

La clasificación de los conflictos armados: los conceptos jurídicos relevantes

Dapo Akande †

I. Introducción.

El derecho internacional humanitario rige la conducta de los participantes en un conflicto armado. Para determinar si corresponde aplicarlo en situaciones de violencia, se necesita evaluar, en primer lugar, si la situación amerita ser tratada como un ‘conflicto armado’. Sin embargo, el derecho internacional humanitario no reconoce un único concepto, sino que distingue dos tipos de conflictos armados: los internacionales y los sin carácter internacional.

Este capítulo analiza los antecedentes en torno a la distinción entre estas dos categorías de conflictos armados, las consecuencias de dicha distinción y si ésta aún sigue vigente. Luego, el capítulo trata conceptos jurídicos relevantes para las dos categorías, entre ellos, las diferencias entre un conflicto armado sin carácter internacional y otros actos de violencia, hostilidades extraterritoriales de un Estado contra un grupo armado no estatal y conflictos en los cuales participen fuerzas multinacionales. Todos estos conceptos son relevantes para comprender los casos de estudio planteados.

† Co-Director, Instituto de Ética, Derecho y Conflictos Armados de Oxford & Profesor Universitario de Derecho Público Internacional, Universidad de Oxford; Yamani *Fellow*, St Peter’s College, Oxford. Agradezco a Nicole Urban por la ayuda brindada en este capítulo.

II. Antecedentes de la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos sin carácter internacional

La distinción entre conflictos armados internacionales y aquellos sin carácter internacional surge a partir de la evolución de las normas creadas por el derecho internacional para las guerras y los conflictos armados. En el periodo posterior a la paz de Westfalia y hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional de la guerra solo regía en el caso de conflictos entre los Estados.¹ Esto fue consecuencia de que el derecho internacional en su conjunto se refería, únicamente, a las relaciones entre los Estados² y excluía la reglamentación de asuntos que se consideraban dentro de la jurisdicción interna de los Estados. Los conflictos armados internos, o guerras civiles, no eran considerados “guerras reales en el sentido estricto del término para el derecho internacional”, ya que ese término estaba reservado para conflictos entre los Estados.³ No obstante, era posible aplicar el derecho de la guerra en las guerras civiles, pero solo en el caso que hubiera un reconocimiento, ya sea del Estado involucrado en la guerra civil o de un tercer Estado, de la beligerancia de la parte insurgente.⁴ Aun en ese caso, la aplicación de las normas del derecho internacional para una situación que en principio fuera interna, no ocurría automáticamente, sino más bien porque el Estado interesado reconocía que la parte insurgente había adquirido cualidades similares a las de un Estado. Durante el periodo en cuestión, el derecho internacional de la guerra no distinguía los conflictos internacionales de otras guerras. Existía un único cuerpo normativo que regía en su conjunto para los conflictos internacionales entre los Estados (o conflictos tratados como tales) o bien no regía en absoluto.⁵

Después de la Segunda Guerra Mundial, la ampliación del concepto de derecho internacional para incluir los conflictos armados internos fue decisiva. Este fue, sin ninguna duda, un periodo en el cual el derecho internacional, como disciplina, comenzó a reconocer la posibilidad de

¹ Véase R. Bartels, “Timelines, Borderlines and Conflicts: The Historical Evolution of the Legal Divide between International and Non-International Armed Conflicts” (2009) 91 (873) *International Review of the Red Cross* 35, 44-8 (Bartels, *The Historical Evolution*). Cassese define este período como el final de la Guerra Civil española (1936-39), véase A. Cassese, “Civil War and International Law” en A. Cassese (ed.), *The Human Dimension of International Law: Selected Papers* (2008) 111, 113-14.

² Véase L. Oppenheim, *International Law, Vol. I: The Law of Peace* (2^{da} ed., 1912) 12, párr. 13: “Los Estados son sola y exclusivamente sujetos del Derecho Internacional”.

³ L. Oppenheim, *International Law, Vol. II: War and Neutrality* (1^{ra} ed., 1906) 67.

⁴ *Ibid.*, 65; L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict* (2002) 5 y sigs. (Moir, *Internal Armed Conflict*).

⁵ Véase Bartels, *The Historical Evolution*, 51; Moir, *Internal Armed Conflict*, 10.

extender derechos y, de hecho, obligaciones, a individuos y otros actores no estatales. Este reconocimiento se ejemplificó de inmediato tras la Segunda Guerra Mundial a través de los enjuiciamientos por crímenes internacionales y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, que tuvo su inicio con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Por lo tanto, no sorprende que en la misma época se considerara extender el derecho de la guerra a la reglamentación de los conflictos armados internos. De hecho, los desarrollos en el derecho internacional humanitario después de la Segunda Guerra Mundial fueron presagiados por las prácticas de algunos Estados y de la Sociedad de las Naciones durante la Guerra Civil Española (1936-1939). Aunque no hubo un reconocimiento de la beligerancia durante ese conflicto, sí había una postura emergente que sostenía que el derecho internacional regía para la conducta de las hostilidades ocurridas durante una guerra civil y Antonio Cassese ha argüido que durante ese conflicto se desarrollaron normas consuetudinarias que podrían regir en ciertos conflictos armados internos.⁶ En cualquier caso, los Convenios de Ginebra de 1949 establecieron una bifurcación del derecho internacional humanitario en, por un lado, el derecho internacional de los conflictos armados y, por el otro, el derecho de los conflictos armados sin carácter internacional. Así como estos Convenios rigen “para todos los casos de guerra declarada o cualquier otro conflicto armado que pudiera surgir entre dos o más Altas Partes Contratantes”, también se aplican en conflictos armados internacionales o interestatales. El Comité Internacional de la Cruz Roja propuso extender los Convenios en su totalidad a los conflictos internos.⁷ Sin embargo, dicha propuesta fue rechazada por la mayoría de los Estados y se acordó tener una sola disposición—el Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (el “Artículo 3 común”)—, la cual regiría “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”. Por primera vez, a través del Artículo 3 común, el derecho internacional buscó

⁶ A. Cassese, “The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts” en A. Cassese (ed.), *Current Problems of International Law* (1975) 287, reimpresso en A. Cassese, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers* (2008) 128. Véase también A. Cassese, “Civil War and International Law” en A. Cassese, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers* (2008) 114-16 (Cassese, *Civil War*). Véase también Bartels, *The Historical Evolution*, 56; *Fiscal v Tadić*, IT-94-1-AR72, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Cámara de Apelaciones), 2 de octubre de 1995, párr. 63 (*Tadić Jurisdiction*).
⁷ Véase Cassese, *Civil War*, 116-17; Bartels, *The Historical Evolution*, 57.

reglamentar ciertos aspectos de los conflictos internos, incluso en ausencia de un reconocimiento de beligerancia. No obstante, también estableció una distinción entre el derecho que rige en conflictos interestatales y aquel que gobierna los conflictos internos o, más precisamente, los conflictos armados sin carácter internacional.

La división del derecho internacional humanitario en normas que rigen los conflictos armados internacionales y las que gobiernan conflictos sin carácter internacional fue finalmente confirmada en 1977 en el momento de la adopción de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra.⁸ El Protocolo Adicional I se estableció como “Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales”, mientras que el Protocolo Adicional II se refiere a la “Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional”. Esta división fue también reconocida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, el cual hace una distinción entre crímenes de guerra (es decir, graves violaciones a las leyes y costumbres de guerra) cometidos en un conflicto armado internacional⁹ y crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado sin carácter internacional.¹⁰

III. Las consecuencias de la distinción entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados sin carácter internacional

Es fundamental distinguir entre los conflictos armados internacionales de aquellos sin carácter internacional si se tiene el propósito de aplicar el derecho internacional humanitario, porque existen diferencias en el contenido de las normas que regirán para los distintos tipos de conflictos armados. En virtud del derecho de los tratados, existen grandes diferencias. El conjunto de los Convenios de Ginebra de 1949, los Convenios de La Haya que los antecedieron y el Protocolo Adicional I de 1977 rigen en los conflictos armados internacionales. Estos tratados contienen cientos de artículos que establecen un cuerpo detallado de normas relativas a la conducta de las hostilidades (el denominado “Derecho de La Haya”), como también normas complejas relativas a la

⁸ La división también puede ser vista en las disposiciones relevantes de la Convención de la Haya para la Protección de Bienes Culturales durante Conflictos Armados de 1954. Con arreglo al art. 18 de dicho tratado, se aplica en su totalidad a conflictos armados internacionales mientras que de conformidad con el art. 19, éste se aplica sólo en casos limitados a conflictos armados sin carácter internacional. Véase R. O’Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict* (2006) 96-8.

⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8(2)(a) y (b).

¹⁰ Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8(2)(c) y (e).

protección de aquellos que no forman parte, o que hayan dejado de ser parte, de las hostilidades (el denominado “Derecho de Ginebra”). Por el contrario, las normas del tratado que rigen específicamente en los conflictos armados sin carácter internacional son bastante limitadas. En esencia, están restringidas al Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, a las disposiciones del Protocolo Adicional II de 1977 y al Artículo 8 (2) en sus incisos (c) y (e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). El Artículo 3 común está limitado a la protección básica de aquellos que no participan, o que ya no participan, en las hostilidades y no posee ninguna norma reguladora de la conducta de las hostilidades. El Protocolo Adicional II, que tiene menos de 20 disposiciones sustantivas, y aquellas partes del Estatuto de la CPI que se ocupan de los conflictos armados sin carácter internacional, amplían, en cierta medida, las normas relativas a la protección de las víctimas de conflictos armados e introducen algunas reglas sencillas relacionadas con la conducta de las hostilidades,¹¹ pero no logran establecer un régimen de derecho internacional humanitario similar al establecido para los conflictos armados internacionales.¹²

A pesar de esta diferencia en la reglamentación entre los conflictos armados internacionales y los que carecen de un carácter internacional generada por los tratados fundamentales del derecho internacional humanitario, la distinción entre un conflicto armado internacional y otro sin carácter internacional se está erosionando de tal manera que hoy en día hay una mayor unidad, aunque de ninguna manera completa, en el derecho que rige en estos dos tipos de conflictos.¹³

En primer lugar, hay tratados recientes que rigen la conducta de los participantes en un conflicto armado, los cuales se aplican en todas las situaciones de conflicto armado, sin distinción. La lista de tales tratados incluye la Convención sobre Armas Biológicas de 1972, la Convención sobre las Armas Químicas de 1993, la Convención sobre la Prohibición de las Minas Terrestres Antipersonal de 1997, el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales 1999 y la enmienda de 2001 que amplía la Convención sobre

¹¹ Véase un análisis adicional en el cap. 4, sección 4 más abajo.

¹² Véase sección 6 más abajo para un análisis sobre la relación entre el Artículo 3 común y el Protocolo Adicional II.

¹³ Véase L. Moir, “Towards the Unification of International Humanitarian Law?”, en R. Burchill, N. White y Morris (eds.), *International Conflict and Security Law* (2005) 108.

Armas Convencionales y sus protocolos que rigen en los conflictos armados sin carácter internacional.

En segundo lugar, y más importante aún, se ha argumentado que el derecho internacional consuetudinario establece ahora un conjunto más amplio de normas que rigen los conflictos armados sin carácter internacional y logra llenar las lagunas dejadas por el derecho de los tratados, de modo que la dicotomía entre conflictos armados internacionales y aquellos sin carácter internacional es mucho menos significativa hoy en día. Esta fue la posición adoptada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el caso *Tadić* (jurisdicción apelada) cuando declaró que:

Pese a [...] las limitaciones, no se puede negar que las normas consuetudinarias se han desarrollado para regir conflictos internos. Estas normas... cubren ciertas áreas tales como la protección de civiles frente a hostilidades, en particular de ataques indiscriminados, la protección de objetos civiles, en particular de propiedad cultural, la protección de todos aquellos que no (o ya no) tienen un papel activo en las hostilidades, como también, la prohibición de medios bélicos proscritos en conflictos armados internacionales y de ciertos métodos de conducción de hostilidades.¹⁴

Además, el TPIY también sostuvo que:

Las consideraciones elementales de humanidad y el sentido común hacen que sea absurdo considerar que el uso por parte de los Estados de las armas prohibidas en conflictos entre ellos esté permitido cuando los Estados traten de sofocar una rebelión llevada a cabo por sus propios nacionales en su propio territorio. Lo que es inhumano, y en consecuencia está proscrito, en guerras internacionales, no puede sino ser inhumano e inadmisibles en conflictos civiles.¹⁵

El CICR, en su estudio exhaustivo del derecho internacional humanitario consuetudinario (en adelante, el Estudio) publicado en 2005,¹⁶ plasmó una idea similar. Encontró que casi todas las normas identificadas en el Estudio regían tanto en los conflictos armados internacionales como en aquellos sin carácter internacional. Asimismo, manifestó que:

El Estudio brinda evidencias de que muchas normas del derecho internacional consuetudinario rigen tanto en conflictos armados

¹⁴ *Tadić Jurisdiction*, párr. 127.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 119.

¹⁶ J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Study* (2004).

internacionales como en aquellos sin carácter internacional y muestra hasta qué punto la práctica de los Estados ha ido más allá del derecho convencional existente y ha ampliado las normas que regirán en los conflictos armados sin carácter internacional. En particular, las lagunas en la reglamentación de la conducta de hostilidades en el Protocolo Adicional II han sido cubiertas en gran medida a través de las prácticas del Estado, lo que ha llevado a la creación de normas paralelas a aquellas existentes en el Protocolo Adicional I, pero que pueden aplicarse como normas consuetudinarias en los conflictos armados que carezcan de un carácter internacional.¹⁷

La sugerencia de que existen normas de derecho internacional consuetudinario aplicables en los conflictos armados sin carácter internacional que van más allá de las normas del Artículo 3 común y del Protocolo Adicional II parece ser contraria al informe anterior de la Comisión de Expertos establecida por el Consejo de Seguridad para investigar las violaciones de los derechos humanos en la antigua Yugoslavia.¹⁸ Sin embargo, aunque se ha cuestionado la metodología utilizada por el estudio del CICR para determinar las normas del derecho internacional consuetudinario,¹⁹ también parece haber un reconocimiento, incluso por parte de los Estados, de que el derecho internacional consuetudinario actualmente proporciona normas más elaboradas para los conflictos armados sin carácter internacional que las reglas que se encuentran en el Artículo 3 común y el Protocolo Adicional II. Así, las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en 1998, relativas a crímenes de guerra en conflictos armados sin carácter internacional, contienen normas que van más allá del texto de esos tratados. A pesar de ello, también debe tenerse en cuenta que las disposiciones del Estatuto de la CPI reflejan una reticencia de parte de los Estados de ir más allá, como lo hicieron el TPIY y el CICR. El Estatuto fue adoptado después de la decisión en *Tadić* e incorporó algunos elementos

¹⁷ *Ibid.*, xxix.

¹⁸ Véase *Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780* (1992), S/1994/674 (27 de Mayo de 1994) 13, párr. 42.

¹⁹ Véase D. Bethlehem, "The Methodological Framework of the Study" e I. Scobbie, "The Approach to Customary International Law in the Study" in E. Wilmschurst y S. Break, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (2007) 3, 15; y también J. Bellinger y W. Haynes, "A U.S. Government Response to the International Committee of the Red Cross Study on Customary International Humanitarian Law" (2007) 89 (866) *International Review of the Red Cross* 443.

de esa decisión (por ejemplo, la definición de conflictos armados sin carácter internacional). No obstante, algunas de las reglas identificadas por el TPIY y el CICR como normas consuetudinarias que rigen en conflictos armados sin carácter internacional (por ejemplo, la prohibición de ataques contra objetos civiles) no están incluidas en las disposiciones sobre crímenes de guerra del Estatuto de la CPI. Si bien es posible que los redactores del Estatuto fueran simplemente más renuentes a criminalizar las violaciones del derecho internacional humanitario en los conflictos armados sin carácter internacional que en los casos de conflictos armados internacionales, es necesario resaltar, sin embargo, que el Estatuto incluye una lista significativamente más larga de crímenes de guerra en conflictos armados internacionales que en aquellos sin carácter internacional.²⁰ En conclusión, la distinción entre el derecho que rige en los conflictos armados internacionales y en aquellos sin carácter internacional se está desdibujando; aunque cuando los Estados han tenido la oportunidad para abolir la distinción, parecen reacios a hacerlo. Además, es innegable que dos partes fundamentales del derecho internacional humanitario—el derecho relativo al estatus de los combatientes y las normas relativas a la detención de combatientes y civiles—difieren según el tipo de conflicto armado.²¹ Por estos motivos, continúa siendo importante la clasificación de los conflictos armados con el propósito de aplicar el derecho internacional humanitario.

IV. ¿Por qué existe la distinción y por qué debería ser abolida?

Como se explicó anteriormente, la distinción entre un conflicto armado internacional y uno sin carácter internacional puede explicarse haciendo referencia a la historia del desarrollo del derecho internacional en general y del derecho internacional humanitario en particular. Sin embargo, afirmar que el derecho internacional estuvo, históricamente, solo preocupado por los conflictos entre los Estados no explica por qué,

²⁰ Compara el art. 8(2)(a) y (b) con el art. 8(2)(c) y (e) del Estatuto de la CPI. La Cámara de Cuestiones Preliminares de la CPI consideró que la diferencia en la criminalización de ataques a objetos civiles refleja una diferencia en el derecho internacional humanitario. *Fiscal v Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09, Confirmación de Decisión de Cargos (Cámara de Cuestiones Preliminares), 8 de febrero de 2010: “La mayoría nota que, mientras el derecho internacional humanitario ofrece protección a todos los civiles en conflictos armados internacionales y conflictos armados sin carácter internacional, lo mismo no puede decirse de los objetos civiles, con respecto a cuya protección difiere de acuerdo a la naturaleza del conflicto.

²¹ Para un mayor análisis, véase el cap. 4 más abajo.

una vez aceptado que el derecho internacional debería regir también en los conflictos sin carácter internacional, no se extendió en su totalidad a tales conflictos. Tampoco explica por qué la distinción persiste, incluso de manera atenuada. La razón principal por la cual continúa existiendo la distinción se basa en la idea de los Estados, o de alguno de ellos, que sostiene que equiparar los conflictos armados internacionales y aquellos sin carácter internacional socavaría la soberanía del Estado y, en particular, la seguridad y la unidad nacional.²² A los Estados les preocupa el hecho de que tratar los conflictos armados sin carácter internacional de la misma manera que los conflictos armados internacionales no solo alentaría a los movimientos secesionistas, al otorgarles un estatus según el derecho internacional, sino que restringiría el poder del Estado para intentar sofocar estas rebeliones.²³ Por ejemplo, si el principio de la inmunidad de los combatientes—que se aplica en los conflictos internacionales y evita el enjuiciamiento de los combatientes por su mera participación en un conflicto armado—se aplicara en conflictos armados sin carácter internacional, los Estados no podrían penalizar los actos que son tradicionalmente considerados como actos de traición.²⁴

Fueron estas inquietudes las que llevaron a la inclusión del Artículo 3 en el Protocolo Adicional II, el cual establece que nada en el Protocolo restringirá la responsabilidad del Estado “para mantener o restablecer el orden público por todos los medios legítimos”.²⁵ También ha habido preocupación por parte de los Estados en cuanto a que la abolición de la distinción y el tratamiento de los conflictos armados sin carácter internacional de la misma forma que se abordan los conflictos armados internacionales, darían un estatus internacional a grupos ajenos al Estado e incluso podría alentar la intervención internacional en

²² Véase Cassese, “Civil War”, 116. Véase también Bartels, “*The Historical Evolution*”, 61-4. Véase H.S. Levis (ed.), “*The Law of Non-International Armed Conflict: Protocol II to the 1949 Geneva Conventions (1987)*” (Levie, *Additional Protocol II*) para declaraciones realizadas, durante los borradores del Protocolo Adicional II, por los representantes de Argentina (30, párr. 17), la República Democrática Alemana (32, párr. 29), Indonesia (35, párr. 53), Rumania (42, párr. 33) y Yugoslavia (47, párr. 6).

²³ F. Bugnion, “Jus Ad Bellum, Jus in Bello and Non-International Armed Conflicts” (2003) 6 *Yearbook of International Humanitarian Law* 167, 168.

²⁴ Véase D. Fleck, “The Law of Non-International Armed Conflicts” en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2008) 611-12 (Fleck, *Non-International Armed Conflicts*); W. Solf, “Non-International Armed Conflicts: Commentator” (1982) 31 *American University Law Review* 927.

