clasificarla jurídicamente como tal. La aplicación del derecho de los conflictos armados internacionales fue separada hace muchas décadas de la necesidad de que se hicieran declaraciones oficiales, a fin de evitar que algún Estado pudiera negarse a ofrecer la protección que asigna ese derecho. Este razonamiento conserva hoy toda su validez.

2) Clasificación de los conflictos armados

En debates recientes y actuales se ha planteado la cuestión de saber si la actual dicotomía del DIH, según la cual los conflictos armados están clasificados como internacionales y no internacionales, es suficiente para abordar nuevas situaciones de hecho, y si hace falta una nueva clasificación de los conflictos.

Cabe recordar que la distinción esencial entre conflicto armado internacional y no internacional es la calidad de las partes implicadas. Mientras que un CAI presupone el uso de fuerza armada entre dos o varios Estados⁴, un CANI implica hostilidades entre un Estado y un grupo armado organizado no estatal (la parte no estatal), o entre grupos de esta índole. En la práctica no hay, aparentemente, ninguna situación de violencia armada entre partes organizadas que no pueda ser equiparada a una de las dos clasificaciones antes mencionadas. Lo que sí se observa es que predominan los CANI, y se puede decir que es una tipología que se ha extendido, como se expondrá más adelante.

Cabe recordar al menos dos criterios concretos para que una situación de violencia pueda ser entendida como un CANI según el artículo 3 común⁵:

- i) las partes implicadas deben tener cierto grado de organización, y
- ii) la violencia debe alcanzar cierto grado de intensidad.

⁴ Salvo en el caso mencionado más arriba, v. nota 1.

⁵ Dado que, de conformidad con el Protocolo adicional II, en un CANI debe cumplirse ciertas condiciones que no están incluidas en las disposiciones del artículo 3 común y que, por consiguiente, no son consideradas comunes, no se examinarán detenidamente en esta sección.

i) El artículo 3 común se refiere expresamente a «cada una de las partes en conflicto», dando a entender con ello que un requisito previo para su aplicación es la existencia de dos partes, como mínimo. Normalmente no es difícil establecer si existe una parte estatal, pero determinar si un grupo armado no estatal constituye una «parte» a efectos del artículo 3 común sí puede plantear dificultades sobre todo por la falta de claridad en los hechos concretos y, en algunas ocasiones, por la ausencia de voluntad política de los Gobiernos de reconocer que están implicados en un CANI. Sin embargo, está ampliamente reconocido que por «parte no estatal en un CANI» se entiende un grupo armado con cierto grado de organización. La jurisprudencia internacional ha elaborado elementos indicativos que sirven de base para considerar el criterio de «organización». Estos incluyen la existencia de una estructura de mando, de normas y mecanismos de disciplina dentro del grupo armado, un centro de operaciones, la capacidad de procurarse, transportar y distribuir armas, la capacidad del grupo de planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares, incluidos los movimientos de las tropas y la logística, capacidad para negociar y pactar acuerdos, por ejemplo un alto el fuego o un acuerdo de paz. Dicho de otra manera, a pesar de que el nivel de violencia en una situación concreta puede ser muy alto (en una situación de disturbios masivos, por ejemplo), no se puede hablar de CANI, a menos que una de las partes sea un grupo organizado.

ii) El segundo criterio al que se recurre habitualmente para saber si hay un conflicto armado según el artículo 3 común es el grado de intensidad que la violencia debe alcanzar. Éste es también un criterio fáctico, cuya evaluación depende de un examen de lo que ocurre sobre el terreno. Según la jurisprudencia internacional, los elementos indicativos para la evaluación incluyen el número de enfrentamientos y la duración e intensidad de cada uno de ellos, el tipo de armas y de otros material militar utilizado, el número y el calibre de las municiones utilizadas, el número de personas y los tipos de fuerzas que participan en los enfrentamientos, el número de bajas, la extensión de la destrucción material y el número de civiles que huyen de las zonas de combate. Asimismo, la eventual intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede dar una idea de la intensidad de un conflicto. Según el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), existe un CANI en el sentido del artículo 3 común cuando hay una violencia armada *prolongada* (sin cursiva en el original) entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos grupos, en el territorio de un Estado. Las subsiguientes decisiones del Tribunal se han basado en esta definición, explicando que el requisito de «prolongado» es, de hecho, parte integrante del criterio de intensidad.

En este contexto, cabe señalar el *Documento de Opinión del CICR*⁶, publicado en 2008, en el cual se definen los CANI como «enfrentamientos armados *prolongados* entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar *un nivel mínimo de intensidad* y las partes que participan en el conflicto deben poseer *un mínimo de organización*».

a) Tipología de los CANI según el artículo 3 común

Ha habido diferentes situaciones de hecho en los CANI que se rigen por el artículo 3 común, especialmente durante los últimos diez años. Un cambio esencial ha sido el incremento de los CANI con un elemento extraterritorial. Por esta razón, se ha cuestionado si la clasificación actual de los conflictos armados es suficiente. A continuación se traza una tipología de los conflictos armados actuales o recientes entre Estados y grupos armados no

⁶ "¿Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario?" (17.03.2008). Puede consultarse en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>

organizados, o entre grupos de esta índole, que pueden ser considerados CANI. Aunque se puede considerar que los cinco primeros tipos de CANI no provocan polémicas, los dos últimos siguen siendo objeto de controversia jurídica.

En primer lugar, hoy sigue habiendo CANI tradicionales o «clásicos» que se rigen por el artículo 3 común, es decir aquellos en que las fuerzas armadas gubernamentales se enfrentan con uno o varios grupos armados organizados en el territorio de un solo Estado. Estos conflictos armados se rigen no sólo por el mencionado artículo, sino también por las normas del DIH consuetudinario.

En segundo lugar, un conflicto armado en que se oponen dos o varios grupos armados organizados entre ellos puede ser considerado un subconjunto de CANI «clásico» cuando tiene lugar en el territorio de un solo Estado. Hay casos que incluyen tanto situaciones en las no hay una verdadera una autoridad estatal (es decir, una situación de Estado «fallido»), como situaciones en que coexisten un CANI entre dos o mas grupos armados organizados y un CAI dentro de las fronteras de un solo Estado. También en este caso, las disposiciones que deben aplicarse al CANI son las del artículo 3 común y las del DIH consuetudinario.

En tercer lugar, también hay CANI que, tras desencadenarse en el territorio de un solo Estado entre fuerza armadas gubernamentales y uno o varios grupos armados organizados, se han «extendido» al territorio de Estados vecinos. Dejando de lado la cuestión jurídica respecto a la incursión en un territorio vecino por parte de fuerzas armadas extranjeras (violaciones de la soberanía y posibles reacciones de las fuerzas armadas del Estado vecino que podrían convertir los enfrentamientos en un CAI), se admite que las relaciones entre las partes en el conflicto que ha pasado del otro lado de una frontera, se sigue rigiendo, como mínimo, por el artículo 3 común y el DIH consuetudinario. Esta posición se basa en el entendimiento de que el desbordamiento de un CANI a un territorio vecino no puede tener por efecto eximir a las partes del cumplimiento de las obligaciones que les impone el DIH solo porque se ha pasado una frontera internacional. El consiguiente vacío jurídico privaría de protección tanto a los civiles posiblemente afectados por los enfrentamientos como a las personas que caen en poder del enemigo.

En cuarto lugar, sobre todo durante los últimos diez años, han surgido CANI que podrían llenar los requisitos para ser considerados «multinacionales». Se trata de conflictos armados en que fuerzas armadas multinacionales combaten junto con las fuerzas armadas de un Estado «receptor» –en el territorio de este último– contra uno o varios grupos armados organizados. Dado que en el conflicto armado no se enfrentan dos o varios Estados o, dicho de otro modo, dado que todos los Estados que intervienen están de la misma parte, el conflicto debe ser clasificado como no internacional, sin tener en cuenta el componente internacional, el cual puede ser a veces significativo. Un ejemplo actual es la situación en Afganistán (a pesar de que el conflicto armado fue, al comienzo, de índole internacional). La base jurídica aplicable está constituida por el artículo 3 común y el DIH consuetudinario.

En quinto lugar, un subconjunto de CANI multinacionales está constituido por los conflictos en que las fuerzas de las Naciones Unidas o fuerzas bajo la égida de una organización regional (como la Unión Africana) son enviadas a apoyar a un Gobierno «receptor» implicado en hostilidades contra uno o varios grupos armados organizados en su territorio (véase también, más adelante, Sección IV. 3). Esta situación plantea diversos cuestionamientos de orden jurídico en relación, por ejemplo, con el régimen que rige la conducta de la fuerza multinacional y la aplicabilidad de la Convención de 1994 sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas. Se admite que si las fuerzas de las Naciones Unidas o de una organización regional llegan a ser partes en un CANI, tienen la obligación de respetar las disposiciones del DIH, es decir, las del artículo 3 común y las del DIH consuetudinario. Este aspecto se examinará detenidamente en el presente informe.

En sexto lugar, se puede decir que existe un CANI («transfronterizo») cuando las fuerzas de un Estado han trabado hostilidades con una parte no estatal que opera a partir del territorio de un Estado «receptor» vecino, pero sin el control o apoyo de este Estado. La guerra de 2006 entre Israel y Hezbolá fue un caso bastante polémico tanto en los hechos como jurídicamente. Dio lugar a opiniones contrapuestas sobre la clasificación jurídica de las hostilidades ocurridas entonces. Es posible clasificar esas opiniones en tres amplias categorías: 1) los enfrentamientos eran un CAI, 2) los enfrentamientos eran un CANI, y 3) había dos conflictos armados al mismo tiempo entre las diferentes partes: un CAI entre Israel y Líbano y un CANI entre Israel y Hezbolá. El propósito de la «doble clasificación» era tener en cuenta la realidad sobre el terreno, que era la siguiente: gran parte de las hostilidades tuvieron lugar entre un Estado y un grupo armado organizado que combatía desde el otro lado de un límite internacional y cuyas acciones no podían ser atribuidas al Estado receptor. Una situación como ésta era difícilmente imaginable cuando se redactó el artículo 3 común; sin embargo, la tesis es que tanto el artículo 3 común como el DIH consuetudinario constituían la normativa jurídica aplicable a esas dos situaciones paralelas, además de que se aplicaba el derecho de los CAI entre los dos Estados.

Un séptimo y último tipo de CANI que, según algunas opiniones, existe actualmente, es un conflicto armado a través de muchos Estados entre Al Qaeda y sus «seguidores» y «adherentes» y los Estados Unidos («transnacional»). Cabe recordar que el CICR no comparte la opinión de que exista o haya existido un conflicto con dimensiones globales. Desde los aterradores ataques del 11 de septiembre de 2001, el CICR ha hablado de una «lucha contra el terrorismo» polifacética. Este esfuerzo conlleva toda una serie de medidas contra el terrorismo que van de respuestas no violentas -como colecta de información de inteligencia, sanciones económicas, cooperación judicial y de otra índole-, hasta, en último extremo, el uso de la fuerza. En este último caso, el CICR ha analizado separadamente cada situación de violencia en la lucha contra el terrorismo para efectuar su clasificación jurídica. Algunas situaciones han sido clasificadas como CAI; en otros contextos, como CANI, mientras que se ha considerado que los diferentes actos de terrorismo que tienen lugar en el mundo son ajenos a un conflicto armado. Hay que tener presente que las normas del DIH que rigen el uso de la fuerza y la detención por razones de seguridad son menos restrictivas que las normas aplicables en situaciones ajenas a un conflicto armado, las cuales se rigen por otros ordenamientos jurídicos. Como se señala en el informe sobre «*El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*» presentado a la Conferencia Internacional de 2007, se considera inapropiado e innecesario aplicar el DIH a situaciones que no son de conflicto armado.⁷

b) Clasificación de las situaciones de violencia como consecuencia del crimen organizado

El fenómeno del crimen organizado como tal, que es complejo y polifacético, no entra en el ámbito de este informe. Sin embargo, se menciona a causa del actual cuestionamiento sobre su índole jurídica. Para los fines de este informe se entiende por «crimen organizado» todas las que actividades ilícitas llevadas a cabo por organizaciones criminales y bandas territoriales, incluidas las actividades que tienen como consecuencia el recurso a la violencia armada.⁸ En algunos casos, ésta es el resultado de la lucha entre grupos armados que buscan hacerse con el control de mercados y/o territorio, a fin de mantener actividades ilegales. En muchos otros casos, la violencia puede ser la consecuencia de acciones emprendidas por Gobiernos para eliminar las organizaciones criminales o para volver a

⁷ Véase informe del CICR sobre *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos* presentado a la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2007, 30IC/07/4, p. 9.

⁸ Cabe señalar que todos los actos de violencia que un grupo armado no estatal organizado cometa en un CANI están normalmente prohibidos por los derechos internos. Por esta razón, es difícil hacer una distinción basada en la ilegalidad de las actividades.

hacerse con el control del territorio por medio de fuerzas militares o de policía. En algunos contextos, los dos tipos de enfrentamiento armado han alcanzado un alto grado de intensidad, a causa de la utilización de armas pesadas y por el número de bajas que han ocasionado. La cuestión es saber si la violencia a que da lugar el crimen organizado y la forma en que se responde a él se pueden considerar un conflicto armado según el DIH y, en especial, si los grupos armados implicados en el crimen organizado pueden ser partes en un conflicto armado.

La respuesta dependerá de los dos criterios principales utilizados para determinar la existencia de un CANI, señalados más arriba, a saber: el nivel de organización de las fuerzas implicadas y la intensidad de la violencia. Se puede decir que en muchos contextos se cumple el primer criterio. Los grupos criminales cuentan, a menudo, con una estructura de mando, un centro de operaciones, la capacidad de procurarse armas y de planificar operaciones, etc. En cuanto al criterio de intensidad de la violencia, determinar en la práctica si se ha alcanzado el umbral de un CANI es a veces más difícil. La evaluación debe hacerse analizando cada caso por separado, sopesando una serie de datos indicativos. Elementos pertinentes son, por ejemplo, la índole colectiva de los enfrentamientos o el hecho de que el Estado esté obligado a recurrir a sus fuerzas armadas para hacer frente a la situación. También puede tenerse en cuenta la duración de los enfrentamientos armados y su frecuencia, la índole de las armas utilizadas, el desplazamiento de población, el control territorial por parte de grupos armados, la cantidad de víctimas y otros elementos análogos.

Según algunas opiniones, las características específicas de los grupos implicados en actividades estrictamente criminales militan contra el hecho de considerar que el crimen organizado y la forma en que debe responderse a éste sean considerados CANI. Según ellos, las situaciones en que los implicados son únicamente organizaciones criminales como «mafias» o bandas criminales no se clasifican como CANI, porque solo los grupos armados organizados que tengan objetivos políticos pueden ser una parte legítima en un CANI. Cabe señalar que este punto de vista no se fundamenta en una interpretación estrictamente jurídica. Según el DIH, la motivación de los grupos organizados en una situación de violencia armada no es un criterio para determinar la existencia de un conflicto armado. En primer lugar, incluir ese criterio significaría abrir la puerta a una cantidad de razones basadas en motivaciones posiblemente numerosas. En segundo lugar, el objetivo político es un criterio difícil de aplicar en muchos casos, ya que, en la práctica, las motivaciones reales de los grupos armados no siempre son fácilmente discernibles; y lo que vale como objetivo político sería materia de controversia. Por último, no siempre es clara la distinción entre organizaciones políticas y criminales, pues no es excepcional que las organizaciones que luchan por fines políticos realicen al mismo tiempo actividades criminales, y viceversa.

Huelga decir que la clasificación jurídica de la violencia tiene importantes consecuencias prácticas, puesto que determina la normativa jurídica aplicable, en especial las reglas que deben observarse en el uso de la fuerza. Si se considera que una situación alcanza el umbral de un CANI, se aplica el DIH relativo a la conducción de las hostilidades, y tanto las fuerzas gubernamentales como las organizaciones criminales partes en ese conflicto tienen la obligación de respetarlo. Si está por debajo del umbral de un CANI, las autoridades estatales deben respetar las normas internacionales de los derechos humanos que deben aplicarse en las operaciones de mantenimiento del orden público. Las organizaciones criminales no están obligadas a cumplir estas normas, pero sí a respetar el derecho interno, incluida la legislación pertinente del derecho penal. Las diferencias entre las normas del DIH y del derecho de los derechos humanos se tratan más detenidamente en las secciones relativas a la influencia recíproca entre el DIH y el derecho de los derechos humanos.

3) Derecho aplicable

A veces se ha puesto en tela de juicio la adecuación del DIH no solo por lo que respecta a su capacidad para cubrir las nuevas realidades de la violencia armada organizada en las clasificaciones que se utilizan actualmente, sino también a la existencia de un conjunto suficiente de normas substantivas y a su aplicabilidad a una situación concreta. La cuestión tiene más interés en el caso de los conflictos armados no internacionales que en los internacionales.

En general, no se pone en duda que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I para los Estados Partes en éste, así como las normas del derecho internacional humanitario consuetudinario, siguen siendo una base de referencia útil para regular la conducta de los Estados que participan en un CAI. Como se señala en el informe sobre *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos* que el CICR presentó a la Conferencia Internacional en 2007, las normas y los principios básicos que rigen la conducción de las hostilidades y el trato que deben recibir las personas en poder del enemigo (los dos principales ámbitos del DIH), continúan reflejando un equilibrio razonable y pragmático entre la exigencia de necesidad militar y las exigencias de humanidad. Las normas están redactadas de forma detallada y han resistido al paso del tiempo; asimismo están ampliamente aceptadas, como lo pone de relieve el hecho de que cada país del mundo es hoy Parte en los Convenios de Ginebra y de que casi todos son también Partes en el Protocolo adicional I. Se siguen completando los tratados fundamentales con otras codificaciones, especialmente en el ámbito de las armas. Esto no significa, por supuesto, que el derecho de los CAI no pueda ser mejorado mediante el esclarecimiento y/o la interpretación. Estados, organizaciones internacionales, el CICR, grupos de expertos y otros entes, incluidos tribunales y cortes nacionales e internacionales, despliegan esfuerzos con ese fin.

Como es sabido, las disposiciones convencionales que rigen los CANI son mucho menos numerosas que las que regulan los CAI y no pueden responder forma adecuada a la multitud de cuestiones jurídicas y de protección que se plantean en la práctica. Se ha dicho que los CANI no están reglamentados de forma sustancial porque la aplicación del artículo 3 común está limitada, geográficamente, al territorio de un Estado parte en un conflicto armado. Esta opinión no es correcta porque las disposiciones de ese artículo son, sin duda alguna, normas de derecho consuetudinario y porque el DIH consuetudinario contiene muchas otras normas que son aplicables a un CANI. El Estudio que el CICR hizo sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, publicado en 2005 (en inglés, y en 2007, en español), a solicitud de la Conferencia Internacional celebrada diez años antes, llegó a la conclusión de que 148 normas consuetudinarias de 161 se aplicaban también en los CANI. Estas normas son una fuente adicional para determinar las obligaciones tanto de los Estados como de los grupos armados organizados no estatales.

Las normas del DIH consuetudinario son muy importantes porque ofrecen una orientación jurídica a las partes en todos los tipos de CANI, incluidos los que tienen el elemento extraterritorial mencionado más arriba. En virtud del derecho consuetudinario, los principios y normas básicos del DIH que regulan la conducción de las hostilidades son, con muy pocas excepciones, esencialmente idénticas para todos los conflictos, independientemente de la clasificación. Lo mismo vale por lo que respecta a las normas que regulan los diferentes aspectos de la detención, a excepción de las garantías procesales en caso de internamiento en un CANI, como se explicará más adelante. La opinión del CICR sobre la forma en que puede fortalecerse el derecho relativo a la detención se trata en el informe *El fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados* ya mencionado más arriba, en el cual se destacan también otros ámbitos del derecho que sería útil examinar más a fondo.

Aunque determinar el derecho aplicable es sin duda importante, lo es mucho más que los Estados reconozcan su aplicabilidad cuando se cumplen los criterios fácticos necesarios. En su informe de 2007 sobre *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*, el CICR observaba la tendencia de algunos Estados a ampliar la aplicación de DIH a situaciones que, de hecho, no constituían conflictos armados. Hoy se advierte otra tendencia igualmente preocupante, que adopta dos formas. Una es que algunos Estados rechazan la aplicabilidad del DIH a las situaciones que, de hecho, pueden constituir un CANI, y prefieren llamarlas operaciones de «lucha contra el terrorismo», las cuales están sujetas a otros regímenes de derecho. La otra es que Estados que antes reconocían que actuaban en una situación de CANI contra un grupo armado no estatal, han repudiado esa clasificación, y también han declarado que, en lo sucesivo, aplicaban una normativa destinada a luchar contra el terrorismo.

