

LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Leticia Armendáriz
*Becaria de doctorado de la Universidad
Oberta de Catalunya (UOC)*

SUMARIO

Introducción. 1. Tratados internacionales aplicables a los conflictos armados internos. 1.1) Inicio de la regulación internacional: El Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. 1.2) Ampliación del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos internos: El Protocolo Adicional II (1977). 1.3) Otros tratados internacionales: regulación de los medios y métodos de combate (1990 y ss). 1.4) Tipificación penal e institucionalización de su persecución: de los Tribunales Ad Hoc al Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998). 2. El valor de la costumbre en la regulación internacional de los conflictos armados internos.

INTRODUCCIÓN

A pesar de la existencia, desde antiguo, de guerras de rebelión localizadas en el interior de estados soberanos, la formulación jurídica de las primeras normas de derecho internacional humanitario, aplicables a los conflictos armados de carácter interno, ha sido relativamente reciente en la historia del derecho internacional. La evolución de las normas consuetudinarias de la guerra desde la antigüedad hasta su primera codificación internacional en el s. XIX explica cómo, a raíz de la formulación de una serie de doctrinas, los conflictos armados internos quedaron excluidos del

ámbito de aplicación del derecho internacional de la guerra hasta la emergencia de la institución del reconocimiento de la beligerancia en el s. XIX¹. En particular, hasta la segunda mitad del S. XX, las distintas propuestas que perseguían la aplicación de ciertas normas internacionales de carácter humanitario a los conflictos civiles no lograron trascender del plano de las ideas al derecho positivo.

Tras la II Guerra Mundial, el principio de dignidad humana, inspirador del nuevo ordenamiento jurídico internacional impulsado por la recién adoptada Carta de las Naciones Unidas², y el enorme empeño del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), facilitarían la superación de las barreras que, hasta entonces, habían opuesto el principio de igualdad soberana al desarrollo de un derecho internacional humanitario aplicable a cualquier conflicto armado interno. Las primeras normas humanitarias internacionales relativas a los conflictos internos aparecieron con la aprobación de los convenios de Ginebra de 1949³, esto es, con la segunda gran fase de regulación del derecho de guerra y casi un siglo después de la aparición de los primeros tratados internacionales propios de los conflictos internacionales⁴. En realidad, los Convenios de Ginebra consolidaron en el

¹ Simplificando mucho, estas doctrinas derivan de la filosofía cristiana (s.IV a s.XVI), y de la teoría de la soberanía del Estado (s.XVIXVIII). V. Perna, L., *The Formation of the Treaty Law of Non International Armed Conflict*, 2006; y Moir, L., *The Law of internal armed conflicts*, 2002.

² *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada en San Francisco el 26 de Junio de 1945, BOE núm. 275, 16 de Noviembre de 1990. Conforme al principio de garantía de la dignidad humana, derivado del Preámbulo y el Art. 1 de Carta, se reconocía la existencia de un conjunto de derechos básicos a todo individuo que debían ser respetados por el propio Estado en cualquier momento y condición. V. Saura, J., «La universalització del drets humans», *El Drets Humans al Segle XXI: continuïtat i canvis*, 2007, p. 106.

³ Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); Convenio (II) para aliviar la suerte de los heridos, los enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. En vigor desde el 21 de Octubre de 1950. BOE (GAZETA) Ref. 1952/10063. A fecha de 25 de Marzo de 2008 consta de 194 Estados Partes. Conviene mencionar que en 1928 fue adoptada la Convención de la Habana sobre derechos y deberes de los Estados en caso de luchas civiles, si bien su relevancia aquí, en cuanto instrumento humanitario de regulación internacional, no puede sobreestimarse. Además de limitarse al ámbito regional americano, en todo su redactado no es posible encontrar una sola mención a la aplicación del derecho humanitario a estos conflictos. Más bien, la impresión que ofrece el contenido normativo de sus cinco artículos, es la contraria: la voluntad de evitar que las guerras civiles se convirtieran en un motivo más de interferencia exterior en los asuntos internos del estado y, por extensión, la limitada aceptación de derechos a favor de los insurgentes. Su importancia como tratado internacional debe quedar confinada, así, al de ser el primero cuyo ámbito de aplicación se refiere en exclusiva a los conflictos armados internos.

⁴ Desde el periodo que comprende la segunda mitad del s. XIX hasta la II Guerra Mundial tiene lugar la primera etapa de codificación del derecho de guerra, que comienza con

derecho positivo lo que ya existía en la práctica internacional: la dicotomía legal entre conflictos armados internacionales e internos.

En contraste, una vez iniciada su regulación, la expansión de su alcance obligatorio y el perfeccionamiento de los mecanismos orientados a su cumplimiento han seguido un tempo significativamente más acelerado. Hoy podemos afirmar que el Derecho Internacional Humanitario (DIH) experimenta una tendencia a la asimilación progresiva entre conflictos armados internacionales e internos, si bien ésta no es todavía integral.

La presente nota prescinde de los primeros antecedentes de formulación jurídica internacional, materia ya tratada copiosamente por la doctrina, y se concentra en el proceso de regulación internacional de los conflictos armados internos. La primera sección estudia la adopción y el contenido de los instrumentos convencionales aplicables en conflictos armados internos. La segunda sección aborda el papel que el Derecho internacional consuetudinario (DIC) ha jugado en la afirmación de nuevas reglas humanitarias aplicables en conflictos internos y evalúa escuetamente su contenido actual.

1. TRATADOS INTERNACIONALES APLICABLES A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

1.1. INICIO DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL: EL ART. 3 COMÚN A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949

En el marco de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, la única disposición que regula los conflictos armados internos es el artículo 3 común⁵. El estudio de los trabajos preparatorios de la Conferencia Diplomática de 1949 muestra que la discusión de este artículo fue, desde el inicio, uno de

la Declaración de París de 1856 sobre derecho marítimo, y, esencialmente, con el Código Lieber (1863) que, aún siendo un instrumento de ámbito nacional adoptado para su aplicación en la guerra civil americana, fue la primera plasmación por escrito que, con carácter general, recogió el derecho de guerra aplicable a los conflictos entre Estados. A partir de este momento, diversos tratados internacionales fueron adoptados con el fin de ordenar las hostilidades en la guerra, iniciándose propiamente la primera codificación internacional de las leyes y usos de la guerra. En el ámbito del tratamiento de los no combatientes, se adoptó el Convenio de Ginebra de 1864 para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña, reemplazado después por los Convenios de 1906, y 1929, y el Convenio (III) de 1899 y el Convenio (X) de 1907 en relación a la guerra marítima. Sobre medios y métodos de combate, se adoptaron la Declaración de San Petersburgo de 1868, la Convención de la Haya de 1899, la IV Convención de la Haya de 1907 y sus regulaciones anexas, y el Protocolo de Ginebra de 1925. Ninguno de estos instrumentos extendía su aplicación a las guerras internas.

⁵ De manera general, también es aplicable el artículo 1 común.

los puntos más controvertidos de las negociaciones⁶, y que la inclusión de los conflictos internos en el ámbito de aplicación de los Convenios tuvo que superar la dificultad de armonizar el concepto de soberanía estatal con la defensa del principio de garantía de la dignidad humana.

El borrador de artículo presentado por el CICR ante la Conferencia, partía de la aplicación, en caso de conflicto armado nointernacional, del conjunto de disposiciones de los cuatros Convenios, sujeta en algunos casos a la reserva de reciprocidad⁷. Sin embargo, a pesar del entendimiento más o menos extendido sobre la conveniencia de extender la regulación del derecho humanitario a los conflictos civiles, las posturas de las distintas delegaciones pronto evidenciaron que los Estados no estaban preparados todavía para aceptar la aplicación al completo de las leyes de la guerra a todas las clases de conflictos civiles, tal y como el proyecto del CICR proponía.

La primera estrategia de la Conferencia fue entonces, limitar la clase de conflictos internos a los que los cuatro Convenios serían aplicables⁸. Quedó claro que la futura regulación no abarcaría las situaciones de disturbios internos o rebeliones de baja intensidad, sino situaciones de genuino conflicto armado; pero la dificultad de conseguir un consenso para establecer las condiciones o definir un «conflicto armado nointernacional» situaron la única solución posible para conseguir la adopción de un texto, en limitar las disposiciones de los Convenios aplicables en este caso. Finalmente, sólo los principios esenciales de los cuatro Convenios fueron recogidos en un único artículo común, que es aplicable de manera general «en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes»⁹. Comienza aquí

⁶ *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol IIB, Berna, 1951, Art. 2, First Reading pp. 916. En adelante, *Final Records*.

⁷ Sobre la elaboración, entre 1946 y 1948, del denominado Proyecto de Estocolmo, V. Junod, SS., *Comentario del Protocolo del 8 de Junio de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del Art. 3 de esos Convenios*, 1998, p. 328 30; en adelante, *Comentario Art. 3*.

⁸ Véase las discusiones, y los 6 Anexos resultantes, en el Comité Especial constituido al efecto. *Final Records*, tomo II B, Seventh Report drawn up by the Special Committee of the Joint Committee, 16 July 1949, pp. 120-127.

⁹ El Artículo 3 común reza así: «En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las

una dicotomía legal entre los conflictos armados internacionales e internos que se ha perpetuado hasta la actualidad.

Tal y como destaca el profesor Bond, los delegados votaron, finalmente, a favor de aplicar un número limitado de principios a un número limitado de conflictos¹⁰. Ciertamente, la adopción del artículo en esta forma supuso mantener la incierta y amplia categoría de «conflicto armado que no sea de índole internacional», pero permitió por primera vez imponer ciertas obligaciones legales convencionales a todas las partes en un conflicto interno¹¹, sin condicionar, además, la aplicación de los principios humanitarios recogidos a un previo reconocimiento de la beligerancia o al criterio de la reciprocidad, tal y como había sido propuesto en distintos momentos de su negociación. Por lo demás, a pesar de su indefinición, el Artículo 3 común reduce el umbral para la aplicación de las normas humanitarias a los conflictos internos característico de la época anterior, y abarca toda situación de conflicto armado no internacional, incluidas aquellas situaciones de insurgencia que no alcanzan el grado de guerra civil¹².

Su contenido es una regla de mínimos, un «Convenio en miniatura», en comparación con las disposiciones aplicables a los conflictos interna-

circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto».

¹⁰ Bond, J.E., *The Rules of Riot. Internal Conflicts and The Laws of War*, 1974, p. 56 7.