²⁵ Véase también el Estatuto de la CPI, art. 8 (3).

conflictos internos.²⁶ Dicha preocupación condujo a la inclusión del párrafo 4 en el Artículo 3 común, la cual establece que “[l]a aplicación de las disposiciones anteriores no afectará la situación jurídica de las Partes en el conflicto”.

Dado que los tratados relevantes incluyen disposiciones que dejan en claro que las cuestiones que preocupan a los Estados no deben ser incluidas en los tratados, es difícil ver por qué esas preocupaciones persisten. Más aún, estas preocupaciones se relacionan básicamente con la situación de los combatientes y no deberían impedir la extensión de otras normas del derecho internacional humanitario a los conflictos armados sin carácter internacional.²⁷ Además, la idea de que la intervención de la comunidad internacional obedece a una clasificación de un conflicto es en cierta medida errónea. En primer lugar, el Consejo de Seguridad de la ONU ha demostrado en los últimos años su capacidad y voluntad de intervenir en conflictos que carecen de un carácter internacional.²⁸ En segundo lugar, el derecho internacional no permite una “intervención humanitaria” unilateral²⁹ y, por consiguiente, no permite una intervención unilateral forzosa de los Estados dentro de otro Estado sobre la base de la naturaleza de un conflicto que tenga lugar en ese otro Estado. Sin embargo, probablemente sea justo reconocer que la adhesión a las reglas que se aplican en los conflictos armados sin carácter internacional aumenta la oportunidad para que otros Estados afirmen que se están cometiendo violaciones del derecho internacional, y también puede aumentar las oportunidades de contramedidas legales no forzosas (sanciones u otras formas de presión política) adoptadas por otros Estados y dirigidas a atender las violaciones cometidas por los Estados involucrados en el conflicto.³⁰

²⁶ Véase Levie, *Additional Protocol II*, para declaraciones hechas, durante los borradores del Protocolo Adicional II, por los representantes de Yugoslavia (47, párr. 6) y México (49, párr. 14).

²⁷ Véase Fleck, “*Non-International Armed Conflicts*”, 611-12.

²⁸ Por ejemplo, véase la Resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad con respecto a la autorización a Libia para la creación de una zona aérea no transitable y la protección de civiles en el contexto de un conflicto armado no internacional. Véase también el Documento Final de la Cumbre Mundial, GA res. 60/1 (2005) párr. 139, en el cual la Asamblea General de la ONU reconoce la autoridad del Consejo de Seguridad para tomar acción en casos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

²⁹ Véase en general, S. Chesterman, *Just War or Just Peace: Humanitarian Intervention and International Law* (2001).

³⁰ Véase el art. 54 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los estados por actos internacionalmente injustos (2001) (Artículos del CID sobre la responsabilidad estatal) y comentarios complementarios, en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, parte dos (2001). Este comentario se refiere a las sanciones impuestas a la antigua

Si bien se ha argumentado que los objetivos humanitarios del derecho internacional humanitario se cumplen mejor mediante la abolición de la distinción entre los conflictos armados internacionales y aquellos sin carácter internacional,³¹ las preocupaciones de los Estados con respecto a la soberanía continúan (incluso cuando son infundadas) y son una razón por la cual la ley, en particular aquella relativa a la condición de los combatientes, sigue siendo diferente en los conflictos armados sin carácter internacional.

V. El alcance de la aplicación del derecho internacional humanitario: conflictos armados internacionales

A. Conflictos entre los Estados

El Artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 establece que los Convenios “deben aplicarse en todos los casos de guerras declaradas u otros conflictos armados que pudiesen generarse entre dos o más Altas Partes Contratantes, incluso si el estado de guerra no fuera reconocido por alguno de ellos”. De ello se desprende que un conflicto armado internacional es esencialmente un conflicto entre Estados.³² Sin embargo, la pregunta clave para la aplicación del derecho internacional humanitario es: “¿cuándo es que existe un conflicto armado entre dos Estados de manera que se aplique este cuerpo legal?”

1. Guerra

Yugoslavia por varios Estados y la Comunidad Europea por las acciones desarrolladas cuando se inició el conflicto en ese país en 1991. Igualmente en 2011, los Estados Unidos (y otros) impusieron sanciones a Libia (quién se excedió de lo autorizado por el CS en la resolución 1970) en respuesta a las medidas tomadas por Libia durante el conflicto que se inició en 2011. Véase White House, “Executive Order: Blocking Property and Prohibiting Certain Transactions Related to Libya” (25 de febrero de 2011), disponible en: www.whitehouse.gov/sites/default/files/2011libya.eo_rel_.pdf.

³¹ J.G. Stewart, “Towards a Single Definition Of Armed Conflict In International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict” (2003) 85(850) *International Review of the Red Cross* 313; A. Duxbury, “Drawing Lines in the Sand—Characterising Conflicts for the Purposes of Teaching International Humanitarian Law” (2007) 8 *Melbourne Journal of International Law* 259; J. Crawford, “Unequal Before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction Between International and Non-International Armed Conflicts” (2007) *Leiden Journal of International Law*, 441.

³² Excepto en situaciones amparadas por el art. 1(4) del Protocolo Adicional presentado más adelante en la sección 5.2.

Antes de considerar qué equivale a un conflicto armado, es necesario señalar que antes de los Convenios de Ginebra, el derecho de guerra regía para la "guerra". "Guerra" era algo que adquirió un significado técnico en el derecho internacional. Es un estado de las relaciones entre Estados que se opone a uno de paz.³³ El derecho internacional tradicional y la Convención de La Haya de 1907 (III) con respecto al Inicio de las Hostilidades requerían una declaración formal de guerra para que el derecho de guerra rigiera entre las partes. Esto significaba que cuando las partes no se consideraran en guerra, podían escapar de la aplicación del derecho de guerra.³⁴ Hoy en día, el derecho internacional humanitario se aplica desde que existe el conflicto armado entre Estados, incluso si las partes involucradas no se consideraran en guerra. A pesar de los términos del Artículo 2 común, que se expide sobre la aplicación de los Convenios de Ginebra en los conflictos armados aun si el estado de guerra no fuera reconocido por *una* de las partes, la posición generalmente adoptada es que el derecho internacional humanitario rige en un conflicto armado incluso si *ninguna* de las partes reconoce un estado de guerra.³⁵ Lo que es importante hoy en día es el hecho de que exista un conflicto armado, antes que el estatus formal de guerra. Sin embargo, los Convenios de Ginebra se aplicarán en los casos de guerra declarada, incluso si no se produjeran enfrentamientos u hostilidades entre los Estados y, por ejemplo, regirán el estatus de enemigos nacionales internados y el ejercicio de los derechos beligerantes en el mar. Greenwood señala que no existen casos modernos de declaraciones formales de guerra por medio de canales diplomáticos como era usual en la Primera y Segunda Guerra Mundial.³⁶ No obstante, hay ejemplos de declaraciones de Estados con el fin de establecer que están en guerra con otro Estado.³⁷ Si las declaraciones que se refieren a un estado de guerra tienen que ser consideradas como una declaración de guerra que activa la aplicación de los Convenios de Ginebra y otras normas de derecho internacional humanitario es esencialmente una cuestión de intenciones.

³³ C. Greenwood, "Scope of Application of Humanitarian Law" en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2008), 45 (en adelante, Greenwood, *Scope of Application*).

³⁴ Véase R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law* (2002) 249.

³⁵ Véase Greenwood, *Scope of Application*, 47; véase también J. Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. IV* (1952) 21 (Pictet, *Commentary on Geneva Convention IV*).

³⁶ Véase Greenwood, *Scope of Application*, 49.

³⁷ Véase ejemplos citados en C. Greenwood, "The Concept of War in Modern International Law" (1987), 36 *International and Comparative Law Quarterly* 283.

Para que haya una guerra en el sentido técnico, es necesario que exista *animus belligerendi*. No obstante, “habrá probablemente una presunción de que las naciones no pretenden crear estados de guerra”³⁸ y “es un asunto grave, ya que la existencia de un estado de guerra no se debe implicar a la ligera”.³⁹

2. Conflicto armado

Tanto en *ius ad bellum* y en *ius in bello*, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional se apartó de la necesidad de condicionar la aplicación del derecho con respecto a la concepción formal o técnica de guerra y se dirigió hacia un criterio más fáctico. Con arreglo al *ius ad bellum*, lo que está prohibido por la Carta de las Naciones Unidas es el “uso de la fuerza” y, de conformidad con el derecho internacional humanitario, la aplicación del derecho depende de que exista un “conflicto armado”. Los Convenios de Ginebra no definen el “conflicto armado”. Sin embargo, fue definido por la Sala de Apelaciones de TPIY en el caso *Tadić* (jurisdicción apelada) de la siguiente forma:

Existe un conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados o a una violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado. El derecho internacional humanitario rige desde el inicio de los conflictos armados y se extiende más allá del cese de las hostilidades hasta que se logre alcanzar una conclusión general de paz, o en el caso de los conflictos internos, cuando se logre un acuerdo de paz. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario rige a lo largo y ancho del territorio de los Estados combatientes, o, en el caso de conflictos internos, en todo el territorio bajo el control de una parte, ya sea que se desarrolle ahí el combate o no.⁴⁰

Al afirmar que un conflicto internacional armado existe *siempre que* los Estados recurran a las fuerzas armadas, esta decisión sugiere que el umbral para un conflicto armado es muy bajo.⁴¹ Como Vité señala: “No

³⁸ Greenwood, *Scope of Application*, 49.

³⁹ Lord McNair y A.D Watts, “*The Legal Effects of War*” (1966) 8.

⁴⁰ *Tadić Jurisdiction*, párr. 70.

⁴¹ S. Vité, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations” (2009) 91(873) *International Review of the Red Cross*, 72 (Vité, *Typology*) ; W. Fenrick, “Article 8, War Crimes” en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999).

es... necesario que el conflicto se extienda en el tiempo o que genere una cierta cantidad de víctimas".⁴² Casi todos los usos de la fuerza armada por un Estado contra otro provocarán un conflicto armado internacional⁴³ salvo, tal vez, en casos en los que el uso de la fuerza no sea intencionado (por ejemplo, aquel que surja por error).⁴⁴ El bajo umbral para la determinación de los conflictos armados internacionales se refleja en el comentario de la CICR a los Convenios de Ginebra, el cual establece que:

Cualquier diferencia que surja entre dos Estados y que lleve a la intervención de miembros de las fuerzas armadas es un conflicto armado en el sentido del Artículo 2, incluso si una de las Partes negara la existencia de un estado de guerra. No es relevante cuánto tiempo dure el conflicto, ni cuán grande sea la matanza que provoca, o cuán numerosas sean las fuerzas armadas; es suficiente que las fuerzas armadas de un Poder capturen adversarios que queden dentro del alcance del Artículo 4. Aun si no hubiera un combate, el hecho de que personas amparadas por los Convenios estén detenidas es suficiente para su aplicación. El número de personas capturadas en estas circunstancias es, claramente, inmaterial.⁴⁵

La mirada alternativa, que afirma que un conflicto armado internacional solo surge cuando el uso de la fuerza entre Estados alcanza cierta intensidad,⁴⁶ busca ser consistente con la definición de los conflictos armados sin carácter internacional, los cuales sí tienen un requisito de intensidad.⁴⁷ Sin embargo, esta analogía es errónea. Introducir un requisito de intensidad en la definición de los conflictos armados internacionales es efectivamente afirmar que no existe un conjunto de normas que gobiernen la conducta de las operaciones militares debajo de dicho nivel de intensidad, incluida la fase de inicio de

⁴² Vité, *Typology*, 72.

⁴³ Véase Greenwood, *Scope of Application*, 46, párr. 202: "Un conflicto armado internacional existe si un Estado usa la fuerza contra otro Estado".

⁴⁴ El Ministerio de Defensa de Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict (2004)* 29: "una incursión accidental en los límites por las fuerzas armadas no equivaldría, por sí misma, a un conflicto armado, ni tampoco el bombardeo por accidente de otro país".

⁴⁵ J. Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Convention of 12 August 1949, Vol. III (1960)* 23 (Pictet, *Commentary on Geneva Convention III*). En apoyo a este punto de vista, véase R. Baxter, "The Duties of Combatants and the Conduct of Hostilities (Law of the Hague)" en *International Dimensions of Humanitarian Law* (Henry Dunant Institutes/UNESCO, 1988) 98; M. Cottier, W. Fenrick, P. Seller and A. Zimmerman, "Article 8, War Crimes" en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers Notes, Article by Article (2008)* 182.

⁴⁶ Véase International Law Association, "Final Report of the Meaning of Armed Conflict in International Law" (2010).

⁴⁷ Véase el análisis sobre los conflictos armados sin carácter internacional en la sección 6.

hostilidades. Esto es diferente de la posición adoptada en conflictos armados sin carácter internacional, donde el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos gobernarán las tensiones y las revueltas internas que caigan por debajo de la intensidad de un conflicto armado.

Es una cuestión de hecho si existe o no un conflicto armado entre Estados. Cuando existe, las operaciones militares sólo podrán ser llevadas a cabo por las partes en los territorios de las partes, así como en alta mar (incluidos el espacio aéreo y el fondo del mar) y se incluirán las zonas económicas exclusivas de los Estados neutrales.⁴⁸ En conflictos armados internacionales, el derecho internacional humanitario regirá las actividades de las partes a lo largo de esta amplia área geográfica y en cualquier otra área donde las operaciones militares se lleven a cabo en ese momento.

Tal como se señala en la decisión de *Tadić*,⁴⁹ en los conflictos armados internacionales el derecho internacional humanitario rige hasta tanto se llegue a una conclusión general de paz. El ejemplo más claro de una conclusión general de paz es la conclusión de un tratado de paz entre las partes beligerantes. Sin embargo, desde la Segunda Guerra Mundial, tales tratados de paz no han sido comunes (el tratado entre Israel y Egipto de 1979 fue una notable excepción⁵⁰). Esto se debe, en parte, al hecho de que los tratados de paz se usaban para la terminación de las “guerras”, y a que ha habido una disminución notable de las guerras declaradas. Por lo tanto, se ha cuestionado sobre si otros sucesos podrían constituir una conclusión de paz y, por ende, deban considerarse como un medio para poner fin a un conflicto armado entre dos o más Estados. En particular, ha surgido la cuestión acerca de si un cese al fuego o un armisticio deben considerarse como la finalización de un conflicto armado o si, alternativamente, las partes deben considerarse en estado de guerra y, por consiguiente, sujetas al derecho internacional humanitario hasta tanto se firme un tratado de paz. Esta última posición significaría, por ejemplo, que los beligerantes sigan teniendo derecho al uso de la fuerza

⁴⁸ Véase Greenwood, *Scope of Application*, 59, párr. 216. Nótese que las operaciones militares se prohíben en ciertas áreas, tales como hospitales y zonas seguras, zonas desmilitarizadas, zonas neutrales, habiendo sido todas establecidas por acuerdo entre las partes. *Ibid.*, párr. 219-20.

⁴⁹ *Tadić Jurisdiction*, párr. 70.

⁵⁰ El Tratado de Paz entre Egipto e Israel de 1979 (1979) 18 *International Law Materials* 362.

uno contra otro, o que continúen ejerciendo sus derechos beligerantes en el mar, cuando hubiera una violación al armisticio o al acuerdo del cese el fuego.⁵¹ De conformidad con el Reglamento de La Haya de 1907, un armisticio únicamente suspendía las operaciones militares y las partes beligerantes podían reanudar las operaciones en cualquier momento.⁵² Esto es así debido a que un armisticio no se consideraba la finalización de una guerra.

El problema de lo que se necesita para poner fin a un conflicto armado es de gran importancia en los asuntos internacionales contemporáneos dado que, hasta ahora, no ha habido tratado de paz en la terminación del conflicto coreano de los primeros años de la década de 1950, ni un tratado de paz entre Israel y algunos de sus vecinos árabes desde el conflicto de 1949. El mejor punto de vista parece ser lo propuesto por Greenwood: “puesto que un conflicto armado no es un concepto legal, ni técnico, sino un reconocimiento del hecho de hostilidades, la cesación de las hostilidades debería ser suficiente para darlo por finalizado”.⁵³ Es más, un cese en el fuego o un armisticio llevarían a dar por terminado un conflicto armado si existiera la intención de terminar con las hostilidades.⁵⁴ En todo caso, el cese de las hostilidades activaría la aplicación de ciertas obligaciones, como la de liberar los prisioneros de guerra⁵⁵ y a las personas que se encuentren recluidas en el territorio ocupado o en el territorio de las partes en conflicto.⁵⁶ Sin embargo, ciertas partes del derecho internacional humanitario regirán más allá del cese de las hostilidades, como por ejemplo el derecho de ocupación,⁵⁷ así como las normas que rigen con respecto a la protección de aquellas personas que no sean liberadas y repatriadas.⁵⁸

Cuando la propuesta de que un armisticio o un cese al fuego que lleva a concluir las hostilidades deba considerarse como la terminación de un conflicto armado se combina con la prohibición del uso de la fuerza contenida en la Carta de las Naciones Unidas, su efecto es que las partes

⁵¹ Véase G. Chang, “How to Stop North Korea’s Weapons Proliferation” *Wall Street Journal* (1 July 2009).

⁵² *Reglamento sobre Normas y Costumbres de la Guerra en Tierra*, anexo a la IV Convención de La Haya sobre Normas y Costumbres de la Guerra en Tierra (1907), art. 36.

⁵³ Véase Greenwood, *Scope of Application*, 72, párr. 250.

⁵⁴ Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense* (2005) 44.

⁵⁵ III Convenio de Ginebra, art. 118

⁵⁶ IV Convenio de Ginebra, arts. 133 y 134.

⁵⁷ *Ibid.*, art. 6.

⁵⁸ III Convenio de Ginebra, art. 5; IV Convenio de Ginebra, art. 6; Protocolo Adicional I, art. 3.

de un conflicto armado en adelante ya no podrán ejercer derechos beligerantes en el mar ni tampoco recurrir a la fuerza después de que se hubiera acabado el conflicto, incluso si hubiera violaciones del acuerdo. Recurrir a la fuerza sería solo permisible cuando constituyera un uso legítimo en autodefensa.⁵⁹ Esto fue confirmado por el Consejo de Seguridad en la Resolución 95 (1951), en la cual rechazó el ejercicio continuo de los derechos beligerantes de Egipto contra embarcaciones después del armisticio que concluyó con las hostilidades del conflicto con Israel en 1949.⁶⁰

La cuestión sobre si un conflicto es o no un conflicto entre Estados puede ser difícil de responder cuando una de las partes afirma ser un Estado y la otra rechaza esa declaración—como ocurrió, por ejemplo, durante la disolución de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia. Es posible que lo que comienza como un conflicto armado sin carácter internacional desemboque en un conflicto internacional cuando un grupo rebelde interno logra exitosamente volverse un Estado. Sin embargo, como ha propuesto Crawford, excepto en el caso de entidades que posean el derecho externo de autodeterminación (por ejemplo, los pueblos coloniales u otros pueblos que no se autogobiernen con derecho a determinar su estatus político, incluido el derecho a la independencia),⁶¹ la secesión sin el consentimiento del Estado originario rara vez logra el reconocimiento en el curso normal del derecho internacional.⁶² Por lo tanto, cuando un conflicto armado implica un intento de secesión sería difícil argumentar que un grupo rebelde ha ganado la condición de Estado de manera tal que el conflicto se ha convertido ahora en internacional. No obstante, esto puede ser posible en casos de disolución del Estado originario o cuando el Estado originario consiente la secesión pero continúa peleando (tal vez indirectamente apoyando grupos dentro del nuevo Estado). A la vez, el hecho de que un

⁵⁹ Véase Greenwood, *Scope of Application*, 68.

⁶⁰ Para un análisis general, véase D. Akande, "The Korean War Has Resumed! (Or so we are told)" *EJIL: Talk!* (22 de Julio de 2009).

⁶¹ Véase res. AG 1514 (1960); res. AG 2625 (1970).

⁶² J. Crawford, *The Creation of States in International Law (2006)*, cap. 9 (Crawford, *Creation of States*). La principal excepción a esto ha sido Bangladesh, quien fue admitida en la ONU antes del consentimiento de Pakistán. Kosovo representa un ejemplo de una entidad secesionaria que al momento de redactar el presente trabajo, principios del 2012, no ha alcanzado el reconocimiento por la mayoría de los Estados en vistas de la oposición de Serbia a dicho reconocimiento.

conflicto armado persista hace más difícil argumentar que los criterios para ser considerado Estado se hayan alcanzado. En el caso *Fiscal v. Milošević*,⁶³ la Sala de Primera Instancia del TPIY debió determinar la cuestión acerca de cuándo Croacia se transformó en un Estado (en la época de la disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia) de modo tal que el conflicto se volvió un conflicto armado internacional. Aplicando los criterios para considerar su condición de Estado, contenidos en la Convención de Montevideo, se determinó que Croacia era un Estado a partir de octubre de 1991; esto fue antes de que Croacia fuera reconocida por la Comunidad Europea, en enero de 1992, y admitida en las Naciones Unidas en mayo de 1992.