En ambos casos, el planteamiento parece basarse, esencialmente, en la presunción de que reconocer la existencia de un CANI (o su continuación) legitima a la parte no estatal otorgándole un estatuto jurídico particular. Cabe señalar que el DIH no corrobora esta presunción, ya que, según el artículo 3 común, la aplicación de sus disposiciones «no afectarán el estatuto jurídico de las Partes en conflicto [armado no internacional]».⁹

La finalidad del artículo 3 común es regular el trato que deben recibir las personas en poder del adversario, mientras que, como ya se ha señalado, otras normas del DIH consuetudinario aplicable a los CANI rigen la conducción de las hostilidades. Cuando los Estados niegan la aplicabilidad del DIH en un CANI, privan a las personas civiles y al propio personal que pueda estar detenido por una parte no estatal de la protección de la única rama del derecho internacional que inequívocamente impone obligaciones a los grupos armados no estatales y cuya violación puede ser sancionada en el plano internacional. Como se discutirá más adelante, no se considera, en general, que los grupos armados no estatales estén obligados a respetar el derecho de los derechos humanos, y su falta de voluntad para aplicar el derecho interno en la práctica puede inferirse del hecho de que han tomado las armas contra el Estado. Sin embargo, la aplicabilidad del DIH a una situación determinada de ninguna manera obsta para que los miembros de la parte no estatal sigan estando legalmente sujetos al derecho interno y puedan ser enjuiciados de conformidad con éste derecho por los crímenes que puedan haber cometido. Precisamente en esto pensaban los redactores del artículo 3 común cuando establecieron que la aplicación de sus disposiciones no afecta el estatuto jurídico de las partes en conflicto, y es lo que se pasa por alto cuando se rechaza su aplicabilidad, en detrimento de las víctimas de los conflictos armados.

III. INFLUENCIA RECÍPROCA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para examinar la influencia recíproca entre el DIH y el derecho de los derechos humanos es necesario adoptar un enfoque estrictamente jurídico a causa, entre otras cosas, de las

⁹ Véase también *Commentary to the Fourth Geneva Convention*, artículo 3, J. Pictet (ed.), CICR, 1956, p. 44. "Por consiguiente, el hecho de aplicar el artículo 3 común no constituye en sí reconocimiento alguno por parte de un Gobierno legítimo de que la parte adversaria tengan algún poder; de ninguna manera limita el derecho del Gobierno a reprimir una rebelión por todos los medios—incluidas las armas—estipulados en sus propias leyes; tampoco afecta en modo alguno el derecho del Gobierno a perseguir, enjuiciar y condenar a sus adversarios por los crímenes que éstos hayan cometido, según sus propias leyes. Del mismo modo, el hecho de que la parte adversaria, cualquiera que ésta sea o cualquier calificación que se atribuya a sí misma o reclame, aplique el artículo no le asigna derecho alguno a una protección especial o a una inmunidad."

consecuencias prácticas que puede tener sobre la conducción de las operaciones militares. Es imposible abordar exhaustivamente en este informe la relación entre estas dos ramas del derecho internacional y se destacarán solo los aspectos más importantes.

1) De la influencia recíproca en general

No cabe duda de que algunas de las finalidades del DIH y del derecho de los derechos humanos son las mismas, esto es, proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas. Es de aceptación general que el DIH y el derecho de los derechos humanos son regímenes jurídicos complementarios, a pesar de que tienen un ámbito de aplicación diferente. Mientras que el derecho de los derechos humanos se aplica en todo tiempo (y constituye, por consiguiente, una *lex generalis*), la aplicación del DIH comienza solo cuando hay un conflicto armado (por lo tanto, constituye una *lex specialis*).

A pesar de que se ha puesto en tela de juicio el significado e incluso la utilidad de la doctrina de la *lex specialis*, se considera que esta herramienta interpretativa sigue siendo indispensable para determinar la influencia recíproca entre el DIH y el derecho de los derechos humanos. Si bien estas dos ramas del derecho internacional son, en general, complementarias, la noción de complementariedad no siempre responde a las intrincadas cuestiones jurídicas que se plantean sobre el terreno, en casos concretos. Las situaciones de conflicto armado no pueden equipararse a las situaciones en tiempo de paz, y algunas normas del DIH y de los derechos humanos tienen efectos conflictivos cuando se aplican a los mismos hechos, porque reflejan la realidad diferente para la que se elaboró cada normativa. Más adelante, se darán ejemplos prácticos de esos casos, así como de aquellos en que la aplicación del DIH y del derecho de los derechos humanos tiene consecuencias análogas.

Cabe destacar, sin embargo, grandes diferencias de índole general entre el DIH y el derecho de los derechos humanos. La primera es que el derecho de los derechos humanos obliga *de iure* solo a los Estados, como demuestra el hecho de que los tratados de derechos humanos y otras fuentes de las normas de derechos humanos no crean obligaciones para los grupos armados no estatales.¹⁰

El derecho de los derechos humanos regula explícitamente la relación entre un Estado y las personas en su territorio y/o sujetas a su jurisdicción (una relación esencialmente «vertical»), imponiendo obligaciones a los Estados para con los individuos en toda una serie de conductas. En cambio, el DIH de los conflictos armados no internacionales impone expresamente obligaciones tanto a los Estados como a los grupos armados organizados no estatales, como queda de relieve en el artículo 3 común, el cual enumera las obligaciones de las «partes» en un CANI. El DIH asigna iguales derechos y obligaciones al Estado y a la parte no estatal en interés de todas las personas que puedan verse afectadas por su conducta (una relación esencialmente «horizontal»). Esto no significa, por supuesto, que el Estado y la parte no estatal estén en pie de igualdad según el derecho interno, ya que los miembros de los grupos armados no estatales, como ya se ha señalado, siguen estando sujetos al derecho interno y pueden ser perseguidos por los crímenes estipulados en él.

¹⁰ Si bien el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hace a veces "llamamientos" a partes no estatales en un CANI en sus resoluciones, a fin de que respeten los derechos humanos, esos no pueden tener como efecto jurídico alterar la estructura del derecho de los derechos humanos, el cual impone explícitamente obligaciones solo a los Estados. Cabe reconocer que el alcance jurídico exacto de este aspecto de las resoluciones del Consejo es poco claro, a causa también de la renuencia de los Estados a reconocer la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a los grupos armados no estatales.

Aparte de los aspectos estrictamente jurídicos, hay consideraciones prácticas que limitan la aptitud de los grupos armados no estatales para aplicar el derecho de los derechos humanos. Esos grupos, en su mayoría, no tienen la capacidad necesaria para cumplir todas las obligaciones que impone el derecho de los derechos humanos porque no pueden desempeñar funciones de tipo gubernamental sobre las que se fundamenta la aplicación de las normas de derechos humanos. En casi todos los CANI, la parte no estatal carece del aparato adecuado para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos dimanantes de tratados y de normas no convencionales («soft law» – «derecho indicativo»). En cualquier caso, casi todas, y probablemente todas, las obligaciones del derecho de los derechos humanos que un grupo armado no estatal poco estructurado podría cumplir en la práctica ya son de obligatorio cumplimiento en virtud de las disposiciones correspondientes del DIH. Sin embargo, cabe señalar que la excepción a los casos antes mencionados, es la situación en que un grupo, generalmente porque controla un territorio de forma estable, tenga la capacidad de actuar como una autoridad estatal y se puedan reconocer *de facto sus responsabilidades* en relación con los derechos humanos.

La segunda diferencia más importante entre el DIH y el derecho de los derechos humanos es el respectivo alcance extraterritorial.

Es indudable que el DIH de los conflictos armados internacionales se aplica de forma extraterritorial, pues su propósito mismo es regular la conducta de uno o varios Estados implicados en un conflicto armado en el territorio de otro. El mismo razonamiento es válido en los CANI con un elemento extraterritorial, porque no se puede eximir a las partes en estos conflictos de las obligaciones que impone el DIH cuando el conflicto va más allá del territorio de un solo Estado si se espera que este conjunto de normas tenga un efecto protector.

A pesar de unas cuantas opiniones disidentes importantes, está ampliamente aceptado que los derechos humanos se aplican extraterritorialmente según, *inter alia*, los fallos de tribunales y cortes internacionales y regionales. Sin embargo, queda aún por saber en qué medida se aplican. La jurisprudencia más amplia es la del sistema europeo de derechos humanos, pero su desarrollo continúa: mientras que los Estados del Consejo de Europa estaban determinados a «cumplir» sus obligaciones en el extranjero cuando actuaban en relación con la detención, basándose en el control efectivo sobre las personas o sobre el territorio en cuestión, aún no hay jurisprudencia respecto a la aplicación extraterritorial de las normas de derechos humanos sobre el uso de la fuerza.

En este contexto, cabe recordar que la aplicación extraterritorial del derecho de los derechos humanos concierne solo a los Estados. No se ha sugerido que los grupos armados no estatales tengan obligaciones extraterritoriales en relación con los derechos humanos cuando cruzan una frontera internacional, debido a las razones de orden jurídico y de otra índole ya mencionadas.

La tercera diferencia importante entre las normas del DIH y el derecho de los derechos humanos es su eventual derogación. Mientras que las normas del DIH son inderogables, los Estados pueden suspender, con ciertas condiciones, la aplicación de algunas obligaciones dimanantes de tratados de derechos humanos.

2) De la influencia recíproca específica: detención y uso de la fuerza

A efectos de este informe, se examinará brevemente la influencia recíproca entre el DIH y el derecho de los derechos humanos en relación con dos grupos de normas de interés fundamental en las situaciones de conflicto armado: las normas relativas a la detención de personas y al uso de la fuerza.

a) Detención

La detención es una incidencia legal e inevitable en un conflicto armado. Está regulada por un gran número de disposiciones del DIH que buscan dar una expresión específica al amplio principio de trato humano. Para simplificar, es posible dividir estas normas en cuatro grupos.

i) Normas relativas al tratado debido a los detenidos (en sentido estricto)

Estas normas tienen como finalidad proteger la integridad física y mental de las personas privadas de libertad, cualquiera que sea el motivo. Incluyen la prohibición del homicidio, la tortura¹¹, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la mutilación, los experimentos médicos o científicos, así como otras formas de violencia a la vida y la salud. Todos estos actos están prohibidos en virtud tanto del DIH como del derecho de los derechos humanos.

ii) Normas relativas a las condiciones materiales de detención

El propósito de estas normas es velar por que las autoridades detenedoras atiendan debidamente a las necesidades físicas y mentales de los detenidos en relación con los alimentos, alojamiento, salud, higiene, contactos con el exterior, culto, etc. El DIH convencional y el DIH consuetudinario contienen una serie sustancial de normas relativas a las condiciones de detención, al igual que el «derecho indicativo» de los derechos humanos. Se puede hacer una lista de normas comunes a los dos derechos.

iii) Derechos a ser juzgado equitativamente

Las personas detenidas por la comisión de un presunto delito tienen derecho a ser juzgadas de forma equitativa. La lista de los derechos a un juicio equitativo es casi idéntica en el DIH y el derecho de los derechos humanos. Hay que reconocer que el artículo 3 común, contrariamente a las disposiciones de los Convenios de Ginebra III y IV, no contiene garantías específicas en materia judicial; sin embargo, está ampliamente aceptado que el artículo 74 del Protocolo adicional I –redactado según las correspondientes disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996– puede considerarse como una norma de derecho consuetudinario aplicable en todo tipo de conflicto armado. El DIH refuerza las correspondientes disposiciones de derechos humanos, puesto que no autoriza derogación alguna del derecho a un juicio equitativo en las situaciones de conflicto armado.

iv) Garantías procesales en caso de internamiento

A efectos de este informe, por internamiento se entiende la detención sin inculpación penal de una persona porque ella o su actividad representa una grave amenaza para la seguridad de la autoridad detenedora en un conflicto armado. Las diferencias entre el DIH aplicable a los CAI y los CANI y las normas del derecho de los derechos humanos existen en el contexto de las garantías procesales y es en éste que se plantea la cuestión de la influencia recíproca entre estos dos conjuntos de derecho internacional.

Fuera de un conflicto armado, la detención sin inculpación penal (es decir, administrativa) es realmente excepcional. En la gran mayoría de los casos, la privación de libertad ocurre

¹¹ Según el DIH, está prohibido el recurso a la tortura tanto por un Estado como por una parte no estatal en un conflicto armado; mientras que en el derecho de los derechos humanos, la tortura está definida como un sufrimiento o daño físico o mental por parte de agentes estatales o por personas cuyos actos pueden ser atribuidos al Estado. Sin embargo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional abandonó el requisito de la intervención de un Estado en la tortura en su definición de tortura como crimen de lesa humanidad, pero exige que haya una política de una organización.

cuando se sospecha que una persona ha cometido un delito. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza el derecho a la libertad de una persona y dispone que toda persona detenida, cualquiera que sea el motivo, tiene derecho a que se examine judicialmente la legalidad de su detención. Éste ámbito del derecho de los derechos humanos se basa en la presunción de que las cortes funcionan normalmente, el sistema judicial puede hacer frente al arresto masivo de personas, se dispone de asesoramiento jurídico, y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tienen la capacidad de desempeñar sus tareas, etc.

Dado que las situaciones de conflicto armado son una realidad diferente, el DIH contiene disposiciones diferentes.

Internamiento en caso de CAI

En caso de conflicto armado internacional, el DIH autoriza el internamiento de los prisioneros de guerra y, con algunas condiciones, de las personas civiles.

Los PG son esencialmente combatientes capturados por la parte adversaria en un CAI. Un combatiente es un miembro de las fuerzas armadas de una parte en un CAI que tiene «derecho a participar directamente en las hostilidades». Esto significa que puede hacer uso de la fuerza contra, por ejemplo, un objetivo y matar o herir a las otras personas que participan directamente en las hostilidades y destruir los otros objetivos militares enemigos. Dado que esa actividad es obviamente perjudicial para la seguridad de la parte adversaria, el III Convenio de Ginebra dispone que un Estado detenedor «puede internar a los prisioneros de guerra». En general, no da lugar a polémicas el hecho de que un Estado detenedor no esté obligado a examinar, de forma judicial o de otra manera, la legalidad del internamiento de un PG mientras haya hostilidades activas, porque el estatuto de combatiente adversario denota que una persona es *ipso facto* una amenaza para la seguridad.¹² Una vez que cesan las hostilidades activas, debe terminar el internamiento de los PG y éstos deben ser liberados, a menos que estén siendo procesados judicialmente o estén cumpliendo una condena judicial.

Según el IV Convenio de Ginebra, el internamiento y la residencia forzosa son las «medidas de control» más severas que pueda tomar un Estado respecto de personas civiles cuya actividad se considera una amenaza para su seguridad. No se discute el hecho de que las personas civiles que participan directamente en las hostilidades forman parte de esta categoría (a pesar de que solo los combatientes están explícitamente autorizados en virtud del DIH a participar directamente en las hostilidades, la realidad es que las personas civiles a menudo también lo hacen, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales¹³).

La conducta de otras personas civiles, aparte de la participación directa en las hostilidades, también puede llegar a constituir una grave amenaza a la seguridad de una Potencia detenedora. En cuanto al proceso de apelación, el IV Convenio de Ginebra dispone que un civil internado en un CAI tiene derecho a apelar contra la decisión de internamiento (a oponerse a ella), a que la apelación sea atendida en el más breve plazo posible por un tribunal o consejo administrativo, y a que la decisión se someta periódicamente a revisión de forma automática, cada seis meses. El internamiento civil debe cesar tan pronto como desaparezcan los motivos del internamiento. En cualquier caso, debe cesar «lo más rápidamente posible después de finalizadas las hostilidades».

¹² Sin embargo, para obtener la liberación de un PG que está detenido a pesar de que hayan cesado las hostilidades activas (lo que es una infracción grave del DIH) podría solicitarse el examen judicial de conformidad con el derecho interno del Estado detenedor.

¹³ Véase, más adelante, la sección sobre la participación directa en las hostilidades.

Se reconoce que la influencia recíproca entre las normas de DIH y derechos humanos que rigen las garantías procesales en el caso de internamiento en un CAI debe resolverse tomando en cuenta la *lex specialis*, que son las disposiciones pertinentes del DIH elaboradas especialmente con ese fin.

Internamiento en caso de CANI

El artículo 3 común no contiene disposiciones sobre las garantías procesales para las personas internadas en un CANI, a pesar de que tanto Estados como grupos armados no estatales recurren al internamiento. El Protocolo adicional II menciona explícitamente el internamiento, con lo cual queda confirmado que es una forma de privación de libertad inherente a un CANI, pero no indica cuáles son las razones para un internamiento y tampoco los derechos procesales. Debido a la falta de especificidad del DIH y algunas cuestiones no resueltas respecto a la aplicación del derecho de los derechos humanos señaladas más arriba, es necesario analizar la influencia recíproca del DIH y de los derechos humanos examinando cada caso por separado. Se abordarán sólo unos cuantos desafíos jurídicos.

En un CANI tradicional que tiene lugar en el territorio de un Estado entre fuerzas armadas gubernamentales y uno o más grupos armados no estatales, el derecho interno, que reflejará las obligaciones del Estado en relación con los derechos humanos y el DIH, es el ordenamiento que contiene las garantías procesales que debe garantizar el Estado a los miembros de esos grupos que estén detenidos. Cabe señalar que, según algunas opiniones, el derecho interno no puede autorizar la detención por motivos ajenos a una infracción penal en caso de conflicto armado sin suspender la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aunque la legislación correspondiente del Estado disponga el recurso judicial como se dispone en el artículo 9 (4) del Pacto. Según otras opiniones, la suspensión de la aplicación del Pacto sería necesaria si el Estado suspendiera el derecho al *habeas corpus* y dispusiera solo el examen administrativo del internamiento en el caso de un CANI (lo que estaría autorizado por el DIH). Según otros puntos de vista, el derecho al *habeas corpus* nunca puede ser suspendido, lo que se considera apropiado en tiempo de paz, lo cual no siempre se ajusta a la realidad de un conflicto armado.¹⁴

Determinar el ordenamiento jurídico que rige el internamiento es mucho más complicado en los CANI en que Estados combaten junto con las fuerzas de un Estado receptor en el territorio de este último (esto es, un CANI multinacional). Las dificultades que surgen en esta situación, además de la mencionada más arriba, incluyen las siguientes: es posible que no todos los Estados miembros de una coalición estén en vinculados por los mismos tratados de derechos humanos; el alcance extraterritorial que tiene el derecho de los derechos humanos no es claro y no se sabe si los Estados que intervienen deben suspender sus obligaciones en relación con los derechos humanos para poder detener a personas en el extranjero sin derecho al *habeas corpus* (en la práctica, no se ha dado el caso de que algún Estado lo suspenda).

Aparte de las obligaciones estatales, cabe recordar que la otra parte en un CANI es un grupo armado organizado no estatal o varios de estos grupos. El derecho interno no los autoriza a detener o a internar a miembros de las fuerzas armadas estatales (ni a otras personas), y el derecho de los derechos humanos tampoco contiene una base legal para la detención por parte de grupos armados no estatales. Por consiguiente, una parte no estatal no está obligada a otorgar el *habeas corpus* a las personas que pudiera capturar y detener/internar (ni podría hacerlo en la práctica, excepto en el caso de que un grupo, generalmente porque controla un territorio de forma estable, tenga la capacidad de actuar

¹⁴ Lo que ocurre especialmente en los "CANI multinacionales», véase el párrafo a continuación.

como una autoridad estatal y se puedan reconocer *de facto sus responsabilidades* en relación con los derechos humanos). Por lo tanto, la proposición de que se debe recurrir al derecho de los derechos humanos cuando no hay disposición alguna sobre una cuestión particular en el DIH –como las garantías procesales en caso de internamiento– no toma en consideración los límites prácticos y jurídicos de la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a las partes no estatales en un CANI.

Los retos prácticos y jurídicos que plantea la detención en los CANI siguen dando lugar a grandes debates jurídicos, así como a discusiones sobre la forma de abordarla. Para orientar a sus delegaciones cuando entablen un diálogo al respecto con los Estados y los grupos armados no estatales respecto a las operaciones, el CICR adoptó, en 2005, una opinión institucional titulada «Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna». Este documento, que se basa en el derecho y la doctrina, se adjuntó al informe del CICR sobre *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos* que se presentó a la Conferencia Internacional de 2007. Sin embargo, sigue sin respuesta la cuestión de saber si es necesario elaborar normas sobre la detención, incluidas las que regulan las garantías procesales en caso de internamiento en un CANI, mediante un mayor desarrollo del DIH. El CICR considera que es oportuno hacerlo, como lo señala en su informe sobre *El fortalecimiento de la protección jurídica debida a las víctimas de los conflictos armados*, presentado también a la XXXI Conferencia Internacional

b) Uso de la fuerza

Las diferencias más grandes entre el DIH y el derecho de los derechos humanos se relacionan con las normas que rigen el uso de la fuerza.

Las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades reconocen que el uso de la fuerza letal es inherente a la guerra. La razón es que el objetivo último de las operaciones militares es dominar a las fuerzas armadas del enemigo. Las partes en un conflicto armado están por lo tanto autorizadas, o en todo caso no tropiezan con impedimentos jurídicos, a atacar los objetivos militares del adversario, incluido el personal militar. La violencia dirigida contra esos objetivos no está prohibida por el DIH, independientemente de que esa sea ocasionada por un Estado o una parte no estatal en un conflicto armado. Los actos de violencia contra las personas civiles y los bienes de carácter civil son, en cambio, ilícitos, porque una de las finalidades del DIH es preservarlas de los efectos de las hostilidades. Las normas fundamentales sobre la conducción de las hostilidades fueron elaboradas minuciosamente para que reflejaran la realidad de un conflicto armado. La primera es el principio de distinción, según el cual las partes en un conflicto armado deben hacer distinción, en todo momento, entre población civil y bienes de carácter civil y objetivos militares y dirigir los ataques únicamente contra estos últimos. Basándose en el principio de distinción, el DIH también prohíbe, entre otros, los ataques indiscriminados, así como los ataques desproporcionados (véase más adelante), y obliga a las partes a observar una serie de normas de precaución en el ataque para evitar o reducir todo lo posible las lesiones y los daños a las personas civiles y los bienes de carácter civil.