¹¹ «Las palabras “Cada una de las Partes” marca toda la evolución que el Derecho internacional ha experimentado en algunos años», *Comentario Art. 3*, p. 338. Si el hecho de establecer normas convencionales obligatorios para los Estados fue todo un logro para 1949, aún más innovador fue el hecho de que éstas vincularan asimismo a una parte no signataria que ni siquiera era considerada sujeto de Derecho Internacional. Sobre sus justificaciones legales, el *Comentario* sugiere: «?... si la autoridad responsable que los dirige (rebeldes) ejerce una soberanía efectiva, está obligada por su propia pretensión de representar al país, o incluso sólo a una parte de este?... Si no lo aplica (Art. 3), dará la razón a quienes consideran su acción como un simple acto de anarquía o bandidaje», p. 339.

¹² Cullen, A., «Key developments affecting the scope of internal armed conflict in International Humanitarian Law», *Military Law Review*, Vol. 183, 2005, p. 79.

cionales, pero fue la fórmula de compromiso necesaria para conseguir una protección internacional en conflictos internos. En breve, la protección que dispensa puede resumirse en la obligación a un trato humano básico y el respeto de ciertas garantías procesales¹³ para los no combatientes¹⁴, y, un deber de recoger y asistir a los heridos y enfermos. Es importante destacar aquí, empero, que en el caso de los combatientes capturados, esta protección no se traduce en el estatus de prisioneros de guerra, y por tanto, nada impide que el Estado en cuestión pueda tratar a los rebeldes como delincuentes comunes (detenidos políticos) y juzgarles por traición o sedición, siempre y cuando el juicio sea desarrollado bajo las directrices de un proceso justo. Adicionalmente, se establece el derecho de iniciativa del CICR, y, aunque los Estados no están bajo una obligación de aceptarlo, no podrán ver en él un acto inamistoso o una tentativa de injerencia.

La sucinta enumeración de las reglas humanitarias básicas se puede reforzar mediante la celebración de los acuerdos especiales a los que invita el párrafo 2 del artículo con el fin de que las Partes acuerden extender las obligaciones a respetar a la totalidad o parte del resto de los Convenios¹⁵. Ello no sólo indica la conciencia de que el Art. 3 era insuficiente para una protección completa de las víctimas de los conflictos internos, sino también la existencia de una conciencia sobre la conveniencia de traspasar el resto del derecho internacional humanitario codificado en los Convenios a los conflictos armados no internacionales.

Finalmente, para salvaguardar el principio de igualdad soberana y de no intervención, el último párrafo del artículo dispone que su aplicación no afecta al estatus jurídico de las partes. Este inciso fue crucial para que el texto fuera finalmente adoptado, y evidencia la separación entre el enfoque

¹³ Los Convenios no proveen de una definición precisa de qué debe entenderse por trato humano; según el Comentario del CICR «se renunció a ello y con razón?... siempre es peligroso, sobre todo en este ámbito, querer puntualizar demasiado?... cuanto más precisa y completa pretenda ser una enumeración, tanto más adquiere un carácter restrictivo», p. 341. En cambio, se siguió la vía de enunciar cuatro prohibiciones absolutas («se prohíben en cualquier tiempo y lugar») de conductas incompatibles con un trato humano (letras a d)). *Comentario* Art. 3, p. 342.

¹⁴ El párrafo 1.º del artículo se refiere, como personas protegidas, a aquellos que no participan directamente en las hostilidades, e incluye tanto a ciertos miembros de las fuerzas armadas como a personas civiles.

¹⁵ Aunque la cláusula ha sido pocas veces utilizada, algunos ejemplos pueden encontrarse. En la guerra civil de Biafra, tras el bloqueo del Puerto de Harcourt en Mayo de 1968, las partes comenzaron a negociar un acuerdo especial que, en base al Art. 23.4 del IV CG, posibilitara el acceso de suministros a la región bloqueada. Cervenka, Z., *The Nigerian Civil War 1967-1970*, 1971, p. 69 Recientemente, durante el conflicto de la Ex Yugoslavia en Bosnia Herzegovina las partes firmaron un acuerdo para poner en vigor otras disposiciones de los Convenios. *Agreement N.º 1, 22 of May 1992, Art. 2, Para. 16. cit en Tadic (Jurisdiccion)* p. 40.

legal y humanitario que intentó hacerse valer sobre los conflictos armados internos¹⁶. No obstante, si bien la aplicación de los principios señalados no supone el reconocimiento de los rebeldes como grupo beligerante, es claro que el Art. 3 común otorga a los rebeldes e insurgentes ciertos derechos y deberes internacionales en base a la naturaleza del conflicto¹⁷, algo completamente desconocido hasta entonces.

Junto a los logros señalados, el estudio del Art. 3 común evidencia una serie de deficiencias y lagunas, en especial a la luz de la práctica estatal subsiguiente a su adopción. Primero, la ausencia de una definición sobre qué debe entenderse por conflicto armado nointernacional, así como la falta de un mecanismo para la calificación y/o reconocimiento de una situación como tal, ha permitido a los Estados negar la existencia de un conflicto armado en su territorio o bien manipular la aplicación del Art. 3 en situaciones a priori encuadrables bajo su ámbito¹⁸. Según el Comentario del CICR de los Convenios, el Art. 3 común tiene la virtud de ser aplicable automáticamente una vez un conflicto armado «surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes», es decir, «su observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto»¹⁹. Posteriores estudios del CICR especifican que la existencia de un conflicto armado, en el sentido del Art. 3 común, no puede negarse si la acción hostil contra el gobierno legal establecido es de carácter colectivo y consiste en un mínimo de organización²⁰. Sin embargo, en la práctica, asumiendo que

¹⁶ «Responde al temor, siempre el mismo, de que, en caso de guerra civil, la aplicación del Convenio, incluso muy restringida, entrabese al Gobierno legal en su represión legítima de la rebelión o confiriese al bando adverso el estatuto de beligerante, acrecentando así su autoridad y poder?... Puntualiza con la mayor claridad, que el objetivo del Convenio es exclusivamente humanitario; que no afecta en nada a los asuntos internos del Estado; que sólo garantiza el respeto del mínimo de normas humanitarias que todos los pueblos consideran como válidas en todas partes y en todas las circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de la guerra.», *Comentario Art. 3*, p. 348 9.

¹⁷ Para el profesor AbiSaab ello supone la concesión de un cierto estatus legal objetivo para con los rebeldes, «Wars of national liberation and the laws of war», *Annales d'études internationales*, Vol. 3, 1972, p. 96, cit. en La Haye, p. 37.

¹⁸ Pueden citarse casos como el de Inglaterra en relación a los conflictos de Kenya, Chipre o Irlanda del Norte, la actitud de Portugal respecto a las situaciones de Angola o Mozambique, la posición de Bélgica respecto al conflicto en el Congo, la separación en Nigeria de Biafra, el conflicto en El Salvador; o, recientemente, el caso de Rusia respecto a Chechenia, o los conflictos en Afganistán, Sri Lanka, o Georgia. Para un estudio de la práctica estatal v. Bond, J.E., «Internal conflict and Article Three of the Geneva Conventions», *Denver Law Journal*, Vol. 48, 1971 2, pp. 270 273; La Haye, p. 3839; Moir, p. 67 y 88; Cullen, p. 82 83; y particularmente, los informes anuales del CICR, en <http://www.icrc.org>.

¹⁹ *Comentario Art. 3*, p. 335. V. asimismo las declaraciones de las delegaciones soviética y suiza durante la Conferencia, *Final Records*, Vol. IIB, p. 79, y 335.

²⁰ *Report of the Commission of Experts*, CICR, 1962, p.3.

estos sean los criterios de evaluación, ¿Quién determina que estas condiciones se cumplen? Gran parte de la doctrina acaba alcanzando la misma conclusión: la decisión sobre la existencia de un conflicto armado interno depende ampliamente de la apreciación discrecional del Estado afectado²¹. Así, algún autor ha destacado con acierto que el principal problema en esta área es el propio interés del Estado en no otorgar el «reconocimiento de conflicto armado»²². Uno puede aventurarse así a afirmar que, aún superando el tradicional mecanismo del reconocimiento de la beligerancia, el Art. 3 común ha generado, sin querer, una nueva condición «el reconocimiento del conflicto armado» para activar la aplicación de la regulación internacional a los conflictos armados internos.

Sin embargo, no puede olvidarse que desde el punto de vista legal, el Art. 3 tiene el mérito de situar los conflictos armados internos dentro del ámbito de discusión de la comunidad internacional, que, en consecuencia, tiene ahora capacidad para pronunciarse sobre el tema sin correr el riesgo de ser acusada de intervencionismo. En este sentido, el Art. 1 común a los cuatro Convenios demostraría la legitimidad de terceros Estados Partes de apelar a la aplicación del Art. 3 común cuando consideren que una situación ha alcanzado el umbral de conflicto armado²³.

La segunda deficiencia notoria del artículo 3 es la falta de un mecanismo para el control de su cumplimiento. A diferencia de los conflictos internacionales²⁴, los Convenios no contienen disposiciones que criminalicen sus violaciones, y la sanción de los infractores de las obligaciones del Art. 3 común queda en manos del gobierno legal. La falta de previsión de la responsabilidad penal internacional no sólo excluye toda posibilidad para terceros Estados y la comunidad internacional de ejercer su jurisdicción sobre estas violaciones, de igual gravedad en sustancia que las violaciones cometidas en conflictos internacionales, sino además permite al Estado en cuestión enjuiciarlas de acuerdo a tipos penales de derecho común, normalmente insuficientes para el castigo de crímenes de guerra.

²¹ Bond, p. 58, Cullen, p. 83 6, La Haye, p. 38, Moir, p. 34.

²² Lawrence, W.H., «The Status under International Law of Recent Guerrilla Movements in Latin America», *International Lawyer*, Vol. 7 N° 2, 1973, p. 412. En el mismo sentido, v. Moir, p. 34.

²³ El artículo 1 común establece: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias».

²⁴ El sistema de *infracciones graves*, previsto en los Arts. 49/50/129/146 CG IIIIII IV respectivamente, establece una triple obligación para los Estados: criminalizar estas conductas en su legislaciones nacionales, buscar a las personas acusadas de algunas de ellas, y hacerlas comparecer ante la justicia sea cual fuere su nacionalidad, o, alternativamente, extraditarlas a otro/s Estado Parte interesado en su enjuiciamiento.

A pesar de las manifiestas deficiencias y lagunas del Art. 3 común²⁵, su valor para el derecho internacional general es capital. Se trata de la primera norma convencional que regula la aplicación del derecho internacional humanitario a los conflictos armados internos mediante la fijación de obligaciones no sólo para el gobierno establecido sino también para el bando rebelde. Durante casi 30 años fue el único estándar claro de protección humanitaria para los no combatientes en conflictos civiles, y con su adopción se abrió al derecho internacional humanitario un nuevo campo material de regulación hasta entonces ignoto. El comportamiento de los combatientes y el trato humano de las víctimas en los conflictos internos, pura traslación del principio de dignidad humana consagrado en la Carta de las NU, comenzaron a verse y tratarse como un asunto sometido a la lupa del derecho internacional, y su regulación dejó de circunscribirse al ámbito estrictamente nacional. A raíz de ello, nuevos aspectos humanitarios no contemplados en el contenido del Art. 3 empezaron a ser objeto de discusión²⁶.