3. Ocupación

El Artículo 2 común de los Convenios de Ginebra de 1949 establece que los Convenios rigen también en todos los casos de ocupación parcial o total del territorio de una de las Partes, incluso si la ocupación no hubiera encontrado resistencia armada. La última parte del artículo (que trata sobre la ocupación sin resistencia armada) intenta cubrir situaciones como la anexión alemana de Checoslovaquia antes de la Segunda Guerra Mundial. Los Convenios de Ginebra no definen por sí mismos el término “ocupación”, pero este se encuentra definido según el derecho internacional consuetudinario en el Artículo 42 de las Regulaciones de La Haya de 1907, el cual dispone que “se considerará ocupado un territorio cuando se encuentre bajo la autoridad de un ejército hostil”.⁶⁴ Esto significa que la fuerza de ocupación debe ejercer un control territorial efectivo, sustituyendo a la autoridad territorial del Estado por la suya⁶⁵ y hacer todo esto sin el consentimiento del gobierno.⁶⁶ Por lo general, esto requerirá que el poder ocupante despliegue tropas en el territorio para imponer un grado de estabilidad y cumplir las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario. Una breve incursión probablemente no podría considerarse como ocupación según las Regulaciones de La Haya.

⁶³ *Fiscal v Milošević*, IT-02-54-T, Decisión sobre la Solicitud de Resolución de Absolución en virtud de la Regla del Art. 98 bis (Juicio de Cámara), 16 de junio de 2004 (*Fiscal v Milošević*).

⁶⁴ Véase *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v Uganda) ICJ Rep 2005, 168, párr. 172 ff (Armed Activities Case).

⁶⁵ Caso *Armed Activities*, párr. 173. Por la situación inusual de Gaza y el debate sobre si puede haber ocupación sin presencia sobre el terreno (“*boots on the ground*”), véase un análisis en el cap. 9 a continuación.

⁶⁶ Véase en general, A. Roberts, “What is Military Occupation?” (1984) 55 *British Yearbook of International Law* 249.

Alternativamente, es posible que un Estado se encuentre ocupando el territorio de otro Estado, o parte de él, no de manera directa sino a través de la administración de un subordinado (o marioneta) que controle este territorio. Cuando el antiguo Estado ejerce semejante control sobre la administración, o sobre un grupo que ejerce control sobre el territorio de un Estado tal que los actos de la administración o del grupo son atribuibles al Estado, el Estado puede constituirse como una fuerza de ocupación. En el caso *Armed Activities*, la Corte Internacional de Justicia consideró la posibilidad de que Uganda estuviera en ocupación de partes de la República Democrática del Congo que se encontraban bajo el control de grupos rebeldes fuera de la región de Ituri (donde se encontró una ocupación beligerante), pero descartó esta posibilidad fundamentándose en el hecho de que esos grupos no estaban “bajo control de Uganda”.⁶⁷ No obstante, se ha afirmado que la situación de Nagorno-Karabakh constituye un ejemplo de ocupación indirecta sobre la base de que Armenia está en control de una administración que ejerce control sobre la conocida como “República de Nagorno-Karabakh”, que es reconocida como parte de Azerbaiyán.⁶⁸

El IV Convenio de Ginebra impone obligaciones particulares en lo que respecta a la ocupación y al territorio ocupado. La Parte III, Sección III, de dicho Convenio impone la obligación relativa al estatus y el tratamiento de protección de las personas en el territorio. Además, en la Parte III, Sección IV, se detalla la reglamentación para el tratamiento de las personas detenidas en el territorio ocupado (así como en el territorio beligerante). No obstante, han surgido cuestionamientos sobre si los términos “ocupación” y “territorio ocupado” con arreglo este Convenio significan lo mismo que “ocupación beligerante” de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y con arreglo el Artículo 42 de las

⁶⁷ Caso *Armed Activities*, párr. 177. La posibilidad de ocupación indirecta también ha sido aceptada por la CPIY. Véase *Fiscal v Tadić*, IT-94-1-T, Judgment (Cámara de Prueba). El nivel de control que será requerido para la ocupación indirecta es el previsto por el derecho del Estado responsable. Sin embargo, de forma contraria a las decisiones del TPIY, el criterio correcto para ejercer el control de conformidad con las normas de responsabilidad estatal será el de un control completo y una dependencia según el art. 4 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado, o fallando eso, el de “control efectivo” en los términos del art. 8 de los Artículos. Véase la Sección 7 más adelante para un mayor análisis.

⁶⁸ Véase Vité, *Typology*, 74-5. El control general efectivo (que Turquía ejerce sobre Chipre del Norte *Lozidou v Turkey* (Juicio) App N. 15318/89 (18 de diciembre de 1996) puede también llevar a la conclusión de que es una ocupación indirecta de dicho territorio.

regulaciones de La Haya. El Artículo 6 del Cuarto Convenio establece que “el presente Convenio se aplicará desde el comienzo de cualquier conflicto u ocupación mencionado en el Artículo 2”. Lo importante aquí es que el Convenio rige tanto desde el inicio de un conflicto como también desde el inicio de una ocupación. Esto ha sido interpretado en el sentido de que una ocupación beligerante, como se definió anteriormente, no necesita haberse establecido para que se apliquen las obligaciones con arreglo al IV. Convenio.⁶⁹ El comentario de la CICR al Artículo 6 establece que:

La palabra “ocupación”, como se emplea en el artículo, tiene un significado más amplio del que tiene en el Artículo 42 de las Regulaciones anexas al Cuarto Convenio de La Haya de 1907. En lo que respecta a las personas, la aplicación del Cuarto Convenio de La Haya no depende de la existencia de un estado de ocupación en el sentido del Artículo 42 anteriormente mencionado. Las relaciones entre la población civil de un territorio y las tropas que avanzan sobre dicho territorio, ya sea peleando o no, se regulan por el presente Convenio. No hay un período intermedio entre lo que debería ser llamada la fase de la invasión y la inauguración de un régimen estable de ocupación. Incluso una patrulla que hubiera ingresado al territorio enemigo sin intención de permanecer allí deberá respetar los Convenios en sus relaciones con los civiles que se encuentre. Cuando se retire, por ejemplo, no podrá llevarse civiles porque eso sería contrario al Artículo 49 que prohíbe la deportación o la transferencia forzosa de personas desde un territorio ocupado. Lo mismo vale con respecto a las incursiones realizados a un territorio enemigo o a sus costas. El Convenio es bastante tajante en este punto: todas las personas que se encuentren en las manos de una de las Partes del conflicto, o de una Fuerza de Ocupación de la cual no sean nacionales, serán personas protegidas. No hay lugar a lagunas jurídicas.⁷⁰

Claramente, esta interpretación del Artículo 6 otorga una protección máxima para los civiles, puesto que significa que, incluso si estuvieran en un territorio que no se encontrara aún bajo la total administración del oponente beligerante, estos civiles se encontrarán protegidos por el IV Convenio de Ginebra. No obstante, esto resulta en una bifurcación de las

⁶⁹ Véase el análisis de K. Dörmann, “The Legal Situation of ‘Unlawful/Unprivileged Combatants’” (2003 85(849) *International Review of the Red Cross* 45, 61-3 (Dörmann, Unlawful Combatants).

⁷⁰ Véase Pictet, *Commentary on Geneva Convention IV*, art. 6. Citado con aprobación de la Cámara de Juicio del TPIY en *Fiscal v Rajić*, IT-95-12, Revisión de la Acusación (Cámara de Juicio), 13 de septiembre de 1996.

leyes de ocupación, por la cual las normas que surjan a partir del Reglamento de La Haya regirán una vez que quede establecida la ocupación (situaciones de administración estable) y las normas derivadas del Cuarto Convenio de Ginebra regirán incluso en las áreas donde no se hubiera establecido aún un control estable. Una interpretación alternativa, que requeriría que las condiciones para la aplicación del Artículo 42 se cumplieran, incluso para la aplicación del Cuarto Convenio de Ginebra,⁷¹ no solo dejaría lagunas importantes en la protección de la población civil sino también haría redundante la parte del Artículo 6 que establece que el Cuarto Convenio de Ginebra se aplicará desde el comienzo de la ocupación. Por estas razones se prefiere la interpretación del CICR.

En una situación de ocupación, es posible que la fuerza de ocupación esté involucrada en hostilidades con un grupo local no estatal, o que emprenda acciones militares en contra de éste, tal como sucedió en Irak después de la invasión de los Estados Unidos y el Reino Unido en 2003 y de la caída del régimen de Saddam Hussein. Para determinar el derecho que regirá ante esa acción, se necesita determinar que dicha situación no sea meramente una revuelta interna o un ataque (en cuyo caso se aplicaría el derecho nacional), sino hostilidades o enfrentamientos que se regirían por el derecho de los conflictos armados. Surgirán cuestionamientos ante este estado de situación en cuanto a si esas acciones están regidas por el derecho que rige los conflictos armados internacionales (ya que el contexto es de ocupación) o por las normas que se aplican en los conflictos armados sin carácter internacional (ya que el conflicto se desarrolla entre el Estado y un grupo no estatal).⁷² Caben dos posibilidades en este tipo de situaciones. En primer lugar, es posible que el grupo no estatal esté peleando en nombre de un Estado ocupado o bajo un mando responsable del Estado ocupado según lo previsto en los Artículos 4 (A) 2 del III. Convenio, o del Artículo 43 del Protocolo

⁷¹ Esa interpretación es compartida por R. Baxter, "So-Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas and Saboteurs" (1951) 28 *British Yearbook of International Law* 325; H.P. Gasser, "Protection of the Civilian Population" en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2007) (Gasser, *Civilian Population*), parece tomar esta postura en 276, párr. 528; Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (2009) 41 (Dinstein, *Occupation*).

⁷² Véase A. Paulus y M. Vashakmadze, "Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflicts: A Tentative Conceptualization" (2009) 91(873) *International Review of the Red Cross* 95, 113-15 (Paulus and Vashakmadze, *Asymmetrical War*).

Adicional I.⁷³ En segundo lugar, el grupo no estatal podría ser independiente del Estado ocupado. En el primer caso, está claro que el conflicto estará regido por las normas que rigen para los conflictos armados internacionales dado que el grupo, a pesar de ser una fuerza irregular, formaría parte de las fuerzas armadas del Estado en virtud de las disposiciones mencionadas anteriormente. El caso de otros grupos ajenos al Estado es más difícil. La Corte Suprema de Israel ha tomado la posición de que las confrontaciones entre la fuerza de ocupación y los grupos ajenos al Estado en un territorio ocupado se regirán por el derecho que gobierna los conflictos armados internacionales, incluso en los casos donde los grupos ajenos al Estado no estén peleando en el nombre de un Estado.⁷⁴ En opinión de este autor, esta conclusión es correcta.⁷⁵ La conclusión se fundamenta en el hecho de que los Convenios de Ginebra, y otras normas relativas a los conflictos armados internacionales (incluido el Protocolo Adicional I, cuando sea aplicable), rigen los actos de ocupación y regulan las relaciones entre la fuerza de ocupación y las personas que viven en el territorio ocupado.

El argumento que sugiere que en los conflictos armados entre la fuerza de ocupación y un grupo no estatal dentro de un territorio ocupado constituyen un conflicto armado sin carácter internacional proviene de la posición de que todo conflicto armado internacional se da entre dos Estados rivales.⁷⁶ No obstante, la cuestión relevante no es qué tipo de conflicto existe entre el Estado y el grupo no estatal, sino qué derecho regirá los actos de una fuerza de ocupación dentro de un territorio ocupado. Es importante resaltar que el derecho en materia de ocupación no trata solo de la relación entre dos Estados rivales y no es solo un medio para indicar la naturaleza de la autoridad temporal de la fuerza de ocupación frente a la del Estado territorial. El derecho en materia de ocupación es también un medio de reglamentar lo que puede

⁷³ Véase el análisis posterior en la sección 7.1 sobre cómo estos artículos deberían ser interpretados.

⁷⁴ *The Public Committee against Torture in Israel. The Government of Israel*, High Court of Justice, HCJ 769/02 (11 de diciembre de 2005) párr. 16-23 (caso *Targeted Killing*).

⁷⁵ Ver, para un análisis a favor, A. Cassese, *International Law* (2005) 420-3; A. Cassese, "On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings" (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 339; Dinstein, *Occupation*, 100. Para una mirada contraria, véase M. Milanovic, "Lesson for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killing Case" (2007) 89(866) *International Review of the Red Cross* 373, 383-6 (Milanovic, *Lessons for Human Rights*); Y. Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuation and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law* (2009) 300-03; véase también el cap. 6 sección 4.2 infra.

⁷⁶ Véase Milanovic, *Lessons for Human Rights*.

ser una relación tensa entre la fuerza de ocupación y las personas en el territorio ocupado, y un medio para restringir la forma en que la fuerza de ocupación vaya a tratar a la población local. La tensión entre la fuerza de ocupación y la población local podría redundar en actos hostiles, pero el hecho de que la población local haya elegido levantarse en armas no libera al ocupante de las restricciones que tiene. En realidad, se necesita fortalecer esas restricciones. El derecho que rige la ocupación no es menos necesario en esas situaciones. Además, este derecho toma en cuenta el hecho de que las personas que no sean combatientes (en el sentido en que se emplea el término en los conflictos armados internacionales) podrían llegar a verse involucradas en las hostilidades contra el ocupante, actos de sabotaje u otros actos que pongan en peligro la seguridad del ocupante. Por ejemplo, el Artículo 5 del IV. Convenio de Ginebra contempla las personas que se involucren en actos de sabotaje y las disposiciones del Convenio relacionadas con la reclusión versan sobre personas que podrían poner en peligro la seguridad del Estado. De la misma manera, el Artículo 45(3) del Protocolo Adicional I establece que las personas que se involucren en hostilidades en una situación de ocupación y que no ostenten la condición de prisioneros de guerra gozarán, no obstante, de las protecciones previstas en el Cuarto Convenio de Ginebra o en las garantías fundamentales del Artículo 75 del Protocolo Adicional I (que representa el derecho consuetudinario).⁷⁷

Así, el derecho de ocupación y otras normas acerca de los conflictos armados internacionales (incluidas las normas sobre selectividad en los objetivos) que condicionan cómo la fuerza de ocupación puede responder a un levantamiento en el territorio extranjero del cual tiene la ocupación temporal. Esta conclusión es apoyada por la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Armed Activities*, en el cual la Corte aplicó el derecho de ocupación (derivado de los Convenios de Ginebra y del derecho consuetudinario emergente de las Regulaciones de La Haya) y el derecho de los conflictos armados internacionales (derivado de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I) a los actos de Uganda en la región de Ituri. Esto fue a pesar del hecho de que, en principio, Uganda actuaba contra grupos ajenos al Estado en dicha

⁷⁷ Véase en general Dörmann, *Unlawful Combatants*.

región.⁷⁸ Determinar lo contrario sería ignorar gran parte de la protección a la que tienen derecho las personas de un territorio ocupado. Sin embargo, esto no significa que nunca pueda darse un conflicto armado sin carácter internacional en un territorio ocupado. Al contrario, podría darse un conflicto de ese tipo entre dos grupos ajenos al Estado (por ejemplo, Hamas y Fatah en Gaza), donde ambas partes estarán obligadas por las normas que rigen los conflictos armados sin carácter internacional.⁷⁹

La ocupación cesará “con el fin del control actual del territorio por parte de la fuerza de ocupación”.⁸⁰ Usualmente, el fin del control efectivo coincide con la retirada del territorio de las tropas pertenecientes a la fuerza de ocupación. No obstante, el control podría extenderse más allá de dicha retirada, por ejemplo, en los casos donde el control directo de la fuerza de ocupación es simplemente reemplazado por una ocupación indirecta llevada adelante por un grupo o una administración que hubiera sido establecida por el ocupante y que se encontrara bajo su control. Es más difícil la situación, como en el caso de Gaza, donde las fuerzas armadas de la fuerza de ocupación abandonan el territorio y ya no ejercen más control sobre el gobierno del territorio pero continúan controlando otros aspectos del mismo (en el caso de Gaza, el control del espacio aéreo, sobre ciertas fronteras y sobre áreas marinas adyacentes). Hay opiniones divididas sobre si esta situación constituye una continuación de la ocupación.⁸¹ Empero, se podría argumentar que, a semejanza de los criterios para ser considerado un Estado (donde los criterios para su creación no son los mismos que los que se tienen al momento de decidir el mantenimiento o la continuación de dicha condición⁸²), los criterios para el establecimiento de una ocupación podrían no ser los mismos que los empleados para determinar el mantenimiento de dicha ocupación. Este argumento sugeriría que incluso en aquellos casos donde una antigua fuerza de ocupación ya no ejerciera

⁷⁸ Caso *Armed Activities*. Para una visión similar, véase la decisión de la Cámara de la CPI en *Fiscal v Lubanga*, ICC-01/04-01/06, *Decision on Confirmation of Charges* (Pre-Trial Chamber) 29 de enero de 2007, párr. 220 (*Fiscal v Lubanga Pre-Trial Chamber, Confirmation of Charges Decision*); también *Fiscal v Katanga and Chui*, ICC-01/04-02/07, *Decision on Confirmation of Charges* (Pre-Trial Chamber) 26 de septiembre de 2008, párr. 240 (*Fiscal v Katanga and Chui*).

⁷⁹ Véase *Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo* (Trial Chamber Judgment Pursuant to Article 74, ICC Statute) CPI-01/04/-01/06, marzo de 2012, párr.: 563-565 (*Fiscal v. Lubanga, Trial Judgment*); *Paulus y Vashakmadze, Asymmetrical War*, 115.

⁸⁰ Gasser, *Civilian Population*, 282, párr. 537.

⁸¹ Véase la opinión de Vité, *Typology*, 83-5 con referencias extensivas a miradas opuestas y el análisis del capítulo 10 más abajo.

⁸² Crawford, *Creation of States*, 667 y sigs.

el nivel de control que justificaría el establecimiento de una ocupación, si llegara a ejercer un control suficiente como para evitar que otro poder ejerciera un control completo, esa antigua fuerza de ocupación efectivamente permanecería en situación de ocupación.

B. Conflictos de liberación nacional en ejercicio de la libre determinación en el marco del Artículo 1(4) del Protocolo Adicional I

Si bien se da habitualmente el caso de que un conflicto armado internacional involucra a dos (o más) Estados en conflicto, uno contra otro, el Protocolo Adicional I de 1977 también prevé la aplicación de las normas que rigen los conflictos armados internacionales a una categoría específica de conflicto armado interno. De conformidad con el Artículo 1 (4), el Protocolo Adicional I (que rige en el caso de conflictos armados internacionales) también rige en los conflictos armados:

[...] en los cuales los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

La disposición es un reflejo de las preocupaciones más comunes de la época en la cual se negoció el Protocolo Adicional I, así como una respuesta al deseo, principalmente de los países en desarrollo, por legitimar a quienes habían participado en las luchas de liberación. La disposición estaba dirigida principalmente a la situación relativa a la ocupación israelí de Palestina, la lucha en Sudáfrica y Rhodesia (como se llamaba en ese entonces) y las luchas coloniales de la época.⁸³ Sin embargo, el Protocolo Adicional I nunca se aplicó en estas situaciones. Una de las razones por las que la disposición no se ha aplicado es que las tres situaciones son difíciles de definir. No obstante, cabe recordar que la cuestión principal identificada por la disposición es si un movimiento está luchando en ejercicio del derecho de autodeterminación. Ese es un

⁸³ Véase G. Aldrich, "Prospects for United States Rectification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions" (1991) 85 AJIL 1,6.

asunto que deberá determinarse recurriendo al derecho internacional general.