El derecho de los derechos humanos tiene como finalidad proteger a las personas contra los abusos de poder por parte del Estado y no depende de la noción de la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado, sino del mantenimiento del orden público. Las normas sobre el uso de la fuerza en este último caso orientan esencialmente sobre la forma en que el Estado protege la vida cuando es necesario prevenir delitos, efectuar o ayudar en la detención legal de delincuentes o presuntos delincuentes y mantener el orden público y la seguridad. La línea fundamental, en cuanto al uso de la fuerza letal de conformidad con los principios relativos al cumplimiento de la ley que se rigen por el derecho de los derechos humanos, es que se puede recurrir intencionalmente a la fuerza letal para

proteger la vida solo como último recurso, cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto (pero siempre se debe disponer de esos otros medios). Las normas de los derechos humanos dimanantes del derecho indicativo y la jurisprudencia también dejan claro que la norma de necesidad «estricta» o «absoluta» acompaña a cualquier uso de la fuerza letal, lo que significa que el uso intencional de la fuerza letal no debe exceder lo que sea estricta o absolutamente necesario para proteger la vida.

EL principio de proporcionalidad, cuyo acatamiento es esencial para la conducción tanto de operaciones militares como de mantenimiento del orden público, no fue concebido de la misma forma en DIH y en el derecho de los derechos humanos. El DIH prohíbe los ataques contra objetivos militares «cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista». La principal distinción entre las correspondientes normas de DIH y de derechos humanos es que la finalidad del principio de proporcionalidad del DIH es limitar los daños incidentales ('colaterales') para proteger a las personas y los bienes, reconociendo, no obstante, que se puede llevar a cabo una operación aunque se pueda causar ese daño, siempre que no sea excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. En cambio, cuando un agente estatal utiliza la fuerza contra un individuo de conformidad con el derecho de los derechos humanos, el principio de proporcionalidad modera esa fuerza tomando en cuenta el efecto que ésta tiene sobre la persona misma, lo que lleva a la necesidad de utilizar la menor cantidad de fuerza necesaria y restringir el uso de la fuerza letal.

Este compendioso examen permite la conclusión de que la lógica y los criterios que rigen el uso de la fuerza letal según el DIH y el derecho de los derechos humanos no coinciden, debido a la diferencia que hay en las circunstancias a que se aplican las normas respectivas. La cuestión clave es, por lo tanto, la influencia recíproca entre estas normas en situaciones de conflicto armado. La respuesta es más clara en el caso de los CAI que en el caso de los CANI, y depende también de la cuestión de *lex specialis*.

i) Influencia recíproca en los CAI

En la primera declaración que hizo la Corte Internacional de Justicia sobre la aplicación de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado, es decir la «Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares», la Corte observó que la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra y que, en principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. La Corte añadió que el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que regula las situaciones de hostilidades. Señaló también «que un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra, se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto, es cosa que sólo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto». Desde entonces, nada deja pensar que la Corte haya cambiado de opinión sobre esta cuestión.

Se acepta que el DIH constituye la *lex specialis* que rige el examen de la licitud del uso de la fuerza en un CAI, cuando, por supuesto, se recurra a la fuerza letal contra combatientes y contra otras personas que participan directamente en las hostilidades. Este conjunto de normas fue específicamente elaborado para regular la conducción de las hostilidades en esos conflictos y reglamenta el uso de la fuerza de forma suficientemente pormenorizada. Sin embargo, no se puede deducir de ello que es fácil determinar si se debe recurrir a las normas sobre la conducción de las hostilidades o a las normas sobre el mantenimiento del

orden público en caso de CAI. Para ilustrar la dificultad, más adelante se examina el problema que plantea la aplicación de los dos derechos en situaciones de ocupación. Del mismo modo, hay casos de violencia en los CAI, como los motines o los disturbios interiores, en los que sería inadecuado aplicar las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades.

ii) Influencia recíproca en los CANI

La influencia recíproca entre las normas de DIH y las normas de derechos humanos sobre el uso de la fuerza es menos clara en un CANI y ello por diferentes razones. A continuación, se examinan brevemente algunas de ellas.

La primera es la existencia y la aplicación del principio de *lex specialis* en un CANI. Mientras que, como ya se ha indicado, el DIH aplicable en los CAI contiene toda una serie de normas sobre la conducción de las hostilidades, las normas convencionales correspondientes a los CANI son en general escasas. Por esta razón, algunos opinan que no hay *lex specialis* en los CANI y que el derecho de los derechos humanos subsana la deficiencia. Esta posición, afirman otros, no tiene fundamentos fácticos. La gran mayoría de las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades son consuetudinarias por naturaleza y son aplicables independientemente de la clasificación del conflicto, como se establece en el Estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario, publicado en 2005. Por lo tanto, existen normas de DIH aplicables a los CANI.

La cuestión de saber quién puede ser objeto de un ataque según el DIH, es decir, cómo interpretar la norma de que las personas civiles están protegidas contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación sigue siendo muy debatida desde el punto de vista jurídico, especialmente respecto a las situaciones de CANI. El CICR expresó su opinión al respecto con la publicación, en 2009, de una *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* (véase más adelante). Cabe recordar, sin embargo, que la Guía trata de la participación directa en las hostilidades a la luz del DIH únicamente, sin menoscabo de otras ramas del derecho –en especial del derecho de los derechos humanos– que puedan ser simultáneamente aplicables a una situación concreta.

La jurisprudencia internacional y regional es disímil respecto a la relación entre el DIH y los derechos humanos, especialmente por lo que atañe al alcance de la protección del derecho a la vida en un CANI. En la mayoría de los casos se ha tratado de violaciones del derecho a la vida de personas civiles en los que la aplicación, sea del DIH sea del derecho de los derechos humanos, hubieran tenido, en esencia, los mismos efectos. Los tribunales y cortes aún tienen que abordar de forma concluyente la influencia recíproca entre el DIH y el derecho de los derechos humanos en cuanto al hecho de tomar como objetivo y matar a personas que estén participando directamente en las hostilidades.

Por último, pero no menos importante, está la cuestión de la normativa jurídica aplicable al uso de la fuerza por grupos armados no estatales. En este caso también es válido lo que ya se ha dicho más arriba en relación con la (no) aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a los grupos armados organizados, y huelga abordar de nuevo aquí la cuestión.

En esencia, la conclusión a que se llega de lo dicho más arriba es que el uso de la fuerza letal por parte de un Estado en un CANI requiere un análisis fáctico de la influencia recíproca entre las disposiciones del DIH y las de los derechos humanos. Para los Estados, la conclusión jurídica dependerá de los tratados en que sean Partes, del derecho consuetudinario, y, por supuesto, de las disposiciones del derecho interno. También es indudable que en un CANI –como en un CAI– es necesario entrenar a las fuerzas armadas estatales para que puedan hacer una distinción entre una situación de guerra y una de

mantenimiento del orden público y se comporten según haga al caso. Asimismo, es necesario que se les proporcionen claras normas de conducta sobre el uso de la fuerza. En cuanto a los grupos armados no estatales, es indudable que están jurídicamente obligados a respetar las disposiciones del DIH en la materia.

El CICR tiene la intención de examinar detenidamente los retos de la relación recíproca entre las normas del DIH y del derecho de los derechos humanos relativas al uso de la fuerza en situaciones de conflicto armado.

3) Ataques extraterritoriales de personas

Los ataques extraterritoriales de personas han sido en los últimos años una importante cuestión de debate jurídico y político debido, entre otras cosas, a las dudas que han surgido en relación con la legalidad de esa práctica. A efectos de este informe, se entiende por «ataque extraterritorial» el uso de fuerza letal por parte de agentes de un Estado contra una persona –o personas–, en particular en el territorio de otro Estado (Estado «territorial» o «receptor»). No sobra repetir que gran parte de la dificultad para llegar a conclusiones jurídicas y políticas adecuadas en la mayoría de casos concretos se debe al poco conocimiento que se tiene de las circunstancias reales y al hecho de que los Estados pocas veces, si acaso, justifican de antemano sus operaciones extraterritoriales o comunican al respecto *a posteriori*.

Desde un punto de vista jurídico, los ataques extraterritoriales contra personas exigen un análisis de la licitud del recurso a la fuerza por parte de un Estado en el territorio de otro (a la luz del *ius ad bellum*) y un análisis de la base jurídica internacional que rige la manera en que se utiliza la fuerza (a la luz del *ius in bello*, esto es el DIH, o a la luz del derecho de los derechos humanos, según proceda). En este último caso, el examen dependerá de si las actividades de la persona en cuestión tienen lugar en el contexto de un conflicto o son ajenas a un conflicto armado.

i) En una situación de conflicto armado, se aplican las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades mencionadas más arriba. Esto significa que puede utilizarse la fuerza letal contra los combatientes, es decir, personas que tienen el derecho a participar directamente en las hostilidades (un estatuto jurídico inherente solo a los CAI), así como contra otras personas que participan directamente en las hostilidades, incluidas las personas civiles cuando lo hacen. En la ya mencionada *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, se examina la cuestión de saber a quién se considera persona civil que participa directamente en las hostilidades, la cual pierde, por este hecho, la protección contra los ataques directos y ello durante el tiempo que participe directamente en las hostilidades (véase más adelante). Según la Guía:

- los miembros de las fuerzas armadas,¹⁵ o de grupos armados organizados de una parte en conflicto que desempeñan una función continua de combate no son consideradas personas civiles a los efectos de la conducción de las hostilidades y, por consiguiente no están protegidas contra los ataques directos mientras desempeñen esa función.

- personas civiles son las personas que participan directamente en las hostilidades solo de forma espontánea, esporádica o no organizada, y pueden ser atacadas solo mientras dure cada acto específico de participación directa.

¹⁵ Así como los participantes en un levantamiento en masa. V. la sección sobre la Participación directa en las hostilidades, más adelante.

Cabe señalar que la Guía se basa en la opinión del CICR sobre las restricciones aplicables al uso de la fuerza en los ataques directos. Según la recomendación IX, «el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso». Esto no significa que haya una obligación de «capturar en vez de matar» en una situación de conflicto armado, que es una norma aplicable al mantenimiento del orden público, sino que tiene como finalidad proporcionar principios rectores para elegir los medios y métodos de combate según la evaluación que el comandante haga de la situación. Cabe recordar que, de conformidad con el DIH, los ataques contra personas están regulados por otras disposiciones importantes, es decir, las relativas a la prohibición de los ataques indiscriminados y desproporcionados y a la obligación de tomar precauciones factibles en los ataques.

En la práctica, la mayoría de las cuestiones se han planteado en relación con la licitud del uso de la fuerza letal contra personas cuya actividad está relacionada con un conflicto armado y, concretamente, contra las personas que están participando directamente en un CANI a partir del territorio de un Estado no beligerante. Por Estado no beligerante se entiende uno que no participa en un conflicto armado en sí contra un grupo armado no estatal que está en su territorio y/o que no está implicado en un CANI con ese grupo que haya traspasado la frontera de un Estado adyacente.

Hay diferentes opiniones jurídicas sobre la licitud de atacar a una persona que está participando directamente en las hostilidades a partir del territorio de un Estado no beligerante. Según una corriente de opinión, una persona que está participando directamente en las hostilidades relacionadas con un CANI concreto «lleva» consigo ese conflicto armado al Estado no beligerante debido a la participación directa continua (el requisito de nexo) y sigue siendo un objetivo militar de conformidad con el DIH. En otras palabras, a condición de que se cumpla el criterio de *ius ad bellum*, puede ser objeto de ataques según las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades. Éstas incluyen el principio de proporcionalidad, según el cual las lesiones a las personas civiles y los daños a los bienes de carácter civil, o una combinación de ambas no se consideran ilícitas si no son excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espere lograr con el ataque.

Según otras opiniones, compartidas por el CICR, no debería aceptarse la noción de que una persona «se lleva consigo» un CANI al territorio de un Estado no beligerante. Esto tendría como consecuencia la eventual ampliación de la aplicación de las normas sobre la conducción de las hostilidades a muchos Estados, según los movimientos de una persona en todo el mundo mientras participe directamente en las hostilidades en relación con un CANI concreto. Además de los posibles problemas de *ius ad bellum* que podría plantear esta situación, hay otros como las consecuencias que acarrearía para las personas civiles o los bienes de carácter civil en el Estado no beligerante(s). La proposición de que se les podrían infligir lesiones o daños de forma lícita de conformidad con el principio de proporcionalidad del DIH porque un individuo que es buscado por otro Estado está en su entorno (el resultado de un criterio de «nexo») significaría en efecto que se reconoce el concepto de «guerra global». Por lo tanto, se considera que si se cumple el criterio de *ius ad bellum*, la licitud del uso de la fuerza contra una persona concreta en el territorio de un Estado no beligerante debería examinarse según las normas relativas al mantenimiento del orden público (véase también más adelante).

ii) Ha habido casos en que los Estados han atacado en territorios ajenos a su jurisdicción a personas cuyas actividades, según hechos públicamente conocidos, eran ajenas a cualquier conflicto armado, internacional o no internacional. Dejando de lado las cuestiones de *ius ad bellum*, es indudable que la licitud de ese uso de la fuerza no puede ser examinada según

un paradigma de conducción de las hostilidades del DIH, sino según las normas del derecho de los derechos humanos sobre el mantenimiento del orden público. Como se señala más arriba, la aplicación de una normativa relativa al mantenimiento del orden público significa, entre otras cosas, que se puede utilizar la fuerza letal solo cuando otros medios resulten «ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto» y que la planificación y la ejecución de cualquier acción tiene que ser conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad del derecho de los derechos humanos.

El problema jurídico que podría plantearse en este caso es la aplicabilidad extraterritorial del derecho de los derechos humanos por el hecho de que el Estado que usa la fuerza en el extranjero no tiene un control efectivo sobre la persona (o el territorio) cuando se trata de establecer la jurisdicción, según el correspondiente tratado de derechos humanos. Se acepta que el derecho consuetudinario de los derechos humanos prohíbe la privación arbitraria de la vida y que las normas de mantenimiento del orden público también forman parte del corpus de derecho consuetudinario del derecho de los derechos humanos.

Cabe destacar que la aplicación de las normas sobre el mantenimiento del orden público no se refiere al tipo de fuerzas o equipos utilizados en una operación dada (de policía o militar), sino al hecho de que el derecho de los derechos humanos es el régimen jurídico aplicable, dada la ausencia de conflicto armado. Los Principios básicos sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego reflejan ese enfoque: « La expresión «funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención». «En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios».

IV. El alcance protector del DIH: cuestiones seleccionadas

1) Asistencia y acceso con fines humanitarios

Los conflictos armados, de carácter internacional o no, ocasionan considerables necesidades de asistencia humanitaria. Como ha podido comprobarse en la práctica, la población civil carece a menudo de bienes esenciales durante la guerra, los cuales incluyen los alimentos, el agua y el alojamiento, y no pueden acceder a la asistencia de salud y a otros servicios básicos. Hay diferentes motivos. Los bienes pueden estar destruidos como consecuencia de operaciones de combate y las zonas agrícolas ser inutilizables debido a la siembra de minas y otros restos explosivos de guerra. Poblaciones enteras pueden verse obligadas a dejar sus viviendas, y, por consiguiente, sus fuentes habituales de ingresos. Además, la infraestructura económica y de otro tipo puede resultar dañada o inutilizable, lo que por consiguiente, afecta la estabilidad de localidades o regiones enteras por largo tiempo.

De conformidad con el derecho internacional, los Estados son los principales responsables de atender a las necesidades básicas de las personas civiles y de la población civil que estén bajo su control. Sin embargo, si los Estados no pueden o no tienen la voluntad de cumplir sus obligaciones, el DIH dispone que otras entidades u organismos, como las organizaciones humanitarias, deben emprender acciones de socorro, a condición de que reciban el asenso del Estado interesado.¹⁶ Para que las organizaciones humanitarias puedan desempeñar su misión, deben ser autorizadas a acceder a la población afectada de forma rápida y sin obstáculos. El acceso con fines humanitarios es una condición previa

¹⁶ Se examinarán las obligaciones de una Potencia ocupante, más adelante, en esta misma sección.

para evaluar adecuadamente las necesidades humanitarias, aplicar y seguir de cerca las operaciones de socorro y garantizar un seguimiento adecuado. En la práctica, sin embargo, el acceso con fines humanitarios sigue siendo un importante desafío por muchas razones, las cuales se superponen en algunos casos.

a) Limitaciones en el acceso con fines humanitarios

Las limitaciones en el acceso con fines humanitarios pueden ser de carácter político. Cuando las acciones de socorro en sí son consideradas una amenaza a la soberanía de un Estado o se piensa que «legitiman» a un grupo no estatal como consecuencia de un compromiso con éste con fines humanitarios, o cuando se estima que son una amenaza a la posición dominante de un grupo armado no gubernamental en una región concreta, se puede negar el acceso a las organizaciones humanitarias a la población civil. En estos casos, las autoridades correspondientes a menudo sostienen que tienen la capacidad de ocuparse solas la situación, sin ayuda externa.

También pueden sostener que las acciones de socorro propuestas no llenan las condiciones de ser exclusivamente humanitarias e imparciales, y no se realizan sin distinciones adversas, según lo dispuesto en el DIH. En ocasiones, se puede hacer valer esta opinión cuando fuerzas militares participan en operaciones de socorro, con la consiguiente dificultad para distinguir entre actores humanitarios y militares. Si, no obstante, las partes en conflictos armados consideran de forma injustificada las operaciones humanitarias como instrumentos de programas militares o políticos, es entonces difícil o imposible tener acceso a la población que necesita ayuda y se menoscaba gravemente la seguridad de los trabajadores humanitarios.

En algunos casos, negarse a dar un acceso con fines humanitarios también puede ser parte de una estrategia militar. Cuando las partes en un conflicto armado creen que las fuerzas contendientes están recibiendo ayuda de la población civil, pueden tratar de privar a ésta de bienes esenciales, con el objeto de debilitar la capacidad del adversario de preparar operaciones militares.

Las limitaciones políticas al acceso con fines humanitarios resultan a menudo más complicadas por las barreras y restricciones administrativas, así como por problemas logísticos. En algunos casos, el acceso de las organizaciones humanitarias se ve obstaculizado por las dificultades para obtener visados para su personal y autorizaciones de importación de los bienes de socorro. Los procedimientos complejos y los repetidos controles pueden contribuir también a demorar la entrada y la distribución de bienes humanitarios. Además, la infraestructura esencial, como las carreteras o los ferrocarriles, puede estar destruida o dañada como consecuencia del conflicto, con lo cual se dificulta el acceso a la población afectada.

Los problemas relacionados con la seguridad son también una de las principales razones que limitan, en la práctica, el acceso con fines humanitarios. Puede ser sumamente difícil para los organismos humanitarios prestar ayuda a la población que está en zonas de hostilidades. Cuando se considera que hay un alto el riesgo de que se produzcan víctimas, las operaciones de socorro tienen que ser canceladas o suspendidas. También ha habido casos en que los actores armados han amenazado o atacado de forma deliberada a los organismos humanitarios, sea con fines criminales o por motivos políticos, o por las dos razones al mismo tiempo. Esta tendencia ha planteado más problemas en los últimos años, dado que muchos de los conflictos armados son hoy más fragmentados y complejos, e intervienen en ellos diversos actores, incluidos grupos armados semiorganizados y organizaciones exclusivamente criminales. Por tanto, es cada vez más difícil ponerse en contacto con los que podrían obstaculizar las operaciones humanitarias para entablar un diálogo y prevenir o eliminar los riesgos para la seguridad. Debido a la vulnerabilidad a los

ataques, muchas organizaciones humanitarias se han abstenido de emprender operaciones o las han reducido en contextos específicos o se han visto obligadas a contratar los servicios de empresas de seguridad.

La complejidad y las consecuencias de las limitaciones al acceso con fines humanitarios continúan siendo, por consiguiente, con toda la razón, motivo de gran preocupación en el plano internacional.

b) Normativa jurídica aplicable a la asistencia y al acceso con fines humanitarios

Mientras que las limitaciones al acceso están a menudo relacionadas con desafíos políticos, administrativos, logísticos o de seguridad, pocas veces son la consecuencia de obstáculos puramente jurídicos. Cabe observar que basarse en las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario puede, en la práctica, ser un medio útil para garantizar el acceso a la población afectada y para realizar operaciones humanitarias eficaces. Esto significa que los profesionales deben tener una noción clara de esa base jurídica y recibir la formación adecuada para utilizarla cuando se trate de hacer aceptar y respetar sus actividades.

Es posible agrupar las normas de DIH sobre la asistencia y el acceso con fines humanitarios según la relación que tengan con: a) un conflicto armado internacional, en que no haya territorios ocupados; b) conflictos armados no internacionales; y c) territorios ocupados. En cada caso, el DIH dispone, por una parte, que las acciones de socorro pueden ser autorizadas –y, en una situación de ocupación, deben ser autorizadas– cuando la población civil esté insuficientemente abastecida; y por otra, en sus disposiciones enumera las condiciones en que deben llevarse a cabo esas operaciones, a fin de facilitar las acciones de socorro en favor de la población afectada. En todas esas situaciones, sería oportuno esclarecer las normas aplicables.