La idea de desarrollar los puntos insuficientes de los Convenios de Ginebra, también en lo tocante a los conflictos armados internos, llevó al CICR a preparar propuestas concretas de regulación que completaran la legislación humanitaria en vigor²⁷ y, con un proyecto de texto en mano, el gobierno suizo convocó la celebración de una nueva conferencia diplomática para ampliar la regulación existente.

1.2. AMPLIACIÓN DEL DERECHO HUMANITARIO APLICABLE A LOS CONFLICTOS INTERNOS: EL PROTOCOLO II (1977)

Las lagunas del Art. 3 y el aumento en número y crueldad de los conflictos internos de la época –buena parte de ellos conectados al proceso de descolonización– desembocaron en la adopción en 1977 del Protocolo

²⁵ Una de las lagunas del Art. 3 no mencionadas, es la ausencia de reglas sobre medios y métodos de combate. A ella nos referimos más adelante, v. apartado 1.3, y Sección 2.

²⁶ De especial mención es la aprobación en 1954 de la Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954, que establece su expresa aplicación en los conflictos internos, Art. 19. Asimismo, v. Res. 2444 (XXIII) AG de 19 diciembre de 1968, y los «Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados», Res. 2675 (XXV) de 9 diciembre de 1970.

²⁷ En 1971 y 1972 se celebró respectivamente, bajo auspicios del CICR, la *Conferencia de Expertos gubernamentales para la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados*, de donde surgiría el texto completo de dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra. Los volúmenes de las Conferencias pueden encontrarse digitalizados en Library of Congress, <http://www.loc.gov>.

Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)²⁸. Desde el inicio de la Conferencia Diplomática²⁹ se partió de la necesidad de reafirmar y desarrollar las reglas establecidas en el Art. 3 común, pero el complejo contexto político de su elaboración dificultó enormemente la aprobación de un texto definitivo para los conflictos internos hasta los momentos finales de la Conferencia.

El borrador del Protocolo II estaba basado en cuatro puntos principales: 1) la aplicación a todos los conflictos que no sean entre Estados, incluidas las guerras de liberación nacional; 2) una definición del ámbito de aplicación similar a la del Art. 3 común; 3) un alto standard de protección dirigido no solo a la población civil y a los detenidos, sino también a los combatientes mediante la limitación en el uso de medios y métodos de combate; 4) la obligación de su aplicación por ambas partes en una base de completa igualdad³⁰. El texto finalmente consensuado quedó, sin embargo, lejos de la propuesta debatida. Una vez que los países de reciente independencia lograron alcanzar su objetivo de incluir las luchas anticoloniales como conflictos internacionales, que recalaban por tanto en el ámbito de aplicación I³¹ del Protocolo, se cuidaron mucho de evitar extender la protección humanitaria dispensada en el Art. 3 común a otras clases de conflictos internos, pensando en su futuro incierto como Estados, y su interés se centró en asegurar que el nuevo instrumento de regulación internacional no autorizara la intervención extranjera en sus soberanías bajo argumentos humanitarios³².

²⁸ Entró en vigor el 7 de diciembre de 1978; BOE N° 177 de 26/7/1989, y BOE N° 241 de 7/10/1989. A fecha de 25 de Marzo de 2008 consta de 163 Estados Partes. En adelante PAII. El Protocolo Adicional I (PAI) regula los conflictos armados internacionales.

²⁹ *Conferencia Diplomática para la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario* se reunió durante cuatro largos períodos de sesiones entre 1974 y 1977. V. *Official Records of the Diplomatic Conference*, 17 Vols, 1978; en adelante CDDH. Asimismo, Junod, S., *Comentario del Protocolo II, CICR*, Ed. en español, Ginebra, 1998, Op. Cit, en adelante *Comentario PAII*.

³⁰ V. Bothe, M., Partsch, K., Solf, W., *New Rules for victims of armed conflicts, Commentary on the two Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 1982, p. 604. El borrador del PAII puede encontrarse en CDDH, Official Records, Vol. I, Part 3, pp. 35-49.

³¹ El Art. 1.4 del PAI entiende como «guerra» (internacional) «los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas». V. Mangas, A., «La calificación de las guerras de liberación nacional como conflictos armados internacionales: consecuencias para el derecho internacional humanitario», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. IV, 1990.

³² En este grupo de oposición al PAII se incluían también los países de línea comunista. Véase en especial, las declaraciones de Rumania, CDDH/SR.33, Vol. V, p. 406, y la radical posición de la India, CDDH/II/SR.23, Vol. VIII, p. 224 y 232, CDDH/II/SR.22, Vol. XI, p.

Únicamente un Estado, Noruega, propuso eliminar la distinción legal entre conflictos armados internacionales e internos y adoptar un solo protocolo³³. Al margen de los países del tercer mundo, la gran parte de los Estados abogaba por ampliar la protección humanitaria del Art. 3 común, pero sus posiciones variaban desde los que pretendían la máxima protección posible (maximalistas) hasta aquellos en pro de una serie de disposiciones básicas fijadas de acuerdo al límite del respeto de la soberanía y jurisdicción estatal (minimalistas)³⁴. Además, la queja sobre el débil automatismo del Art. 3 común forzó la posición sobre la conveniencia de incluir una definición de conflicto armado interno. Así las cosas, a pesar de que en la primera etapa de las negociaciones se había consensuado un borrador inicial de 49 artículos, con una extensión y profundidad similar a la del Protocolo I, en las últimas sesiones de la Conferencia, las diferencias entre los partidarios de un Protocolo extenso y los defensores de la soberanía estatal y la no intervención, parecieron abocar al fracaso del Protocolo II con su rechazo en las votaciones finales. Enfrentado a este panorama, la delegación pakistaní propuso un nuevo proyecto reducido de 28 artículos, que incluía una definición altamente exigente de conflicto armado interno, que fue el finalmente aprobado en 1977³⁵.

El PA II representa una notable mejoría en la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, pero establece unas condiciones de aplicación más estrictas que las que reclama el Art. 3 común, lo que genera, en adición a la división entre conflictos internacionales e internos, una doble categoría de conflictos internos. Los criterios requeridos son análogos a los que querían guiar el reconocimiento de la beligerancia, pero sin la totalidad de consecuencias derivadas de ésta³⁶. Por contra, el umbral

222, y CDDH/SR.49/Annex, Vol. VII, p. 81. V. Draper, G., «Wars of National Liberation and War Criminality», Howard. M. (ed.), *Restraints on War*, 1979, p. 150.

³³ En su intervención afirmaba: «the distinction...and the elaboration of two different Protocols...only led to discrimination or what has been called “selective humanitarianism”» CDDH/I/SR.23, Vol. VIII, p. 217.

³⁴ V. La Haye, p. 41. El primer grupo incluía a los países nórdicos y Nueva Zelanda; el segundo reunía a Australia, EE.UU., y Canadá; éste último declaraba: «unless article 1 (ambito de aplicación material) was modified the provisions of draft Protocol II would be inappropriate to several types of conflict to which the Protocol would apply. Protocol II as a whole must necessarily contain only provision of humanitarian nature...That should be done, first, by defining non international armed conflicts, second, by covering all instances involving the use of armed forces and, third, by establishing new, simple, clear and basic provisions that every responsible government would wish to apply in full exercise of State sovereignty». CDDH/III/SR.18, Vol. XIV, p. 151, y CDDH/I/SR.22; Vol. VIII, p. 202.

³⁵ *Official Records*, IV, Referencia CDDH/427.

³⁶ Mientras el reconocimiento de beligerancia suponía la aplicación del conjunto del derecho de guerra, el PAII pone en vigor un número de normas sustancialmente menor

inferior se mantiene, en principio, idéntico al aplicable en el Art. 3 común y queda expresamente definido. Su Artículo 1 prevé:

«1. El presente Protocolo?...se aplicará a todos los conflictos armados?...que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.»

Entendemos, junto a otros autores, que la restricción del umbral de aplicación del PAII produce un efecto negativo en la aplicación del DIH a los conflictos armados internos. No sólo genera que situaciones de conflicto armado entre dos grupos armados organizados distintos del Estado queden excluidas de su protección, por ejemplo los conflictos actuales de Sudán o Somalia, sino además, otorga al Estado afectado un margen de acción suficiente para, esta vez, poder negar su aplicación bajo el argumento del incumplimiento por los rebeldes de algunas de las condiciones exigidas. Por ende, la disparidad creada por la división entre conflictos internos de alta y menor intensidad tiene el efecto de socavar las aspiraciones de universalidad en la aplicación de estándares humanitarios a toda clase de conflicto armado³⁷. Esta aspiración, que toma su base del principio reconocido de la dignidad humana, busca asegurar una protección humanitaria en todo tiempo y lugar, sin distinguir entre la naturaleza internacional e interna del conflicto o la mayor o menor intensidad de éste.

La contribución del Protocolo II a la evolución del DIH de los conflictos internos radica en que profundizaba en la aplicación del derecho humanitario a los conflictos internos así descritos. El contenido sustantivo del Protocolo completa el Art. 3 común con tres grandes grupos de contribuciones:

a) La primera mediante la ampliación del concepto de trato humano (Título II). El Art. 4 del Protocolo II establece nuevas garantías funda-

a aquellas aplicables en caso de conflicto armado internacional. El reconocimiento de la beligerancia exigía, sin embargo, a los insurgentes un previo nivel de organización similar a la de un gobierno, criterio no incluido en el PAII.

³⁷ V. Cullem, p. 96, y la doctrina allí citada en apoyo de un único cuerpo jurídico aplicable en todos los conflictos armados.

mentales que incluyen la prohibición de castigos colectivos, de actos de terrorismo, de la esclavitud, y el pillaje, y una protección especial de los niños menores de 15 años³⁸. Asimismo, las personas privadas de libertad mejoran sus garantías de ubicación, abastecimiento, tratamiento médico, y comunicación (Art. 5). En añadido, las garantías judiciales son más exhaustivamente definidas, animando incluso a que al término del conflicto los detenidos políticos y antiguos combatientes sean eximidos de su responsabilidad por la mera participación en el conflicto armado, y se les conceda la amnistía más amplia posible (Art. 6)³⁹.

b) La segunda ampliación sustantiva del PA II se refiere al cuidado de los enfermos, heridos y náufragos mediante la protección de las misiones médica y religiosa, y de su infraestructura (Título III).

c) Finalmente, el Título IV establece medidas más detalladas para la protección de la población civil como la prohibición de su ataque, desplazamiento injustificado, o de inutilizar o destruir los bienes indispensables para su supervivencia, o sus lugares de culto.