La mayoría de los autores consideran que el Artículo 1 (4) no ha sido aceptado como una norma de derecho internacional consuetudinario.⁸⁴

C. Reconocimiento de beligerancia⁸⁵

Como se señaló anteriormente, incluso antes de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional estipulaba una circunstancia en la que cabía aplicar el derecho de guerra en una guerra civil entre un Estado y un grupo rebelde. Se trataba de cuando un grupo insurgente fuera reconocido como beligerante con el propósito y con la consecuencia de poner en práctica el derecho de guerra en relación con el conflicto. El reconocimiento de beligerancia podría ser otorgado por el gobierno contra el que combatía el grupo insurgente o, alternativamente, por terceros Estados, generalmente a través de una declaración de neutralidad por parte de ese Estado extranjero. Según Oppenheim: “cualquier Estado puede reconocer a los insurgentes como una parte beligerante, siempre y cuando (1) estén en posesión de una cierta parte del territorio del Gobierno legítimo; (2) hayan establecido un gobierno propio; y (3) conduzcan su disputa armada con el Gobierno legítimo de acuerdo con las leyes y usos de la guerra”.⁸⁶

El efecto del reconocimiento de beligerancia por parte del gobierno beligerante fue que la totalidad del derecho de guerra entraría en vigor entre las partes contendientes. Los efectos del reconocimiento de beligerancia son principalmente relativos, es decir, operan entre el Estado que reconoce la situación y el grupo beligerante; en principio, este reconocimiento de beligerancia no cambia las relaciones entre otros Estados y el grupo beligerante.⁸⁷

La práctica de reconocer las beligerancias parece haber disminuido desde la creación del concepto de conflictos armados sin carácter

⁸⁴ Véase, por ej., Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2010) 28. Sin embargo, Cassese propuso que cuando alguien toma en cuenta la postura de los Estados expresada durante los borradores del artículo, en conjunto con las resoluciones de la Asamblea General sobre este tema, el artículo debería ser visto como abarcando derecho consuetudinario. Véase A. Cassese, “Wars of National Liberation and Humanitarian Law” reimpresso en A. Cassese (ed.), *The Human Dimension of International Law: Selected Papers* (2008) 99, 106.

⁸⁵ Véase E. Riedel, “Recognition of Belligerency” en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4 (2000) (Riedel, *Recognition of Belligerency*).

⁸⁶ L. Oppenheim, *International Law, Vol. II: Disputes, War and Neutrality* (2da ed., 1912) 92.

⁸⁷ L. Oppenheim, *International Law, Vol. II: Disputes, War and Neutrality* (7ma ed., 1952) 251.

internacional y se ha afirmado que la doctrina ahora está obsoleta o ha caído en desuso. Sin embargo, aunque desde la Guerra de los Bóeres (1899-1902) no parece haber habido casos, en que un gobierno beligerante reconoció expresamente la beligerancia de un grupo insurgente, parece haber casos de terceros Estados que reconocen la beligerancia de los insurgentes que operan en otros países.⁸⁸ Además, hay que recordar que incluso en el siglo XIX “la mayoría de los casos de reconocimiento de beligerancia... se referían al reconocimiento implícito, generalmente mediante declaraciones de neutralidad o la aquiescencia en la confiscación de contrabando o en el bloqueo mantenido por uno de los beligerantes”,⁸⁹ y desde 1949 ha habido bloqueos en conflictos armados sin carácter internacional. Estos bloqueos pueden ser considerados como reconocimientos implícitos de beligerancia y, de ese modo, una forma de internacionalizar el conflicto.⁹⁰ Finalmente, como el Profesor Scobbie argumenta persuasivamente, con respecto a Gaza,⁹¹ la no aplicación de una doctrina de derecho internacional consuetudinario no es suficiente para extinguirlo. No hay un concepto de desuso en lo que respecta a la costumbre.

VI. El alcance de la aplicación del derecho internacional humanitario: conflictos armados sin carácter internacional

No siempre es fácil determinar cuándo se debe clasificar una situación de violencia dentro de un Estado como un conflicto armado sin carácter internacional. Cuando una situación de violencia se considera meramente como una lucha interna o una perturbación civil, el derecho internacional afirma que no alcanza el umbral del “conflicto armado” y no regirá el derecho internacional humanitario. Sin embargo, cuando la violencia interna alcanza este umbral, el derecho internacional humanitario se aplicará en ese conflicto armado interno, o más exactamente, sin carácter internacional. La cuestión relevante, por lo

⁸⁸ Por ejemplo, el reconocimiento de la beligerancia de los sandinistas nicaragüenses por el Grupo Andino en 1979, citado en N. Navia, “Hay o no conflicto armado en Colombia” (2008) 1 *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 139,147; reconocimiento, en 1981, por Francia y México de los rebeldes en El Salvador y el reconocimiento por Venezuela del grupo de la FARC en Colombia en enero de 2008.

⁸⁹ Riedel, *Recognition of Belligerency*, 48.

⁹⁰ Véase un análisis sobre este problema con respecto a Gaza en el cap. 9 más abajo.

⁹¹ Véase el cap. 9, sección 4.4 más abajo.

tanto, es cuál es el umbral por encima del cual puede decirse que se está produciendo un conflicto armado sin carácter internacional.

A. Artículo 3 común

Lamentablemente, el Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 no especifica con precisión cuándo se aplicará, haciendo referencia únicamente a un “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”. Si ese conflicto está o no teniendo lugar estará determinado por criterios que han sido desarrollados por el derecho internacional consuetudinario. En el caso *Tadić*, la Sala de Apelaciones del TPIY se refirió a un conflicto armado sin carácter internacional como una situación de “violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre dichos grupos dentro de un Estado”.⁹² Este criterio también se adoptó en el Artículo 8 (2) (f) del Estatuto de la CPI. Como lo indica el Estatuto de Roma, un conflicto armado no internacional excluye “situaciones de revueltas y tensiones internas, tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”.⁹³

Para que exista un conflicto armado sin carácter internacional debe de haber, en primer lugar, unas partes en conflicto. Lo que resulta evidente del derecho internacional consuetudinario es que un conflicto armado sin carácter internacional regido por el Artículo 3 común puede ser un conflicto entre un Estado y un grupo no estatal o, alternativamente, puede ser un conflicto entre grupos ajenos al Estado. Está claro que en todos los conflictos armados sin carácter internacional, al menos un bando debe ser considerado un grupo no estatal y el derecho internacional humanitario deberá establecer las normas para determinar cuándo ese grupo podrá ser considerado como parte de un conflicto armado. Para ser parte de un conflicto armado, un grupo no estatal deberá tener un cierto nivel de organización y una estructura de mando.⁹⁴ En resumen, en palabras de la Sala de Apelaciones de *Tadić*, deberá ser un “grupo armado organizado”.⁹⁵ Los factores relevantes para determinar si un grupo armado está suficientemente organizado son los

⁹² *Tadić Jurisdiction*, párr. 70.

⁹³ Estatuto de la CPI, art. 8 (2) (d) y 8 (2) (f), siguiendo el art. 1 del Protocolo Adicional II.

⁹⁴ J. Pejić, “Status of Armed Conflicts” en E. Wilmschurst y S. Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (2007) 85-6 (Pejić, *Status of Armed Conflicts*).

⁹⁵ *Tadić Jurisdiction*, párr. 70.

siguientes: la existencia de una estructura de mando y de reglas y mecanismos disciplinarios dentro del grupo; la existencia de un cuartel general; el hecho de que el grupo controle un cierto territorio; la capacidad del grupo para acceder a armas, otros equipos militares, reclutas y entrenamiento militar; su capacidad para planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares, incluidos los movimientos de tropas y la logística; su habilidad para definir una estrategia militar unificada y usar tácticas militares; y su capacidad para hablar con una sola voz y negociar y concluir acuerdos, como un cese el fuego o acuerdos de paz.⁹⁶ Vale la pena señalar que estos no son factores mínimos que deben estar presentes necesariamente, sino más bien indicadores de la organización.

Cabe preguntarse si la violencia que involucra a grupos delictivos que actúan por motivos privados no políticos puede clasificarse como un conflicto armado sin carácter internacional y, por consiguiente, si está sujeta a la aplicación del derecho internacional humanitario. Aunque por lo general los grupos involucrados en conflictos armados sin carácter internacional tienen un propósito u objetivo político, este no es un requisito del derecho internacional humanitario. Los casos en los tribunales penales internacionales, que establecen los criterios para clasificar los conflictos, no incluyen ninguna referencia en cuanto a la motivación o el propósito de los grupos implicados. Lo importante es que el grupo tenga un grado suficiente de organización, teniendo en cuenta los factores indicados anteriormente, y que el grupo pueda y realice, o participe de alguna manera, en una campaña armada que alcance el grado de intensidad requerido. De hecho, es poco probable que estas condiciones se cumplan con las bandas criminales, pero la posibilidad no puede descartarse. En efecto, la posibilidad de aplicar el derecho internacional humanitario a la lucha contra la piratería ha sido reconocida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En la resolución 1851 (2008), el Consejo de Seguridad autorizó a los Estados y a las organizaciones regionales “a adoptar todas las medidas necesarias que sean apropiadas en Somalia, con el fin de reprimir los actos de piratería y robo a mano armada en el mar,... con la condición, sin embargo, de que cualquier medida adoptada de conformidad con la autoridad de este párrafo se lleve a cabo de acuerdo con la aplicación del

⁹⁶ *Fiscal v Ramush Haradinaj*, IT-04-84-T, Judgment (Cámara), 3 de abril de 2008, párr. 60 (*Fiscal v Haradinaj*).

derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”. La referencia al derecho internacional humanitario parece ser un indicador de que el uso de la fuerza contra los piratas *puede* elevarse a un nivel en el que equivale a, o en todo caso, es parte de un conflicto armado.⁹⁷

El segundo criterio requerido para que exista un conflicto armado sin carácter internacional es que el nivel de violencia o lucha debe alcanzar un cierto grado de intensidad.⁹⁸ En *Tadić*, el TPIY se refirió a “violencia armada prolongada”.⁹⁹ Si bien la palabra “prolongada” sugiere que el criterio se refiere exclusivamente al momento en que se produce el conflicto armado, se ha aceptado que el requisito clave aquí es la intensidad de la fuerza. Hay factores, más allá del tiempo, que sirven para determinar si la violencia alcanza la “intensidad” que causaría que se clasifique como un conflicto armado. El requisito de un grado de intensidad indica que el umbral de violencia que se requiere para la aplicación del derecho internacional humanitario en los conflictos armados sin carácter internacional es mayor que en el caso de los conflictos armados internacionales. A diferencia del derecho que regula los conflictos armados internacionales, que se aplica desde el inicio de la violencia entre los Estados (y tal vez incluso antes), la situación con respecto a los conflictos armados sin carácter internacional es más fluida ya que con frecuencia la violencia es anterior al establecimiento de un conflicto armado no-internacional y a la aplicación del derecho internacional humanitario. En consecuencia, a menudo, se necesita responder a la pregunta sobre cuándo la violencia cruza el umbral de aplicabilidad del derecho internacional humanitario.

En el caso *Fiscal v Ramush Haradinaj et al*, que derivó del conflicto en Kosovo entre las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia y el ejército de Liberación de Kosovo, el TPIY se basó en una serie de factores indicativos para evaluar los dos criterios de “intensidad” y

⁹⁷ Véase R. Geiss, “Armed Violence in Fragile States: Low Intensity Conflicts, Spill Over Conflicts, and Sporadic Law Enforcement Operations by External Actors” (2009) 91(873) *International Review of the Red Cross* 127, 139 y sigs.; M. Passman, “Protections Afforded to Captured Pirates under the Law of War and International Law” (2008) 33 *Tulane Maritime Law Journal* 1. Ver, no obstante, D. Guilfoyle, “The Law of War and the Fight against Somali Piracy: Combatants or Criminals?” (2010) 11 *Melbourne Journal of International Law* 141, donde el autor señala que es difícil observar a los piratas somalíes como participantes de un conflicto armado y afirma que no hay necesidad de recurrir al derecho internacional humanitario para luchar contra la piratería.

⁹⁸ Para un resumen de los dos criterios, véase D. Schindler, “The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols” (1979) 163 *Recueil des cours* 147.

⁹⁹ *Tadić Jurisdiction*, párr. 70.

“organización de grupos armados”.¹⁰⁰ Los factores relevantes para la intensidad incluyen: el número, la duración y la intensidad de los enfrentamientos individuales; el tipo de armas y otro equipamiento militar utilizado; el número y el calibre de las municiones disparadas; la cantidad de personas y el tipo de fuerzas que participaron en la lucha; el número de bajas; la extensión de la destrucción material; y el número de civiles que huyeron de las zonas de combate. La participación del Consejo de Seguridad de la ONU también puede ser un reflejo de la intensidad del conflicto.¹⁰¹ Claramente, estos criterios pueden apuntar en distintas direcciones y se debe hacer una evaluación completa de la situación general sin que existan fórmulas particulares que puedan aplicarse para determinar qué peso se debe dar a los diferentes factores. Es posible que la violencia de relativamente corta duración se convierta en un conflicto sin carácter internacional cuando la escala de violencia y de destrucción sea particularmente elevada. En el caso *Abella*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que un enfrentamiento de 30 horas entre el ejército argentino y un grupo disidente de soldados estaba alcanzado por el Artículo 3 común.¹⁰² La violencia prolongada alternativamente puede ser suficiente a pesar de que los enfrentamientos individuales no resulten en bajas o destrucciones extensas y sean simples chinchetas sobre un mapa de operaciones. Sin embargo, en un caso de violencia que implique a autoridades del Estado, es de esperar que la violencia sea del tipo que utilizarían las fuerzas armadas de un Estado, aunque lo decisivo sea la actividad y no cuál sería la fuerza armada del Estado que esté realizando el acto.¹⁰³ Por lo tanto, incluso las operaciones

¹⁰⁰ *Fiscal v Haradinaj*. Véase también en *Fiscal v Milošević*, párr. 14 y sigs. Véase en general, A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflicts in International Humanitarian Law* (2010).

¹⁰¹ *Fiscal v Haradinaj*, párr. 49.

¹⁰² *Abella v Argentina*, *Inter-American Commission on Human Rights*, Case No. 11.137, Report No. 55/97 (18 de noviembre de 1997). Ese caso es, empero, criticado en el cap. 11 (M. Schmitt) y en el cap. 13 (N. Lubell) más adelante.

¹⁰³ Una pregunta que a veces se plantea es si el umbral de la derogación de los tratados de derechos humanos en caso de una “emergencia pública que amenace la vida de la nación” puede servir como una indicación de que se alcanzó el umbral del Artículo 3 común para el derecho internacional humanitario. No hay nada en los textos del tratado que sugiera tal interpretación y parecería que esto no podría ser siempre establecido en la práctica. La existencia de un conflicto armado sin carácter internacional es una cuestión de hecho que no requiere (y no debería requerir) una declaración por parte del Estado, incluida una derogando los tratados de derechos humanos. Es más, hay casos en los que los Estados declaran emergencias públicas y se presume cumplido el criterio de derogación a pesar de la ausencia de conflictos armados sin carácter internacional en

realizadas por los agentes del orden público no están excluidas de la clasificación referida a los conflictos armados sin carácter internacional.

B. Protocolo Adicional II

El umbral para la aplicación del Protocolo Adicional II a los conflictos armados sin carácter internacional es mayor que el del Artículo 3 común. Como en el caso del Artículo 3 común, el Protocolo Adicional II no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas tales como revueltas, actos aislados y esporádicos de violencia (el umbral para el “conflicto armado”). No obstante, con arreglo al Artículo 1 (1) del Protocolo Adicional II, las reglas contenidas en él solo se aplican a conflictos armados que tienen lugar en el territorio de una de las partes contratantes “entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados que, bajo una dirección responsable, ejerzan control sobre una parte de su territorio de manera tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas e implementar este Protocolo”.

Este criterio es similar al que los Estados aplicaron históricamente para reconocer la beligerancia en las guerras civiles con el fin de hacer efectivo el derecho de los conflictos armados.¹⁰⁴ Empero, esta disposición se aplica únicamente al Protocolo Adicional II y es un criterio más estricto respecto de los conflictos armados sin carácter internacional que el que existe en el derecho internacional consuetudinario.¹⁰⁵

ciernes o en curso. También hay casos en los que los conflictos armados sin carácter internacional ocurrieron sin que el Estado declarara una emergencia pública y derogara sus obligaciones con los derechos humanos, normalmente por razones políticas. También cabe preguntarse cómo cualquier vínculo entre el umbral de la excepción podría desencadenar la aplicación del derecho humanitario si un Estado no es parte del tratado pertinente, por ejemplo, el ICCPR. Del mismo modo, no está claro cómo se puede confiar en un umbral de excepción con respecto a los tratados que no prevén derogación, como la Carta Africana de Derechos Humanos de los Pueblos. ¿Cuál es la utilidad de esta propuesta para conflictos armados sin carácter internacional librados sólo entre grupos armados no estatales? Estas y otras consultas sugieren que los disparadores del derecho internacional humanitario existentes siguen siendo suficientes para permitir la determinación de cuándo una situación puede clasificarse como un conflicto armado carente de un carácter internacional, sin la necesidad de recurrir a ciertos criterios adicionales. Véase *Human Rights Committee*, “General Comment 29: States of Emergency (article 4)” CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

¹⁰⁴ Ver, por ej., los criterios establecidos por L. Oppenheim, *International Law, Vol.II: Disputes, War and Neutrality* (2da ed., 1912) 92.

¹⁰⁵ Se ha sugerido que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, podría haber dos umbrales por separado para clasificar el conflicto armado sin carácter internacional, correspondiendo estos a los criterios del Artículo 3 común y del Protocolo Adicional II. Ver, para un mayor análisis, el cap. 4, sección 4 (nota al pie 96) más adelante. Sin embargo, parece haber muy poca, si es que hay, evidencia de que el criterio contenido en el Protocolo Adicional II sea considerado como algo más que un criterio para la aplicación de las normas de dicho tratado.

El criterio es más riguroso que el umbral para la aplicación del Artículo 3 común en distintas dimensiones. En primer lugar, excluye aquellos conflictos que surgen únicamente entre grupos armados organizados y se aplica solo si las fuerzas gubernamentales están involucradas en el conflicto armado. En segundo lugar, está el requisito de que el grupo armado organizado ejerza control sobre el territorio. Dicho criterio parece diseñado para una situación en la cual un grupo rebelde es una potencia contendiente, junto con el gobierno, por la autoridad sobre el Estado o parte de él. El requisito de control sobre el territorio está relacionado con la capacidad de llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas, así como la capacidad de implementar el Protocolo. Textualmente, las palabras no parecen requerir la realización efectiva de tales operaciones, sino simplemente la capacidad de llevarlas a cabo. Sin embargo, en la práctica es difícil imaginarse que el control del territorio se logre y mantenga sin que se lleven a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas en algún momento.

Una tercera diferencia entre la aplicación del Protocolo Adicional II y el Artículo 3 común es que el Protocolo Adicional II se aplica a los conflictos armados sin carácter internacional que tienen lugar en el territorio de una de las partes entre “sus fuerzas armadas” y los grupos armados organizados descritos anteriormente. La combinación de los requisitos de que el conflicto sea (i) en el territorio de una parte contratante y (ii) entre las fuerzas de esa parte y los grupos armados tiene por objeto limitar la aplicación del Protocolo en los conflictos armados sin carácter internacional que hayan sido internacionalizados. Como se analizará más adelante, en situaciones en las que un Estado extranjero interviene en un conflicto armado interno con el consentimiento del Estado donde se desarrolla el conflicto, el conflicto armado sigue careciendo de carácter internacional. No obstante, incluso cuando tanto el Estado interviniente como el Estado territorial son partes del Protocolo Adicional II, ese tratado no se aplicará a los actos del Estado interviniente en el conflicto. Esto se debe a que el conflicto no tiene lugar en su territorio y, aunque tenga lugar en el territorio de la otra parte integrante del Protocolo, se considerará que el conflicto no es entre las fuerzas armadas de esa parte y los grupos armados. Aplicar esta interpretación al conflicto armado en Afganistán (desde que se convirtió

en un conflicto sin carácter internacional en 2002) significaría que, aunque Afganistán se convirtió en parte del Protocolo Adicional II en 2009, y pese a que algunos de los países que luchan en Afganistán con su consentimiento son partes también del Protocolo Adicional II, el Protocolo no rige para el conflicto entre aquellos países intervinientes y los grupos armados a los cuales combaten.¹⁰⁶ No está claro si esta era la intención de los redactores del Artículo 1 (1) del Protocolo. Una interpretación alternativa sería considerar a las fuerzas del Estado interviniente como parte de las fuerzas armadas del Estado territorial.¹⁰⁷ Aunque esto sería deseable para ampliar las protecciones humanitarias del Protocolo Adicional II, este criterio para las fuerzas armadas no encuentra sustento en el resto del derecho internacional humanitario. Las fuerzas de un co-beligerante no suelen considerarse integrantes de las fuerzas armadas de la parte principal. Un Estado es responsable de todos los actos de sus propias fuerzas armadas¹⁰⁸ y sería exagerado decir que un Estado es responsable de todos los actos de las fuerzas co-beligerantes.