Las disposiciones del DIH sobre la asistencia y al acceso con fines humanitarios dimanar, principalmente, del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio) y de los Protocolos adicionales de 1977. El IV Convenio regula, en el ámbito humanitario, las obligaciones de los Estados Partes en relación con la evacuación de zonas sitiadas o cercadas o el acceso a ellas (artículo 17) y las obligaciones de las Partes a autorizar el libre paso de suministros médicos, así como de otros bienes específicos para grupos de beneficiarios (artículo 23). También enumera los derechos de los extranjeros en el territorio de una parte en conflicto, incluidos los socorros individuales o colectivos (artículo 38) y dispone las obligaciones de una Potencia ocupante en cuanto a las acciones de socorro en favor de la población de un territorio ocupado (artículos 59-62). Las disposiciones del IV Convenio fueron completadas y fortalecidas mediante el Protocolo adicional I (artículos 68-71) y, en el caso de los CANI, mediante el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II (artículo 18).

Además, del derecho convencional, algunas obligaciones también han quedado cristalizadas en el derecho internacional consuetudinario. Estas comprenden las normas relativas al paso rápido y sin obstáculos del socorro humanitario y la libertad de circulación del personal humanitario (Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, normas 55 y 56). Las normas del derecho consuetudinario también asignan una protección que se aplica específicamente al personal de socorro y a los bienes utilizados en las acciones de socorro humanitario (normas 31-32).

c) Obligación de emprender acciones de socorro

No hay claridad con respecto a la medida en que las partes tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales deben aceptar el despliegue de acciones de

socorro en los territorios bajo su control. Si bien, según las correspondientes disposiciones de los dos Protocolos adicionales, las acciones de socorro «se emprenderán» cuando la población carezca de los bienes indispensables para su supervivencia, estableciendo una clara obligación jurídica, también disponen que esa obligación está sujeta al consentimiento del Estado interesado.¹⁷ Por consiguiente, es necesario encontrar un equilibrio entre dos requisitos aparentemente contradictorios: a) que se debe emprender una acción de socorro, y b) que debe obtenerse el acuerdo del Estado interesado. Se trata entonces de encontrar el equilibrio en la práctica.

Parte de la respuesta surge de la opinión generalmente aceptada de que no puede negarse el consentimiento de forma arbitraria, es decir, que cualquier impedimento debe basarse en razones válidas. En situaciones extremas, cuando la falta de bienes esenciales ocasione hambruna, se ha de considerar que no hay una razón válida que justifique el rechazo de la asistencia humanitaria. El derecho internacional humanitario aplicable tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, prohíbe estrictamente hacer padecer hambre a las personas civiles como método de guerra. Por supuesto, la operación de socorro deberá cumplir las tres condiciones que impone el derecho internacional humanitario, a saber: que sea de carácter humanitario e imparcial y que se realice sin carácter desfavorable.

En cuanto los territorios ocupados, no hay duda alguna, desde el punto de vista jurídico, en cuanto a la índole de la obligación de la Potencia ocupante de autorizar y facilitar las operaciones de socorro. El IV Convenio de Ginebra y el Protocolo adicional I imponen de forma explícita a la Potencia ocupante el deber, en toda la medida de sus recursos, de abastecer a la población en víveres y productos médicos, ropa, equipo de cama, medios de alojamiento y otros suministros esenciales para la supervivencia de la población civil, así como los objetos necesarios para el culto religioso. Si la Potencia ocupante no puede cumplir este deber, el Convenio dispone claramente que debe aceptar la ayuda humanitaria en favor de la población afectada. Esta obligación no está sujeta a su consentimiento. Por consiguiente, en los territorios ocupados, la obligación de aceptar las operaciones de socorro es incondicional.

d) Envío de socorros humanitarios

Es necesario esclarecer también las condiciones para el envío de socorros humanitarios, especialmente en las situaciones de CANI, puesto que hay muy pocas normas convencionales o consuetudinarias de DIH que regulen esta cuestión. La correspondiente base jurídica aplicable a los CAI es más completa. Por ejemplo, en ésta se definen los tipos de bienes que pueden ser distribuidos, autoriza los acuerdos técnicos, restringe la posibilidad de que se desvíen los envíos de socorros y reglamenta la participación del personal implicado en las operaciones de socorro.

Sin embargo, no hay una definición suficiente de las consecuencias concretas de los derechos y obligaciones de las partes en un conflicto armado, sea internacional o no internacional. Sería útil, por ejemplo, comprender mejor el ámbito y los límites del derecho de control que las partes están autorizadas a ejercer sobre las operaciones de socorro. Aunque el control puede incluir el registro de los envíos de socorro o la supervisión de la entrega, no debe impedir el rápido despliegue de una operación de socorro. Al respecto, sería útil ahondar en las implicaciones concretas de la obligación que tienen las partes de «facilitar» el paso de los socorros humanitarios. Las mejores prácticas al respecto deberían darse a conocer también a todos los interesados.

¹⁷ Obtener el consentimiento no es un requisito en las situaciones de ocupación como se explica más adelante.

Las cuestiones planteadas antes deberían examinarse por lo que hace tanto a partes estatales como no estatales en los conflictos armados. Un principio fundamental del DIH es que todos los beligerantes tienen las mismas obligaciones. Por lo tanto, las normas sobre el acceso y la asistencia sanitaria que se aplican en los CANI deberían ser interpretadas y aplicadas de la misma forma respecto a los partes estatales y no estatales. Sin embargo, hay una excepción a este principio. De conformidad con el Protocolo adicional II, para emprender una acción de socorro se necesita el asenso del Estado interesado y no de la otra parte, o partes, en el conflicto.

Los derechos y las obligaciones de los organismos que proporcionan asistencia es otro asunto que debería analizarse con mayor cuidado. Habría que explorar, entre otras cosas, la medida en que las organizaciones humanitarias tienen derecho a circular libremente para realizar sus actividades y el derecho correlativo de las partes en los conflictos armados a restringir temporalmente esa libertad por razones de imperiosa necesidad militar.

Por último, también habría que examinar la función de los terceros Estados, incluidos los Estados cuyo territorio se utiliza para el tránsito de las operaciones de socorro. Según el Protocolo adicional I, en un conflicto armado internacional, «cada Alta Parte Contratante», –lo que significa que no se trata únicamente de las que participan en el conflicto– permitirá y facilitará el paso rápido y sin trabas de todos los envíos, materiales y personal de socorro. No hay una obligación similar en el derecho relativo a los CANI.

El acceso a la población que necesita asistencia y protección en tiempo de conflicto armado depende, ante todo, del grado de aceptación de las acciones de socorro humanitarias e imparciales por parte de los que ejercen un control territorial. Las organizaciones humanitarias deben poder comunicar con todas las partes implicadas en situaciones de conflicto armado y explicarles las razones y la finalidad de sus actividades de forma coherente. También han de poder explicar que esas actividades se basan en el DIH. Si bien la normativa jurídica no es la única consideración que ha de tomarse en cuenta en el diálogo, puede, sin duda alguna, ser un útil instrumento para facilitar el despliegue de operaciones humanitarias. Por consiguiente, todos los que participen en esas operaciones deben conocerla y difundirla.

2) El derecho de la ocupación

Como se señaló en el informe presentado a la XXX Conferencia Internacional, en los últimos años se ha registrado un aumento de las intervenciones militares extraterritoriales. Aunque sigue habiendo formas clásicas de ocupación, algunas de esas intervenciones han dado lugar a nuevas formas de presencia militar extranjera en el territorio de un Estado, a veces de forma consensual, pero las más de las veces sin su consentimiento. Estas nuevas formas de presencia militar han renovado, en cierta medida, el interés por el derecho relativo a la ocupación. A continuación se reseñan algunas cuestiones jurídicas que han surgido en relación con este ámbito específico del DIH

a) Comienzo y fin de la ocupación

Para empezar, cabe observar que el renovado interés, a nivel internacional, por el derecho de la ocupación se ha centrado, esencialmente, en sus normas sustantivas y no en cuestiones relacionadas con las condiciones que deben cumplirse para el comienzo y el fin de la ocupación. En otras palabras, se ha prestado relativamente poca atención a las normas que deben servir para determinar la existencia de un estado de ocupación; lo que es una lástima, pues la cuestión de saber si hay o no una ocupación es esencial para la aplicación de las disposiciones pertinentes del DIH, y es necesario responder a esta pregunta antes de abordar cualquier cuestión sustancial del derecho de la ocupación.

La realidad ha mostrado que muchos Estados consideran, a pesar de que mantienen un control efectivo sobre un territorio extranjero o sobre parte de éste, que el derecho de la ocupación es inaplicable por no quieren ser considerados como Potencias ocupantes. Les resulta fácil afirmarlo por el hecho de que ningún instrumento de DIH contiene claras disposiciones para establecer cuándo comienza y cuándo termina una ocupación. No sólo la definición de ocupación es vaga en el DIH, sino que otros elementos de hecho, como la continuación de las hostilidades y/o el ejercicio continuado de cierto grado de autoridad por parte de autoridades locales, o por parte de fuerzas extranjeras durante y después de su retiro gradual, pueden hacer que la clasificación jurídica de una situación concreta sea bastante compleja.

Además, en recientes operaciones militares ha quedado de relieve la necesidad de definir con mayor precisión los criterios jurídicos que sirvan de base para determinar que existe un estado de ocupación cuando la operación implica la intervención de fuerzas multinacionales. ¿Se aplican los mismos criterios para el comienzo y el fin de la ocupación en ese caso? ¿Cuál es la Potencia ocupante (o las Potencias ocupantes) cuando interviene una coalición de Estados? ¿Es posible considerar que todos los países que aportan tropas son Potencias ocupantes a los fines del DIH?

La cuestión de la aplicabilidad del derecho de la ocupación se relaciona con la determinación de la normativa jurídica aplicable a la invasión por fuerzas extranjeras y a su retiro. Se reconoce que se debería favorecer una amplia interpretación de la aplicación del IV Convenio de Ginebra durante las fases de invasión y retiro, con el fin de maximizar la protección jurídica que sus normas confieren a la población civil. Un asunto que debería examinarse detenidamente respecto a las mencionadas fases es la protección jurídica exacta de que gozan las personas que están en poder de un beligerante, pero no en el territorio de éste ni en el territorio que ha ocupado.

Se reconoce que todas las cuestiones arriba señaladas son retos para las acciones humanitarias que deberían ser esclarecidos adecuadamente en el plano jurídico.

b) Los derechos y deberes de una Potencia ocupante

También se ha dicho que el derecho de la ocupación no es adecuado a la ocupación contemporánea. Se justifica a menudo la renuencia de algunos Estados a aceptar la aplicación de este derecho afirmando que las situaciones en que están o podría estar implicadas difieren en gran medida del concepto clásico de ocupación beligerante. En otras palabras, se ha dicho que el actual derecho de la ocupación no contiene las disposiciones suficientes para regular las especificidades de los nuevos tipos de ocupación.

Recientes situaciones de ocupación en particular, han dado pábulo a gran cantidad de comentarios jurídicos acerca de la rigidez del derecho de la ocupación, por cuanto no autoriza la introducción de grandes cambios en la estructura jurídica, política e institucional de un territorio bajo el control efectivo de una Potencia extranjera. Se ha afirmado que el derecho de la ocupación hace un énfasis indebido en preservar la continuidad de la situación sociopolítica de un territorio ocupado. También se ha sostenido que la transformación de un sistema gubernamental opresivo o la reconstrucción de una sociedad que ha fracasado totalmente podría lograrse durante la ocupación, lo que, además, iría en interés de la comunidad internacional, y estaría autorizado por la *lex lata*.

Los amplios cambios políticos e institucionales emprendidos en recientes ocupaciones han dado lugar a una situación de tensión entre la exigencia del derecho de la ocupación de que la Potencia ocupante respete las leyes e instituciones existentes y la necesidad percibida de cambiar fundamentalmente la estructura económica, social o institucional de un territorio

ocupado. Esta postura, sin embargo, plantea la cuestión de la validez de las limitaciones que impone el DIH a los derechos y deberes de una Potencia ocupante, como se dispone en el artículo 43 del Reglamento de La Haya y en el artículo 65 del IV Convenio de Ginebra. Dado que el derecho de la ocupación no da expresamente «luz verde» a las distintas transformaciones que la Potencia ocupante quisiera hacer, lo que se ha buscado con algunas interpretaciones contemporáneas es lograrlo otorgando a la Potencia ocupante más margen en la administración de un territorio ocupado. Se admite que hay que establecer con mayor claridad los límites a la libertad –o a la falta de libertad– de una Potencia para efectuar cambios en un territorio ocupado.

La ocupación prolongada en sí plantea toda una serie de cuestiones de orden jurídico. A pesar de que el DIH contempla la posibilidad de que la ocupación pueda tener un carácter prolongado, ningún instrumento de DIH al respecto fija límites a la duración del control efectivo sobre un territorio extranjero. Sin embargo, las ocupaciones de carácter prolongado dificultan la respuesta del DIH, pues ponen en tela de juicio algunos de los principios básicos del derecho de la ocupación, en especial el carácter provisional de la ocupación y la necesidad de preservar el *status quo ante*. Puesto que ni el Reglamento de La Haya de 1907 ni el IV Convenio de Ginebra especifican alternativas jurídicas al derecho existente sobre esta situación, muchos sostienen que se necesita una reglamentación propia a los problemas que surgen en los casos de ocupación prolongada. El otro punto de vista es que el derecho de la ocupación es lo suficientemente flexible para subsanar las dificultades jurídicas y humanitarias que surjan en una situación de ocupación prolongada.

Además de las cuestiones arriba planteadas, cabe señalar que el derecho de los derechos humanos puede ser un medio importante para delimitar los derechos y deberes de la Potencia ocupante. Se reconoce ampliamente que estas normas de derecho son aplicables en situaciones de ocupación y, por consiguiente, pueden imponer obligaciones formales a un Potencia ocupante, o servir de base para modificar las leyes locales existentes. La Corte Internacional de Justicia ha puesto de relieve la pertinencia del derecho de los derechos humanos en tiempo de ocupación y la obligación jurídica de una Potencia ocupante de tener en cuenta estas normas tanto en su conducta como en las políticas que desarrolla en un territorio ocupado.¹⁸ Por consiguiente, es necesario determinar cómo y en qué medida, el derecho de los derechos humanos se aplica en un territorio ocupado y explorar la influencia recíproca entre el derecho de los derechos humanos y el derecho de la ocupación.

c) *El uso de la fuerza en territorio ocupado*

Otra reto que plantean las situaciones recientes de ocupación es dar con el régimen jurídico que rige el uso de la fuerza por una Potencia ocupante. La ocupación se caracteriza a menudo por la continuación o la reanudación de las hostilidades entre, por una parte, las fuerzas de ocupación y, por otra, las fuerzas armadas del territorio ocupado y/o de otros grupos armados organizados más o menos afiliados al Gobierno desplazado. Una Potencia ocupante también puede utilizar la fuerza para cumplir su obligación de restablecer y mantener el orden público en un territorio ocupado. A pesar de que siempre se ha interpretado el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907 como una disposición esencial del derecho de la ocupación, su aplicación sigue siendo objeto de importantes cuestionamientos jurídicos y operacionales, especialmente cuando se trata del uso de la fuerza por parte de la Potencia ocupante. Como han puesto de relieve algunas ocupaciones, no hay una reglamentación clara del uso de la fuerza en los casos de disturbios civiles y como respuesta a una oposición armada (hostilidades).

¹⁸ CIJ, Caso relativo a las actividades sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda), Fallo, 2005.

A pesar de que se supone que una Potencia ocupante debe mantener la seguridad mediante medidas de orden público, sigue habiendo dudas respecto al régimen jurídico aplicable a las situaciones en que es difícil distinguir entre disturbios civiles y hostilidades o en que una Potencia ocupante se enfrenta a las dos situaciones al mismo tiempo en todo un territorio ocupado o en parte de él. El derecho de la ocupación nada dice sobre la separación o la influencia recíproca entre las medidas de orden público y el uso de la fuerza militar según el paradigma de la conducción de las hostilidades, dejando un importante margen de incertidumbre acerca del régimen jurídico (o de los regímenes jurídicos) que rigen el uso de la fuerza en un territorio ocupado. So pretexto de este silencio del derecho, se hacen inevitablemente diferentes interpretaciones sobre cómo se ha de recurrir a la fuerza en un territorio ocupado, en qué circunstancias y según qué normativa jurídica. Por último, cabe señalar que esta falta de claridad puede afectar la protección que se asigna a la población de un territorio ocupado. Por esta razón, es necesario esclarecer la influencia recíproca práctica entre las normas sobre el mantenimiento del orden público y las normas sobre la conducción de las hostilidades en el contexto de una ocupación.

d) Detención por fuerzas multinacionales

Aparte de las diferentes dificultades que plantean las ocupaciones contemporáneas, también hay controversia respecto a la aplicabilidad del derecho de la ocupación a las operaciones bajo el mando o control de las Naciones Unidas. Los despliegues que esta organización hace sobre el terreno pueden ponerla en una posición en que asume funciones gubernamentales en lugar del soberano territorial correspondiente. En estos casos, es esencial saber si es aplicable el derecho de la ocupación, cuáles son las condiciones precisas que deben cumplirse para su aplicabilidad y, en el caso de que considere aplicable, si la ocupación por parte de una organización internacional está sometida a las mismas restricciones jurídicas que se imponen a un Estado que ejerce un control efectivo sobre territorio extranjero.

Cabe observar que las operaciones llevadas a cabo bajo el mando de las Naciones Unidas, como las de Kosovo y Timor Oriental, tienen muchas similitudes con la ocupación militar tradicional. Por consiguiente, cuando las operaciones de las Naciones Unidas implican la administración internacional de un territorio –y en particular cuando se ha conferido a las autoridades internacionales amplios poderes ejecutivos y legislativos– las normas que rigen la ocupación son adecuadas aunque solo sean aplicables por analogía en la mayoría de los casos. En estas situaciones, el DIH puede proporcionar soluciones prácticas a los muchos problemas que se plantean y podría inspirar las políticas que adopte la administración internacional. Esta claro, por consiguiente, que hace falta trazar con mayor precisión la aplicabilidad del DIH a los territorios bajo administración internacional a la luz de de los objetivos e índole específicos de esas operaciones.

e) Proceso de expertos del CICR

A causa de toda la problemática jurídica antes señalada en relación con las formas contemporáneas de ocupación, el CICR emprendió en 2007 un estudio sobre «la ocupación y otras formas de administración de un territorio extranjero». La finalidad de esta iniciativa, era saber si, y en qué medida, las normas del derecho de la ocupación eran adecuadas para hacer frente a los problemas jurídicos y humanitarios que se plantean en las ocupaciones contemporáneas, y si era necesario consolidarlas o esclarecerlas. En 2008 y 2009, se organizaron tres reuniones informales en las que participaron unos treinta expertos en representación de Estados, organizaciones internacionales, círculos académicos y la comunidad de ONG, para tratar de forma más detenida esta problemática jurídica. Las reuniones se centraron, respectivamente, en: i) el comienzo y el fin de la ocupación ii) la delimitación de los derechos y deberes de una Potencia ocupante/la pertinencia del derecho de la ocupación para la administración de un territorio por parte de las Naciones Unidas y iii) el uso de la fuerza en

territorio ocupado. Los expertos participaron a título personal y las reuniones se llevaron a cabo según la Regla de Chatham House.

Se publicará a finales de 2011 un informe sobre los debates que hubo en las reuniones de expertos. La finalidad es hacer una relación sustantiva de los principales puntos de debate y de las diferentes opiniones expresadas durante las reuniones de expertos. El informe no refleja la opinión del CICR sobre el tema tratado, sino un panorama de las actuales opiniones jurídicas en los tres ámbitos de cuestionamiento. EL CICR piensa que el informe –que es el resultado final del proceso de exploración– servirá para inspirar y alimentar los debates actuales y futuros sobre la necesidad de esclarecer las disposiciones más importantes del derecho de la ocupación.

3) Derecho internacional humanitario y fuerzas multinacionales

Las responsabilidades y tareas asignadas a las fuerzas multinacionales han ido con los años más allá que la supervisión tradicional de altos el fuego y la observación de deficientes arreglos de paz. La variedad de operaciones en que hay fuerzas multinacionales (en adelante, operaciones de paz), sea bajo los auspicios de las Naciones Unidas o bajo su mando y control es cada vez más grande e incluye ahora dimensiones como prevención de conflictos, mantenimiento de la paz, establecimiento de la paz, imposición de la paz y consolidación de la paz. La función de las fuerzas multinacionales ha cambiado, sobre todo desde el conflicto en ex Yugoslavia en el decenio de 1990. Las misiones de las fuerzas multinacionales en Afganistán, la República Democrática del Congo, Somalia o Libia no se limitan a velar por un alto el fuego o a supervisar zonas de seguridad, sino que consisten en participar en las hostilidades. Hoy la índole multifacética de estas operaciones y los entornos cada vez más difíciles y violentos en que ese personal opera –en los que a veces tienen que combatir del lado de una parte en conflicto contra la otra– destaca la importancia que tiene para la comunidad internacional desarrollar una normativa coherente que tenga en cuenta la complejidad de las operaciones de paz. En la medida en que las nuevas características de esas operaciones incrementan la probabilidad de que las fuerzas multinacionales tengan que recurrir al uso de la fuerza, la cuestión de saber cuándo y cómo ha de aplicarse el DIH a sus acciones cobra cada vez más interés. Si, a primera vista, puede pensarse que se ha dicho todo al respecto, se reconoce que varias cuestiones de orden jurídico en relación con las operaciones de paz no han sido resueltas y, dadas sus consecuencias e importancia, vale la pena examinarlas detenidamente.

a) Aplicabilidad del DIH a las fuerzas multinacionales

Uno de los asuntos más delicados en relación con las fuerzas multinacionales es la clasificación jurídica de la situación en que puedan estar implicadas según el DIH. Como ocasionalmente se ha comprobado en la práctica, algunos Estados y organizaciones internacionales que intervienen en operaciones de paz han sido renuentes a aceptar que el DIH es aplicable a sus acciones, incluso cuando se cumplen los criterios para su aplicabilidad.