En contraste con esta efectiva ampliación normativa, que aún y todo no alcanza el estándar de protección dispensado por el PAI, el PAII no atenuaba otras lagunas ya detectadas con respecto al Art. 3 común. En particular, no prevé ningún mecanismo específico para supervisar y garantizar su activación automática. Aunque la definición o condiciones de aplicación de su Art. 1 activan el Protocolo de forma objetiva, en la práctica, tratándose de conflictos internos, siguen siendo los gobiernos afectados por el conflicto los encargados de efectuar, por sí, la calificación del conflicto según los términos recogidos en el Art. 1. Esta situación de máxima descentralización y, por tanto, subjetivismo en la calificación de los hechos, ha tendido, al igual que en el caso del Art. 3, a facilitar el rechazo de su aplicabilidad mediante la negación del cumplimiento de las condiciones requeridas a las situaciones de hecho creadas por distintos bandos insurgentes⁴⁰. Asimismo, la cuestión del uso de determinadas armas prohibidas

³⁸ La protección de los derechos del niño ha sido desarrollada por el Protocolo Opcional a la Convención sobre los Derechos del Niño (2000), si bien en este instrumento la edad límite se sitúa en los 18 años. La protección del PAII es, por tanto, más amplia, y, bajo este límite de edad ha sido criminalizada su utilización en el Estatuto de la CPI, Art. 8.2.e)vii.

³⁹ Sobre la interpretación del Art. 6.5 en relación a la amnistía v. RothArriaza, N., *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, California Law Review, Nº 78, 1990.

⁴⁰ Por ejemplo, en el conflicto de El Salvador, los tres grupos armados, el gobierno, los paramilitares (ORDEN) y el Frente de Liberación Nacional Farabundo Martí (FLFM) rechazaron el supuesto derecho aplicable, que según los analistas, incluía el Art. 3 común, el PAII, y el derecho consuetudinario. V. Bothe, M., «Art. 3 and Protocol II: Case studies of Nigeria and El Salvador», Am. Univ. L. R., 1981 2. Finalmente, ambas partes, aún sin

en conflictos internacionales continuó sin ser objeto de tratamiento en los conflictos internos. El borrador del CICR había incluido ciertas disposiciones del Derecho de la Haya, pero éstas fueron recortadas en el borrador final pakistaní. Por último, el Protocolo tampoco contiene disposiciones de criminalización de las violaciones serias a su contenido, ni establece un mecanismo de represión obligatorio para los Estados. Esta laguna marcaba las mayores diferencias en la distinción de la regulación humanitaria entre conflictos armados internacionales e internos. Las conductas que violan de forma grave los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I, con respecto a los conflictos armados internacionales, son considerados desde ambas normativas como crímenes de guerra, y tratadas, en conformidad, de acuerdo a un sistema de represión característico de los crímenes internacionales⁴¹. Por el contrario, las violaciones graves al Art. 3 común y PA II seguían excluidas ex tractatum del concepto de crimen de guerra, y su castigo permanecía reservado a la discrecionalidad de los Estados a través de sus legislaciones y jurisdicciones nacionales.

1.3. OTROS TRATADOS INTERNACIONALES: REGULACIÓN DE LOS MEDIOS Y MÉTODOS DE COMBATE (1990 Y SS.)

Desde la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949 y del PAII de 1977 no ha existido otra conferencia diplomática comparable en la que se hayan abordado segmentos generales del derecho humanitario. No obstante, el desarrollo y ampliación del conjunto de normas sustantivas de derecho internacional humanitario relativo a los conflictos armados internos continuó a un ritmo sorprendente desde los años 90 en adelante, si bien, con un ligero cambio en el centro de gravedad de esta normativa. Mientras que el Art. 3 común y el Protocolo II siguieron un enfoque esencialmente humanitario, es decir, de protección directa de los no combatientes⁴², los avances de derecho sustantivo desde los 90 hasta la actualidad se han producido en el marco de la regulación relativa a las armas y otros medios y métodos de combate. La asimilación en este caso de los conflictos armados internos y

reconocer su aplicación, terminaron por aceptar el cumplimiento de las reglas del Art. 3 y del PAII.

⁴¹ El PAI amplía con varias conductas en concepto de «infracciones graves» de los CG, y lo asimila en terminología al de crímenes de guerra, Arts. 11 y 85 PAII.

⁴² Es cierto que el Art. 3 común y el PA II suponen una significativa limitación de la libertad militar de las partes en la conducción de las hostilidades, pero se trata de una protección general y sus disposiciones no establecen específicamente prohibiciones sobre el uso de determinados medios de combate. Véase en particular, el Título IV del PAII.

los internacionales ha sido total, en la medida en que las normas contenidas en estos tratados no se dirigen específicamente a la regulación de los conflictos armados internos o internacionales, generando, como hasta entonces, dos regímenes jurídicos diferenciados, sino a la regulación conjunta de un objeto en particular en relación todos los conflictos armados.

En particular puede identificarse tres líneas de evolución en relación a estos tratados internacionales. Algunos establecieron inicialmente su aplicación en el ámbito de conflictos internacionales, y mediante posteriores enmiendas la extendieron a los conflictos internos. Es el caso de la Convención de 1980 sobre Armas Convencionales, y sus Protocolos anexos I y III y Protocolo Adicional IV, a través de la enmienda adoptada en 2001⁴³, y, de manera específica, su Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, según fue enmendado en 1996⁴⁴. En ambos casos, el texto se refiere a conflictos armados no internacionales en el sentido del Art. 3 común a los Convenios de Ginebra, lo que los hace extensibles a la categoría más amplia de conflicto armado interno aceptada por el Derecho internacional. También, las dos enmiendas prevén la obligatoriedad de sus disposiciones para cada parte en el conflicto, lo que indica que los grupos armados rebeldes quedan igualmente sujetos a sus restricciones⁴⁵. Por contra, a fecha de hoy estos instrumentos gozan de un todavía débil índice de ratificaciones⁴⁶.

Otros, previeron desde su aprobación la aplicación en cualquier circunstancia lo que comprendería, dado el amplio lenguaje, situaciones de conflicto armado internacional e interno⁴⁷. Entre ellos se encuentran

⁴³ *Convención sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse nociva o de efectos indiscriminados*, 1980, Art. 1. Los Estados partes en la Segunda Conferencia de examen de la Convención, adoptaron la enmienda de 2001 con objeto exclusivamente de modificar su Art. 1 y extender su ámbito de aplicación y el del resto de protocolos anexos (I, III, y IV) a los conflictos armados internos; v. Declaración Final de la Segunda Conferencia de Examen, CCW/CONF.II/2, p. 810. El párrafo 2 de la enmienda establece: «La presente Convención y sus Protocolos anexos se aplicarán, además de las situaciones a las que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, a las situaciones a que se refiere el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra?...».

⁴⁴ Art. 1.2, 1.3, y 1.6 del Protocolo II, con idéntica redacción a la enmienda de 2001 a la Convención de 1980. Fue enmendado el 3 de Mayo de 1996, y entró en vigor el 3 de diciembre de 1998.

⁴⁵ V. Párr. 3 y 6 de la Enmienda de 2001, y Arts. 1.3, 1.6, y 14 del Protocolo II. En este punto v. BolaertSuominen, S., «Greave Breaches, universal jurisdiction and internal armed conflicts: is customary law moving towards a uniform enforcement mechanism for all armed conflicts?», *Journal of conflict and Security Law*, Vol. 5, Nº 1, 2000, pp. 84.

⁴⁶ A fecha de 25 de Marzo de 2008, la Enmienda del 2001 a la Convención consta de 59 Estados partes, y el Protocolo II de 1996 de 89 Estados partes. V. <http://www.icrc.org>.

⁴⁷ Distintos autores respaldan esta posición; Werle, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2005, p. 577; Bolaert Suominen, Op. Cit, pp. 85 y ss.; y, La Haye, E., Op. Cit, p. 46.

la Convención sobre armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas de 1972⁴⁸, la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993⁴⁹, y la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997⁵⁰. Desgraciadamente, a pesar del considerable número de Estados Partes, y a excepción ninguno de estos tratados dispone específicamente su aplicación por actores no estatales, por lo que su extensión a los conflictos armados internos no puede considerarse completa⁵¹. A este grupo hay que añadir otros tratados cuyas disposiciones derivan su aplicación en todo tipo de conflicto armado, como la Convención sobre el Personal de Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994⁵², y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del 2000⁵³.

Finalmente, una serie de tratados establecieron, desde su adopción y de manera explícita en sus disposiciones, la aplicación en situación de «conflicto armado que no tenga carácter internacional»; en particular, la Convención de la Haya sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954 y su Protocolo II de 1999⁵⁴, y el Protocolo V a la

⁴⁸ Art. 1: «Cada Estado Parte?...se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, *nunca ni en ninguna circunstancia?*...» este tipo de armas. En apoyo de su efectiva aplicación a conflictos armados internos puede citarse el párrafo 9 de su preámbulo que afirma el objetivo de «excluir completamente la posibilidad de que los agentes bacteriológicos y las toxinas se utilicen como armas». A 25 de Marzo de 2008, son Parte en la Convención 155 Estados.

⁴⁹ Art. 1.1, y Art. 2.5. En vigor desde el 27 de Abril de 1997. 183 Estados partes a 25 de Marzo de 2008.

⁵⁰ Denominado Convención de Ottawa, Art. 1. Sin embargo, de nuevo, su Art. 16 prevé únicamente a los Estados como posibles Partes en la Convención. En vigor desde el 1 de Marzo de 1999. Actualmente, 156 Estados partes.

⁵¹ . BolaertSuominen «*Only states can become parties to the treaty. There is no language on the application of the Convention to nonstate actors. Moreover, unlike for some instruments discussed above, there is no mechanism enabling nonstate entities referred to in articles 1 (4) to become parties*», p. 86.

⁵² El texto no utiliza la expresión específica «en cualquier circunstancia» pero su ámbito de aplicación *ratione personae* hace extensible sus disposiciones a ambas clases de conflicto. V. Art. 2.

⁵³ Art. 4.1. La adopción de este tratado ha estado ciertamente influenciada por la tipificación en el Estatuto de la CPI de 1998 del crimen de guerra de utilización, reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años para participar en las hostilidades; Art. 8.2.b. xxvi), y e) vii).

⁵⁴ Art. 22. El ámbito de aplicación del Protocolo a los conflictos armados internos no supuso controversia alguna desde que la Convención de 1954 ya contemplaba su aplicación a conflictos armados internos; no obstante, la Convención obligaba únicamente a aplicar las disposiciones relativas al respeto de los bienes culturales, y no el grueso de la Convención,

Convención de armas convencionales de 1980 sobre los Restos Explosivos de Guerra de 2003⁵⁵.