Una forma distinta de alcanzar un resultado similar (es decir, hacer que el Protocolo Adicional II se aplique a los actos de fuerzas extranjeras invitadas) es considerar si el Estado territorial es legalmente responsable con arreglo al derecho en materia de responsabilidad del Estado por violaciones al Protocolo Adicional II cometidas por fuerzas extranjeras invitadas por el Estado territorial. Sin embargo, para que eso ocurra, las fuerzas extranjeras tendrían que estar “a disposición” del Estado territorial.¹⁰⁹ Esto significa que esas fuerzas deben actuar bajo la dirección y el control exclusivo del Estado territorial y no bajo la autoridad del Estado que las envía.¹¹⁰ Este criterio raramente se cumple y, por lo tanto, los actos de fuerzas extranjeras rara vez serán atribuibles al Estado territorial.

El efecto de los diferentes umbrales para la aplicación del Artículo 3 común y del Protocolo Adicional II es que existen, al menos, dos tipos de conflictos armados sin carácter internacional. Por un lado, están los

¹⁰⁶ D. Akande, “Afghanistan accedes to Additional Protocols to Geneva Conventions: Will AP II Govern the Conflict in Afghanistan?” *EJIL Talk* (30 de junio 2009) (Akande, *AP II and the Afghan conflict*).

¹⁰⁷ Véase Vité, *Typology*, 80.

¹⁰⁸ Para conflictos armados internacionales, véase el Protocolo Adicional I, art. 91.

¹⁰⁹ Artículos de la ILC sobre la responsabilidad del Estado, art. 6. Véase también el análisis de Akande, *AP II and the Afghan Conflict*.

¹¹⁰ Véase los artículos de la ILC sobre la responsabilidad del Estado, comentario al art. 6.

abarcados por el Protocolo Adicional II (y también por el Artículo 3 común) y, por otro lado, están los abarcados únicamente por el Artículo 3 común.

C. ¿Un tercer umbral?

Se ha sugerido que las disposiciones del Estatuto de la CPI que se ocupan de los crímenes de guerra en los conflictos armados sin carácter internacional introducen un tercer tipo o, más bien, introducen un tercer umbral según el cual se les aplicará un régimen legal diferente a ciertos conflictos armados sin carácter internacional.¹¹¹ Esta sugerencia se basa en el hecho de que el Artículo 8 (2) (f) del Estatuto establece que el Artículo 8 (2) (e), que se refiere a los crímenes de guerra en un conflicto armado sin carácter internacional (además de las violaciones al Artículo 3 común, que se tratan en el Artículo 8 (2) (c)), se aplica cuando existe un “conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y los grupos armados organizados o entre dichos grupos”. Se dice que este umbral se sitúa entre los identificados por el Artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, ya que requiere un “conflicto prolongado”. Cabe destacar que el Artículo 8 (2) (d), que se refiere a la aplicabilidad del Artículo 3 común, no contiene redacción alguna en lo que respecta al conflicto armado prolongado. A pesar de las diferencias en la redacción de los párrafos (2) (d) y (2) (f) del Artículo 8, no está del todo claro que su intención fuera crear diferentes umbrales de aplicación. Tampoco lo hace realmente la redacción. Como es obvio, la redacción del Artículo 8 (2) (f) está tomada del caso *Tadić* y en el mismo, el TPIY intentó definir los tipos de conflictos que estarían comprendidos en el Artículo 3 común. Si bien es cierto que se hace hincapié en la duración del conflicto y en el hecho de que debe ser prolongado, la jurisprudencia del TPIY ya ha indicado que este es uno de los factores a ser tenidos en cuenta al aplicar el Artículo 3 común y al juzgar la intensidad. El Artículo 8 (2) (f) se interpreta mejor indicando simplemente el criterio de intensidad, en tanto que la naturaleza prolongada del conflicto sería un factor que ha de ser evaluado al determinar la intensidad.

VII. La intervención extranjera en conflictos armados sin carácter internacional

¹¹¹ Véase Vité, *Typology*, 80-3 y también el análisis en Pejić, *Status of Armed Conflicts*, 89.

A pesar de la importancia de la distinción entre conflictos armados internacionales y aquellos sin carácter internacional, suele ser difícil establecer dicha distinción. Esto se da particularmente en casos donde hay una intervención extranjera en un conflicto armado sin carácter internacional. A menudo se observa que desde el final de la Segunda Guerra Mundial ha habido más conflictos armados internos que conflictos armados entre Estados. Empero, durante la Guerra Fría esta tendencia se vio acompañada por el fenómeno de las guerras mediante “proxies” (o “subsidiarias”), que conllevaron que muchos conflictos internos se libraran a través de la intervención de Estados extranjeros. Del mismo modo, como lo demuestran algunos de los casos estudiados en este trabajo¹¹² (por ejemplo, Irak, Afganistán, República Democrática del Congo, Osetia del Sur), en el período posterior al fin de la Guerra Fría siguieron creciendo las intervenciones externas en los que de otra forma serían conflictos internos entre un Estado y grupos ajenos al Estado.

Dado que los conflictos armados internacionales son esencialmente conflictos entre Estados, tal vez haya que preguntarse si la intervención en un conflicto sin carácter internacional elevaría a dicho conflicto a uno de alcance internacional (o al menos implantaría un conflicto armado internacional en un conflicto armado ya existente, y tal vez crónico, sin carácter internacional) dependiendo del lado del conflicto en el que intervenga el Estado extranjero. Al inicio del proceso que condujo a la conclusión de los Protocolos Adicionales se rechazó una propuesta del CICR por la cual todos esos conflictos se considerarían conflictos armados internacionales.¹¹³

A. La intervención extranjera en apoyo de un grupo armado no estatal en contra de un Estado

Cuando las fuerzas de un Estado extranjero intervienen en apoyo a los rebeldes o a un grupo no estatal en combate contra un Estado, habrá dos Estados opuestos involucrados en un conflicto y, por lo tanto, se producirá un conflicto armado internacional. En los casos en los cuales un Estado extranjero intervenga por medio de la introducción de sus fuerzas armadas en apoyo de los rebeldes, la situación será apenas

¹¹² El autor se refiere al siguiente libro, en el que el presente artículo fue publicado: Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts* (2012, OUP).

¹¹³ CICR, “Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts” (1971) citado por Vité, *Typology*, nota al pie 31.

diferente de aquel que existiría en el conflicto armado internacional por excelencia. Empero, el hecho de que haya un conflicto armado internacional entre dos Estados no necesariamente afectará a la clasificación del conflicto entre el Estado territorial y el grupo no estatal. Este conflicto se mantendrá como un conflicto armado sin carácter internacional en la medida en que el grupo no estatal no actúe en nombre del Estado extranjero interviniente. Por lo tanto, habrá un conflicto mixto en donde un conflicto armado internacional convivirá con un conflicto armado sin carácter internacional preexistente y crónico. En el caso *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia estableció que las acciones de los EE. UU. en y contra Nicaragua se regían por las normas aplicables a los conflictos armados internacionales pero que el conflicto entre las fuerzas de Nicaragua y los rebeldes Contra seguía siendo un conflicto armado sin carácter internacional.¹¹⁴

Es más difícil la situación en la cual un Estado extranjero interviene en apoyo del movimiento rebelde pero no ya con sus fuerzas armadas sino a través de brindarle apoyo a los rebeldes o a los grupos no estatales allí donde este grupo no estatal sea el que está combatiendo contra el Estado territorial. Está aceptado que donde un grupo no estatal lucha contra un Estado actuando en nombre de otro Estado diferente habrá un conflicto armado internacional. Sin embargo, ha habido mucha controversia sobre el criterio para determinar cuándo un conflicto alcanza su internacionalización en esa situación. La pregunta que surge aquí es qué nivel de involucramiento del Estado que apoya al grupo no estatal es suficiente para internacionalizar el conflicto.¹¹⁵

El caso principal aquí es la decisión de *Tadić* de la TPIY.¹¹⁶ En primer lugar, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo que si el apoyo de un Estado a un grupo no estatal es suficiente o no para convertir el conflicto en un conflicto armado internacional dependerá de si el grupo no estatal pertenece a una parte del conflicto (según el significado del Artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra). La pregunta sobre si el grupo no estatal “pertenece” al Estado se interpretó entonces como si el grupo no estatal

¹¹⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, Rep. ICJ 1986, 14, párr. 219 (Nicaragua). Véase la sección 7.3 a continuación para un análisis de “Conflictos mixtos”.

¹¹⁵ Véase en general, C. Byron, “Armed Conflicts: International or Non-International” (2001) 6 *Journal of Conflict and Security Law* 63.

¹¹⁶ Sentencia de juicio de Tadić.

debiera considerarse un órgano estatal de facto. En otras palabras, la cuestión era si los actos de un grupo no estatal son atribuibles al Estado con arreglo al derecho en materia de responsabilidad del Estado. Según la mirada de la Sala de Apelaciones del TPIY, habría un conflicto armado internacional entre el Estado extranjero y el Estado territorial solo en el caso de que el grupo no estatal fuera considerado un órgano de facto del Estado extranjero. En segundo lugar, la Sala de Apelaciones sostuvo que la relevancia del criterio de atribución respecto a la responsabilidad del Estado sobre actos de grupos armados organizados no estatales es un criterio de “control general”. En este segundo punto, la Sala de Apelaciones discrepó con el criterio que la Corte Internacional de Justicia había construido para la atribución en el caso *Nicaragua*. La Sala de Apelaciones del TPIY dictaminó que la Corte Internacional de Justicia había presentado un criterio de “control efectivo” para que un grupo no estatal fuera considerado un órgano estatal de facto. Para la Sala de Apelaciones este criterio era demasiado riguroso y en los casos de grupos organizados propuso un criterio de “control general”. El criterio de “control general” se vería cumplido:

Cuando el Estado (o, en el contexto de un conflicto armado, la Parte en conflicto) *desempeña un papel en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares* de un grupo militar, además de financiar, capacitar y equipar o proporcionar apoyo operacional al grupo. Los actos realizados por el grupo o sus miembros pueden considerarse actos de los órganos estatales *de facto*, independientemente de cualquier instrucción específica del Estado que ejerza el control con respecto a la comisión de cada uno de esos actos.¹¹⁷

En base a estos fundamentos, la Sala de Apelaciones sostuvo que en razón de que los serbios de Bosnia estaban bajo el control general de la República Federal de Yugoslavia, el conflicto entre ese grupo y el gobierno bosnio (dirigido por musulmanes) era un conflicto armado internacional. El criterio de control general presentado por el TPIY también fue aprobado por la CPI en el caso *Lubanga*.¹¹⁸

Sin embargo, a pesar de que la decisión sobre los hechos en *Tadić* en principio probablemente fuera correcta, el razonamiento por el cual se llegó a esa conclusión ha sido objeto de crítica, y con razón, en opinión de

¹¹⁷ Jurisdicción de *Tadić*, párr. 139 (énfasis en el original).

¹¹⁸ *Fiscal v Lubanga* (Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión de Confirmación de Cargos), párr. 210, 211. y *Fiscal v. Lubanga*, Sentencia de juicio, párr. 541.

este autor.¹¹⁹ Ambos puntos señalados por la Sala de Apelaciones con respecto a la internacionalización de los conflictos armados con fundamento en el apoyo a grupos no estatales siguen en debate. Volvamos al segundo punto: el TPIY malinterpretó la decisión en el caso *Nicaragua* con respecto al criterio de atribuir a un Estado los actos ejecutados por grupos no estatales. Como posteriormente quedara confirmado en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Convención sobre el Genocidio Bosnia*,¹²⁰ tanto el caso *Nicaragua*, como el derecho internacional consuetudinario y los Artículos sobre la Responsabilidad Estatal de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) carecen de un único criterio de atribución en el caso de actos ejecutados por grupos no estatales. Al contrario, más bien hay al menos dos criterios. En primer lugar, está el criterio para determinar si un grupo no estatal debería ser considerado como un órgano estatal de facto con arreglo al Artículo 4 de los Artículos de la CDI. Si ese criterio se cumpliera, entonces todos los actos del grupo no estatal serían atribuibles a un Estado. De alguna forma esto (atribuir todos los actos de un grupo no estatal a un Estado) es precisamente lo que la Sala de Apelaciones quería conseguir en *Tadić*. Pero el criterio para establecer si un grupo no estatal debiera ser considerado como un órgano estatal de facto no es, a los ojos de la CIJ, una cuestión de “control general” sino más bien un criterio más estricto de “completo control y dependencia”. Como se estableció en el caso *Convención sobre el Genocidio Bosnia*: “de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, las personas, grupos de personas o entidades pueden, a los fines de la responsabilidad internacional, ser igualados con órganos estatales aunque su condición no se rija por la legislación interna, siempre que las personas, grupos o entidades actúen en ‘completa dependencia’ del Estado, del cual son meramente instrumentos en última instancia”.¹²¹

¹¹⁹ Véase S. Talmon, “The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities” (2009) 58 *International and Comparative Law Quarterly* 493 (Talmon, Secessionist Entities); M. Milanovic, “State Responsibility for Genocide” (2006) 17 *EJIL* 553 and M. Milanovic, “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up” (2007) 18 *EJIL* 669.

¹²⁰ Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro), CIJ Rep. 2007, 43, párrs. 385-95 (Caso de la Convención contra el Genocidio).

¹²¹ Caso de la Convención contra el Genocidio, párr. 392. Véase también el párr. 393: “Sin embargo, equiparar a personas o entidades con órganos del Estado cuando no tienen esa condición en virtud del derecho interno debe ser excepcional, ya que requiere prueba de un grado particularmente

En segundo lugar, cuando un grupo no depende de un Estado completamente y, por lo tanto, no se puede considerar un órgano estatal de facto con arreglo al Artículo 4, los actos específicos de un grupo no estatal pueden atribuirse a un Estado, de conformidad con el Artículo 8 de los Artículos de la CDI, cuando los actos específicos del grupo no estatal se llevan a cabo según las instrucciones de ese Estado o bajo su dirección o “control efectivo”.¹²² Entonces, de hecho, el criterio de responsabilidad del Estado es más estricto que aquel sostenido por la TPIY y hay buenas razones para sostener esto.¹²³ Un Estado sólo debería ser legalmente responsable de actos que sean realmente suyos, mientras que (si así lo permitieran las normas primarias relevantes) podría ser responsable de su propia incapacidad para controlar a los demás o por crear una situación que habrían permitido que ocurrieran determinados actos particulares.¹²⁴

Dado que el criterio de la responsabilidad del Estado es bastante estricto, se plantea la cuestión de si la internacionalización de un conflicto armado depende realmente de las reglas de atribución en el derecho de la responsabilidad del Estado. El punto de partida para responder esto es que el TPIY está en lo correcto, en cuanto a que cuando un grupo no estatal es, de hecho, un órgano estatal de facto (o cuando actúa bajo órdenes específicas de un Estado), y ese grupo no estatal lucha contra otro Estado, el conflicto tendrá un carácter internacional. Esto es así porque, en semejante escenario, los actos de un grupo no estatal han de ser considerados como del Estado en cuyo nombre actúan. Por lo tanto, se consideraría a ese Estado como un beligerante contra el otro Estado. Sin embargo, esto no agota la cuestión acerca de si las normas primarias del derecho internacional humanitario tienen un criterio diferente para establecer si un conflicto debe considerarse internacional o no. Como la

grande de control del Estado sobre ellos, una relación que la sentencia del Tribunal citada supra describió expresamente como ‘dependencia completa’.

¹²² Caso de la Convención contra el Genocidio, párrs. 396-402. Véase, en particular, el párr. 400, donde el Tribunal declaró que: “La prueba así formulada difiere en dos aspectos del criterio descrito anteriormente para determinar si una persona o entidad puede ser equiparada con un órgano del Estado, incluso si no tiene esa condición con arreglo al derecho interno. En primer lugar, en este contexto, no es necesario demostrar que las personas que realizaron los actos presuntamente violatorios del derecho internacional estaban en general en una relación de ‘total dependencia’ del Estado demandado; debe demostrarse que actuaron de conformidad con las instrucciones de ese Estado o bajo su ‘control efectivo’.

¹²³ Véase Talmon, *Secessionist Entities*, 517.

¹²⁴ Por ejemplo, en el caso de la Convención contra el Genocidio, mientras la Corte Internacional de Justicia consideraba que Serbia no era responsable del genocidio ocurrido en Bosnia, se la responsabilizó por incumplir su deber de prevenir y castigar el genocidio.

CIJ estableció en el caso sobre la aplicación de la *Convención sobre el Genocidio*:

En la medida en que se utilice el criterio de “control general” para determinar si un conflicto armado es internacional—esta fue la única cuestión que se le solicitó a la Sala de Apelaciones que dirimiera—bien podría ser ese criterio aplicable y adecuado; la Corte, empero, no considera apropiado tomar una posición sobre el tema en el presente caso, ya que no hay necesidad de resolverlo a los fines del presente Juicio. Por otro lado, el TPIY presentó el criterio de “control general” como igualmente aplicable con arreglo al derecho en materia de responsabilidad del Estado con el fin de determinar (tal como se le requiere a la Corte en el presente caso) cuándo un Estado es responsable por los actos cometidos por unidades paramilitares, fuerzas armadas que no se encuentran entre sus órganos oficiales. En este contexto, el argumento a favor de este criterio es poco convincente.

Debería observarse en primer lugar que la lógica no requiere que se adopte el mismo criterio para resolver las dos cuestiones, que son muy diferentes en cuanto a su naturaleza: el grado y la naturaleza de la participación de un Estado en un conflicto armado en el territorio de otro Estado que es requerido para caracterizar el conflicto como internacional, puede muy bien, y sin inconsistencia lógica, diferir del grado y de la naturaleza de la participación requerida para establecer la responsabilidad del Estado por un acto específico cometido en el curso del conflicto.¹²⁵

Hay tres miradas diferentes que pueden presentarse con respecto al criterio para la internacionalización de conflictos armados internos como consecuencia del apoyo de un Estado a un grupo no estatal. Una mirada estaría de acuerdo con *Tadić* en que la cuestión clave es si el grupo no estatal pertenece o no a un Estado extranjero, pero sostendría que la respuesta a esta pregunta no depende del derecho en materia de responsabilidad del Estado, sino de normas específicas en el ámbito del derecho internacional humanitario. Desde este punto de vista, las reglas específicas del DIH con respecto al criterio para la internacionalización de los conflictos armados internos serían diferentes de las del criterio de control en la responsabilidad del Estado. De conformidad con estas

¹²⁵ Véase M. Spinedi, “On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs’ conduct to Serbia” (2007) 5 (4) *Journal of International Criminal Justice* 829.

reglas, un grupo armado sería considerado como perteneciente a (y así lucharía en nombre de) un Estado (en particular en el marco del Artículo 5 del III Convenio de Ginebra) aun cuando el Estado no ejerciera control sobre el grupo pero hubiera un acuerdo de facto entre el Estado y el grupo.¹²⁶ Este criterio se basa en los comentarios del CICR al Artículo 4, según los cuales:

El Derecho Internacional ha avanzado considerablemente en lo concerniente a la forma en que la relación [entre una parte interviniente en un conflicto y las fuerzas irregulares que se consideran que luchan en nombre de esa parte] deberá quedar establecida. Los redactores de instrumentos anteriores fueron unánimes en incluir el requisito de autorización expresa del soberano, normalmente por escrito, y esto también acontecía aun en la época de la guerra Franco-Prusiana de 1870-1871. Desde las Conferencias de La Haya, no obstante, esta condición no se considera esencial. Resulta fundamental que exista una relación “de facto” entre la organización irregular y la parte que adhiere al derecho internacional y que se encuentra en estado de guerra, pero la existencia de esta relación se considerará suficiente. Es posible que esto quede expresado a través de un acuerdo tácito si las operaciones son tales como para indicar claramente a favor de qué lado la organización de resistentes estaría luchando. Pero la filiación con una de las Partes intervinientes en un conflicto también puede ser consecuencia de una declaración oficial, por ejemplo, de un gobierno en el exilio, confirmada mediante el reconocimiento oficial del Alto Mando de las fuerzas que estén en guerra con el Poder de ocupación.¹²⁷

Este criterio para determinar si una relación tiene carácter de facto es probablemente un criterio más flexible incluso que el de “control general”. Lo que hace este enfoque es aceptar que hay una *lex specialis* en el régimen de responsabilidad del Estado¹²⁸ para las violaciones del derecho internacional humanitario. Un Estado debería, por lo tanto, ser responsable por los actos de un grupo no estatal que le pertenecen,¹²⁹ pero se identificaría como responsable mediante un criterio que es más flexible que el criterio general según las reglas de la responsabilidad del Estado.