Por mucho tiempo, no se tomó en consideración la idea misma de que el DIH pudiera ser aplicable a las fuerzas multinacionales. Se sostenía a menudo que estas fuerzas, en particular las de las Naciones Unidas, no podían ser parte en un conflicto armado y, por consiguiente, no podían estar sujetas al cumplimiento del DIH. Se justificaba esta opinión señalando que las fuerzas multinacionales operaban generalmente en nombre de la comunidad internacional en su conjunto, lo que excluía que pudieran ser consideradas una «parte» en el sentido de los Convenios de Ginebra. Se sostenía que, por su legitimidad internacional, las fuerzas multinacionales debían ser consideradas imparciales, objetivas y

neutrales, pues su único interés en un conflicto armado en concreto es el restablecimiento y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Se considera que esa posición pasa por alto la distinción entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*. La aplicabilidad de este último a las fuerzas multinacionales, como a cualquier otro actor, depende de las circunstancias fácticas sobre el terreno y del cumplimiento de condiciones jurídicas específicas. La índole de una situación y la aplicabilidad correlativa del DIH debe ser establecida independientemente del mandato internacional que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, entre otros, haya asignado a las fuerzas multinacionales y de la denominación que se haya dado a las partes contendientes. El mandato y la legitimidad de una misión confiada a fuerzas multinacionales son cuestiones que entran en el ámbito del *ius ad bellum*, y no deberían tener efecto alguno sobre la aplicabilidad del DIH a las operaciones de paz, como ocurre respecto a la aplicación del DIH a otras situaciones.

La distinción entre el DIH y el *ius ad bellum* es también esencial para preservar el propósito del DIH, que es velar por la protección efectiva de todas las víctimas de los conflictos armados. Saber si es legítimo o no el recurso al uso de la fuerza no puede eximir a una participante de las obligaciones que impone el DIH.¹⁹ Mantener esta distinción es también importante para preservar el principio de la igualdad de los beligerantes, mencionado más arriba, que forma parte esencial del DIH.

Dado que las más de las veces las fuerzas multinacionales están desplegadas en zonas de conflicto, es esencial determinar cuándo una situación es de conflicto armado, pues en ésta el DIH constituye una base jurídica adicional que rige una operación específica. La opinión del CICR, que ha sido dada a conocer en diferentes ocasiones, es que las fuerzas multinacionales tienen la obligación de respetar el DIH cuando se cumplen las condiciones para su aplicabilidad. Se acepta que los criterios utilizados para determinar la existencia de un conflicto armado en que hay fuerzas multinacionales no difieren de los que se aplican a los conflictos armados más «clásicos», internacionales o no. Algunos debates jurídicos sobre la aplicabilidad del DIH a las operaciones de paz se han caracterizado, no obstante, por repetidas tentativas de elevar su umbral de aplicación. En especial, se ha afirmado que cuando están implicadas fuerzas multinacionales, haría falta que la violencia tenga un mayor grado de intensidad para poder decir que existe un conflicto armado.

b) Clasificación de las operaciones multinacionales

A menudo se ha sostenido que la implicación de fuerzas multinacionales en un conflicto armado internacionalizaba necesariamente este último y daba lugar a la aplicación del derecho de los CAI. Sin embargo, es una opinión que no ha concitado la unanimidad.²⁰ Aunque es interesante por los efectos que tendría respecto a la protección, dado que significa que las personas afectadas se beneficiarían de la aplicación de muchas normas del CAI, no es coherente con la realidad operacional y jurídica. Para dar solo un ejemplo: nada deja entender que los Estados implicados en un CANI estén dispuestos a otorgar el estatuto de PG a los miembros de los grupos armados no estatales que capturen, como se dispone en el DIH aplicable a los CAI.

¹⁹ No es el enfoque adoptado en la Convención de las Naciones Unidas de 1994 sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado y en su Protocolo Facultativo de 2005. Estos instrumentos criminalizan actos (como los ataques contra los miembros de las operaciones de las Naciones Unidas o contra otro personal asociado que participe en las hostilidades con una función de combate) que no están prohibidos según el DIH, razón por la cual, puede decirse que menoscaba el principio de igualdad de los beligerantes contenido en el DIH.

²⁰ Puede consultarse la opinión del CICR en la sección sobre la tipología de los conflictos armados no internacionales, más arriba.

Por consiguiente, hay una dura controversia sobre el ámbito material de aplicación del DIH en las operaciones de paz. La cuestión de saber si el marco jurídico de referencia debería ser el derecho de los CAI o el aplicable a los CANI sigue sin respuesta. Mientras que es probable que no haya diferencias en la práctica por lo que atañe a las normas que regulan la conducción de las hostilidades, porque, como se explicó más arriba, está generalmente aceptado que casi todas las normas convencionales aplicables en un CAI también se aplican en los CANI por ser derecho consuetudinario, la cuestión adquiere importancia cuando se trata, por ejemplo, del estatuto de las personas privadas de libertad (o de la base jurídica de las actividades del CICR).

Al tratar esta cuestión el CICR ha optado por un enfoque similar al que adoptó la Corte Penal Internacional en su Fallo de 1986, en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua v. USA)*. Implica el examen y la definición, a efectos de DIH, de cada relación bilateral entre los beligerantes en una situación concreta. Según este enfoque, cuando las fuerzas multinacionales se enfrentan con fuerzas armadas estatales, la base jurídica será el DIH aplicable a los CAI. Cuando las fuerzas multinacionales, con el consentimiento de un Gobierno receptor, se enfrenten contra uno o varios grupos armados organizados no estatales (o grupos), la normativa de referencia será el DIH aplicable a los CANI.

c) Determinar quién es parte en un conflicto armado

La intervención de fuerzas multinacionales en conflictos armados también plantea una problemática en relación con la determinación de quién será considerado parte en un conflicto armado entre los participantes en una operación de paz. ¿Debería decirse que sólo los países que aportan tropas son una parte en el conflicto a efectos del DIH? ¿Qué ocurre con la organización internacional bajo cuyo mando y control operan las fuerzas multinacionales? ¿Cómo considerar, según el DIH, a los Estados miembros de una organización internacional que no están participando en la acción militar? ¿Puede establecerse una presunción de ser parte en un conflicto armado respecto a los que participan en una coalición, cualesquiera que sean las funciones que efectivamente desempeñen?

Hasta la fecha no parece que haya habido mucho interés en analizar estas cuestiones. Cabe suponer que se debe a la renuencia a reconocer a las organizaciones internacionales y/o a los países que aportan tropas que actúan en nombre de la comunidad internacional puedan ser ellas mismas partes en un conflicto armado. Sin embargo, son cuestiones importantes y sería oportuno examinarlas con más atención.

d) Detención por fuerzas multinacionales

Las operaciones de paz se caracterizan hoy por la frecuente intervención de fuerzas multinacionales en la detención de personas. Uno de los principales desafíos de esta situación es hacer que las fuerzas multinacionales cumplan sus obligaciones internacionales, incluidas las que dimanaban del DIH, cuando se ocupan de detenidos. El reto más arduo se relaciona con las garantías procesales que deben existir en los casos de detención en un CANI, así como con el traslado de detenidos a autoridades locales o a países que aportan tropas.

Se examinan estas y otras cuestiones en el proyecto intergubernamental sobre «Handling of Detainees in International Military Operations», conocido como el proceso de Copenhague, emprendido a iniciativa del Gobierno danés en 2007. El Departamento de las Naciones Unidas para las Operaciones de Mantenimiento de la Paz ha estado examinando también sus «procedimientos operacionales normalizados sobre la detención en operaciones de paz de las Naciones Unidas». El propósito de las dos iniciativas es trazar normas jurídicas y

operativas comunes sobre la detención en operaciones multilaterales. Es una tarea ingente y difícil, pues uno de los principales desafíos es desarrollar normas comunes que reflejen adecuadamente las obligaciones de los Estados según las ramas del derecho internacional aplicables.

Dada la importancia de la problemática de la detención en las situaciones de conflicto armado, especialmente no internacional, el CICR, como ya se ha señalado, considera que cabría fortalecer este ámbito del DIH, sea recurriendo al derecho convencional sea a otro medio. Esta cuestión forma parte del informe del CICR sobre *El fortalecimiento de la protección de las víctimas de los conflictos armados*, presentado a la XXXI Conferencia Internacional.

e) Armonización de las normas jurídicas

La participación de Estados y organizaciones internacionales en operaciones de paz plantea cuestiones no sólo sobre el derecho aplicable, sino también sobre su interpretación. La razón es que la «unidad de esfuerzos» –según la jerga militar– que se busca lograr en las operaciones de paz resulta a menudo afectada por la incoherencia de interpretaciones y de aplicación del DIH por parte de los países que aportan tropas, los cuales operan según diferentes normas jurídicas. El concepto de «armonización de las normas jurídicas» ha surgido como medio para concertar las diferencias entre las partes en una coalición para que la conducción de las operaciones multinacionales sea efectiva en todo lo posible, al tiempo que se respeta el derecho aplicable correspondiente. Un gran problema práctico es hacer que las operaciones de paz se lleven a cabo tomando en consideraciones los diferentes niveles de ratificación de los instrumentos de DIH y las diferentes interpretaciones de esos tratados del DIH consuetudinario por parte de los Estados que aportan tropas.

No siempre es fácil armonizar las normas a causa de la complejidad de la base jurídica en las operaciones de paz, que está constituida de varios estratos. Incluyen el mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en una situación concreta, las obligaciones que imponen los tratados y el derecho consuetudinario, los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas, memorandos de acuerdo firmados por los miembros de una coalición, procedimientos operativos normalizados, y normas de intervención, por enumerar solo las más importantes. La gran cantidad de fuentes jurídicas que se debe tener en cuenta puede hacer que sea objetivamente difícil para los participantes en una operación de paz llegar a un entendimiento común sobre las respectivas obligaciones como requisito previo para la armonización de normas jurídicas y para que la operación multinacional no se lleve a cabo sobre una base revisada a la baja. La inseguridad jurídica, huelga decirlo, podría al final incidir en la protección que asigna el DIH a las víctimas de los conflictos armados. Por consiguiente, el CICR considera que hace falta evaluar con mayor precisión el efecto global de la cuestión de la armonización de las normas jurídicas sobre la aplicabilidad y la aplicación del DIH en las operaciones de paz.

f) Responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos

Por último, cabe señalar que la complejidad inherente a las operaciones de paz ha hecho resaltar la cuestión de saber sobre quién recae la responsabilidad cuando hay hechos internacionalmente ilícitos durante esas operaciones. Es cada vez más difícil dar una respuesta jurídica apropiada. Sin embargo, la cuestión es importante en la práctica, como lo demuestra el creciente número de litigios de que conocen los tribunales y cortes nacionales e internacionales, y tiene una relación directa con la cuestión más amplia de la relación entre la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

Cabría esclarecer, por ejemplo, la forma de determinar la atribución de hechos ilícitos posiblemente cometidos durante las operaciones de paz y la responsabilidad consiguiente.

Al respecto, habría que responder a muchas preguntas: ¿recae la responsabilidad internacional por un hecho ilícito sobre un solo actor? y, llegado el caso ¿cuál? (¿el Estado líder/dirigente?, ¿el Estado cuyas fuerzas armadas cometieron la violación, la organización internacional que tiene la autoridad, mando y control bajo los cuales opera el Estado que aporta las tropas)? ¿Puede haber una responsabilidad concurrente de los Estados y de las organizaciones internacionales? ¿En qué condiciones y circunstancias pueden establecerse estas responsabilidades? ¿Debería considerarse que las operaciones de paz representan una situación en que los Estados que aportan tropas tienen la obligación de hacer respetar el DIH como se dispone en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra previniendo que los cobeligerantes se conduzcan de forma contraria a los Convenios de Ginebra?

Mientras que el CICR sigue participando en la reflexión sobre estos asuntos, también participa en el proceso de expertos emprendido, en 2009, por el Colegio de Defensa Nacional sueco, cuya finalidad es responder a algunas de las cuestiones arriba mencionadas. El tema central es la responsabilidad en las operaciones militares multinacionales.

4) Compañías militares y de seguridad privadas

a) Desafíos humanitarios de la mayor presencia de EMSP

En los últimos diez años ha habido una marcada tendencia a la externalización de las funciones militares tradicionales a empresas militares y de seguridad privadas (EMSP). Los retos que supone la presencia cada vez mayor de EMSP en las situaciones de conflicto armado ya se enumeraron en el informe de 2007 presentado a la XXX Conferencia Internacional. Actualmente la mayoría de debates sobre las EMSP se centran en la legitimidad de la externalización de esas funciones y en si debería haber límites al derecho de los Estados a transferir su «monopolio de fuerza» al sector privado. Cualquiera que sea la respuesta a esos dilemas, la realidad es que seguirá aumentando a medio plazo la presencia de EMSP en las situaciones de conflicto armado. Muchos Estados están reduciendo los efectivos de sus fuerzas armadas, mientras que la creciente complejidad de los sistemas de armas significa que los militares se apoyan cada vez más en la pericia técnica y la capacitación externas. Además, la clientela de las EMSP no está integrada solo por Estados; organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y compañías comerciales transnacionales también han contratado sus servicios y no puede excluirse que, en el futuro, las operaciones militares multinacionales de grupos armados de oposición contraten los servicios de EMSP para que combatan en su nombre.

Además del notable incremento del número de EMSP presentes en situaciones de conflicto armado, sus actividades se relacionan cada vez más con operaciones militares e implican, entre otras cosas, la protección de personal e infraestructura militares, formación y asesoramiento de fuerzas armadas, mantenimiento de sistemas de armas, vigilancia e interrogatorio de detenidos. Estas actividades han hecho que las EMSP estén más en contacto con personas protegidas por el DIH y han incrementado la exposición de su propio personal a los peligros de las operaciones militares.

b) Iniciativas internacionales para la regulación de las EMSP

Para hacer frente a la mayor presencia de EMSP, se han tomado varias iniciativas internacionales con la intención de esclarecer, reafirmar o desarrollar las normas jurídicas internacionales que regulan sus actividades y, en especial, de hacer que cumplan las normas de conducta que contienen el DIH y el derecho de los derechos humanos. A continuación, se reseñan brevemente esas iniciativas.

i) Documento de Montreux

En 2005, el Departamento Federal de Asuntos Exteriores suizo y el CICR emprendieron juntos una iniciativa para promover el respeto del DIH y del derecho de los derechos humanos en el contexto de las operaciones de las EMSP en situaciones de conflicto armado. Colaboraron en la iniciativa no sólo diferentes Gobiernos, sino que contó con la experiencia y la pericia de representantes de la industria, expertos académicos y organizaciones no gubernamentales. Tuvo como resultado, en 2008, la firma del *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados* por 17 Estados participantes.²¹

El Documento de Montreux refuta el concepto erróneo de que los contratistas privados actúan en un vacío legal. No crea un nuevo derecho, sino que reproduce y reafirma las obligaciones jurídicas existentes en lo que respecta a las EMSP contratadas por los Estados, que operen en su territorio, o que estén registradas en su jurisdicción. También recomienda adoptar una serie de buenas prácticas para la aplicación de las obligaciones legales existentes. En abril de 2011 otros 19 Estados habían expresado su apoyo al Documento de Montreux, con lo cual el número total de Estados refrendarios se elevaba a 36.²² El Departamento Federal de Asuntos Exteriores suizo y el CICR también han publicado un folleto en el que se presenta y explica el Documento de Montreux de forma accesible para el público en general. El Gobierno suizo presentó el texto al secretario general de las Naciones Unidas en 2008 y ahora es también un documento de las Naciones Unidas que existe en español, francés, inglés, árabe, ruso y chino.

ii) Código de conducta internacional para proveedores de servicios de seguridad privada

Al tiempo que se llevó a cabo el proceso de Montreux, el Departamento Federal de Asuntos Exteriores suizo facilitó una iniciativa multilateral para elaborar un código de conducta que sistematizara los principios, a fin de que los proveedores de servicios de seguridad privados puedan operar de conformidad con las normas del DIH y del derecho internacional de los derechos humanos. En noviembre de 2010, casi 60 proveedores de servicios de seguridad privada aprobaron en Ginebra un *Código de conducta internacional para proveedores de servicios de seguridad privada* y, desde entonces, muchas otras compañías se han adherido al texto.

El Código enuncia el empeño de la industria en aplicar normas de conducta tanto por lo que respecta al uso de la fuerza como al trato debido a los detenidos y a otras personas que tengan en su poder, o que estén expuestas de otra forma a las actividades de las EMSP. Inicialmente, se había pensando en dividir el código en dos partes: una con las normas de conducta, gestión y gobernanza, y otra con un mecanismo internacional de gobierno y supervisión para velar por el cumplimiento del Código por las empresas firmantes. En el momento de redacción de este informe, el Código contenía solo la primera parte («Principios específicos relativos a la conducta del personal» y «Compromisos específicos en materia de gestión y gobernanza»); entre tanto un comité directivo temporal, integrado por representantes de los tres grupos interesados (industria, Gobiernos y sociedad civil) está

²¹ Afganistán, Angola, Australia, Austria, Canadá, China, Francia, Alemania, Irak, Polonia, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Reino Unido, Ucrania y Estados Unidos.

²² Con fechas de adhesión: Macedonia (3 de febrero de 2009), Ecuador (12 de febrero de 2009), Albania (17 de febrero de 2009), Grecia (13 de marzo de 2009), Países Bajos (20 de febrero de 2009), Bosnia-Herzegovina (9 de marzo de 2009), Portugal (27 de marzo de 2009), Chile (6 de abril de 2009), Uruguay (22 de abril de 2009), Liechtenstein (27 de abril de 2009), Qatar (30 de abril de 2009), Jordania (18 de mayo de 2009), España (20 de mayo de 2009), Italia (15 de junio de 2009), Uganda (23 de julio de 2009), Chipre (29 de septiembre de 2009), Georgia (22 de octubre de 2009), Dinamarca (9 de agosto de 2010), Hungría (1 de febrero de 2011).

desarrollando un mecanismo de supervisión y gobernanza, el cual será integrado en el Código en una conferencia de examen.

El CICR se congratula por la adopción del Código de Conducta, por que incita a las EMSP a adherirse a normas reconocidas del DIH y del derecho de los derechos humanos, con lo cual contribuyen a la mejor protección de las víctimas de los conflictos armados y de las situaciones de violencia que no alcanzan el umbral de un conflicto armado. Como copatrocinador del Documento de Montreux, el CICR considera importante recordar que, a pesar de la indudable importancia de las iniciativas destinadas a la autorregulación por las EMSP (especialmente porque incluyen un mecanismo de rendición de cuentas dirigido por la industria), esas no reemplazan la responsabilidad primera de los Estados de hacer que las EMSP respeten el DIH en las situaciones de conflicto armado.

iii) Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas (Proyecto de Convenio)

En julio de 2005, la Comisión de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos creó un «Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación», integrado por cinco expertos, de sendas regiones geográficas del mundo. El Grupo de Trabajo informó al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en septiembre de 2010 sobre los elementos que se proponen para una posible convención internacional que regule las actividades de las EMSP y para incentivar el respeto a los derechos humanos por parte de estas empresas. Ese mismo mes, el Consejo de Derechos Humanos aprobó una resolución sobre la creación un Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta, con el cometido de «estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas». El grupo de trabajo había de reunirse en dos períodos de sesiones de cinco días laborables de duración cada uno, el primero de los cuales se celebró en mayo de 2011.

c) Misión humanitaria

El CICR no participa –ni puede participar– en debates relacionados con la legitimidad del uso de EMSP en situaciones de conflicto armado. Su misión exclusivamente humanitaria de velar por que el personal de estas empresas respeten el DIH cuando operen en situaciones de conflicto armado y guiarlos sobre las obligaciones jurídicas que recaen sobre ellos y más importante aún, alentar a los Estados a que tomen medidas para que las EMSP y su personal respeten el DIH y, llegado el caso, para que respondan por su conducta. Por ello, el CICR centra sus actividades operacionales en la promoción de las obligaciones jurídicas existentes, como se destaca en el Documento de Montreux. La Institución se congratula también por otras iniciativas que tienen como finalidad evitar que las EMSP no cometan actos que puedan ser contrarios al DIH y a otras normativas jurídicas. Puede considerarse que todas las iniciativas antes mencionadas son complementarias y pueden servir para fortalecer la protección de las personas afectadas por conflictos armados o situaciones de violencia que no alcancen ese umbral.