Algunos autores como Laura Perna, han interpretado esta tendencia en los tratados más recientes como una consecuencia derivada del objetivo que guía la adopción de esta regulación⁵⁶. Indicaría que en aquellos tratados cuyo objeto es esencialmente militar, su esencia no distingue entre conflicto armado internacional e interno; bajo parámetros militares, es indiferente si el conflicto armado es interno o internacional. También perdería importancia el diferente grado de intensidad del conflicto armado interno. Otra forma de entenderlos sería el propuesto en este artículo: el impacto que el reconocimiento del principio de respeto a la dignidad humana ejerce sobre el conjunto del derecho internacional humanitario, en especial, con respecto a la igualación de las conductas prohibidas en conflictos armados internos o internacionales. Esta conclusión queda reforzada por la repetida referencia al principio de humanidad, y al principio de derecho humanitario sobre la limitación de ciertos medios y métodos de combate que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios derivado de ese, contenida en los preámbulos de varias de estas convenciones⁵⁷.

Aun y todo, como ya ha sido indicado, el principal escollo que se deriva de esta regulación en lo que respecta a los conflictos armados internos, es su obligada aplicación por grupos armados no estatales, ya que algunos de estos tratados prevén la obligatoriedad de sus prohibiciones y restricciones únicamente respecto a los Estados Partes.

Art. 19. Una vez más, el Protocolo no hace referencia expresa a la vinculatoriedad de actores no estatales. 48 Estados Parte a 25 de Marzo de 2008.

⁵⁵ Para cuando fue aprobado este Protocolo en 2003, la Convención general de 1980 ya había sido enmendada para aplicarse también en el caso de conflictos internos, Art. 1.3. Está en vigor desde el 12 de noviembre del 2006 y consta de 42 Estados Partes a 25 de Marzo de 2008.

⁵⁶ «They all address specific problems which occurred both in international and non-international armed conflicts; their application to internal armed conflicts is the result of the issues at stake and of the way those treaties were negotiated, and not the result of specific negotiations addressing internal armed conflicts per se. These changes seem to follow from a change in the formative factors of the treaties, which, having a situation on the ground focus, did not distinguish between international and internal armed conflicts» Perna, p. 1134.

⁵⁷ Véase por ejemplo, el párrafo 6° de la Convención de 1993 sobre armas químicas «Resueltos, en bien de toda la humanidad, a excluir completamente la posibilidad de que se empleen armas químicas?...» (énfasis añadido). De manera similar, el párrafo 1° del Protocolo V de 2003 sobre los restos explosivos de guerra, y el párrafo 11 de la Convención de Ottawa de 1997.

1.4. TIPIFICACIÓN PENAL E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PERSECUCIÓN DE LAS GRAVES VIOLACIONES DEL DIH EN CONFLICTOS INTERNOS: DE LOS TRIBUNALES AD HOC AL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (1998)

El último gran avance normativo en el campo de la regulación internacional de los conflictos armados internos culmina con la adopción del Estatuto de la CPI en 1998⁵⁸. En buena medida, este hito del Derecho internacional, relativo a la responsabilidad penal del individuo, viene a paliar una de las carencias más esenciales presentes en el Art. 3 común y su PA II. Hasta ese momento, en palabras de Moir:

«A considerable body of international law exist to protect civilians during internal armed conflicts. The main problem lies not in the content of those rules, but rather in their enforcement»⁵⁹.

Mediante su entrada en vigor se ha logrado, en definitiva, el establecimiento de la responsabilidad penal individual por graves violaciones del DIH exigible en conflictos armados internos (Art. 25), y, como consecuencia, su consideración legal como crímenes de guerra y crimen internacional; pero además, se ha habilitado por primera vez una vía institucional para su persecución internacional. Por ello, aunque el ámbito jurídico del Estatuto se sitúa, más bien, en el campo del Derecho Penal Internacional, su conexión con el DIH, en cuanto cuerpo de normas primarias que delimita las conductas punibles, obliga a su consideración aquí como parte de la regulación internacional de los conflictos armados internos»⁶⁰.

A diferencia de la represión de los crímenes de guerra en conflictos internacionales, confiada a los Estados mediante el régimen de infracciones graves de los Convenios de Ginebra, la ausencia en el Art. 3 común y PAII de disposiciones de criminalización había situado la cuestión de la represión de violaciones del DIH cometidas en los conflictos internos

⁵⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN Doc. S/CONF.183/9, 17 Julio 1998. Entró en vigor el 1 de Julio de 2002. A Marzo de 2008 consta de 105 Estados Partes. LO 15/2003, B.O.E nº 283, de 26 de noviembre de 2003 (modificación del código Penal español de 1995). LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

⁵⁹ Moir, Op. Cit., p. 232.

⁶⁰ La conexión a la que nos referimos es clara en el Art. 8.2 del Estatuto que envía a los Convenios de Ginebra y al derecho humanitario general para la definición de los crímenes de guerra allí incluidos. Véase la introducción a los apartados ab), y ce). V. Werle, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2005, pp. 435 439.

fuera del ámbito de discusión internacional. Todavía a inicios de los años 90 se afirmaba desde el CICR: «According to humanitarian law as it stands today, the notion of war crimes is limited to situations of international armed conflict»⁶¹. La idea de que la violación de los principios humanitarios esenciales aplicables en conflictos internos también debía generar la responsabilidad penal de su autor bajo el derecho internacional adquirió fuerza positiva a raíz de las atrocidades cometidas en los conflictos de la ex Yugoslavia (1991) y Rwanda (1993)⁶². El establecimiento por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los Tribunales Internacionales ad hoc para la Ex Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994), supuso la primera tipificación «ad hoc» de ciertas conductas cometidas en conflictos internos como crímenes de guerra, la determinación de la responsabilidad individual de los culpables de estas conductas, y su enjuiciamiento a través de un órgano internacional⁶³.

Ciertamente, el Estatuto del TPIY no contiene una disposición expresa que califique las graves violaciones del Art. 3 y PAII como crímenes de guerra. Pero a través de su jurisprudencia, que parte de la pretensión del Estatuto como una manifestación del Derecho internacional consuetudinario (DIC), el Tribunal ha defendido una interpretación extensiva del Art. 3 de su Estatuto («leyes y costumbres de la guerra») para entender que su jurisdicción también se extiende a las graves violaciones cometidas en el conflicto interno de la Ex Yugoslavia. Bajo esta interpretación, iniciada

⁶¹ Comentarios preliminares del CICR sobre el establecimiento del TPIY, DDM/JUR442 b, 25 de Marzo de 1993, Párr. 4, *no publicado*, cit. en Kress, K., «War Crimes committed in noninternational armed conflict and the emerging system of international criminal justice», *Israel Yearbook of Human Rights*, N° 30, 2000, pp. 104. Otras afirmaciones similares de miembros del CICR, escribiendo a título particular, incluyen, Plattner, D., «The Penal Repression of Violations of IHL aplicable in NonInternational Armed Conflicts», IRRC, N° 278, 1990, p. 414; y en su retrospectiva, también Graditzky, T., «Individual Criminal Responsibility for Violations of IHL Committed in in NonInternational Armed Conflicts», IRRC, N° 80, 1998, p. 33.

⁶² Abundante literatura respaldaba y confirmó esta dirección. Sandoz, Y., «Implementing International Humanitarian Law», *International Dimensions of Humanitarian Law*, 1988, p. 259-282. Meron, T., «International Criminalization of Internal Atrocities», *AJIL*, Vol. 89, 1995, p. 561. Greenwood, C., «IHL and the Tadic Case», *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 7, 1996, p. 280 1. Green, L.C., «Enforcement of the Law in International and NonInternational conflicts The Way Ahead», *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 24, 1996, pp. 285 320. Sassòli, M. & Bouvier, A.A., *How does law protect in war?*, ICRC, 1999.

⁶³ *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia*, adoptado como anexo a la Resolución 827 del CS de 25 de Mayo de 1993. V. LO 15/1994, 1 de junio, para la cooperación de España con el TPIY. *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, Anexo a la Resolución 855 del CS de 8 de Noviembre de 1994. V. LO 4/1998, 1 de julio, para la cooperación de España con el TPIR. En adelante, TPIY y TPIR.

por la Cámara de Apelación en el caso Tadic⁶⁴ (jurisdicción) y confirmada en posteriores decisiones⁶⁵, el Tribunal revisó el contenido de las reglas consuetudinarias de derecho humanitario aplicable a los conflictos internos, y sostuvo que determinados principios del derecho de guerra aplicable en conflictos internacionales –como la prohibición de ataques a la población civil, la prohibición de la perfidia, y la prohibición del uso de ciertos medios de combatese extienden ahora a los conflictos armados internos en virtud del DIC⁶⁶. Por otro lado, apelando a los principios del Tribunal internacional de Nüremberg, el Tribunal afirmó que la ausencia de disposiciones de criminalización en el Art. 3 común no suponía un impedimento para la punibilidad internacional de sus infracciones graves, y sostuvo que también a esta área alcanzaba el desarrollo del DIC⁶⁷. En particular, el Tribunal concluyó:

«customary international law imposes criminal liability for serious violations of Common Article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife»⁶⁸.

En 1994, la cristalización de esta nueva tipología de crímenes de guerra apareció codificada en el Art. 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR) que establece su competencia «para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del Art. 3 común?... y del Protocolo Adicional II». Se afirmaba por primera vez en un instrumento internacional que estas infracciones generan efectivamente responsabilidad penal internacional para el individuo que las comete (Art. 6.1 del Estatuto). El TPIR ha seguido la misma línea jurisprudencial del TPIY sobre la punibilidad de las violaciones del DIH en conflictos internos con base al DIC⁶⁹.

El recurso al DIC como medio para evidenciar la progresiva asimilación de la regulación humanitaria aplicable en conflictos armados interna-

⁶⁴ V. Tadic (jurisdicción), Párrs. 89, 93, y 94.

⁶⁵ *Prosecutor v. Delalic et alt.*, Caso No. IT96 21 T, Párr. 316. En adelante, asunto Delalic.

⁶⁶ *Idem*, Párrs. 100 120.

⁶⁷ *Idem*, Párr. 128 y ss.

⁶⁸ Párr. 134.