¹²⁶ Véase K. Del Mar, “The Requirement of Belonging under International Humanitarian Law” (2010) 21 EJIL 105.

¹²⁷ Pictet, *Commentary on Geneva Convention III*, 23.

¹²⁸ Una posibilidad contemplada por el art. 55 de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado.

¹²⁹ Protocolo Adicional I, art. 91.

Un segundo enfoque para alcanzar la internacionalización de los conflictos internos sería argumentar de manera similar a la primera, pero decir que el criterio de “control general” es un criterio especial de responsabilidad, introducido por el derecho internacional humanitario. Este enfoque diferiría del de *Tadić* en que no buscaría demostrar (como lo hace *Tadić*) que el criterio de “control general” deriva del derecho internacional general.

Un tercer enfoque con respecto a la cuestión de la internacionalización de conflictos internos, y el enfoque que ha de ser el preferido, es adoptar el criterio empleado por el juez Shahabuddeen en una opinión separada en el caso *Tadić*. A su entender, la cuestión a resolver, al considerar si el apoyo de un Estado extranjero a un grupo no estatal transforma el conflicto en uno de carácter internacional, es si puede considerarse que el Estado extranjero usó la fuerza contra otro Estado. Él expuso la pregunta relevante con respecto al conflicto bosnio de esta manera sucinta: “Por hipótesis, un conflicto armado implica el uso de la fuerza. Así, la pregunta de que si hubo un conflicto armado entre la RFY (República Federativa de Yugoslavia) y BH (Bosnia Herzegovina) depende de si la RFY empleaba la fuerza contra BH a través del ejército Serbio Bosnio de la República Srpska (“VRS”)”.¹³⁰

Si un Estado extranjero utilizara la fuerza contra otro Estado, aunque fuese indirectamente al brindar apoyo a un grupo no estatal, habría un conflicto armado internacional entre los dos Estados. Para determinar si hay uso de la fuerza de un Estado contra otro, debemos recurrir a aquellos aspectos del *ius ad bellum* que determinan esta cuestión. Irónicamente, el caso preponderante aquí es *Nicaragua*,¹³¹ si bien no en los incisos citados por la mayoría en *Tadić*. El caso de la Corte Internacional de Justicia y el derecho internacional consuetudinario demuestran que se considerará que un Estado ha recurrido al uso de la fuerza contra otro Estado incluso cuando no haya intervenido con sus propias tropas, o cuando no haya usado fuerzas que sean propias de hecho (por ejemplo, organizando y enviando fuerzas) sino también cuando arme y entrene a las fuerzas no estatales.

¹³⁰ Véase la sentencia del juicio *Tadić*, opinión disidente del juez Shahabuddeen, párr. 7.

¹³¹ Ahora también el caso *Armed Activities*.

B. La intervención extranjera por invitación (o con consentimiento) de un Estado contra un grupo no estatal

Cuando hay una intervención de un Estado extranjero en un conflicto armado interno apoyando al gobierno (o por invitación de éste) y en contra de un grupo no estatal, dicha intervención no será suficiente para transformar el conflicto armado en un conflicto armado de carácter internacional y el conflicto seguirá careciendo de carácter internacional¹³². Como se mencionó anteriormente, la propuesta del CICR en la década de 1970, en cuanto a que todos los conflictos en los cuales hubiera intervención de un Estado extranjero deberían considerarse internacionales, fue rechazada por los Estados. A pesar de este rechazo, algunas opiniones distinguidas, notablemente George Aldrich,¹³³ han argumentado que cuando hay una intervención extranjera el conflicto atraviesa una profunda transformación y debería considerarse que alcanza un carácter internacional. Aldrich se basa en la experiencia de la Guerra de Vietnam y argumenta que sería prácticamente imposible aplicar tanto las reglas sobre conflictos armados internacionales como las atinentes a los conflictos armados sin carácter internacional a lo que es, de hecho, un conflicto armado único con dos bandos enfrentados. Estas propuestas no fueron aprobadas por la mayoría.

En el caso de que un Estado extranjero intervenga inicialmente en apoyo de los rebeldes, y esas fuerzas eventualmente tomen el control de la capital (y tal vez de la mayor parte del territorio) y se establezca un gobierno (apoyado por el Estado extranjero), continuando los enfrentamientos con el gobierno anterior u otras fuerzas, habría cuestionamientos acerca de la clasificación de esa lucha continua. De acuerdo con el análisis presentado anteriormente, en el momento en que un Estado extranjero apoyaba lo que era un grupo no estatal, el conflicto habría sido un conflicto armado internacional. Sin embargo, al asumir un nuevo gobierno y en la medida en que la intervención de las fuerzas extranjeras es en razón de la invitación de ese nuevo gobierno, el análisis tradicional sostendría que el conflicto se transformaría en un conflicto

¹³² Véase Fleck, *Conflictos armados sin carácter internacional*, 605; también *Fiscal v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *Confirmation of Charges Decision* (Pre-Trial Chamber), 15 de junio de 2009, párr. 246, donde se sostuvo que el conflicto en la República Centroafricana (RCA) no era internacional a pesar de la presencia de tropas extranjeras en el país, ya que esas tropas estaban allí para apoyar al gobierno de la República Centroafricana.

¹³³ G. Aldrich, "The Laws of War on Land" (2000) 94 *AJIL* 42, 62-3.

que carece de un carácter internacional.¹³⁴ No obstante, si siempre se adoptase esta posición, y no se tomaran recaudos, podría socavarse el derecho de ocupación al establecerse un régimen títere y reclamar el consentimiento de dicho régimen. Lo que se requiere es alguna seguridad de que el supuesto gobierno es realmente el gobierno del Estado y tiene un grado tal de independencia de las fuerzas extranjeras que el consentimiento que transforma el conflicto es uno que proviene genuinamente de las autoridades propias del Estado en cuestión. De otra manera, esas reglas diseñadas para la protección de la población contra el ejercicio de un poder arbitrario esgrimido por el ocupante extranjero podrían ser avasalladas por una supuesta transferencia de poder a una autoridad que no sería, de hecho, independiente de la potencia extranjera. Para asegurarse de que el nuevo gobierno que da el consentimiento es realmente el gobierno, uno debería observar el grado de efectividad de su control sobre el territorio del Estado y también si ha adquirido un reconocimiento internacional general.¹³⁵

B. Conflictos mixtos

Los conflictos armados internacionales y los que carecen de un carácter internacional pueden desarrollarse simultáneamente en una misma área y en un mismo momento. Por ejemplo, en el caso *Nicaragua*, la CIJ sostuvo que el conflicto entre los Estados Unidos y Nicaragua debía analizarse con arreglo al derecho relativo a los conflictos armados internacionales y el conflicto entre los Contras, en tanto que el gobierno de Nicaragua debía

¹³⁴ Véase la carta a la Cámara de los Comunes del Reino Unido por Philip Spoerri, Asesor Jurídico, Comité Internacional de la Cruz Roja: "Tras la reunión de la Loya Jirga en Kabul en junio de 2002 y el posterior establecimiento de un gobierno de transición afgano el 19 de junio de 2002, el cual no sólo recibió el reconocimiento unánime de toda la comunidad de Estados, sino que también pudo reclamar un amplio reconocimiento en Afganistán a través del proceso Loya Jirga, el CICR cambió su calificación inicial de la siguiente manera: el CICR ya no ve las operaciones militares en Afganistán dirigidas contra sospechosos Talibanes u otros grupos armados como un conflicto armado internacional". Disponible en: www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmintdev/84/84ap09.htm. Otros han sugerido que la naturaleza del conflicto cambió, pasando a carecer de su carácter internacional en una fecha aún más temprana: véase Y. Arai-Takahashi, "Disentangling Legal Quagmires: The Legal Characterisation of the Armed Conflicts in Afghanistan Since 6/7 October 2001 and the Question of Prisoner of War Status" (2002) 5 *Yearbook of International Humanitarian Law* 61, 97 (citando la firma del Acuerdo de Bonn de 5 de diciembre de 2001 como la fecha en que el conflicto pasó a carecer de su carácter internacional).

¹³⁵ Para una situación similar en Libia, véase M. MILÁLICO, "How to Qualify the Armed Conflict in Libya", EJILTalk (1 de septiembre de 2011).

analizarse con arreglo al derecho relativo a los conflictos armados que carecen de un carácter internacional. Asimismo, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo, en *Tadić Jurisdiction Appeal*,¹³⁶ que el conflicto en la antigua Yugoslavia tenía características tanto internacionales como internas, requiriendo así una determinación en cada caso particular sobre qué conflicto estaba en discusión y cuál era la ley de aplicación. Este enfoque, que da lugar a la posibilidad de contar con conflictos mixtos (tanto los que tienen un carácter internacional como aquellos que carecen de este carácter) en una misma situación fáctica, ha sido criticado porque crea una “loca frazada de normas que serían aplicables en un mismo conflicto, dependiendo de si se lo caracteriza como teniendo o careciendo de carácter internacional”.¹³⁷ Empero, como Greenwood ha señalado, no hay nada “intrínsecamente ilógico o novedoso en caracterizar algunos aspectos de un conjunto de hostilidades como un conflicto armado internacional mientras que otros poseen un carácter interno”.¹³⁸

El hecho de que sea posible que dos tipos diferentes de conflictos que se desarrollen simultáneamente ha hecho mucho más complicada la aplicación del derecho internacional humanitario en muchos conflictos recientes. Las cuestiones relacionadas con las normas de detención a veces dependerán únicamente de quién haya capturado o detenido a una persona determinada, ya que el Tercer Convenio de Ginebra, que versa sobre prisioneros de guerra, y el Cuarto Convenio de Ginebra, que incluye disposiciones sobre el internamiento, solo son aplicables si la persona es recluida por las fuerzas del Estado en un conflicto armado internacional, pero no son aplicables si el conflicto en cuestión no es internacional.

En los casos en los que intervengan las fuerzas del Estado extranjero en apoyo de, o junto a, un grupo no estatal que esté peleando en territorio del Estado, si el conflicto es mixto o se internacionaliza completamente dependerá de si el grupo no estatal es visto como “perteneciente al” Estado interviniente. Cuando el Estado interviniente extranjero ejerce el grado de control requerido sobre el grupo no estatal o cuando de hecho esté usando la fuerza por medio de dicho grupo¹³⁹ el conflicto entero se

¹³⁶ *Tadić Jurisdiction*.

¹³⁷ Véase T. Meron, “Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout” (1998) 92 *AJIL* 236, 238; véase también *U.S. Amicus Brief* en el Caso *Tadić*.

¹³⁸ C. Greenwood, “Development of International Humanitarian Law by the ICTY” (1998) 2 *Max Planck Yearbook of UN Law* 98, 117.

¹³⁹ Consulte el análisis en la sección 7.1 anterior sobre los criterios para determinar la internacionalización de dichos conflictos.

vuelve un conflicto armado internacional. Por lo tanto, incluso la lucha entre el grupo no estatal y el Estado territorial se regirá por el derecho de los conflictos armados internacionales.

VIII. La intervención de fuerzas multinacionales bajo el mando de la ONU o autorizadas por la ONU

Los problemas particulares con respecto a la clasificación de conflictos surgen cuando las fuerzas autorizadas por las Naciones Unidas (o incluso por otra organización internacional, como la Unión Africana) participan o intervienen en un conflicto armado. Vale la pena tener en cuenta que las Naciones Unidas no tienen fuerzas propias y que las fuerzas autorizadas por la ONU siempre están compuestas por fuerzas armadas nacionales o contingentes de ellas. Por consiguiente, la cuestión clave con respecto a la clasificación de conflictos que involucran fuerzas autorizadas por la ONU es si la autorización del uso de la fuerza por la ONU afecta de algún modo la clasificación de un conflicto, de manera que el resultado sería diferente de los casos en que las fuerzas armadas nacionales actuaran sin esa autorización. Para responder a esta pregunta, la primera cuestión que necesita determinarse es si toda fuerza particular autorizada por la ONU se debe considerar simplemente como una fuerza armada nacional o si debe ser considerada como una fuerza de la ONU, tal que ésta sea responsable con arreglo al derecho internacional por los actos de esas fuerzas.

De conformidad con el Artículo 7 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidades de las Organizaciones Internacionales de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), una organización internacional solo sería responsable por los actos de un órgano del Estado, como puede ser una parte de sus fuerzas armadas, que esté a disposición del organismo internacional, por ejemplo, en una operación de mantenimiento de la paz o de imposición de la paz, cuando la organización tenga el control efectivo del órgano o de las fuerzas que se pongan a su disposición.¹⁴⁰ Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido lo contrario,¹⁴¹ la

¹⁴⁰ Véase la Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (aprobado en segunda lectura en junio de 2011) A / CN.4 / L.778, art. 7.

¹⁴¹ En *Behrami and Saramati v France y otros* (Decisión) Nros. 71412/01 y 78166/01 (2 de mayo de 2007), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que a pesar de que la ONU no tenía

ONU u otra organización internacional solo tendrían el control efectivo de un contingente de las fuerzas armadas de un Estado cuando la ONU tuviera el control operacional de la fuerza.¹⁴² La responsabilidad de las Naciones Unidas por las tropas no está establecida simplemente porque la ONU tiene el máximo control sobre la fuerza, sino porque la autorizó y puede poner fin a su mandato. Cuando no existe responsabilidad de la ONU sobre la fuerza debido a que no tiene control efectivo sobre ella, la fuerza sería simplemente nacional, aunque operara en virtud de un mandato de la ONU. En tal caso, si la fuerza estuviera involucrada en un conflicto armado, determinar si el conflicto tiene o no carácter internacional dependería de los principios establecidos anteriormente.

En términos generales, cuando el Consejo de Seguridad de la ONU autoriza el uso de la fuerza, las fuerzas armadas que actúan en el marco de la autorización serán de algunos de los tres tipos siguientes. En primer lugar, el Consejo de Seguridad puede autorizar a los Estados, actuando individualmente, en coalición o mediante acuerdos regionales para que adopten medidas de observancia con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Los ejemplos de este tipo de autorización incluyen la autorización para expulsar a Iraq de Kuwait en 1990 y para proteger a los civiles en Libia en 2011.¹⁴³ En estos casos, las fuerzas no se colocan bajo el mando de la ONU, sino que permanecen bajo el mando nacional o de algún otro mando unificado. Como estas fuerzas no están bajo el control efectivo de la ONU, son fuerzas nacionales y los principios de clasificación ya discutidos se aplican a los conflictos en los que están involucradas estas fuerzas.

En segundo lugar, la ONU puede crear y autorizar una misión de mantenimiento de la paz del modo clásico o tradicional donde la fuerza

control operacional sobre las fuerzas autorizadas para actuar en Kosovo, fue la ONU y no los Estados cuya fuerza estaba en cuestión, la responsable de los actos de la fuerza. Véase también, *Al Jeddah v The United Kingdom* (Judgment) Nro. 27021/08 (7 de julio de 2011) párr. 84 donde el TEDH mencionó el control efectivo junto con un control total.

¹⁴² En su comentario al art. 6 (ahora art. 7) del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, la CDI ha señalado que la decisión del TEDH en *Behrami and Saramati*, aunque depende del art. 6, malentendió el alcance de este artículo. Véase la Comisión de Derecho Internacional, "Informe sobre el trabajo de su 61ª sesión" A / 64 / 10 (2009), cap. IV: Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, 67. La decisión del TEDH ha sido criticada por muchos académicos. Véase, por ejemplo, M. Milanovic y T. Papic, "As Bad as it Gets: The European Court of Human Rights *Behrami and Saramati* Decision and General International Law" (2009) 58 *International and Comparative Law Quarterly* 267, y otros trabajos citados por la CDI en su comentario al art. 6 del proyecto de artículos.

¹⁴³ Véase SC res. 678 (1990) y SC res. 1973 (2011), respectivamente.

estará sujeto al mando de la ONU, operando con consentimiento, de manera neutral, y usando la fuerza solo en defensa propia. A menudo, estas fuerzas de mantenimiento de la paz se establecen como fuerzas de contención, supervisando el cese al fuego que ha suspendido o terminado las hostilidades en un conflicto armado internacional.¹⁴⁴ En tercer lugar, la ONU puede crear y autorizar lo que se conoce como una fuerza de mantenimiento de la paz robusta en la que los contingentes nacionales operarían bajo el mando de la ONU pero donde la fuerza estaría autorizada para utilizar todos los medios necesarios (es decir, usar la fuerza militar) con el fin de lograr objetivos tales como proteger a los civiles o facilitar entregas de asistencia humanitaria. Muy a menudo, estas fuerzas se despliegan en conflictos internos y, a veces, en situaciones donde el conflicto armado está en curso o donde la paz no es segura.¹⁴⁵ En la segunda y tercera categoría, el hecho de que las fuerzas estén bajo el mando de la ONU significará que actúan, en principio, como órganos de las Naciones Unidas. De hecho, la ONU acepta que las fuerzas de mantenimiento de la paz constituyen un órgano subsidiario de las Naciones Unidas.¹⁴⁶ Sin embargo, cuando una fuerza no está de hecho bajo el control efectivo de la ONU sino que actúa principalmente bajo control nacional, la ONU no será responsable de sus actos. Es en el caso de estas misiones de mantenimiento de la paz, incluyendo las "fuerzas de mantenimiento de la paz robustas", cuando se necesita abordar cuestiones particulares relacionadas con la clasificación del conflicto.

En los primeros años de la ONU hubo mucho debate y discusión sobre la aplicación del derecho internacional humanitario a las fuerzas de la ONU.¹⁴⁷ Desde entonces, el problema se ha resuelto mediante la

¹⁴⁴ Los ejemplos incluyen la Fuerza de Emergencia I y II de las Naciones Unidas desplegadas en Oriente Medio después de los conflictos en 1956 y 1973. Más reciente es la Misión de las Naciones Unidas en Etiopía y Eritrea. Para obtener detalles sobre estas operaciones, consulte www.un.org/en/peacekeeping/operations/past.shtml.

¹⁴⁵ Ver, por ej., el cap. 6 más abajo en el DRG.

¹⁴⁶ Véase la carta de 3 de febrero de 2004 del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas al Director de la División de Codificación, A / CN.4 / 545 (2004), sección II.G: "Como órgano subsidiario de las Naciones Unidas, un acto de una fuerza de mantenimiento de la paz es, en principio, imputable a la Organización, y si se comete en violación de una obligación internacional entraña la responsabilidad internacional de la Organización y su responsabilidad en la indemnización".

¹⁴⁷ Para una visión general de este debate, véase H. McCoubrey and N.D. White, *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations* (1996) y P. Szasz, "UN Forces and International Humanitarian Law" in M. Schmitt, *International Law Across the Spectrum of Conflict: Essays in Honour of Professor L.C. Cohen on the Occasion of His Eightieth Birthday* (2000), 507.

aceptación universal de la postura de que las fuerzas de la ONU están sujetas al derecho internacional humanitario cuando están involucradas en un conflicto armado.¹⁴⁸ Aunque la ONU no está obligada por los tratados relevantes, sí lo está por el derecho internacional humanitario consuetudinario. Para promover que las Fuerzas de la ONU observen las normas del derecho internacional humanitario, la ONU, en la década de 1990, comenzó a incluir en el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas con los Estados anfitriones, así como en acuerdos con países que aportan contingentes, disposiciones que requerían el respeto de los “principios y el espíritu de las convenciones generales aplicables a la conducta del personal militar”. La disposición establece que estos convenios incluyen los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales.¹⁴⁹ Además, en 1999, el Secretario General de la ONU publicó un “Boletín de observancia por las fuerzas de las Naciones Unidas del Derecho Internacional Humanitario” que afirma que los principios y normas fundamentales del derecho internacional humanitario expuestos en el boletín son aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas cuando se encuentran en situaciones de conflicto armado donde participan activamente como combatientes.¹⁵⁰

No es fácil determinar en qué momento los efectivos de mantenimiento de la paz se convierten en participantes directos de las hostilidades, de modo que estén involucrados en un conflicto armado con otra parte. El hecho de que los efectivos de mantenimiento de la paz estén presentes en una situación en la que el conflicto armado está en curso no significa que sean parte del mismo. Asimismo, el hecho de que los efectivos de mantenimiento de la paz recurran al empleo de la fuerza en ejercicio de su derecho a la defensa personal e individual no significa que sean combatientes involucrados en un conflicto armado. Como declaró la

¹⁴⁸ Véase C. Greenwood, “International Humanitarian Law and United Nations Military Operations” (1998) 1 *Yearbook of International Humanitarian Law* 3 (Greenwood, Operaciones de la ONU); Resolución sobre las Condiciones de Aplicación de las Reglas Humanitarias de Conflicto Armado en las Hostilidades en las que las Fuerzas de las Naciones Unidas pueden intervenir, adoptada en Zagreb en 1971 (la “Resolución de Zagreb”) (1971) 54 (II) *Annuaire de l’Institut de Droit International* 465. Véase también la Convención de 1994 sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, art. 2 (2).