V. Métodos y medios de hacer la guerra

1) Nuevas tecnologías de guerra

Sin duda alguna, el DIH se aplica a los nuevos armamentos y al empleo en la guerra de los nuevos desarrollos tecnológicos, como se reconoce, por ejemplo, en el artículo 36 del

Protocolo adicional I²³. No obstante, cabe preguntarse si las normas jurídicas existentes que han de aplicarse a una nueva tecnología son lo suficientemente claras si se tienen en cuenta las características específicas de esa tecnología, así como de los efectos previsibles que puede tener desde el punto de vista humanitario. En los últimos años, una multitud de nuevas tecnologías forma parte del campo de batalla contemporáneo. El ciberespacio ha dado terreno a un nuevo ámbito potencial de guerra. Las partes en conflictos armados utilizan cada vez más los sistemas de armas de control remoto como, por ejemplo, los vehículos teledirigidos. También aumenta la cantidad de sistemas de armas automatizados, y se examina actualmente el uso futuro en zonas de combate de ciertos sistemas autónomos, como los robots de combate. Cada una de estas tecnologías plantea muchos retos jurídicos, de los cuales mencionaremos solo algunos en el presente informe.

a) Ciberguerra

Desde hace varios años, las cuestiones jurídicas que se plantean ante la posibilidad de que se conduzcan hostilidades en el ciberespacio y por medio de éste han despertado mucho interés. El ciberespacio ha creado el potencial para un nuevo ámbito de guerra, un teatro de operaciones bélicas fabricado por el hombre, que se añade a los campos de batalla tradicionales –tierra, mar, aire y espacio sideral– y que está interrelacionado con todos los demás. El espacio virtual ofrece la interconectividad sin pensar en fronteras. A pesar de que esta característica es sumamente útil en tiempo de paz, la interconectividad también significa que todo lo que tenga una conexión con internet puede convertirse en un blanco desde cualquier parte del planeta. La interconectividad implica, además, que un ataque puede ocasionar efectos en diversos otros sistemas dado que las redes militares son, en muchos casos, dependientes de la infraestructura comercial.

Las operaciones cibernéticas consisten en operaciones realizadas contra un ordenador o mediante un ordenador o un sistema informático, utilizando para ello el flujo de datos. Esas operaciones pueden tener distintos objetivos, por ejemplo infiltrar un sistema informático y recopilar, exportar, destruir, cambiar o encriptar datos, o activar, alterar o manipular de otro modo procesos controlados por el sistema que ha sido infiltrado. De esta forma es posible destruir, alterar o interrumpir el funcionamiento de diversos «objetivos» en el mundo real, como industrias, infraestructuras, telecomunicaciones, o sistemas financieros. Así pues, los posibles efectos de esas operaciones suscitan no pocas preocupaciones desde una perspectiva humanitaria. Por ejemplo, al interferir con los sistemas informáticos de apoyo, es posible manipular los sistemas de tráfico aéreo, los sistemas de oleoductos o las centrales nucleares de un enemigo.

Ahora bien, el hecho de que una actividad militar no esté concretamente regulada no significa que pueda utilizarse sin restricciones. En opinión del CICR, los métodos y medios de guerra que incluyen la tecnología cibernética están sujetos a las normas del DIH, como cualquier otra nueva arma o sistema vector empleado hasta la fecha, cuando se utiliza en un conflicto armado por una parte en ese conflicto o en su nombre. Si una operación cibernética se utiliza contra un enemigo en un conflicto armado para causar daño, por ejemplo mediante la manipulación de un sistema de control del tráfico aéreo que tenga como consecuencia el accidente de una aeronave civil, difícilmente podría negarse que ese ataque es, de hecho, un método de guerra y está sometido a las prohibiciones de conformidad con el DIH.

²³ De conformidad con el artículo 36 del Protocolo adicional I, cuando un Estado Parte estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a ese Estado Parte.

Dicho esto, conciliar la emergencia del ciberespacio como un nuevo ámbito de guerra con el marco jurídico que rige los conflictos armados es una tarea desafiante en varios aspectos y exige una atenta reflexión. A continuación se ilustran las cuestiones que actualmente dan lugar a debate:

En primer lugar, la digitalización en la que se construye el ciberespacio garantiza el anonimato y, por consiguiente, complica la atribución de una conducta. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, parece difícil, si no imposible, rastrear al autor de un ataque, dado que el DIH depende de la atribución de la responsabilidad a un individuo y a una parte en un conflicto. En particular, si no es posible identificar al autor de una operación determinada ni el vínculo que guarda la operación con un conflicto armado, resulta extremadamente difícil determinar si el DIH es aplicable a la operación.

En segundo lugar, cuando se utilizan armas cinéticas tradicionales en combinación con operaciones cibernéticas, es indudable que existe un conflicto armado y que se aplica el DIH. Sin embargo, no es fácil resolver la cuestión de la aplicabilidad del DIH cuando los primeros o los únicos actos «hostiles» se perpetran por medio de una operación cibernética. ¿Puede esta situación calificarse de conflicto armado en el sentido de los Convenios de Ginebra y de otros tratados de DIH? ¿Depende esto del tipo de operación, es decir, bastaría efectuar una manipulación o supresión de datos, o debería producirse un daño físico como consecuencia de la manipulación? Tal vez será posible responder de manera definitiva a estas preguntas una vez que se haya observado la práctica futura de los Estados.

En tercer lugar, la definición del término «ataque» es decisiva para la aplicación de las diversas normas que dan efecto al principio de distinción establecido en el DIH. Habría que tener presente que el Protocolo adicional I y el DIH consuetudinario contienen una definición específica del término que no es idéntica a la que se da en otras ramas del derecho. En virtud del artículo 49.1 del Protocolo adicional I, se entiende por «ataques» los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos. La expresión «actos de violencia» denota fuerza física. Sobre la base de esa interpretación, que el CICR comparte, las operaciones cibernéticas por medio de virus, gusanos, etc., que causan un daño físico a las personas o los objetos más allá de los programas informáticos o los datos atacados podrían calificarse de «actos de violencia», es decir, ataques en el sentido del DIH.

Se ha afirmado a veces que las operaciones cibernéticas no quedan comprendidas en la definición de «ataque» mientras no se produzca una destrucción física o cuando sus efectos sean reversibles. Si esta aseveración implica que un ataque contra un bien de carácter civil puede considerarse legítimo en tales casos, para el CICR es infundada de conformidad con el derecho vigente. En virtud del DIH, los ataques han de estar dirigidos estrictamente contra los objetivos militares; y los bienes que no están incluidos en esa definición son civiles y, por ende, no pueden ser objeto de ataques. La definición de objetivos militares no depende del método de guerra utilizado y debe aplicarse tanto a los medios cinéticos como no cinéticos; es también irrelevante el hecho de que una operación cibernética no dé lugar a la destrucción de un objetivo atacado. Conforme a lo estipulado en el artículo 52.2 del Protocolo adicional I, los ataques se limitan sólo a aquellos objetos que contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. Al referirse no sólo a la destrucción o captura del objeto sino también a su neutralización, la definición implica que es intrascendente si un objeto es desactivado mediante la destrucción o de cualquier otra forma.

En cuarto lugar, si las operaciones cibernéticas constituyen un ataque, el Protocolo adicional I estipula: i) la obligación de limitar los ataques estrictamente a los «objetivos militares» y de no dirigirlos contra la población civil o los objetos de carácter civil; ii) la prohibición de los ataques indiscriminados, esto es, aquellos ataques cuando es previsible

que causen víctimas o daños civiles incidentales, y iii) la obligación de tomar las precauciones necesarias para garantizar que las dos normas anteriores sean respetadas (en particular la obligación de reducir al mínimo los daños civiles incidentales y la obligación de abstenerse de decidir ataques que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener). Se propone que estas normas se apliquen de la misma manera si el ataque se lleva a cabo utilizando para ello armas tradicionales o una red informática. Por lo tanto, los problemas que se plantean al aplicar estas normas no se limitan necesariamente a las operaciones cibernéticas. Pero aún hay cuestiones por resolver.

Como se señaló más arriba, el DIH prohíbe los ataques indiscriminados. Sobre la base de lo que ya se conoce públicamente de las operaciones cibernéticas, aplicar esta norma constituye una tarea muy desafiante. Cabe preguntarse si es posible dirigir operaciones cibernéticas contra un objetivo preciso, e incluso, si así fuera, qué posibilidad hay de prevenir los efectos que pudieran ocasionar a la infraestructura civil, debido a la interconectividad de las redes informáticas militares y civiles. Un ejemplo evidente sería propagar un virus o una serie de virus en los sistemas informáticos de un determinado Estado, elegido como objetivo. Incluso si se introdujera sólo en su red militar, un virus altamente pernicioso podría deslizarse en los sistemas civiles e incluso propagarse más allá de las fronteras y perturbar o destruir la infraestructura que depende de ellos. Esos virus se considerarían indiscriminados de conformidad con el DIH vigente porque no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto y serían un medio o método de combate cuyos efectos no pueden ser limitados, tal como lo exige el DIH.

Las operaciones cibernéticas no sólo plantean el dilema de saber cómo cumplir la prohibición de los ataques indiscriminados, sino también la de los ataques desproporcionados. Una cuestión particular que surge y que requiere atenta reflexión es si en la práctica es posible anticipar totalmente las consecuencias o los efectos secundarios que un ataque dirigido contra un objetivo militar legítimo pueda tener en la población civil y los objetos de carácter civil.

Respetar los principios de distinción y proporcionalidad significa que es indispensable tomar algunas precauciones en el ataque, las cuales están contempladas en el artículo 57 del Protocolo adicional I. Esto incluye la obligación de que el autor del ataque tome todas las precauciones factibles al seleccionar los medios y métodos de ataque con miras a evitar y, en cualquier caso a reducir al mínimo las víctimas y los daños civiles incidentales. Dado que en determinados casos las operaciones cibernéticas podrían causar un número menor de víctimas civiles incidentales y menos daños civiles incidentales en comparación con los que ocasionan las armas convencionales, cabe argüir que en tales circunstancias esta norma requeriría que un alto mando considerara la posibilidad de lograr la misma ventaja militar utilizando un medio y método de guerra que recurra al uso de la tecnología cibernética, en caso de que pudiera ponerse en práctica.

En resumen, pese al carácter novedoso de la tecnología, es necesario aplicar restricciones jurídicas a los medios y métodos de guerra que recurren al uso de la tecnología cibernética. Si bien el DIH no contiene disposiciones que las prohíba explícitamente, es evidente que las operaciones cibernéticas en un conflicto armado han de efectuarse en la medida y en la forma en que se respeten las normas vigentes.

El CICR ha seguido y continúa siguiendo de cerca los avances relativos al uso del ciberespacio con fines militares, a fin de evaluar sus repercusiones en el ámbito humanitario y contribuir con ello a velar por el respeto de las normas del DIH en la materia.

b) Sistemas de armas de control remoto

Una de las características principales de los sistemas de armas de control remoto es que los combatientes pueden estar físicamente ausentes de la zona de operaciones de combate. Esta nueva tecnología, al igual que ciertos otros avances en la tecnología militar, permiten a los beligerantes, por un lado, dirigir sus ataques con mayor precisión contra los objetivos militares y reducir así el número de bajas y los daños que causan a los bienes civiles, y, por el otro, aumentar las ocasiones de atacar a un adversario y, por consiguiente, agravar el riesgo de causar daños incidentales a la población civil y a los bienes de carácter civil.

A pesar de la distancia existente entre las personas que operan las armas, o los sistemas de armas de control remoto, y el campo de batalla, la tecnología requiere la presencia de un operador que active, dirija y dispare el arma de que se trate. La responsabilidad de respetar el DIH, incluso la de suspender un ataque si el DIH no puede respetarse, recae claramente en la(s) persona(s) concernida(s) y la parte pertinente en un conflicto armado.

Los vehículos teledirigidos son un ejemplo manifiesto de un sistema de armas de control remoto. Estos dispositivos han aumentado considerablemente las posibilidades de vigilancia del espacio aéreo en tiempo real, ampliando así el conjunto de medidas de precaución que pueden adoptarse antes de un ataque. Pero los sistemas de armas de control remoto también presentan riesgos. De hecho estudios han demostrado que desconectar a una persona, sobre todo distanciándola (física o emocionalmente), de un adversario potencial, facilita los ataques y aumenta la posibilidad de usos indebidos. Asimismo se ha observado que operar de manera responsable ese tipo de sistemas puede plantear ciertas dificultades; por ejemplo, la capacidad limitada de un operador de procesar un gran volumen de datos, incluidos datos contradictorios en un momento dado («sobrecarga de información») y vigilar uno o varios sistemas a la vez da margen para preguntarse si en tales circunstancias el operador podrá respetar plenamente las normas aplicables del DIH.

c) Sistemas automatizados de armas

Un arma automatizada o un sistema automatizado de armas es aquel que puede funcionar de manera autónoma e independiente aunque para desplegarlo o dirigirlo se requiera la intervención inicial de una persona. Entre los ejemplos de esos sistemas cabe mencionar los cañones centinelas automatizados (*automated sentry guns*), municiones con espoleta equipada de sensor y algunas minas terrestres antivehículo. Aunque su despliegue requiere la intervención de una persona, estos sistemas son capaces de verificar o detectar de manera autónoma determinado tipo de objetivo y luego disparar o detonar. El cañón automatizado centinela puede o no dispararse mediante la verificación vocal de un intruso potencial utilizando una contraseña. No queda claro cómo el sistema diferenciaría un civil de un combatiente, un combatiente herido o incapacitado de un atacante o a las personas que no pueden entender ni responder a una advertencia verbal del sistema (cuando por ejemplo se utiliza una lengua extranjera). Del mismo modo, las municiones con espoleta equipada de sensor, que se programan para localizar y atacar un determinado tipo de objetivo militar (tanques por ejemplo), una vez lanzadas, atacarán independientemente tales objetivos si el sistema ha verificado el tipo de objetivo. La capacidad de distinción, prevista en el DIH, dependerá totalmente de la calidad y la variedad de los sensores y del programa que emplee el sistema. Lo más difícil con los sistemas automatizados es garantizar que sean capaces de tener el nivel de distinción previsto en el DIH. Asimismo, no está claro cómo podrían estas armas evaluar la pérdida incidental de vidas civiles, el número de heridos civiles o los daños a los bienes civiles, y, por ende, respetar el principio de proporcionalidad.

d) Sistemas de armas autónomos

Un sistema de armas autónomo es aquel que puede captar o adaptar su funcionamiento según la variación de las circunstancias del entorno en el que es desplegado. Un sistema verdaderamente autónomo debería estar dotado de una inteligencia artificial capaz de aplicar el DIH. Esos sistemas aún no se han utilizado como armas aunque existe un gran interés al respecto en la literatura especializada y se han destinado muchos fondos para realizar los estudios pertinentes. El despliegue de tales sistemas reflejaría un cambio de paradigma y un cambio cualitativo importante en la conducción de las hostilidades. Asimismo, se plantea una serie de cuestiones fundamentales de orden jurídico, ético y social que es necesario examinar *antes* de que esos sistemas se desarrollen o se desplieguen.

El desarrollo de un sistema de armas verdaderamente autónomo que permita aplicar el DIH representa un ingente desafío de programación, cuya elaboración podría resultar imposible. Dotar esos sistemas de una capacidad para distinguir entre un civil y un combatiente, entre un combatiente activo y uno herido o incapacitado o entre un combatiente y un cazador parece ser una tarea desmesurada. Del mismo modo, es difícil imaginar cómo sistemas autónomos podrían determinar la ventaja militar o emitir un juicio con respecto a la proporcionalidad o tomar precauciones en el ataque según vayan variando las diferentes circunstancias.

En teoría, es posible programar un sistema de armas autónomo para que tenga un comportamiento en el campo de batalla más ético y más cauteloso que el de un ser humano. Después de todo, la emoción, la pérdida de un colega y el interés personal no son un problema para un robot y el historial de respeto del DIH entre los soldados dista mucho de ser perfecto, por así decirlo. Aunque aún no hay indicios de que esto sea posible, el uso potencial de sistemas de armas autónomos plantea varias preguntas difíciles: ¿es aceptable moralmente que sea una máquina la que decida entre la vida y la muerte? Si el uso de un sistema de armas autónomo da lugar a la comisión de un crimen de guerra, ¿a quién se atribuiría la responsabilidad legal, moral o política de las opciones que hubieran hecho los sistemas de armas autónomos: el programador, el fabricante, o el mando que los despliega? Si no puede establecerse la responsabilidad tal como lo exige el DIH ¿es legal o ético desplegar esos sistemas? De esas preguntas se infiere que el debate sobre las consecuencias jurídicas y de otra índole del uso de sistemas de armas autónomos será complejo y deberá abordar detenidamente las posibles repercusiones que dicho empleo tenga en el ámbito humanitario.

En resumen, transcurrirá sin duda mucho tiempo antes de que puedan darse respuestas contundentes a muchas de las cuestiones jurídicas y de otra índole que plantean los avances tecnológicos mencionados en esta sección. Es de observar que la pregunta fundamental que cabe hacerse no sería tanto si las nuevas tecnologías son buenas o malas, sino cuáles son las circunstancias en las que se utilizan. Asimismo, las nuevas tecnologías no cambian el derecho vigente sino que deben atenerse a él, teniendo en cuenta que las normas actuales no regulan debidamente algunos de los problemas que se plantean y que quizás cabría desarrollarlas. Para el CICR es importante celebrar un debate documentado de las cuestiones implicadas, llamar la atención sobre la necesidad de evaluar el posible impacto humanitario y las consecuencias que tienen en el DIH las nuevas tecnologías y aquellas en desarrollo y velar por que dichas tecnologías no se empleen prematuramente en condiciones en las que no sea posible asegurar el respeto del DIH.

2) Uso de armas explosivas en zonas densamente pobladas

Se sabe que los conflictos armados que tienen lugar en zonas densamente pobladas causan grandes sufrimientos humanos. Las personas civiles han pagado un precio muy alto tanto

directamente, dado el número de muertes, lesiones e incapacidades permanentes causadas como indirectamente, habida cuenta de la destrucción generalizada de sus hogares, medios de subsistencia e infraestructura. Además, muchos civiles han padecido efectos psicológicos duraderos, pero más difíciles de cuantificar, a causa del uso de armas explosivas en zonas densamente pobladas durante largos períodos de tiempo. Se puede afirmar, aún sin necesidad de datos científicos, que las personas que residen en zonas densamente pobladas se ven más gravemente afectadas por los bombardeos aéreos, los proyectiles de mortero y otras armas explosivas que los que viven en las zonas rurales.

En una declaración formulada en 2009, el presidente del CICR recordó las consecuencias humanitarias y de otra índole que entrañan las operaciones militares en las zonas densamente pobladas.

«No sólo evolucionan los tipos de armas, sino también los entornos en los que a menudo se usan. El debate se inició, en parte, a causa del creciente número de operaciones militares que se llevan a cabo en zonas urbanas densamente pobladas, en las que frecuentemente se utiliza la fuerza explosiva de las armas pesadas, que puede tener consecuencias humanitarias devastadoras para las poblaciones civiles que allí residen.. [...] Pero, quedan pendientes varias preguntas importantes con respecto a la conducción de las hostilidades. Por ejemplo: ¿las normas aplicables del DIH son suficientes para identificar en qué circunstancias puede utilizarse la fuerza explosiva de las armas pesadas en zonas densamente pobladas? ¿Debe exigirse mayor rigor en la verificación de los objetivos y de sus alrededores o en la emisión de advertencias a la población civil?» Tal vez sea necesario elaborar nuevas disposiciones jurídicas pero, de ser así, ¿cómo supervisar su aplicación y velar por su observancia?»

Restricciones jurídicas al uso de armas explosivas en zonas densamente pobladas

Hay muchos tipos de armas explosivas, desde granadas hasta bombas aéreas que pesan centenas de kilos. En varios instrumentos jurídicos se definen los dispositivos explosivos, pero en cada caso la definición tiende a adaptarse a la finalidad del tratado pertinente. No obstante, cabe observar que en todas las definiciones de armas explosivas hay un elemento recurrente y es que esas armas deben ser activadas por la detonación de una sustancia altamente explosiva que genera una explosión y un efecto de fragmentación.

El uso de armas explosivas en zonas densamente pobladas expone a la población civil y la infraestructura al riesgo elevado, incluso extremo, de que se produzcan de manera incidental o indiscriminada muertes, lesiones o destrucción. Sin embargo, el DIH no prohíbe su uso como tal. Por lo tanto, es necesario evaluar en cada caso por separado si se pueden utilizar esas armas sobre la base de las normas del DIH que prohíben los ataques indiscriminados y desproporcionados, e imponen la obligación de tomar todas las precauciones factibles en los ataques.²⁴

A los efectos de este debate, es imprescindible reiterar, en particular, que los ataques indiscriminados son aquellos que no están dirigidos contra un objetivo militar específico, o que utilizan un método o medio de combate cuyos efectos no pueden limitarse conforme a lo dispuesto en el DIH. Están explícitamente prohibidos por ser ataques indiscriminados «los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados

²⁴. En este contexto, se debe recordar que el hecho de que los combatientes se mezclen con los civiles es una característica de la guerra en zonas densamente pobladas, lo que significa que la parte que es atacada también tiene la obligación de tomar (en la mayor medida posible) precauciones contra los efectos del ataque en las personas civiles y los bienes de carácter civiles, prescritas en el DIH.

situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil». También están prohibidos los ataques que violen el principio de proporcionalidad del DIH, a saber, «los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista».