⁶⁹ *Prosecutor v. Kanyabashi*, Case IT9615T, 18 de Junio de 1997, Párrs. 8 y 33; *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Judgment, Case No. ICTR964T, 2 de Septiembre 1998, Párr. 611 615.

cionales e internos y el reconocimiento de la responsabilidad penal individual en conflictos armados internos, es uno de los aspectos más relevantes del trabajo de ambos Tribunales ad hoc. La siguiente sección analiza en mayor detalle este aspecto. Baste aquí mencionar que la validez de este progreso ha quedado reforzada, en primer lugar, por la legitimidad de los instrumentos que instituyen la responsabilidad internacional del individuo. Es cierto que los Estatutos de los TPIY y TPIR ceñían estrictamente el alcance de su jurisdicción a los crímenes acontecidos en ambos territorios durante las respectivas guerras internas (Art. 1). Pero, por un lado, no excluían de su jurisdicción *ratione temporis* et *materiae* a ninguna de las partes en el conflicto, rompiendo la idea de tratarse de tribunales de los vencedores como ocurrió con los Tribunales de Nüremberg y Tokio. Y por otro, el propio mecanismo de creación, unos Estatutos debatidos en el seno de las NU, aprobados por su máximo órgano de decisión por unanimidad y adoptados, además, bajo el capítulo VII de la Carta como medida de obligado cumplimiento para los Estados miembros, reforzaba la idea de la cristalización con su aprobación de normas de derecho internacional general que calificaban ciertas conductas, los crímenes de guerra interna, como nuevos *delicta iuris Gentium*.

Ello parece explicar, en segundo lugar, porque a pesar del criticismo respecto a la *lex lata* reinante en la década de los 90 subsiguiente a la publicación del caso Tadic (1995) y del Estatuto del TPIR (1994), la tesis de la asimilación y la consecuente extensión del concepto de crimen de guerra al ámbito de los conflictos armados internos fue confirmada, en esencia, tan sólo pocos años después en otros instrumentos internacionales y en un tratado internacional multilateral de la relevancia del Estatuto de la CPI. Efectivamente, tras estos precedentes el desarrollo en esta área ha sido vertiginoso. Junto a repetidos pronunciamientos del Consejo de Seguridad en favor de la responsabilidad penal individual en conflictos armados internos⁷⁰, la Comisión de Derecho Internacional confirmó en el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996

⁷⁰ 70 V. las resoluciones del CS en Burundi, S/Res/1012 (1995) y S/Res./1072 (1996), donde recuerda que «que todas las personas que cometen violaciones graves del derecho internacional humanitario o autorizan su comisión son personalmente responsables de dichas violaciones y deben responder por ellas»; y en sentido similar, la Res. respecto a la República Democrática del Congo, S/Res/1234 (1999) y S/Res/1341 (2001); Georgia, S/Res/1339 (2000); Sierra Leona, S/Res/ 1315 (2000) y S/Res/1400 (2002); Timor del Este, S/Res/1319 (2000). Algún autor ha concluido incluso que «Ever since 1992, it (Security Council) has considered that serious violations of the laws of war committed in internal conflict engage the criminal responsibility of the perpetrators», Montaz, D., «War crimes in noninternational armed conflicts under the Statute of the International Criminal Court», *Yearbook of International Criminal Court*, Vol. I, 1998, p. 181.

que las serias violaciones del Art. 3 común y del Art. 4 del PAII constituyen crímenes de guerra⁷¹. En el comentario al artículo 20, donde se incluyen los crímenes de guerra, la Comisión matizó que la lista de crímenes de guerra allí enunciada no había sido hecha «ex nihilo», sino que la mayoría de crímenes están reconocidos por el DIH y derivan de diferentes instrumentos⁷². En los años siguientes, otros instrumentos internacionales confirmaron la existencia del principio de la responsabilidad penal individual en conflictos armados internos y la cristalización del concepto de crímenes de guerra para las violaciones graves del DIH aplicable en ese ámbito. La Regulación 2000/15 de los Paneles Especiales para Timor Oriental (2000), adoptada por la Administración Transicional de las NU creada por el Consejo de Seguridad en ese país, y el Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona, resultado de un tratado entre el gobierno y el Secretario General de NU a instancia del Consejo de Seguridad, establecen la competencia de ambos tribunales para enjuiciar, inter alia, a personas responsables de violaciones del Art. 3 común y del PAII, así como de otras serias violaciones del DIH aplicable en conflictos armados⁷³.

Pero con seguridad fue la adopción en 1998 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el que alcanza mayor relevancia en el proceso de regulación internacional de los conflictos armados internos. El Estatuto constituye el primer tratado internacional multilateral que tipificó los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos (Art. 8.2.c) y e)), representa el consenso alcanzado por el conjunto de Estados sobre la lista de conductas punibles como tales bajo el DIC⁷⁴, y establece una jurisdicción internacional para su persecución con carácter permanente y potencial alcance universal. En adición, la inclusión de los crímenes de guerra interna en el Estatuto no sólo supone su reconocimiento como crimen internacional, sino además su estigma de pertenencia, de acuerdo a los principios y propósitos indicados en el Preámbulo, al grupo de «los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto»⁷⁵.

⁷¹ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, International Law Commission at its fortyeighth session, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II, Part Two.

⁷² Idem, p. 54, comentario 9).

⁷³ Respectivamente, Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels With Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, UN Doc. UNTAET/REG/2000/15, Sección 6.1.c) y e); *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, 16 enero de 2002, Statute of the Special Court for Sierra Leone, Art. 3 y 4.

⁷⁴ De 162 Estados participantes, 102 votos a favor, 7 en contra, y 20 abstenciones.

⁷⁵ Idem, Párrafo 4^o del Preámbulo.

No obstante, al definir los crímenes de guerra en su Art. 8⁷⁶, el Estatuto mantiene la separación legal entre conflictos armados internacionales (párrafos a y b), e internos (c y e), y sólo recoge parcialmente el desarrollo del DIC avanzado por los Tribunales ad hoc. Mientras en materia de protección de las personas existe una amplia coincidencia entre los tipos penales aplicables en conflictos internacionales e internos, el Art. 8 no tipifica ningún crimen de guerra interna en el ámbito de los medios de combate prohibidos, y sólo un número de crímenes de uso de métodos de combate prohibidos menor al aplicable en conflictos internacionales, situándose así por debajo del estándar consuetudinario abierto por la jurisprudencia de los tribunales ad hoc. Ello, unido a ciertas particularidades del derecho de los conflictos internacionales (como el ámbito de personas protegidas), resulta en una lista de crímenes de guerra en conflictos internacionales cuantitativamente superior a la de los conflictos internos (34 tipos frente a 16).

2. EL VALOR DE LA COSTUMBRE EN LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Como ha sido apuntado en el apartado anterior, la regulación del DIH exigible en conflictos armados internos no ha quedado circunscrita a la celebración de tratados internacionales. El TPIY lo apuntó con rotundidad en los casos Tadic (jurisdicción) y Delalic:

«The emergence of international rules governing internal strife has occurred at two different levels: at the level of customary law and at that of treaty law. Two bodies of rules have thus crystallised which are by no means conflicting or inconsistent»⁷⁷. «Since at least the middle of this century, the prevalence of armed conflicts within the confines of one State or ensuing from the breakdown of previous State boundaries is apparent, and absent the necessary conditions for the creation of a comprehensive new law by means of a multilateral treaty, the more fluid and adaptable concept of customary international law takes the fore»⁷⁸.

⁷⁶ El Art. 8.2.c) declara la punibilidad de las violaciones al Art. 3 común, y el Art. 8.2.e) tipifica otras violaciones del DIH, que incluyen mayoritariamente normas provenientes del PA II (9 tipos penales), pero también de las Regulaciones de la Haya (2 tipos), y un nuevo tipo penal de ataques contra operaciones humanitarias.

⁷⁷ Tadic (jurisdicción), Párr. 98.

⁷⁸ V. Delalic, Judgment, Párr. 301.

Según la definición clásica, el derecho consuetudinario existe si puede afirmarse que a partir de un convencimiento jurídico (opinio iuris sive necessitatis) se ha originado en la práctica un uso (consuetudo)⁷⁹. El elemento objetivo del derecho consuetudinario es pues la práctica estatal, derivada de la conducta oficial del Estado en su totalidad⁸⁰ y que debe ser «extensa y uniforme»⁸¹. Además de que la determinación de la existencia y contenido de una norma consuetudinaria es siempre un proceso delicado, en el caso de los conflictos armados adquiere un matiz especial. De nuevo, el Caso Tadic puso de manifiesto esta particularidad:

«when attempting to ascertain State practice with a view to establishing the existence of a customary rule of a general principle, it is difficult, if not impossible, to pinpoint the actual behaviour of the troops in the field for the purpose of establishing whether they in fact comply with or disregard, certain standards of behaviour (...) In appraising the formation of customary rules or general principles one should therefore be aware that, on account of the inherent nature of this subject matter, reliance must primarily be placed on such elements as official pronouncements of States, military manuals and judicial decisions»⁸².

Por esta razón, asimilada en otras decisiones judiciales y por varios estudios doctrinales, cuando se ha invocado la existencia de alguna costumbre de orden humanitario se ha hecho, en lo esencial, dotando de alto valor no sólo a la práctica beligerante propiamente dicha sino también a los pronunciamientos verbales de los Estados, esto es, dotando en cierta forma, de un mayor énfasis a la opinio iuris que a la práctica estatal⁸³.

Aunque la costumbre en esta materia, como en otras, sea difícil de probar, a nadie se le escapa que, entre las ventajas de determinar la existencia de una costumbre de derecho humanitario estaría la de hacer oponible su contenido obligatorio a cualquiera de las partes en el conflicto, con independencia

⁷⁹ Art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ): «una práctica generalmente aceptada como derecho». V. *Continental Shelf Case* (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), CIJ, Judgment, 3 June 1985, ICJ Reports 1985, pp.2930.

⁸⁰ Werle, G., p. 107; Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 1998, p. 5.

⁸¹ *North Sea Continental Shelf Cases*, Judgment, 20 February 1969, ICJ Reports, 1969, p. 43.

⁸² Tadic (jurisdicción), Párr. 99.

⁸³ V. *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT95 16 T, 14 Diciembre 2000, Párr. 527 y ss; Este método ha sido seguido por ejemplo en el estudio sobre el DIC del CICR; Henckaerts, JM., Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vols I-III*, 2005, Introducción (en adelante *Estudio CICRDIC*). V. también el estudio realizado por La Haye, Op. Cit, pp. 48-78.

de que el Estado en concreto formara parte de un tratado que recogiera tal obligación y sin reparar en si dicho tratado afirma su obligatoriedad también respecto a otros actores no estatales. Esto permitiría, por ejemplo, hacer opo-nible algunas obligaciones fijadas en el Protocolo Adicional II, en los trata-dos multilaterales sobre armamento, o en el Estatuto de la CPI, a Estados que no hubieron ratificado estos tratados así como a actores no estatales.

¿En qué medida podemos afirmar que, efectivamente, la costumbre re-gula, al margen de los tratados referidos, aspectos relevantes del DIH de los conflictos internos? Bajo la interpretación citada, el TPIY concluía en 1995 que el cuerpo de DIC en conflictos internos incluía:

«such areas as the protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks, protection of civilian objects, in particular, cultu-ral property, protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as prohibition of means of warfare proscribed in internatio-nal armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities»⁸⁴.