¹⁴⁹ Véase los acuerdos citados en Greenwood, Operaciones de la ONU, 21.

¹⁵⁰ “Boletín del Secretario General: Observancia de las Fuerzas de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional Humanitario” ST / SGB / 1999/13 (6 de agosto de 1999). Para un debate sobre las cuestiones planteadas en el Boletín, véase D. Shraga, “The Secretary-General’s Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law; A Decade Later” (2009) 39 *Israel Yearbook on Human Rights* 357.

Sala de Primera Instancia del Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso *Fiscal v Sesay, Kallon y Gbao (sentencia del RUF)*:¹⁵¹ “Cuando el personal de mantenimiento de la paz se convierte en combatientes, pueden ser objetivos legítimos en la medida de su participación de conformidad con el derecho internacional humanitario. Como ocurre con todos los civiles, su protección no cesará si el personal utiliza la fuerza armada solo para, por ejemplo, ejercer su derecho a la autodefensa”.

La opinión de que las fuerzas de mantenimiento de la paz no se verían involucradas en un conflicto armado simplemente porque actuarían en la autodefensa fue compartido por una Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en *Fiscal v Bahar Idriss Abu Garda*.¹⁵² El escenario es más complicado cuando una fuerza de mantenimiento de la paz está autorizada para recurrir al uso de la fuerza más allá de la autodefensa, pero también para ejecutar un mandato particular. En tales escenarios, la fuerza de mantenimiento de la paz puede recurrir al uso de la fuerza en el contexto de un conflicto armado en curso o incluso cuando ya no existe un conflicto armado, si la fuerza lo considerara necesario para llevar a cabo su mandato. El Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) sostuvo, inmediatamente después del texto citado, que: “Asimismo, la Sala opina que el uso de la fuerza por parte del personal de la fuerza de mantenimiento de la paz en defensa propia en el desempeño de su mandato no alteraría ni disminuiría la protección otorgada a este personal, siempre que se limite a tal uso”.¹⁵³

La opinión que ha recibido algún tipo de apoyo académico es que cuando el personal de la fuerza de mantenimiento de la paz actúa en defensa de su mandato, no estaría participando, en la mayoría de los casos, directamente en las hostilidades y, por lo tanto, se los consideraría merecedores de la protección correspondiente a los civiles.¹⁵⁴ Empero, es interesante observar que aunque la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI “observó” esta parte de la decisión del TESL (y solo en una nota al pie de página), significativamente no respaldaron esta parte de la decisión

¹⁵¹ *Fiscal v Sesay, Kallon and Gbao (RUF case)*, SCSL-04-15-T, Judgment (Trial Chamber), 2 de marzo del 2009, párr. 233 (*RUF Judgment*).

¹⁵² *Fiscal v Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09, Confirmation of Charges Decision (Pre-Trial Chamber), 8 de febrero de 2010, párr. 8.

¹⁵³ *RUF Judgment*, párr. 233

¹⁵⁴ S. Sivakumaran, “War Crimes before the Special Court for Sierra Leone: Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments” (2010) 8 *Journal of International Criminal Justice* 1009, 1028-9.

del TESL y se limitaron a sostener que las fuerzas de mantenimiento de la paz que actúan en legítima defensa no se involucran en hostilidades. Es difícil considerar el porqué del hecho de que las fuerzas de paz estén actuando para hacer cumplir su mandato se desprenda que no están involucradas en un conflicto armado. Tal enfoque parece condicionar la aplicación del derecho internacional humanitario a la legalidad del uso de la fuerza por las tropas de la ONU, y parece ser un retroceso a la idea de que las fuerzas de la ONU no están sujetas a sus reglas debido a la importante misión que cumplen. Cuando la fuerza utilizada por las fuerzas de la ONU es de una naturaleza e intensidad que de otro modo conllevaría la existencia de un conflicto armado, se debe reconocer que están involucradas en uno, a pesar de que actúen legalmente (en términos del *ius ad bellum*) al usar tal fuerza. Esa legalidad, con arreglo al *ius ad bellum*, no debería liberar a la fuerza de las restricciones que el derecho internacional humanitario impone.

Otra forma de llegar al resultado buscado por el TESL (un umbral elevado para la aplicación del derecho internacional humanitario a las fuerzas de la ONU) está descrita por Christopher Greenwood, quien ha señalado que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado de 1994 establece un umbral para la aplicación del derecho internacional humanitario, un límite para la aplicación de la Convención (es decir, el personal de las fuerzas de mantenimiento de la paz perdería la protección de la Convención una vez que se aplicara el derecho de los conflictos armados internacionales). Este autor entiende que los países que aportan contingentes a las operaciones de la ONU se mostrarían reacios a aceptar la Convención si hubiera combates intensos y esto lo lleva a la conclusión de que “una fuerza de las Naciones Unidas y las tropas nacionales que operen asociadas a ella, pero bajo el mando nacional, serán consideradas partes en un conflicto armado solo cuando se hubieran involucrado en hostilidades en una escala comparable a las realizadas por aquellas fuerzas establecidas a los efectos de una acción coercitiva. Esa escala sería considerablemente más alta que la que se usa para definir un conflicto armado para otros fines”.¹⁵⁵ Sin embargo, aunque las fuerzas de la ONU tienen una función importante, y a pesar de los beneficios de otorgarles protección contra los ataques, es difícil considerar por qué las reglas normales para determinar si un conflicto armado se está llevando

¹⁵⁵ Véase Greenwood, *Operaciones de la ONU*, 25.

a cabo no deberían aplicarse. En primer lugar, el derecho internacional humanitario se basa en la igualdad de las partes y esto es así a pesar del hecho de que una de las partes actuará legalmente con arreglo al *ius ad bellum*. En segundo lugar, la opinión de que las fuerzas de la ONU deben estar sujetas a las mismas limitaciones del derecho internacional humanitario, de manera similar a las fuerzas nacionales, es aquella que toma en cuenta la protección a la que debería tener derecho la población del territorio donde se combate.

No obstante, considerar que las fuerzas de paz de la ONU podrían estar involucradas en un conflicto armado con otra entidad cuando actúan para cumplir su mandato, pero no estarían involucradas en un conflicto armado cuando actúan en ejercicio del derecho individual de autodefensa, llevaría a un desequilibrio en la aplicación del DIH a las fuerzas de la ONU. La posición parece ser que las fuerzas de la ONU estarían involucradas en un conflicto armado con otra entidad en el caso de que tales tropas usaran la fuerza contra esa otra entidad, pero no estarían involucradas en un conflicto armado cuando la otra entidad fuera la que se habría involucrado en actos hostiles contra las fuerzas de la ONU. En ese último escenario, las fuerzas de la ONU no estarían involucradas en un conflicto armado y sus miembros estarían protegidos en tanto civiles. Por lo tanto, las fuerzas de la ONU obtendrían una ventaja ya que podrían llevar a cabo actos iniciales contra objetivos que serían legales si cumplieran con los principios del derecho internacional humanitario, pero por el contrario, otras fuerzas no podrían iniciar ataques contra las fuerzas de la ONU ya que no habría conflicto armado en esa situación y esas otras fuerzas incluso estarían cometiendo un crimen de guerra.¹⁵⁶ Este resultado parece, en cierto sentido, ser contrario al principio de igualdad de aplicación del derecho internacional humanitario. Sin embargo, desde una perspectiva formal no lo es, dado el hecho de que una vez que se inicia un conflicto armado entre las fuerzas de la ONU y otras fuerzas, ambos bandos son iguales. Todo lo que se discute aquí conduce a un desequilibrio en cuanto a quién puede comenzar un conflicto armado cuando las fuerzas de la ONU están involucradas. De esta manera, el rol especial de la ONU sí parece tener un impacto en la aplicación del derecho internacional humanitario. Un enfoque alternativo consiste en decir que los actos de autodefensa del

¹⁵⁶ Estatuto de la CPI, art. 8 (2) (b) (iii) y (2) (e) (iii).

personal de las fuerzas de mantenimiento de la paz no los convertirían en participantes directos en un conflicto armado, pero cuando hubiera un ataque sostenido contra tales fuerzas de mantenimiento de la paz que normalmente pasara el umbral de intensidad para un conflicto armado, se debería considerar que existe un conflicto armado entre las fuerzas de la ONU y los atacantes (si bien sería un conflicto iniciado por otras fuerzas). La dificultad con este enfoque es que significaría que esos ataques contra las fuerzas de paz de la ONU se transformarían en legales (en términos de derecho internacional humanitario) si se mantuvieran y llevaran a la ONU a un conflicto, mientras que los ataques de nivel inferior no serían legales ya que no habría conflicto armado con la ONU y el personal de las fuerzas de mantenimiento de la paz permanecería protegido en tanto civiles.

Cuando las fuerzas multinacionales están involucradas en un conflicto armado, es posible que sea necesario determinar si ese conflicto tiene o no carácter internacional. Cuando están involucrados en hostilidades contra las fuerzas armadas de un Estado (como ocurrió, por ejemplo, con la ONUC en el Congo en la década de 1960), parecería que el conflicto es un conflicto armado internacional.¹⁵⁷ Sin embargo, la base de este supuesto no es tan fácil de justificar ya que el conflicto no sería entre dos Estados sino entre una organización internacional y un Estado. Se podría argumentar que el conflicto sería internacional porque la lucha efectiva estaría llevada a cabo por las fuerzas de un Estado aunque actuaran bajo el paraguas de la ONU. Empero, ya se ha establecido que cuando esas fuerzas del Estado están bajo el control efectivo de la ONU, son un órgano de la ONU y es la ONU la responsable de ellas. En esas circunstancias, no hay conflicto armado entre el Estado del que se obtienen esas tropas y el Estado cuyas fuerzas enfrenta.¹⁵⁸ O bien existe una norma consuetudinaria que amplía los conflictos armados internacionales para incluir conflictos que involucran a organizaciones internacionales y Estados o, alternativamente, podría decirse que el conflicto es

¹⁵⁷ Véase Vité, *Typology*, 88. Véase también Greenwood, *Operaciones de la ONU*, 27; H. McCoubrey y N.D. White, *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations* (1996), en el cap. 8 se presume que cuando las fuerzas de la ONU actúan están regidas por el derecho de los conflictos armados internacionales. Véase también el art. 2 de la Resolución de Zagreb de 1971 del Instituto de Derecho Internacional sobre las Condiciones de Aplicación de las Reglas Humanitarias de Conflicto Armado a las Hostilidades en las que pueden participar las Fuerzas de las Naciones Unidas.

¹⁵⁸ A menos que se considere que la atribución de los actos de las fuerzas a la ONU tampoco impide la atribución al Estado.

internacional porque los Estados que proporcionan contingentes siguen obligados por los tratados de los que son parte, ya que tienen la obligación no solo de respetarlos sino también de “garantizar el respeto” a las convenciones en circunstancias en las que actúen sus tropas, incluso si actuaran por alguien más.¹⁵⁹

En el caso de que la ONU se involucrara en un conflicto armado con un grupo no estatal dentro de un Estado, y la presencia de la ONU en el Estado fuera con el consentimiento del Estado anfitrión, el conflicto debería considerarse un conflicto armado sin carácter internacional en línea con el análisis anterior en lo que respecta a la intervención extranjera. Cuando la presencia de la ONU fuera sin consentimiento y únicamente sobre la base de una resolución del Consejo de Seguridad, el asunto sería más difícil y la opinión está dividida. Hay quienes argumentarían que los conflictos de este tipo deberían considerarse como conflictos sin carácter internacional.¹⁶⁰ Empero, las preocupaciones de soberanía que condujeron al establecimiento de un derecho más limitado respecto de los conflictos armados sin carácter internacional están claramente ausentes en este tipo de casos. Otros consideran que cada vez que la ONU se involucra en un conflicto armado, “estas situaciones deberían equipararse a los conflictos armados internacionales. En la medida en que las operaciones en cuestión sean decididas, definidas y llevadas a cabo por organizaciones internacionales, están por naturaleza, incluidas en esa categoría. En este caso, resulta de poca relevancia si la parte contraria es un Estado o un grupo no gubernamental”.¹⁶¹

El alcance temporal y geográfico de los conflictos armados que involucran a las fuerzas de paz de las Naciones Unidas no está claro. El hecho de que un contingente del personal de las fuerzas de mantenimiento de la paz esté involucrado, en una parte del país, en hostilidades que son de tal intensidad como para calificarlas como un conflicto armado, ¿significa que todas las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU en el país están involucradas en un conflicto armado con ese grupo? Es difícil pensar por qué la respuesta debería ser diferente de la que se daría con respecto a las fuerzas del Estado (una respuesta

¹⁵⁹ Véase UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2004) 376.

¹⁶⁰ Véase Vité, *Typology*, 88, quien afirma que esta es también la posición del CICR.

¹⁶¹ Véase Vité, *Typology*, y la extensa literatura a la que se hace referencia en la nota al pie 70 de ese artículo.

positiva). Sin embargo, el efecto de esa respuesta sería privar a todas las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU de la condición de protección que normalmente disfrutaban. La cuestión se complica aún más por la falta de una respuesta definitiva sobre cuándo cesa la etapa de hostilidades o la etapa de conflicto armado. ¿Pueden las fuerzas de mantenimiento de la paz pasar de un conflicto armado a un no-conflicto dependiendo de si están usando la fuerza? O una vez que se inicia un conflicto armado, ¿continúa hasta que haya una conclusión general de paz? Exigir una conclusión general de paz en términos de un cese el fuego parece artificial ya que el personal de las fuerzas de mantenimiento de la paz con mandatos robustos para ejercer el poder utiliza la fuerza para lograr un resultado que está autorizado, y no deberían estar obligados a negociar una paz para recuperar su protección civil.

IX. Conflictos extraterritoriales con grupos armados no estatales

Existen muchas situaciones en las que un Estado (el Estado extranjero) utilizará la fuerza en el territorio de otro Estado (el Estado territorial) pero donde esa fuerza no se dirige primordialmente al Estado territorial, sino que se dirige a un grupo armado no estatal con base en ese Estado. Los ejemplos tomados de los casos de estudio considerados en este trabajo incluyen el uso de la fuerza por parte de Israel en el Líbano en 2006, los actos de Uganda y Ruanda en la República Democrática del Congo, los ataques de Colombia contra las FARC en Ecuador en 2008 y los ataques de los Estados Unidos contra personas conectadas con Al Qaeda en países como Yemen, Somalia y Pakistán. Se pueden dar muchos otros ejemplos, como el uso de la fuerza turca contra objetivos del PKK en el norte de Iraq. En la mayoría de estos casos, el ataque del Estado a un grupo no estatal en el extranjero representa una extensión de un conflicto preexistente que tiene lugar dentro del Estado extranjero, entre dicho Estado y el grupo no estatal. Puede ser que el Estado extranjero persiga al grupo no estatal a través de una frontera internacional para negar refugio transfronterizo al grupo. En otros casos, aunque más raramente, el grupo no estatal tiene su base principalmente en el Estado territorial, pero se ha involucrado en ataques transfronterizos contra el Estado extranjero o, de lo contrario, se considera que constituye una amenaza para la seguridad del Estado extranjero.

Es posible que a pesar del uso de la fuerza por parte de un Estado contra un grupo no estatal, el nivel de violencia no traspase el umbral de

un conflicto armado.¹⁶² Sin embargo, cuando lo hace, una pregunta que surge en todas estas situaciones es cómo la distinción entre conflictos armados con carácter internacional y aquellos que carecen de este carácter se aplica a estos conflictos transnacionales o transfronterizos. A un cierto nivel, la distinción parece imperfecta. Las hostilidades en cuestión no involucran a las fuerzas armadas de dos Estados y, por lo tanto, son fácticamente diferentes de los conflictos armados internacionales por excelencia (que son, por supuesto, conflictos interestatales). Por otra parte, aunque las hostilidades y otros actos se produzcan entre un Estado y un grupo no estatal, no serán internos al Estado extranjero o a ningún Estado en particular. Hay, de hecho, un elemento internacional en el conflicto. Además, tanto el Artículo 3 común como el Protocolo Adicional II, que se refieren a un conflicto armado sin carácter internacional, parecen, a primera vista, limitar tales conflictos al territorio de una Parte Contratante. El Artículo 3 común menciona un “conflicto armado sin carácter internacional que ocurre en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes” (énfasis añadido) y el Artículo 1 (1) del Protocolo Adicional II se refiere a un conflicto armado “que tiene lugar en el territorio de una Alta Parte Contratante”.

Como resultado de estas aparentes incongruencias entre los hechos y el derecho, algunos han sugerido que el derecho internacional humanitario debería reconocer una forma nueva y diferente de conflicto armado que tenga en cuenta los aspectos transnacionales de estos conflictos, pero que también reconozca que los conflictos en cuestión son conflictos entre Estados y grupos no estatales.¹⁶³ Estos nuevos enfoques no han encontrado mucho apoyo y han sido rechazados por otros académicos que han buscado aplicar el derecho internacional humanitario, tal como existe, al conflicto entre el Estado y el grupo no estatal. Este enfoque tradicional requiere, en primer lugar, examinar si la violencia entre un Estado y un grupo no estatal es un “conflicto armado”

¹⁶² Véase otro análisis a continuación en el cap. 13 sobre Al-Qaeda.

¹⁶³ Véase G. Corn, “Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Armed Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict” (2006) 40 *Vanderbilt Transnational Law Journal* 295; R. Schönöndorf, “Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?” (2004) 37 *New York University Journal of International Law and Politics* 26.

y, en segundo lugar, hacer una determinación sobre cómo adaptarla a la dicotomía entre el conflicto con o sin carácter internacional.¹⁶⁴

Algunos autores que toman este último enfoque han llegado a la conclusión de que los conflictos que implican el uso de la fuerza por parte de un Estado hacia un grupo no estatal en el territorio de otro Estado son conflictos armados que carecen de carácter internacional cuando la fuerza está dirigida únicamente al grupo no estatal.¹⁶⁵ Ésta es también la opinión de la mayoría de los contribuyentes al presente libro. Estos autores argumentan, correctamente, que la redacción del Artículo 3 común, antes citado, no impide que un conflicto armado sin carácter internacional abarque más de un Estado. En efecto, aquellos que toman esta postura han observado que la referencia a *una* de las Altas Partes Contratantes era simplemente una referencia al hecho de que esta disposición en los Convenios tiene validez solamente cuando la lucha tiene lugar en el territorio de, al menos, una parte de los Convenios, sin intención de limitar la aplicación del Artículo 3 común a las situaciones donde la lucha ocurra solamente dentro del territorio de por lo menos, una de las partes.¹⁶⁶ Se sostiene además que la clasificación de los conflictos como carentes de carácter internacional se deduce del hecho de que las partes beligerantes no son dos Estados sino más bien un Estado y un grupo no estatal. Se dice que clasificar a un conflicto semejante como internacional no sería solo contrario a la estructura de las partes de los conflictos armados internacionales, sino también que “los actores no estatales no serían capaces de cumplir con muchas de las disposiciones de los conflictos armados internacionales, y los Estados no estarían dispuestos a otorgar a los actores no estatales inmunidad del enjuiciamiento otorgado a los prisioneros de guerra en conflictos de este

¹⁶⁴ M. Sassoli, “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law” *Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Occasional Paper Series*, Nro. 6 (Winter 2006) 5 (Sassoli, Transnational Armed Groups); Paulus and Vashakmadze, *Asymmetrical War* 111; N. Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors* (2010) (Lubell, Extraterritorial Use of Force), la parte II (en particular, el cap. 4) y también, N. Lubell, el cap. 13 más abajo; C. Kreß, “Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts” (2010) 15 *Journal of Conflict and Security Law* 245.