Cabe observar que la prohibición de los ataques indiscriminados estaba destinada a «[tener en cuenta] ciertos medios o métodos de combate, cuyo uso es perfectamente legítimo en determinadas situaciones, [que] pueden, en otras circunstancias, producir efectos contrarios a ciertas limitaciones contenidas en el [Protocolo adicional I], en cuyo caso su uso supondría un ataque indiscriminado».²⁵

Una circunstancia que podría hacer que el uso de cierto tipo de arma se considere indiscriminado es sin duda su empleo en una zona densamente poblada. Por afán de claridad, el concepto de armas explosivas comprende una gran variedad de armas con una superficie de impacto muy diversa, lo que implica que el uso de armas explosivas en una zona densamente poblada no es indiscriminado por definición. Si bien la característica de un arma explosiva indica la manera en que afecta a su objetivo, el criterio decisivo para establecer su licitud en virtud de la prohibición de los ataques indiscriminados será saber si, habida cuenta de los distintos efectos que produce y considerando la densidad de la población circundante y la infraestructura, puede distinguir entre el objetivo militar previsto y las personas y los bienes civiles, y limitar sus efectos tal como lo exige el DIH.

En el mismo orden de cosas, mediante la planificación y la conducción de operaciones militares que implican el uso de armas explosivas en zonas densamente pobladas, se debe aplicar de manera particularmente concienzuda la obligación general que incumbe a los beligerantes de tomar todas las precauciones factibles con miras a preservar a la población civil y los bienes de carácter civil. En particular, es fundamental tomar todas las precauciones factibles para cerciorarse de que el ataque se hace efectivamente contra objetivos militares y en la elección de los métodos y medios de ataque, a fin de evitar y, en todos los casos, minimizar los daños incidentales. Asimismo ello significa que un ataque debe anularse o suspenderse si se prevé que pudiera violar los principios de distinción o de proporcionalidad.

En resumen, debido a la gran probabilidad de que tipos específicos de armas tengan efectos indiscriminados, y a pesar de la ausencia de una prohibición jurídica expresa, el CICR considera que el uso de armas explosivas que pueden tener efectos sobre una amplia zona debería evitarse en zonas densamente pobladas.

3) La noción de participación directa en las hostilidades según el DIH

Como se señaló en los informes presentados a las XXVIII y XXX Conferencias Internacionales, el entorno operacional de los conflictos armados contemporáneos está cambiando. Algunas de sus características son el desplazamiento de las operaciones militares a los centros de población civil, por la implicación cada vez más grande de las personas civiles en la acción militar (tanto del lado de Estados como del lado de grupos armados organizados), así como por las mayores dificultades prácticas para distinguir entre combatientes y civiles. Teniendo en cuenta esta realidad, de 2003 a 2008, el CICR trabajó con un grupo de unos cincuenta expertos jurídicos internacionales –los cuales participaron a título privado– sobre un proyecto destinado a esclarecer la noción de «participación directa en las hostilidades» según el DIH. Sobre la base de una evaluación completa de los debates

²⁵ Conferencia Diplomática (1974-77), O.R. XV, p. 274, párr. 55, CDDH/215/Rev.1, Anexo.

mantenidos por los expertos, así como de estudios y análisis internos, el CICR redactó un documento final titulado «Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario», la cual refleja únicamente los puntos de vista del CICR.

La principal finalidad de la Guía es fortalecer la protección de la población civil, esclareciendo la distinción entre civiles y combatientes, así como entre los civiles que participan directamente en las hostilidades y los que no, según el DIH. El propósito no es cambiar las normas vinculantes del DIH, sino más bien presentar las recomendaciones del CICR sobre la forma en que debería interpretarse la noción de participación directa en las hostilidades en los conflictos armados contemporáneos. La intención no es que se aplique sobre el terreno como tal, sino más bien que los mandos militares y otros responsables de la conducción de operaciones militares lo hagan operativo. El texto fue publicado en inglés en junio de 2009, junto con las actas de las reuniones de expertos. Hasta la fecha, la Guía ha sido traducida al español, francés, árabe y chino. El CICR también ha entablado un diálogo proactivo con círculos militares, gubernamentales, no gubernamentales, humanitarios y académicos para explicar y promover la difusión de la Guía.

A continuación se hace una síntesis de las principales cuestiones planteadas en la Guía y las correspondientes respuestas:

(i) *¿A quién se considera civil a los fines del principio de distinción?*

La respuesta a esta pregunta determina el círculo de personas protegidas contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. A los efectos de la conducción de las hostilidades, es importante hacer una distinción entre miembros de fuerzas o grupos armados organizados (cuya función continua es conducir hostilidades en nombre de una parte en el conflicto armado) y personas civiles (que no participan directamente en las hostilidades, o que solo lo hacen de forma espontánea, esporádica o no organizada).

En un conflicto armado internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto ni participan en un levantamiento en masa tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Los miembros de las fuerzas armadas no regulares (por ejemplo, milicias, cuerpos de voluntarios, etc.) cuya conducta sea atribuible a un Estado parte en un conflicto armado son considerados parte de las fuerzas armadas de este Estado. No son considerados civiles a los efectos de la conducción de las hostilidades, aunque no llenen los requisitos exigidos por el DIH para tener derecho al privilegio de combatiente y al estatuto de prisionero de guerra.²⁶

En un conflicto armado sin carácter internacional, todas las personas que no son miembros de fuerzas armadas estatales o grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles y, por lo tanto, tienen derecho a ser protegidas contra los ataques salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación.

En un CANI, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal y están integrados solo personas cuya función directa es participar directamente en las hostilidades. El criterio decisivo para que exista la calidad de miembro en un grupo armado organizado es que una persona asuma una función continua para el grupo y que esa comprenda su participación directa en las hostilidades («función continua de combate»).

²⁶ La calidad de miembro de fuerzas armadas irregulares que pertenezcan a una parte en el conflicto ha de determinarse sobre la base de los mismos criterios funcionales que se aplican a los grupos armados organizados en los conflictos armados sin carácter internacional.

La función continua de combate no conlleva *de jure* que se tiene derecho al privilegio de combatiente, el que, en cualquier caso, no existe en un CANI. Más bien, distingue a los miembros de las fuerzas combatientes organizadas de una parte no estatal de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades solo de forma espontánea, esporádica o no organizada, o que asumen funciones exclusivamente políticas, administrativas o cualquier otra función que no sea de combate.

La violencia armada que no llena el requisito de intensidad y de organización para calificarla de conflicto armado sigue siendo una cuestión de orden público, es decir, se rige por las normas internacionales y por el derecho interno aplicable a las operaciones de mantenimiento del orden público. Esto ocurre incluso cuando la violencia ocurre durante un conflicto armado, sea o no internacional, si no tienen relación alguna con el conflicto armado.

(ii) *¿Qué conducta constituye una participación directa en las hostilidades?*

La respuesta a esta pregunta define la conducta individual que tiene como consecuencia la suspensión de la protección de una persona civil contra los ataques directos. La noción de participación directa en las hostilidades se refiere a actos específicos ejecutados por personas como parte de la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado. Debería ser interpretada del mismo modo en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional.

Para considerar un acto como participación directa en las hostilidades, deben cumplirse los requisitos acumulativos siguientes:

1. Debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos (*umbral de daño*) y
2. Debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante (*causalidad directa*), y
3. El propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (*nexo beligerante*).

La aplicación combinada de los tres requisitos de *umbral de daño*, *causalidad directa* y *nexo beligerante* permite hacer una distinción fiable entre actividades que constituyen una participación directa en las hostilidades y actividades que, a pesar de ocurrir en el contexto de un conflicto armado, no son parte de la conducción de las hostilidades y, por consiguiente, no conllevan la pérdida de la protección contra los ataques directos.

Además, las medidas para preparar la ejecución de un acto específico de participación directa en las hostilidades, así como el despliegue al lugar de su ejecución y el regreso, son parte integrante de ese acto.

(iii) *¿Qué modalidades rigen la pérdida de la protección contra los ataques directos?*

La respuesta a esta pregunta se refiere a las siguientes cuestiones a) duración de la pérdida de la protección contra los ataques directos, b) las precauciones y las presunciones en situaciones de duda, c) las normas y los principios que rigen el uso de la fuerza contra objetivos militares legítimos y d) las consecuencias de recuperar la protección contra los ataques directos.

a) En cuanto al ámbito temporal de la pérdida de la protección, las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos durante la duración de cada acto específico que constituya una participación directa en las hostilidades; los miembros de los grupos armados que pertenece a una parte no estatal en un conflicto armado, en cambio, cesan de ser civiles (véase *i*) más arriba) y pierden la protección contra los ataques directos durante todo el tiempo que asuman una función continua de combate.

b) En la práctica, la participación directa de los civiles en las hostilidades puede causar gran confusión e incertidumbre en la aplicación del principio de distinción. Para evitar tomar como objetivo de forma errónea o arbitraria a las personas civiles que tienen derecho a protección contra los ataques directos, es muy importante que se tomen todas las precauciones factibles para determinar si una persona es civil y, llegado el caso, si está participando directamente en las hostilidades. En caso de duda, se debe presumir que la persona está protegida contra los ataques directos.

c) La pérdida de la protección contra los ataques directos, sea debido a la participación directa en las hostilidades (de civiles) o a la función continua de combate (de miembros de grupos armados organizados), no significa que no haya restricciones jurídicas. Un principio fundamental del DIH convencional y del DIH consuetudinario es que «[l]os beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo». Se imponen también restricciones jurídicas a los ataques directos contra objetivos militares legítimos, basadas sea en disposiciones específicas del DIH, sea en los principios en que se fundamenta el DIH en su conjunto, sea en otros instrumentos aplicables del derecho internacional.

Por lo tanto, además de las restricciones que impone el DIH respecto a los métodos y medios específicos de combate, y sin perjuicio de las demás restricciones que dimanen de otros instrumentos de derecho internacional aplicables, el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso.

d) Por último, como ya se señaló, el DIH no prohíbe ni favorece la participación directa de las personas civiles en las hostilidades. Cuando las personas civiles dejan de participar directamente en las hostilidades, o cuando miembros de grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado dejan de asumir una función continua de combate, recuperan la plena protección como personas civiles contra los ataques directos, pero no quedan exentos de ser enjuiciados por las violaciones que puedan haber cometido contra el derecho interno y el derecho internacional.

Cabe señalar que algunos aspectos de la Guía han generado, desde su publicación, debates jurídicos en los círculos gubernamentales, académicos y de ONG. Por ejemplo, una cuestión polémica ha sido el concepto de la función continua de combate, descrita más arriba. Mientras que algunos consideran que es muy estricto, otros creen, por el contrario, que su concepción es demasiado amplia. Hay otras opiniones similares por lo que respecta al punto de vista del CICR de que los civiles que participan directamente en las hostilidades de forma esporádica y desorganizada pueden ser objeto de ataques sólo durante la duración de cada acto específico de participación directa. Mientras que algunos piensan que este enfoque es inaceptable por que reconoce el «vaivén» de la protección para las personas que participan esporádicamente en las hostilidades, otros creen que debería aplicarse a cualquier civil que participe directamente en las hostilidades, es decir, incluso a los que lo hacen de forma organizada. Según la recomendación IX, «el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso». La mayor crítica es

que la introducción de un elemento de necesidad en el proceso de ataque contra personas que participan directamente en las hostilidades no tiene fundamento jurídico. Se estima que el DIH autoriza a atacar a personas que participan directamente en las hostilidades independientemente de que, en las circunstancias concretas, sean suficientes medios distintos de la fuerza letal para lograr el resultado operacional esperado.

El CICR deliberó sobre cada una de esas críticas, entre otras, mientras preparaba el texto final de la Guía la cual, en su opinión, presenta un «conjunto» de consideraciones jurídicas y operacionales bastante equilibrado. La organización sigue de cerca la acogida de la Guía y las diferentes posiciones expresadas en relación con algunas de las recomendaciones y está dispuesto a hacer otros intercambios para esclarecer aspectos concretos de la Guía y explicar la relación entre ellos.

4) Tratado sobre el Comercio de Armas

Cada año, a causa, entre otras cosas, de la inadecuada reglamentación de la disponibilidad de armas convencionales y de su uso indebido, cientos de miles de civiles están desplazados, heridos o muertos. En muchas partes del mundo, es fácil conseguir armas y hay tanta violencia armada que incluso después de un conflicto armado, los civiles siguen haciendo frente a casi todas las mismas amenazas que había durante el conflicto.

Los Estados Partes en los Convenios de Ginebra expresaron por primera vez su preocupación por la rápida expansión del comercio de las armas y su proliferación no reglamentada en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en 1995. Ésta pidió al CICR que realizara un estudio sobre las consecuencias de la disponibilidad de armas para el DIH y la situación de las personas civiles en los conflictos armados. En la conclusión del estudio se señala que la amplia disponibilidad de armas facilita las violaciones del DIH y tiene consecuencias perjudiciales tanto para las personas civiles como para las operaciones de asistencia humanitaria durante y después de los conflictos armados. Mientras se pueda disponer de armas con tanta facilidad, más fácil será también cometer violaciones graves contra el DIH y más peligro habrá para la entrega de asistencia humanitaria.

Desde que concluyó el estudio en 1999, el CICR ha pedido una reglamentación más estricta de las transferencias internacionales de armas y municiones y una evaluación del posible respeto del DIH por parte de lo que las reciben, a fin de reducir el sufrimiento que causa la escasa reglamentación de la disponibilidad de armas.

a) Elaboración del Tratado sobre el Comercio de Armas

Desde 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido, en repetidas ocasiones, que la falta de normas internacionales comunes relativas a la transferencia de armas convencionales es un factor que contribuye a los conflictos armados, al desplazamiento de personas, a la delincuencia organizada y al terrorismo, los cuales, a su vez, socavan la paz, la reconciliación, la seguridad, la estabilidad, así como el desarrollo social y económico sostenible. En enero de 2010, la Asamblea General decidió convocar, para el año 2012, la Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas para elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre las «normas internacionales comunes más elevadas posibles para la transferencia de armas convencionales».

Para que el TCA sea verdaderamente efectivo, su ámbito y criterios de transferencia deberán guardar coherencia con el objeto y el propósito del TCA, que es prevenir los problemas consiguientes al comercio no reglamentado de armas convencionales. Como

explicó el encargado del proceso de negociaciones del TCA al término de la Reunión preparatoria de marzo de 2011, uno de los «Fines y Objetivos» del TCA es:

«Contribuir a la paz, seguridad y estabilidad previniendo la transferencia de armas que faciliten: el sufrimiento humano, serias violaciones de las leyes internacionales de derechos humanos y el derecho humanitario internacional, violaciones, sanciones y embargos del CSONU y otras obligaciones internacionales, el conflicto armado, el crimen organizado, y actos terroristas, acciones que impiden la paz, reconciliación, seguridad, estabilidad y el desarrollo social y económico sustentable (...)».

Hasta la fecha, las posturas van de favorecer un tratado de ámbito general que regule el comercio de todas las armas convencionales y de sus municiones a apoyar un ámbito limitado a las siete categorías de armas incluidas en el Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas. Otros Estados optarían por un alcance intermedio entre esos dos enfoques: las siete categorías del Registro de las Naciones Unidas y las armas pequeñas y ligeras (APAL), las siete categorías del Registro de las Naciones Unidas y las APAL y sus municiones, o una serie completa de armas convencionales, pero sin sus municiones. El proyecto de texto del encargado de las negociaciones sobre el TCA, de 14 de julio de 2011, enumera una amplia serie de categorías de armas, municiones, componentes, tecnología y equipamiento. En cuanto a las transacciones cubiertas por el TCA, el proyecto cubre la importación, la exportación, la transferencia, la intermediación en el tráfico, la manufactura bajo licencia extranjera y las transferencias de tecnología de todo el material incluido en el tratado.

Los Estados también han hablado de los criterios para la transferencia de armas, los cuales son las normas que los Estados deberían aplicar cuando tengan que decidir si autorizan una transferencia de armas. Los criterios propuestos más comunes para el TCA se refieren a las obligaciones internacionales que expresamente prohíben las transferencias, como los embargos de armas impuestos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y las posibles transferencias posteriores que los Estados deseen evitar. EL propósito de esta última categoría de criterios sería que las armas transferidas no sean utilizadas para cometer o facilitar las violaciones del derecho internacional.

b) Un criterio DIH para la transferencia de armas

El CICR apoya la elaboración de un TCA general, jurídicamente vinculante, que establezca normas internacionales comunes para la transferencia responsable de todas las armas convencionales y sus municiones. La negociación y la consiguiente aplicación del TCA brindarán una oportunidad histórica para reducir el costo humano de la generalización y de la inadecuada reglamentación de la disponibilidad de armas convencionales.

De conformidad con los Convenios de Ginebra, todos los Estados tienen la obligación de hacer respetar el DIH. Esto implica la responsabilidad de hacer todo lo posible para garantizar que las armas y las municiones que transfieren no terminen en poder de quienes probablemente las utilicen en violación del DIH. Tanto en el Plan de Acción Humanitaria adoptado en la resolución 1 de la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 2003, como en la resolución 3 aprobada por la XXX Conferencia Internacional en 2007, se destaca que, habida cuenta de las obligaciones de los Estados de respetar y hacer respetar el DIH, se necesita un control estricto de la disponibilidad de armas y municiones para que no acaben en poder de los que esperan utilizarlas en violación del DIH.

En opinión del CICR, el TCA debe reflejar la obligación de los Estados de hacer respetar el DIH, pidiéndoles a) que evalúen la probabilidad de que se cometan violaciones graves contra el DIH con las armas que se transfieren y b) que no autoricen las transferencias

cuando exista un riesgo evidente de que las armas se empleen para cometer violaciones graves contra el DIH. Si el futuro TCA permitiera la aprobación de medidas que no impidan la transferencia de armas en caso de que exista un riesgo evidente de que se cometerán violaciones graves del DIH con las armas transferidas, la finalidad humanitaria de ese tratado resultaría menoscabo.

Es poco probable que las diferencias en las respectivas obligaciones de los Estados con respecto al DIH causen un problema particular en la elección de las obligaciones del DIH que han de examinarse antes de decidir una transferencia de armas. Los Estados que transfieran armas tendrían que evaluar el riesgo de que haya violaciones «graves». Estas son las violaciones que los Estados ya tienen la obligación de investigar cuando sean cometidas por los respectivos ciudadanos o en su territorio o sobre los que existe una jurisdicción universal según las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 50, 51, 130 y 147 de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente) y del Protocolo I adicional de 1977 (artículos 11 y 85). Según el derecho consuetudinario, las violaciones graves del DIH constituyen crímenes de guerra, los cuales están enumerados, a su vez, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aunque no todos los Estados son Partes en el Estatuto de Roma, los crímenes de guerra enumerados en el artículo 8 sirven como útil referencia para los actos que los Estados han considerado, en general, como violaciones graves del derecho internacional consuetudinario.

Orientaciones específicas sobre las evaluaciones sistemáticas y objetivas de los riesgos pueden ser medios útiles para aplicar los criterios DIH. En 2007 el CICR publicó una *Guía práctica* para la aplicación de criterios basados en el DIH en las decisiones relativas a la transferencia de armas. La Guía da una serie de indicadores que pueden servir para evaluar los riesgos, propone fuentes de información al respecto, y hace una lista de las infracciones graves y de los crímenes de guerra.

c) Ámbito de armas y actividades

Si uno de los objetivos del TCA es evitar el comercio internacional de armas convencionales que contribuyan o faciliten los sufrimientos humanos, es difícil imaginar un arma convencional o un tipo de transferencia que no requiera una reglamentación. Por lo tanto, en opinión del CICR, todas las armas convencionales y municiones deberían incluirse en el ámbito del tratado.

También es importante que el tratado cubra las transferencias de municiones si se espera lograr realmente su objetivo. Sin municiones, es imposible utilizar las reservas de armas convencionales, y es necesario renovar continuamente los suministros de municiones. Según el informe sobre Armas Pequeñas del Secretario General de las Naciones Unidas, de abril de 2011, «(l)os grupos de expertos encargados de supervisar los embargos de armas impuestos por el Consejo de Seguridad han indicado que la popularidad de ciertos tipos de armas entre los grupos armados está en correlación con la disponibilidad de sus municiones (...). Por otra parte, en algunos informes se ha demostrado que, en algunos casos, la falta de municiones llevó a los combatientes a tratar de resolver sus controversias por medios pacíficos. Prevenir el reabastecimiento de municiones en situaciones de alto riesgo para la población civil debe ser una prioridad». La investigación ha mostrado también que una vasta mayoría de los países que actualmente regulan el comercio de armas, también lo hacen respecto a la transferencia de municiones; demostrando con ello que regular la transferencia de municiones es factible y deseable.

El TCA también debe abarcar todos los tipos de transferencias a tenor de los instrumentos internacionales existentes. Para garantizar que sea verdaderamente integral y eficaz, deben incluirse en el TCA las actividades como el tránsito, el trasbordo, los préstamos y los

arriendos, así como la intermediación y otras actividades estrechamente relacionadas con este ámbito.