A pesar de indudable valor de esta afirmación, posteriores estudios po-nen de manifiesto que la conclusión del Tribunal tuvo un carácter prema-turo, al menos respecto al estado del DIC en 1995 en materia de medios y métodos de combate⁸⁵. Sería difícil presentar aquí un estudio exhaustivo del DIC de los conflictos armados internos, por lo que me limitaré a apun-tar sucintamente los principales progresos. Parece idóneo partir en este punto de dos áreas que, como vimos en la Sección 1, aparecen distinguidas en el propio cuerpo del DIH: 1) reglas para la protección de la población civil, y, 2) reglas sobre medios y métodos de combate.

REGLAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL

Es ampliamente compartido que entre las reglas consuetudinarias de protección de la población civil se encuentra actualmente el Art. 3 común, que garantiza el principio del trato humano de los no combatientes. Así fue afirmado en 1986 por la CIJ en el Caso Nicaragua v. EE.UU.⁸⁶, y en la década de los 90, por el TPIY, en el *Asunto Tadic (jurisdicción)*⁸⁷, *Asunto*

⁸⁴ Tadic (jurisdicción), Párr. 127.

⁸⁵ V. La Haye, p. 153 5; BolaertSuominen, Op. Cit., p. 101 3.

⁸⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v US), Merits, ICJ, 27 June 1989, párr. 218. En adelante Asunto Nicaragua.

⁸⁷ Tadic (Jurisdicción), Párr. 89, 98, y 102; y Tadic, Judgment, 1997, Párr. 609 y 617.

*Delalic*⁸⁸, *Asunto Furundzija*⁸⁹, y *Asunto Aleksovski*⁹⁰, y, por el TPIR, en el *Asunto Akayesu*⁹¹. Además, en añadido al cuasiuniversal índice de ratificaciones de los Convenios de Ginebra, existe una amplia práctica estatal al respecto consistente, inter alia, en jurisprudencia nacional⁹², práctica militar⁹³, declaraciones estatales en el ámbito internacional⁹⁴, y práctica de organismos internacionales⁹⁵. También encontraría un sólido apoyo en el estudio recopilatorio del CICR sobre el DIC (2005), a cuyas fuentes y razonamientos nos remitimos especialmente⁹⁶.

El carácter consuetudinario del Protocolo Adicional II y otras regulaciones posteriores es, por el contrario, mucho más incierto. El contenido de la “Cláusula Martens” recogida en el preámbulo del Protocolo II, omite expresamente la referencia tradicional a los principios del derecho internacional derivados de los «usos establecidos», punto que, por el contrario, sí está incluido en el PAI y, además, como parte del articulado vinculante. En añadido, aunque no les salva mucha diferencia, el estado de ratificaciones del PAII no alcanza la universalidad de los Convenios de Ginebra⁹⁷, y, notablemente, dentro de la lista de Estado Partes no se encuentran algunos países inmersos en conflictos internos⁹⁸. No es de extrañar, por ello, que el Secretario General de la NU reconociera en su Informe sobre el esta-

⁸⁸ Delalic, Judgment, Párr. 3001.

⁸⁹ Prosecutor v. Furundzija, Judgment, Case No. IT9517/1T, 10 de diciembre de 1998, Párr. 138.

⁹⁰ Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgment, Case No. IT9514/1T, 25 de junio 1999, párrs. 49-50.

⁹¹ Akayesu, Judgment, Párr. 608.

⁹² En EEUU, S. Kadic v. R.Karadzic, US Court of Appeals for the second circuit N° 15411544, 13 Octubre 1995, p. 22; en Colombia, Juicio C574/92, Sección V, B2c, de 28 de octubre de 1992, y, Juicio C225/95, Sección VD, de 18 de Mayo de 1995, ambos no publicados y citados por el TPIY en *Furundzija*, Judgment, Párr. 137.

⁹³ Informe de la Fuerza Armada de El Salvador sobre el respeto y la vigencia de las normas del derecho internacional humanitario durante el período de septiembre de 1986 a Agosto de 1987, 1987, p. 3, citado en Tadic (jurisdicción), Párr. 117.

⁹⁴ Declaración del representante de EE.UU. en el seno del CS durante el establecimiento del TPIY Provisional Verbatim Record of the Three Thousand Two Hundred and Seventeenth Meeting, 25 May 1993, S/PV. 3217, 25 May 1993, p. 15.

⁹⁵ En el Informe sobre el establecimiento del TPIY, la lista enumerada por el Secretario General sobre los tratados consuetudinarios a ser aplicables por el Tribunal incluía los Convenios de Ginebra, sin una mención específica sobre la exclusión de alguna de sus disposiciones. Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704, 25 de Mayo de 1993, Párrs. 34-35.

⁹⁶ Customary International Humanitarian Law, 2005, Vol. I, Rules 87 y ss, Vol. II, Practice, Chapter 32, Sections A y ss.

⁹⁷ A 25 de Marzo de 2008 consta de 163 Estados Partes, frente a las 194 ratificaciones de los CG I-IV.

⁹⁸ Por ejemplo, Afganistán, Marruecos, Israel, Irak, Sudan, o Sri Lanka.

blecimiento del TPIR en 1995, que el PAII *en su totalidad* «todavía no ha sido reconocido universalmente como parte del derecho internacional consuetudinario»⁹⁹.

Sin embargo, los Tribunales ad hoc de Yugoslavia¹⁰⁰ y Ruanda¹⁰¹, un sector relevante de la doctrina¹⁰², y también, las conclusiones que derivan del Comentario del PA II del CICR¹⁰³ y su Estudio sobre el DIC¹⁰⁴, coinciden en señalar que, si bien el carácter consuetudinario del PAII no alcanzaría al conjunto de sus disposiciones, las normas que integran su «núcleo básico» sí gozan de dicho estatus. Aunque las conclusiones varían en cuanto al contenido de este núcleo básico, coinciden en que éste incluiría como mínimo los artículos 4¹⁰⁵, 5 y 6¹⁰⁶, 9¹⁰⁷, y 13.2¹⁰⁸ del Protocolo II, o lo que es lo mismo, el principio de trato humano a los no combatientes (en

⁹⁹ Informe presentado por el Secretario General en cumplimiento del Párrafo 5 de la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, UN.Doc. S/1995/134, Párr. 12.

¹⁰⁰ Tadic (jurisdicción), Párr. 98 y 117; *Prosecutor v Kordic and Cerkez*, IT 9514/2PT, Jurisdiction Decision 2 and 3, 1999, párr. 30; *Prosecutor v. Pavle Strugar et al.*, Case No. IT01-42 AR72, Decision on Interlocutory Appeal, 22 Nov 2002, párr. 9; *Prosecutor v. Blaskic*, Appeal Judgement, IT9514A, 29 July 2004, Párrs. 157-158. *Prosecutor v. Martić*, Judgment, Case No. IT95 11 T, 2007, párr. 45. V. Mettraux, G., *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, 2005, pp. 138-144.

¹⁰¹ *Akayesu Judgment*, Op. Cit. Párr. 609, 611-15. *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgment, Case No. ICTR96 3, 6 de diciembre de 1996, párr. 8690. *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR -95 1T, Trial Judgment, párrs. 1823.

¹⁰² V. Meron, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, 1989, p. 71-4. Greenwood, C., «Customary Law status of the 1977 Geneva Protocols», Delissen and Tanja (Eds), *Humanitarian Law of Armed Conflicts, challenges ahead*, 1991, pp. 112-3. Cassese, A., «The Geneva Protocols of 1977 and Customary International Law», *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol. 3, 1984, p. 55, citado en Moir, que trata la cuestión en, p. 1445; Sassòli, M. & Bouvier, A.A., *How does law protect in war?*, ICRC, 1999, p. 109; y, La Haye, E., Op. Cit., pp. 52-4.

¹⁰³ *Comentario PAII*, Op. Cit., Párrs. 4508, y 4511.

¹⁰⁴ V. concretamente en el Vol. IRules, en especial, Parte II Cap. 7, y Parte V, con la práctica correspondiente del Vol. II.

¹⁰⁵ *Akayesu*, Párr. 610: «Whilst the Chamber is very much of the same view as pertains to Additional Protocol II as a whole, it should be recalled that the relevant Article in the context of the ICTR is Article 4(2) (Fundamental Guarantees) of AP II. All of the guarantees as enumerated in Article 4 reaffirm and supplement Common Article 3 and, as discussed above, Common Article 3 being customary in nature, the Chamber is of the opinion that these guarantees did also at the time of the events alleged in the Indictment form part of existing international customary law». *Furundzija*, Judgment, Op. Cit, Párr. 137, y Párr. 168. *Rutaganda*, Judgment, Párr. 86. También, *Estudio CICRDIC, Rule 87 y ss.*

¹⁰⁶ *Comentario PAII*, Párr. 4508, y 4511; La Haye, E., p. 54: «Next to Art. 4 of the Protocol, the core of customary norms may well include the customary rights borrowed from the Covenant of Civil and Political Rights and appearing in Articles 5 and 6 of Protocol II», Meron, en *Human rights...*, p. 73.

¹⁰⁷ *Estudio CICRDIC*, Vol. I Rule 2530, y práctica adjuntada.

¹⁰⁸ Tadic (jurisdicción), Párr. 100101, 105, y 110111, y 115. Asunto Strugar, Párr. 9; Blaskic, Párrs. 157-8. Y especialmente, La Haye, E., pp. 5869.

forma más desarrollada que el Art. 3 común), el principio de protección del personal sanitario y religioso, y, el principio de protección de la población civil en forma de prohibición de ataques directos contra la misma¹⁰⁹. En conjunto, el razonamiento seguido toma su base del carácter inalienable de los derechos protegidos en estas normas, muchos de los cuales han sido aceptados como reflejo del derecho consuetudinario en instrumentos de derechos humanos o de acuerdo al Art. 3 común, y, por tanto, mantienen dicho carácter cuando han sido establecidos en el PAII.

Por otro lado, las violaciones graves del Art.3 común y de este núcleo básico de disposiciones del PAII, son consideradas, directa o indirectamente, crímenes de guerra bajo el Art. 8.2.c) y e) del Estatuto de la CPI. Dado que la tipificación de los crímenes en el Estatuto partió de la base de que únicamente las normas primarias que sin lugar a dudas formaban parte del DIC y daban lugar a la responsabilidad penal individual serían incluidas, ello no solo confirma el carácter consuetudinario de dichas prohibiciones sino, por ende, también el del principio de la responsabilidad penal individual por sus violaciones¹¹⁰.