En resumen, uno de los objetivos más importante de un TCA debe ser reducir el costo humano de la escasa reglamentación del comercio internacional de armas estableciendo normas internacionales comunes para la transferencia y el comercio responsables de todas las armas convencionales y sus municiones. Los Estados, las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, así como la sociedad civil deben, antes de las negociaciones sobre un Tratado sobre el Comercio de Armas en 2012, sensibilizar a la opinión pública sobre el costo humano que entraña la escasa reglamentación de las transferencias de armas y alentar a todos los Estados a aprobar un Tratado eficaz y completo. Un TCA eficaz, y su debida aplicación, pueden aportar una contribución de capital importancia a la reducción del sufrimiento humano que puede evitarse durante y después de los conflictos armados.

VI. Amalgama entre el DIH y la normativa jurídica en materia de terrorismo

Mientras que los conflictos armados y los actos de terrorismo son formas diferentes de violencia que se rigen, asimismo, por normativas jurídicas diferentes, han llegado ser considerados como casi sinónimos debido a la constante amalgama que se hace entre esos términos y que es de dominio público. La opinión del CICR sobre la clasificación jurídica de lo que se ha llamado «lucha contra el terrorismo» y del estatuto jurídico de las personas detenidas fue abordada en los anteriores informes sobre el derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos preparados para las Conferencias Internacionales de 2003 y 2007. En esta sección se examinarán de forma breve las razones prácticas, políticas y jurídicas por las cuales se piensa que no es útil hacer una amalgama entre conflicto armado y terrorismo o entre los regímenes jurídicos que rigen estas formas de violencia.

1) Efectos jurídicos y políticos

Son varias las diferencias entre las bases jurídicas que rigen los conflictos armados y el terrorismo, que se basan, en primer lugar, en la realidad diferente que buscan regular. La principal divergencia es que, en términos jurídicos, un conflicto armado es una situación en que están permitidos ciertos actos de violencia (lícitos) y otros están prohibidos (ilícitos), mientras que cualquier acto de violencia designado como «de terrorismo» es siempre ilícito. Como ya se dijo, la finalidad última de un conflicto armado es imponerse a las fuerzas armadas enemigas. Por esta razón, está permitido, o al menos no está prohibido, que las partes ataquen los objetivos militares de la parte adversaria. La violencia dirigida contra esos objetivos no está prohibida en el DIH, independientemente de que sea el hecho de un Estado o de una parte no estatal. Los actos de violencia contra los civiles y los bienes de carácter civil son, en cambio, ilícitos, porque uno de los propósitos fundamentales del DIH es preservar a las personas civiles y a los bienes de carácter civil de los efectos de las hostilidades. Por lo tanto, el DIH regula tanto los actos lícitos como los ilícitos de violencia y es la única rama del derecho internacional que adopta esta doble perspectiva.

No hay una dicotomía análoga en las normas internacionales sobre los actos de terrorismo. La característica que define cualquier acto clasificado jurídicamente como «de terrorismo» según el derecho internacional y según el derecho interno es que está tipificado como un crimen: ningún acto de violencia calificado de «terrorismo» está o puede estar exento de enjuiciamiento. El código actual de delitos terroristas incluye 13 tratados llamados

sectoriales, aprobados a nivel internacional, que definen actos específicos de terrorismo. También hay un proyecto de Convenio General sobre el Terrorismo internacional que ha sido objeto de negociaciones en las Naciones Unidas desde hace más de diez años.²⁷ Se estima que los tratados actualmente vigentes definen casi cincuenta delitos, incluidos unos diez contra la aviación civil, cerca de dieciséis contra la navegación marítima o las plataformas continentales, unos doce contra las personas, siete relacionados con el uso, la posesión o la amenaza de utilizar bombas o materiales nucleares y dos crímenes sobre la financiación del terrorismo.

Los regímenes jurídicos que rigen los conflictos armados y el terrorismo difieren también en que no sólo el DIH se basa en la noción de igualdad de derechos y obligaciones de las partes en un conflicto armado (cabe recordar, igualdad de derechos y obligaciones, según el DIH, no significa que exista esa igualdad entre las partes en un CANI según el derecho interno). Por consiguiente, también está prohibido que cualquier parte en un conflicto armado ataque directamente a los civiles enemigos, pero no que ataque los objetivos militares del adversario. Por razones obvias, no se aplica el mismo principio a los actos de terrorismo.

Una razón vital para no amalgamar los conflictos armados y los actos de terrorismo es que la normativa jurídica que rige los conflictos armados ya prohíbe la gran mayoría de actos que, si fueran cometidos en tiempo de paz, serían llamados «terroristas». Según el DIH, están prohibidos, por ser crímenes de guerra: i) los actos de terrorismo específicos perpetrados en un conflicto armado, y ii) una serie de actos de otro índole que habitualmente serían llamados «terroristas» si fueran cometidos en una situación ajena a un conflicto armado.

i) El «terrorismo» está específicamente prohibido en el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra, así como en el artículo 4.2 *d)* del Protocolo adicional II. En el primer caso, la prohibición tiene la finalidad de proteger a las personas civiles *en poder del adversario* en un CAI. En el segundo, la prohibición se refiere a las personas que no participan o que han dejado de participar directamente en las hostilidades que, del mismo modo, puedan estar en poder de un adversario en un CANI. El lugar en que figuran las dos disposiciones y el alcance que tienen dejan claro que la finalidad es prohibir a una parte en un conflicto armado que aterrorice a los civiles bajo su control, especialmente mediante castigos colectivos.

Además en los artículos 51.2 del Protocolo adicional I y 13.2 del Protocolo adicional II se prohíben específicamente los actos de terrorismo *en la conducción de las hostilidades*, disponiendo que «[q]uedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil». Según el Fallo emitido en 2006 por el TPIY en el caso *Galic*, esta prohibición es vinculante no sólo por ser una norma convencional, sino también por su índole de derecho consuetudinario.

ii) Probablemente más importante que el hecho de que el DIH prohíba específicamente algunos actos de terrorismo es que casi todas las normas «regulares» que contiene sobre la conducción de las hostilidades prohíben los actos que podrían ser considerados «terroristas» si se cometieran fuera de un conflicto armado.

Como ya se señaló más arriba, el principio de distinción inspira todas las otras normas sobre la conducción de las hostilidades del DIH. Para demostrar porqué los regímenes jurídicos aplicables a los conflictos armados y al terrorismo no deben confundirse, es necesario recordar que, según el principio de distinción, el DIH tanto en los CAI como en los CANI

²⁷ La relación entre la definición de los actos considerados «de terrorismo» según el proyecto de Convención y los actos cometidos en los conflictos armados es uno de los puntos de desacuerdo que impide la conclusión de las negociaciones. El CICR considera que es importante que la cláusula de exclusión no socave el DIH.

prohíbe absolutamente los ataques directos y deliberados contra las personas civiles. Esta prohibición —expresada específicamente mediante la prohibición de aterrorizar a la población civil, como se señala más arriba— es también una norma del DIH consuetudinario y su violación constituye un crimen de guerra.

Además de los ataques directos y deliberados, el DIH prohíbe los ataques indiscriminados y desproporcionados, cuyas definiciones ya han sido abordadas en otras secciones del presente informe.

Del mismo modo que las personas civiles, los bienes de carácter civil (definidos en DIH como «todos los bienes que no son objetivos militares») no pueden ser objeto de ataques directos y deliberados. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar —por lo cual sería entonces un objetivo militar—, debe presumirse que no se utiliza con tal fin.

A pesar de que, como se mencionó más arriba, una vertiente del DIH rige (prohíbe) los actos de violencia contra las personas civiles y los bienes de carácter civil en un conflicto armado, la otra permite, a, al menos no prohíbe, los ataques contra los combatientes o los objetivos militares. Estos actos son la esencia misma de un conflicto armado y, como tales, no debería ser definidos jurídicamente como «de terrorismo» según otra rama del derecho internacional. Hacerlo supondría que son actos prohibidos que deben ser penalizados según esa otra rama del derecho internacional. Esto estaría en conflicto con la regulación dicotómica que es central en el DIH.

Cabe observar que las mencionadas normas sobre la conducción de las hostilidades que prohíben los ataques contra los civiles o los bienes de carácter civil se aplican también en los CANI. Sin embargo, existe una diferencia jurídica vital entre los CAI y los CANI. Según el DIH, no existe un estatuto de «combatiente» ni un estatuto de «prisionero de guerra» en los CANI. Los derechos internos prohíben y penalizan la violencia contra las personas o grupos particulares, incluidos todos los actos de violencia que pudieran ser cometidos durante un conflicto armado. Por lo tanto, una parte no estatal no tiene derecho, según el derecho interno, a tomar las armas para emprender hostilidades contra las fuerzas armadas de un Gobierno adversario (la esencia del estatuto de combatiente), ni puede esperar que se le asigne inmunidad contra los enjuiciamientos por ataques contra objetivos militares (la esencia del estatuto de prisionero de guerra). En otras palabras, todos los actos de violencia perpetrados en un CANI por un grupo armado no estatal están normalmente prohibidos y en general castigados con severidad en el derecho interno, independientemente de su licitud según el DIH.

La influencia recíproca entre el DIH y el derecho interno en un CANI ocasiona entonces una situación en la que los miembros de los grupos armados no estatales pueden tener que hacer frente a severos castigos según el derecho interno, incluso por actos de violencia que no están prohibidos por el DIH (por ejemplo, ataques contra objetivos militares). Esta contradicción inherente entre las dos bases jurídicas es parte del motivo por el cual los grupos armados no estatales no respetan las normas de DIH, incluidas las que prohíben los ataques contra la población civil y los bienes de carácter civil. No tiene ningún incentivo jurídico acatar las normas del DIH puesto que de todos modos pueden ser castigados por el Gobierno contra el cual se enfrentan, sea que acaten las leyes y costumbres de la guerra y respeten a las personas civiles y los bienes de carácter civil sea que las violen.

Los redactores de los tratados de DIH eran muy conscientes de este problema e introdujeron algunas disposiciones en el Protocolo adicional II para remediar a la falta de equilibrio entre los beligerantes en un CANI que resulta del derecho interno. Según el artículo 6.5: «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia

posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado».

Esta norma tiene también carácter consuetudinario y es aplicable en los CANI según la práctica de varios Estados que han otorgado amnistías después de un CANI, mediante acuerdos, legislación u otras medidas especiales. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la Asamblea General, y otros organismos de las Naciones Unidas y regionales también han alentado las amnistías o han expresado su satisfacción por las amnistías otorgadas por Estados al final de conflictos armados. Cabe recordar que de las amnistías a las que se aquí se alude no se relacionan con crímenes de guerra (o con otros crímenes según el derecho internacional como el genocidio o los crímenes contra la humanidad), que puedan haber sido cometidas durante un CANI, ya que serían contrarias a la obligación de los Estados de investigar y castigar esos actos.

La relación recíproca entre derecho internacional y derecho interno tiene entonces como resultado una situación jurídica desequilibrada que no favorece el cumplimiento del DIH por parte de un grupo armado no estatal. Se afirma que añadir otra razón de incriminación, llamada acto «de terrorismo» cometido en un conflicto armado que no está prohibida según el DIH reduce aún más la posibilidad de lograr el respeto de estas normas. Como se explica más arriba, los ataques contra los objetivos militares llevados a cabo por actores no estatales están prohibidos por el derecho interno. Las amnistías, o cualquier otro medio de reconocer el comportamiento de grupos que trataron de combatir según el derecho de la guerra es entonces jurídicamente (y políticamente) muy difícil en vista de que esos actos son calificados «de terrorismo». En cuanto a los ataques contra los civiles y los bienes de carácter civil, ya están prohibidos según el DIH (crímenes de guerra) y el derecho interno. Por lo tanto, no está clara la ventaja jurídica que tiene de acusarlos de «terroristas» dado que ya hay suficientes prohibiciones según los dos derechos existentes.

Si esa apelación es el resultado de doctrinas o decisiones políticas destinadas a descalificar a los adversarios no estatales llamándolos «terroristas», constituye, posiblemente un obstáculo para futuras negociaciones de paz o para la reconciliación nacional necesarias para poner fin a un conflicto armado y garantizar la paz.

En resumen, se considera que el término «acto terrorista» debería utilizarse, en el contexto de un conflicto armado, sólo en relación con los pocos actos especialmente designados como tales según los tratados de DIH. No debería utilizarse para describir actos que son lícitos o que no están prohibidos por el DIH. Aunque, sin duda alguna, hay una superposición en cuanto a la prohibición de los ataques contra las personas civiles y los bienes de carácter civil según el DIH y el derecho interno, se estima que, en general, hay más inconvenientes que ventajas en referirse también a esos actos como «actos de terrorismo» cuando se cometen en situaciones de conflicto armado (sea en el ordenamiento jurídico internacional sea en el derecho interno.). Por lo tanto, salvo los pocos actos específicos de terrorismo que pueden tener lugar en un conflicto armado, la opinión es que el término «acto de terrorismo» debería utilizarse exclusivamente para los actos de violencia cometidos fuera de un conflicto armado.

2) Efectos prácticos

Llamar «terrorista» a un grupo armado no estatal en un CANI, significa que probablemente esté en las listas de organizaciones terroristas proscritas que conservan las organizaciones regionales de las Naciones Unidas y los Estados. En la práctica, esto tiene un efecto escalofriante en las actividades de organizaciones humanitarias y de otro tipo que prestan asistencia, protección y otro tipo de actividades en zonas conflictivas. Potencialmente

criminaliza a diferentes organismos humanitarios y al respectivo personal y puede obstaculizar el apoyo financiero que recibe la labor humanitaria.

Las vías jurídicas por las que podrían lograrse esos efectos son normas y políticas adoptadas a nivel internacional y nacional, a fin de suprimir el financiamiento del terrorismo. La resolución 1373 del Consejo de Seguridad de 2001 ilustra los riesgos que la criminalización descalificada de todas las formas de «apoyo» o «servicios» a terroristas. En la resolución se pide a los Estados, entre otras cosas, que:

Prohíban a sus nacionales o a todas las personas y entidades en sus territorios que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas [implicadas en] actos de terrorismo o [...], de las entidades de propiedad o bajo el control, [...] de esas personas [así como que] [s]e abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo [...]

Al aplicar las exigencias internacionales a nivel nacional, algunos Gobiernos han tipificado como delito el hecho de proporcionar «apoyo», «servicios» y/o «asistencia» a entidades o personas implicadas en actos terroristas y el hecho de «asociarse intencionalmente con» esas entidades o personas. El contenido y alcance exactos de esos delitos varían según el Estado. Mientras que algunos Estados circunscriben estrictamente los delitos a fin de excluir la acción humanitaria, otros no lo hace. En general las disposiciones pertinentes suelen estar redactadas en amplios términos y, por consiguiente, pueden ser interpretadas como que incluyen en su alcance toda actividad humanitaria en la que haya un contacto con «personas o entidades asociadas con el terrorismo».

La prohibición según la legislación en materia penal de los actos descalificados «apoyo material», «servicios» y «asistencia a» o «asociación con» organizaciones terroristas tendría como consecuencia, en la práctica, la penalización de las actividades esenciales de las organizaciones humanitarias y de su personal destinadas a atender a las necesidades de las víctimas de los conflictos armados y de las situaciones de violencia que no alcanzan ese umbral. Estas podrían incluir: las visitas y la asistencia material a los detenidos sospechosos de ser miembros de una organización terrorista o condenados por esta razón; facilitación de las visitas de familiares a esos detenidos; formación en primeros auxilios, seminarios de cirugía de guerra, difusión del DIH a los miembros de los grupos de oposición armada incluidos en las listas de terroristas; asistencia para atender a las necesidades básicas de la población civil en zonas controladas por grupos armados asociados con el terrorismo y asistencia a gran escala en favor de los desplazados internos, pues entre todos esos beneficiarios puede haber personas asociadas con el terrorismo.

Además, la penalización basada en amplias definiciones de «apoyo o servicios al terrorismo» pueden tener por efecto que los Gobiernos incluyan condiciones o restricciones de lucha antiterrorista en los acuerdos de donación que hagan. Las cláusulas relativas a los fondos pueden impedir que se presten servicios humanitarios como los arriba mencionados y, por consiguiente, serían *de facto* contrarios a los cometidos y/o misiones de las organizaciones humanitarias.

El potencial para la penalización de la acción humanitaria preocupa al CICR por las razones arriba mencionadas, pero también por otras como, en especial, el cometido y la misión de la Institución.

Básicamente, puede decirse que la penalización potencial del compromiso humanitario con grupos armados organizados llamados «organizaciones terroristas» refleja una falta de aceptación de la noción de acción humanitaria neutral e independiente, un enfoque que el CICR se esfuerza por promover en sus actividades operacionales.

En términos jurídicos, se puede decir que la penalización potencial es incompatible con la letra y el espíritu del DIH, el cual autoriza al CICR, mediante el artículo 3 común, a ofrecer sus servicios a las partes en un CANI. Como ya se ha explicado, esas partes incluyen a una parte no estatal en un conflicto. Se permite al CICR, y en la práctica debe, tener la libertad de ofrecer sus servicios en favor de las personas civiles y de otras personas afectadas por un conflicto armado que estén en poder de una parte no estatal o en el territorio bajo el control de esta parte. En sentido lato, o en una interpretación lata del texto, en la legislación penal que prohíbe los «servicios» o el «apoyo» al terrorismo podría suponer un grave obstáculo al desempeño del cometido que el DIH asigna al CICR en contextos en que grupos armados partes en un CANI son llamados «organizaciones terroristas». El cumplimiento del cometido que los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja asignan al CICR de ofrecer sus servicios humanitarios en situaciones de violencia distintas a los conflictos armados también puede verse obstaculizado en contextos en que esos servicios signifiquen que debe ponerse en contacto con personas o entidades asociadas con el «terrorismo».

Es posible decir también que la penalización potencial de la acción humanitaria también impide el respeto de los Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, los cuales deben ser respetados por el CICR y los demás componentes del Movimiento.

Según el principio de neutralidad, el Movimiento «se abstiene de tomar parte en las hostilidades y, en todo tiempo, en las controversias de orden político, racial, religioso e ideológico». El CICR o el Movimiento no podrían atenerse o podría pensarse que no se atienen a este principio, si tuvieran que llevar a cabo, como consecuencia de una legislación o de otras medidas antiterroristas, sus actividades en favor solo de personas de una parte de la línea en un conflicto armado u otra situación de violencia. Las visitas del CICR a lugares de detención en todo el mundo, a solicitud o con la autorización de los Convenios de Ginebra universalmente ratificados, ilustran una tensión inherente entre la prohibición de los «servicios» o del «apoyo» según el lenguaje de la legislación antiterrorista y la aplicación del principio de neutralidad sobre el terreno. El CICR se empeña en visitar a todas las personas detenidas por motivos relacionados con un conflicto, sea cual fuere la parte a la que pertenezcan, a fin de velar por que reciban un trato humano y por que se respeten otros derechos. Este cometido, que cuenta con el amplio apoyo de los Estados, es una piedra angular de la labor del CICR en el ámbito de la detención y aún así podría ponerse en tela de juicio debido a la falta de exenciones para las actividades humanitarias en las medidas antiterroristas.

De conformidad con el principio de imparcialidad, el CICR y los demás componentes del Movimiento no pueden hacer ninguna distinción de «nacionalidad, raza, religión, condición social ni credo político» y tienen que «socorrer a los individuos en proporción con los sufrimientos, remediando sus necesidades y dando prioridad a las más urgentes» Podría dificultarse la capacidad del CICR y de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja de, por ejemplo, prestar asistencia médica a las víctimas de los conflictos armados y otras situaciones de violencia respetando el principio de imparcialidad según el sentido lato de la legislación antiterrorista. Una interpretación estricta podría significar que los servicios de salud en favor de las personas puestas fuera de combate por herida o enfermedad, así como de otras personas en poder de una parte no estatal designada como «terrorista» podrían quedar prohibidos por ser un apoyo o servicios al «terrorismo». Esta es una consecuencia que pondría en tela de juicio la idea esencial en que se fundamenta la creación del CICR, y por ende de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, hace más de 150 años.

En resumen, hace falta evidentemente que los Estados sean más conscientes de la necesidad de armonizar sus políticas y obligaciones jurídicas en el ámbito humanitario y en relación con el antiterrorismo para lograr lo que se espera en los dos ámbitos. Se acepta que, para este fin:

- Las medidas que adopten los Gobiernos, tanto a nivel internacional como nacional, para reprimir penalmente los actos de terrorismo deben ser elaboradas de forma que no sean óbice para la acción humanitaria. En especial, la legislación para tipificar las infracciones penales de «apoyo material», «servicios» y «asistencia» a personas o entidades implicadas en terrorismo o de «asociación» con ellas deberían excluir del ámbito de esas infracciones las actividades que son de índole exclusivamente humanitaria e imparcial y llevadas a cabo sin distinción alguna de índole desfavorable.
- Por lo que respecta al CICR en particular, en el artículo 3 común se prevé y se espera que el CICR logre un compromiso humanitario con los grupos armados no estatales, por la cual se autoriza al CICR a ofrecer sus servicios a las partes en los CANI. La criminalización de la acción humanitaria es pues contraria a la letra y al espíritu de los Convenios de Ginebra; el sentido lato que prohíbe «servicios» o «apoyo» al terrorismo impedirían que el CICR cumpla su cometido convencional (y estatutario) en contextos donde los grupos armados partes en un CANI son designados «organizaciones terroristas».