OTRAS REGLAS CONSUECUDINARIAS APLICABLES EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS: MEDIOS Y MÉTODOS DE COMBATE PROHIBIDOS

¿Cabe la posibilidad, al margen del Art. 3 común y el núcleo básico del PAII, de la existencia de otras normas consuetudinarias que rijan para los conflictos armados internos? Según expresó el TPIY: «there exist a corpus of general principles and norms in internal conflicts embracing common Article 3 but having a much greater scope»¹¹¹. En este sentido, junto a las reglas citadas del PAII, el Tribunal se refirió específicamente al principio de protección de determinados objetos civiles, como la propiedad cultural¹¹². Sin embargo, el mayor escollo, evidente en el Art. 8 del Estatuto de la CPI, radica en la posibilidad de afirmar la consolidación de

¹⁰⁹ La prohibición de ataques indiscriminados contra la población civil no aparece incluida de forma expresa en el PAII, y su violación no ha sido criminalizada en el Estatuto de la CPI para los conflictos internos (para los conflictos internacionales v. Art. 8.2.b)iv)). El Estudio del CICRDIC afirma, débilmente, que la regla que prohíbe los ataques indiscriminados sería de aplicación también en conflictos armados internos.

¹¹⁰ V. Von Hebel & Robinson, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», Lee. R. (Ed), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 1999, p. 105. Mettraux, G., Op. Cit., p. 144.

¹¹¹ Tadic (jurisdicción), Párr. 116.

¹¹² Idem, Párr. 98. El carácter consuetudinario de esta regla queda afirmado por el Art. 8.2.e)iv del Estatuto de la CPI.

normas consuetudinarias en el ámbito de los medios y métodos de combate. No resulta fácil establecer con propiedad cuáles son y desde cuándo estarían vigentes. A diferencia de los conflictos internacionales, cuyas primeras normas escritas, los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, datan de mediados del S. XIX y respondían, ya por entonces, a prácticas estatales acendradas, la extensión a los conflictos internos de ciertos principios que limitan la conducción de las hostilidades vía disposiciones convencionales es un fenómeno muy reciente, originado, como vimos, en la década de los 90. Además, la práctica estatal es muy escasa en esta área, y algunos intentos para limitar los medios y métodos de combate en conflictos internos durante las conferencias diplomáticas de 1949 y 1974-77, fueron rechazados por la mayor parte de Estados¹¹³. Un ejemplo firme puede encontrarse en el Estatuto de la CPI de 1998, que no contiene crímenes de guerra interna basados en el uso de medios de combate; según el delegado de EE.UU. durante la Conferencia, las diferencias entre los Arts.8.2 b) y e) refleja el consenso entre los delegados de que «customary international law has developed to more limited extent with respect to internal armed conflicts»¹¹⁴.

Por el contrario, algunos de los tratados multilaterales sobre armamento citados poseen actualmente un nada desdeñable índice de ratificaciones. Es el caso de la Convención sobre Armas Químicas de 1993 (183 Estados Partes), el Tratado de Ottawa sobre minas antipersonales de 1997 (156 E.P), la Convención sobre Armas Bacteriológicas y Tóxicas de 1972 (155 E.P)¹¹⁵. Además, en los respectivos preámbulos de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980, y del Tratado de Ottawa, los Estados declararon que su adopción estaba basada «en el principio de derecho internacional?... que prohíbe el empleo, en conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales o métodos de hacer guerra de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios». Al mismo tiempo, parecen existir muy pocos ejemplos de práctica, militar u oficial de los

¹¹³ En el marco de la Conferencia Diplomática de 1949 v la propuesta de EE.UU., *Final Records*, Vol. IIB, p. 90. En la negociación del PAII de 1977, v. el borrador de Estocolmo, que contenía la prohibición del uso de medios y métodos de combate susceptibles de causar heridas superfluas o sufrimientos innecesarios, y no llegó a ser adoptado; Art. 20.2 Draft APII, CDDH, *Official Records*, Vol. I, Part 3, 1973, p. 39. No obstante, según el *Estudio CICR DIC* «There was no indication, however, of any objection to the rule as such in this context», Vol. I, Rule 70, p. 239.

¹¹⁴ V. Scheffer, D., «The US and the ICC», *AJIL* Vol. 93, 1999, p. 16.

¹¹⁵ Sobre el valor de los tratados en la formación de la costumbre, Baxter, R., «Multilaterals treaties as evidence of customary international law», *British Yearbook of International Law*, Vo. 41. 1965 66, p. 300 y ss.

Estados, contrarios a este principio¹¹⁶. A la inversa existe un ejemplo a favor. Durante los conflictos en la Ex Yugoslavia las partes concluyeron un acuerdo para extender ciertas disposiciones de los CG a lo que era considerado un conflicto interno sujeto al Art. 3 común, y entre sus cláusulas fue incluida expresamente la prohibición sobre medios y métodos de combate de naturaleza superflua o sufrimientos innecesarios¹¹⁷. Además, de acuerdo al Estudio CICRDIC, un amplio número de manuales militares contiene dicho principio general de prohibición¹¹⁸; en este sentido, si bien no queda muy claro que las disposiciones de estos manuales sean aplicables en conflictos armados internos¹¹⁹, el estudio explica acertadamente: «States generally do not have a different set of military weapons for international and noninternational armed conflicts»¹²⁰.

No obstante, aún aceptando estas evidencias como base suficiente para sostener el carácter consuetudinario del citado principio en conflictos internos, persiste sin embargo, el problema principal de definir su contenido.

Al respecto, el TPIY ha sostenido que, también en el área de los medios y métodos de combate, se han desarrollado ciertos principios de derecho consuetudinario. En el caso Tadic, el TPIY afirmó de manera general la cristalización del principio que limita el derecho de las partes en conflicto a herir al enemigo, y el principio de que las armas y otros materiales y métodos prohibidos en conflictos internacionales no deben emplearse en ninguna circunstancia¹²¹. Apoyándose básicamente en la condena de la comunidad internacional respecto al uso de armas químicas por el gobierno iraquí contra la población kurda en 1988, el Tribunal considero sólido

¹¹⁶ En su estudio sobre DIC en materia de medios y métodos de combate La Haye, encuentra hasta 2002 solamente dos ejemplos de práctica beligerante donde fueron usadas armas prohibidas: el uso de armas químicas por Irak contra los kurdos (1988), y el reconocimiento de un oficial ruso sobre el uso de armas incendiarias contra territorio de Chechenia (1999), Op. Cit, p. 71. En el caso de Irak, sin embargo, el gobierno negó haber usado tales armas reafirmado además su adhesión al Protocolo de Ginebra de 1925, lo que en cierto modo reafirma la validez de la prohibición. La autora cita también la Res. AG 2795 (XXVI) y Res. 2707 (XXV) donde la Asamblea General condenó el uso por Portugal de armas químicas durante los conflictos en Angola, Mozambique, y Guinea Bissau, p. 73.

¹¹⁷ *Agreement on IHL between the parties to the conflict in Bosnia and Herzegovina*, 22 May, 1992, Art. 2.5. V. *Estudio CICR DIC*, p. 239, y, Tadic (jurisdicción), Párr. 73.

¹¹⁸ *Estudio CICRDIC*, Vol. I, Rule 70, p. 239, Nota 16.

¹¹⁹ Según La Haye, E.: «Military manuals of recent belligerents do not contain in general, provisions dealing with weapons prohibited in internal conflicts. This can be explained by the absence of any provision of the prohibition of the use of certain weapons in common Article 3 or Protocol II, and the slow inclusion of recent conventions like the Protocol II on land mines of 1996, or the Protocol on laser weapons, in their national legislation or military manuals», p. 72.

¹²⁰ *Estudio CICRDIC*, Idem, p. 240.

¹²¹ Tadic (jurisdicción), Párr. 110 y 119; asimismo en Martić, Judgment, Párr. 45.

concluir que el principio que prohíbe el uso de gases y armas químicas es aplicable igualmente en caso de conflicto armado interno¹²². Pero, principalmente, el Tribunal recurrió al siguiente argumento moral, aún también ciertamente lógico, para sostener la extensión a los conflictos internos de ciertas prohibiciones específicas aplicables en los conflictos armados internacionales:

«elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals in their own territory. What is inhumane and consequently proscribed in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife»¹²³.

Al margen de la prohibición del uso de armas químicas y bacteriológicas, no existe una práctica estatal y opinio iuris sustancial con respecto a la prohibición de otros tipos de armas, o de métodos de combate¹²⁴. Dado el decente número de Estados partes en el Tratado de Ottawa sobre minas antipersonales, y la extensión de la prohibición de minas terrestres y otros artefactos a los conflictos internos establecida en el Protocolo II de 1996, la búsqueda para ampliar el contenido del principio consuetudinario de prohibición de medios y métodos de combate superfluos o de daños innecesarios podría ir en este sentido.

No obstante, aunque el razonamiento humanitario sentado en Tadic haya sido acogido favorablemente por parte de la doctrina¹²⁵, se compadece mal con desarrollos normativos posteriores. En la Conferencia de Roma de 1998, sin negar la ilegalidad del uso de veneno o gas en conflictos internos, se descartó incluir estas y otras conductas sobre armas y métodos de combate prohibidos entre los crímenes de guerra interna de competencia del Tribunal. Si ciertamente existe una práctica in statu nascendi que pretende prohibir el uso de gas y armas químicas en conflictos internos, su cristalización en el momento actual es muy incierta y no habría alcanzado,

¹²² Tadic (jurisdicción) Párrs. 120124; Turku Declaration on Minimum Humanitarian Standards, UN Doc. E/CN.4/1995/116 (1995). El Tribunal se apoyó también en la Res. 2444 (XXIII) de la AG de 19 diciembre de 1968, UN Doc A/7218.

¹²³ Párr. 124, y 127.

¹²⁴ En Tadic (jurisdicción) se cita el carácter consuetudinario de la prohibición de la perfidia, aunque su fundamento es rebatido en Moir, p. 146, y Greenwood, C., «IHL and the Tadic Case», *Op. Cit.*, p. 278.

¹²⁵ Meron, T., *International criminalization...*, p. 561. Werle, G, p. 5778; La Haye, E, p. 74; Moir, L., p. 145.

en principio, a su categorización como crimen internacional. En todo caso, podría entenderse como una costumbre emergente en lo relativo a la prohibición de armas químicas y bacteriológicas, pero, aún y así, esta prohibición no abarcaría el uso de otras armas consideradas ilegales en conflictos internacionales, y la prueba de su punibilidad bajo el DIC aparece como problemática.

En conclusión, en materia de medios y métodos de combate la asimilación del DIH aplicable en conflictos internacionales e internos no queda refrendada de manera completa por el estado del DIC. El mismo TPIY parece equilibrar su propia apelación al entender, que la emergencia de nuevos principios exigibles en conflictos internos, no significa la extensión integral a éstos del DIH aplicable en conflictos internacionales:

«i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually extended to apply to internal conflicts; and ii) this extension has not taken place in the form of full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts, rather, the general essence of those rules, and not the details regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts»¹²⁶.

¹²⁶ Tadic (jurisdicción), Párr. 126.