¹⁶⁵ Véanse los escritores citados en la nota anterior (a excepción de Sassoli). Véase también T. Hoffman, “Squaring the Circle?—International Humanitarian Law and Transnational Armed Conflicts” en M.J. Matheson and D. Momtaz (eds.), *Rules and Institutions of International Humanitarian Law Put to the Text of Recent Armed Conflicts* (2008).

¹⁶⁶ Véase Vité, *Typology*; Lubell, *Extraterritorial Use of Force*, cap. 4 and Lubell, cap. 13 más abajo; Sassoli, *Transnational Armed Groups*. Véase también Hamdan v Rumsfeld, 548 U.S. 557, 126 S.Ct. 2749 (29 de junio de 2006) (Hamdan v Rumsfeld).

tipo. Las reglas de los conflictos armados sin carácter internacional están precisamente diseñadas para los conflictos en los que una de las partes es un actor no estatal".¹⁶⁷

Podría suceder también que un conflicto entre un Estado y un grupo no estatal no se considere un conflicto armado internacional en sí y de por sí. No obstante, esa controversia no resuelve en sí misma el problema bajo consideración. Es importante recordar que el propósito de clasificar los conflictos es para que se pueda determinar el derecho que gobierna las acciones de los participantes en el conflicto. Por lo tanto, la cuestión esencial en un caso semejante es el derecho que regiría en el caso de conflictos entre un Estado extranjero y un grupo no estatal desarrollados en un Estado territorial. Cuando el conflicto entre un Estado extranjero y un grupo no estatal estuviera inextricablemente vinculado con otro conflicto (especialmente un conflicto entre dos Estados) de manera tal que actos que se enmarcan bajo los dos conflictos (en la medida en que se pudieran distinguir estos) no pudieran ser separados, los participantes estarían, en realidad, obligados a cumplir el derecho de los conflictos armados internacionales.

Desde el punto de vista de este autor, el derecho que gobierna los conflictos transnacionales entre un Estado y un grupo no estatal dependerá, en primer lugar, de si el Estado territorial en el que se encuentra el grupo no estatal hubiera prestado su consentimiento al Estado extranjero que esté usando la fuerza en contra de ese grupo. Cuando dicho consentimiento exista, entonces el conflicto estaría regido por las leyes de los conflictos armados sin carácter internacional. La situación aquí no sería diferente de aquella en la cual el propio Estado territorial estuviera combatiendo contra el grupo no estatal, e invitara a un Estado extranjero a intervenir. El consentimiento prestado por el Estado territorial tendría el efecto de que no habría dos Estados adversarios involucrados en el conflicto.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Véase el análisis a continuación en el cap. 13.

¹⁶⁸ Véase el análisis sobre la intervención extranjera del lado del Estado territorial en la sección 7.2 anterior. Véase también Fleck, *Non-International Armed Conflicts*, 608: "Se sugiere que el carácter no internacional o internacional de un conflicto armado depende de la cuestión de si un gobierno territorial responsable ha dado o no su consentimiento a las operaciones militares realizadas por el Estado interviniente. Bajo el sistema de Westfalia, los conflictos armados pueden determinarse como internacionales solo en el caso en el que los estados... están involucrados como partes en el conflicto".

Independientemente del consentimiento del Estado territorial, hay al menos dos situaciones donde, aplicando nuestro análisis anterior, un conflicto transnacional entre un Estado y un grupo no estatal se regiría por el derecho de los conflictos armados internacionales. En primer lugar, cuando un grupo no estatal pertenece, o actúa en nombre de un Estado (uno diferente al Estado extranjero interviniente), el conflicto entre ese grupo no estatal y el Estado extranjero sería un conflicto armado internacional porque habría dos Estados adversarios. Por consiguiente, podríamos preguntarnos si Hezbollah no debió ser considerado como perteneciente al Líbano (o incluso a un tercer Estado) en el conflicto de 2006 con Israel. Si este hubiera sido el caso,¹⁶⁹ entonces el conflicto habría sido internacional. En segundo lugar, cuando un Estado ocupa un Estado extranjero para actuar en contra de un grupo no estatal, o como resultado de un conflicto con un grupo no estatal, entonces las acciones emprendidas por el Estado ocupante durante el período de ocupación se regirían por el derecho de ocupación y otras reglas referentes a los conflictos armados internacionales. Esto deriva de nuestro análisis anterior¹⁷⁰ y fue la posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional con respecto a la ocupación de la provincia de Ituri por Uganda en la República Democrática del Congo.¹⁷¹

La mayor controversia de esta área se centra alrededor de los casos donde un Estado extranjero combate contra un grupo no estatal en un Estado territorial pero sin el consentimiento de este último. Desde el punto de vista de este autor, y contrariamente a las posturas descritas anteriormente, en tales circunstancias, habría un conflicto armado internacional entre el Estado extranjero y el Estado territorial. Este sería el caso porque el uso de la fuerza del Estado extranjero interviniente en el territorio del Estado territorial, sin el consentimiento de este último, constituiría un uso de la fuerza *contra* el Estado territorial. Esto sería así incluso si el uso de la fuerza no estuviera dirigido contra las estructuras gubernamentales del Estado territorial, o el propósito del uso de la fuerza no fuera para coaccionar al Estado territorial de algún modo. Que un uso de la fuerza en el territorio de otro Estado (incluso si estuviera dirigido contra grupos no estatales) sin su consentimiento constituye un uso de la

¹⁶⁹ Véase otro análisis a continuación en el cap. 12.

¹⁷⁰ Véase un análisis en la sección 5 anterior sobre la ocupación.

¹⁷¹ Véase el caso *Armed Activities*. Para una postura similar, véase la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en *Fiscal v Lubanga*, párr. 220; también *Fiscal v Katanga y Chui*, párr. 240.

fuerza contra el Estado territorial en incumplimiento de sus obligaciones puede observarse a partir del obrar del Estado y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. La Corte Internacional de Justicia en el asunto sobre las Actividades Armadas sostuvo que:

La Corte considera que las obligaciones que surgen en el marco de los principios del no uso de la fuerza y la no intervención fueron violadas por Uganda incluso si los objetivos de Uganda no eran derrocar al Presidente Kabila y estaban dirigidas a proteger ciudades y aeropuertos en razón de su percibida necesidad de seguridad y en apoyo de la actividad paralela de aquellos involucrados en la guerra civil.¹⁷²

La Corte concluyó además que “la intervención militar ilegal desarrollada por Uganda era de tal magnitud y duración que la Corte la considera una violación grave de la prohibición al uso de la fuerza expresada en párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta”.¹⁷³ Cabe recordar que el Artículo 2(4) prohíbe los usos de la fuerza *contra* la integridad territorial o la independencia política de otros Estados. De manera similar, cuando Colombia atacó las fuerzas de la FARC en Ecuador en marzo del 2008, la Organización de los Estados Americanos adoptó una resolución estableciendo que el uso de la fuerza había violado la soberanía territorial de Ecuador. De modo más general, cuando los Estados usan la fuerza en el extranjero, incluso contra grupos no estatales, habitualmente invocan el Artículo 51 de la Carta de ONU.¹⁷⁴ El Artículo 51 es una excepción al Artículo 2(4), y la invocación de ese artículo es una aceptación de que el Artículo 2(4) está comprometido y que, ausente el Artículo 51, el uso de la fuerza sería en contra de la integridad territorial de otro Estado.

Dado que el uso de la fuerza por un Estado en el territorio de otro, sin el consentimiento de este último, es un uso de la fuerza por un Estado extranjero contra el Estado territorial, surge automáticamente una situación de conflicto armado entre ambos. Un conflicto armado internacional no es más que el uso de la fuerza armada por un Estado en contra de otro. Como Greenwood ha señalado: “un conflicto armado

¹⁷² Caso *Armed Activities*, párr. 163

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 165.

¹⁷⁴ Véanse las cartas enviadas por Israel al Consejo de Seguridad de la ONU y al Secretario General el 12 de julio de 2006 con respecto a las medidas contra Hezbollah en el Líbano, S / 2006/515, A / 60/937 (12 de julio de 2006).

internacional existe si un Estado usa la fuerza contra otro Estado".¹⁷⁵ Decir lo contrario es afirmar que puede haber disputas armadas entre Estados, incluso un posible acto de agresión de un Estado a otro, pero eso no estaría cubierto por las reglas que el derecho internacional ha diseñado para regular tales disputas entre Estados. No importa (y justamente no debería importar) si el Estado territorial responde usando la fuerza contra el Estado extranjero. El Artículo 2 común a los Convenios de Ginebra deja en claro que los Convenios rigen incluso si una de las partes no reconoce el estado de guerra. También es irrelevante para la existencia de una condición de conflicto armado internacional si las entidades en la mira son parte de la estructura gubernamental del Estado o si el propósito del uso de la fuerza es afectar el gobierno del Estado donde se está usando la fuerza. En primer lugar, existe una distinción entre un Estado y un gobierno. Los conflictos armados internacionales son conflictos entre Estados. Un gobierno no es sino una parte de un Estado. Un Estado está también compuesto por la población y el territorio, además del gobierno en control de ese territorio.¹⁷⁶ En segundo lugar, sería difícil discernir qué se entiende por infraestructura gubernamental de un Estado y no se puede dar una respuesta uniforme a esa pregunta. Si aeropuertos, puertos marítimos, plantas generadoras de electricidad, rutas, puentes, etc., pertenecen al gobierno de un Estado o a terceros del ámbito privado (como es el caso en algunos países) dependerá del enfoque económico adoptado por ese país en particular. Ninguna de estas cosas pertenece intrínsecamente al ámbito del gobierno. En tercer lugar, y lo más importante, intentar distinguir entre la fuerza dirigida a un grupo no estatal y la fuerza que tiene como objetivo general la intención de influir en el gobierno del Estado es condicionar la aplicación del derecho internacional humanitario al estado mental o la motivación del atacante. Sería sugerir que los mismos actos de fuerza dirigidos por un Estado contra el territorio de otro Estado producirían resultados jurídicos diferentes dependiendo de la intención del Estado interviniente con respecto a quién busca afectar. La protección ofrecida a la población civil y a la infraestructura del Estado territorial no debería depender de las motivaciones del Estado extranjero. Adicionalmente, esta idea es problemática ya que el estado mental o la motivación del Estado extranjero puede no ser fácilmente discernible. Lo que es

¹⁷⁵ Greenwood, *Scope of Application*, 46, párr. 202.

¹⁷⁶ Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados 1933, art. 1.

importante son los hechos objetivos, a saber: que un Estado está usando la fuerza *contra* otro Estado (por ejemplo, en su territorio y sin su consentimiento).

La opinión acerca de que cualquier uso de la fuerza por un Estado en el territorio de otro sin el consentimiento de este último activaría un conflicto armado internacional entre dos Estados tiene cierto sustento entre la comunidad académica,¹⁷⁷ aunque no sea probablemente la visión mayoritaria en la literatura existente y, cómo se señaló anteriormente, no es la postura de la mayoría de los autores de este libro. Empero, esta opinión tiene el apoyo de los tribunales internacionales que han tenido la ocasión de considerar el asunto. Primero podríamos recordar la declaración del Juez Shahabuddeen en el caso *Tadić* acerca de que la existencia o no de un conflicto armado internacional dependía de que la República Federativa de Yugoslavia estuviera usando la fuerza contra Bosnia.¹⁷⁸ Según esta postura, todo lo que se necesitaba demostrar era el uso de la fuerza por un Estado contra otro para que se convirtiera en un conflicto armado internacional. En segundo lugar, la opinión en el caso *Armed Activities* de la Corte Internacional de Justicia apoya la postura tomada aquí. La Corte aplicó el derecho de los conflictos armados internacionales (los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I) a las actividades de Uganda en la República Democrática del Congo e incluso a los actos de Uganda fuera de la provincia de Ituri, la cual se sostenía que estaba bajo la ocupación de Uganda. La decisión de la Corte se basó implícitamente en la postura de que hubo un conflicto armado internacional entre Uganda y la República Democrática del Congo a pesar de que Uganda estaba en el territorio de la República Democrática del Congo principalmente para luchar contra grupos no estatales.¹⁷⁹ En el caso *Targeted Killings*, la Corte Suprema de Israel también tomó la postura de que “un conflicto armado de carácter internacional (es)... uno que cruza la frontera de un Estado—sin importar que el lugar en el que

¹⁷⁷ Véase Fleck, *Non-International Armed Conflicts*, 607; Sassoli, *Transnational Armed Groups*, 5; J. Stewart, “The UN Commission of Inquiry on Lebanon: A Legal Appraisal” (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 1043.

¹⁷⁸ Véase la Sentencia del juicio de Tadić, la opinión en disidencia del juez Shahabuddeen.

¹⁷⁹ Véase el caso *Armed Activities*.

se produce el conflicto armado esté sujeto o no a una ocupación beligerante”.¹⁸⁰

Que un conflicto armado internacional existe cuando un Estado usa la fuerza contra un grupo no estatal en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este último Estado también fue confirmado por la Comisión de Investigación de la ONU en el conflicto del Líbano en 2006.¹⁸¹ La Comisión era de la opinión “que esas hostilidades eran en realidad y principalmente solo entre la FDI y Hezbollah. [Empero] El hecho de que las Fuerzas Armadas Libanesas no tomaron una parte activa en ellas, no niega el carácter del conflicto como un conflicto armado internacional legalmente reconocible, ni tampoco niega que Israel, el Líbano y Hezbollah fueran partes de éste”.¹⁸²

Uno de los puntos resaltados por la Comisión al llegar a este fallo fue que:

El Estado del Líbano fue el objeto de hostilidades directas dirigidas por Israel, que consistieron en actos tales como bloqueos aéreos y marítimos que comenzaron en 13 de julio de 2006, hasta su levantamiento completo los días 6 y 8 de septiembre de 2006, respectivamente; una campaña generalizada y sistemática de ataques directos y de otros tipos a lo largo de su territorio contra su población civil y objetivos civiles, así como la destrucción masiva de su infraestructura pública, utilidades y otros activos económicos; ataques armados a sus Fuerzas Armadas; ataques hostiles de interferencia en sus asuntos internos, integridad territorial y unidad y actos que constituyen una ocupación temporaria de pueblos y ciudades libanesas por el FDI.¹⁸³

De hecho, tanto Israel como el Líbano eran de la postura de que el conflicto era internacional a pesar del hecho de que las acciones israelíes estaban dirigidas principalmente contra Hezbollah, y a pesar del hecho de que las fuerzas armadas libanesas no respondieron al ataque.¹⁸⁴

La principal decisión judicial que parece tomar una postura contraria es la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hamdan*.¹⁸⁵ En

¹⁸⁰ Véase el caso *Targeted Killings*, párr. 18.

¹⁸¹ Consejo de Derechos Humanos, “Informe de la Comisión de investigación sobre el Líbano de conformidad con la resolución S-2/1* del Consejo de Derechos Humanos*” A / HRC / 3/2 (23 de noviembre de 2006) párr. 50-62.

¹⁸² *Ibid.*, párr. 55.

¹⁸³ *Ibid.*, párr. 58.

¹⁸⁴ *Ibid.*, párrs. 59 y 62.

¹⁸⁵ *Hamdan v Rumsfeld*. Véase también la decisión de la Sala de Primera Instancia de CPI en Lubanga, la sentencia del juicio llegó a una opinión diferente: “Se acepta ampliamente que cuando

ese caso, la Corte declaró que el Artículo 3 común rige en el caso de personas detenidas por los EE. UU. en conexión con acciones tomadas contra Al-Qaeda. El razonamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en esta parte de la decisión es bastante confuso y no está del todo claro que haya llegado a la conclusión de que había un conflicto con Al-Qaeda sin carácter internacional. Hay dos formas de leer la decisión en *Hamdan*. Una es que la Corte aplicó el Artículo 3 común porque consideró que el conflicto no era internacional. Otra forma de leerlo es que la Corte simplemente expresó que aplicaba el Artículo 3 común, como mínimo, al conflicto con Al-Qaeda. El gobierno de los EE.UU. había argumentado ante la Corte en este caso que, en principio, estaba involucrado en un conflicto con Al-Qaeda que estaba por separado y era distinto del conflicto en Afganistán y, en segundo lugar, que el conflicto con Al-Qaeda no era un conflicto armado con respecto al cual tuvieran plena aplicación los Convenios de Ginebra. La Corte respondió diciendo que: “*No necesitamos decidir los méritos de este argumento porque hay al menos una disposición de los Convenios de Ginebra que rige en este caso aunque el conflicto relevante no sea uno [donde intervengan] los signatarios*” (énfasis agregado).¹⁸⁶

Puesto que la Corte Suprema también citó aquella parte de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua*, donde se sostuvo que el Artículo 3 común regiría como mínimo incluso en los conflictos armados internacionales,¹⁸⁷ esa decisión no resulta decisiva para la clasificación del conflicto con Al-Qaeda, en la medida en que al menos hubiera un conflicto por separado.¹⁸⁸

un Estado entra en conflicto con un grupo armado no gubernamental ubicado en el territorio de un Estado vecino y el grupo armado actúa bajo el control de su propio Estado, ‘los combates entran en la definición de conflicto armado internacional entre los dos Estados’. Sin embargo, si el grupo armado no actúa en nombre de un gobierno, en ausencia de dos Estados que se enfrenten entre sí, no existe un conflicto armado internacional” (párr. 541, se omiten las referencias a pie de página).

¹⁸⁶ *Ibid.*, sentencia con la nota al pie 61 adjunta.

¹⁸⁷ *Ibid.*, nota al pie 63.

¹⁸⁸ Vale la pena señalar que la posición de la administración Obama es que Estados Unidos está involucrado en un conflicto armado con Al-Qaeda, pero no establece explícitamente que este sea un conflicto sin un carácter internacional. Sin embargo, se hace referencia al Artículo 3 común, el cual hace intuir que los EE. UU. creen que el conflicto carece de un carácter internacional. Véase H. Koh, “The Obama Administration and International Law” *Remarks at the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, DC (25 de marzo de 2010). Véase también, en *Re: Guantanamo Bay Detainee Litigation, Respondents’ Memorandum Regarding the Government’s Detention Authority Relative to Detainees held at Guantanamo Bay* (13 de marzo de 2009),

Pero incluso si hubiera un conflicto armado internacional entre un Estado extranjero interviniente y un Estado en cuyo territorio se encuentra un grupo no estatal, podría argumentarse que esto no guarda relación con el conflicto entre el Estado extranjero y el grupo no estatal porque ese conflicto no sería internacional, y habría dos conflictos discurriendo en paralelo. La relación entre el Estado extranjero y el grupo no estatal se regiría por el derecho de conflictos armados sin carácter internacional. Sin embargo, el punto importante aquí es que el conflicto con el grupo no estatal estaría tan ligado al conflicto armado internacional entre los dos Estados que sería imposible separar los dos conflictos. Con respecto a la conducta de las hostilidades y la selección en los objetivos en general, cada ataque del Estado extranjero no será solo un intento de golpear al grupo no estatal (o a sus integrantes) sino también será, al mismo tiempo, un caso de uso de fuerza armada contra el Estado territorial, porque es un uso de la fuerza en el territorio de ese Estado sin su consentimiento. Esto significa que cada acto de ataque contra blancos o de abrir fuego deberá cumplir con el derecho de los conflictos armados internacionales.

Con respecto a la detención y la condición de los combatientes, una inquietud que expresan algunos autores es que decir que existe un conflicto armado internacional entre un Estado y un grupo no estatal implicaría que los combatientes del grupo no estatal tendrían inmunidad de combatiente, o tendrían derecho a la condición de prisionero de guerra. No obstante, esta conclusión no se desprende de la afirmación de que el Estado extranjero está involucrado en un conflicto armado internacional con el Estado territorial y que tales hostilidades están vinculadas con aquellas en contra del grupo no estatal. Una cosa es afirmar que se aplica el derecho de los conflictos armados internacionales en tanto que otra cosa es ver *cómo* se aplican esas normas. Aplicar el derecho de los conflictos armados internacionales no garantizaría inmunidad a los combatientes ni otorgaría la condición de prisionero de guerra a los combatientes del grupo no estatal, ya que no se cumplirían, en prácticamente todos los casos, con los criterios para estas condiciones. En primer lugar, los combatientes aquí analizados no estarían luchando, por definición, en nombre del Estado o le pertenecerían ya que solo estaríamos hablando de casos donde el Estado

territorial (u otro Estado) no se encontraría involucrado en las hostilidades directa o indirectamente. Si los combatientes del grupo no estatal pertenecieran a otro Estado, el conflicto sería indudablemente internacional. En segundo lugar, ellos no cumplirían usualmente los otros criterios para ser considerados prisioneros de guerra.

Empero, quedan preguntas por responder con respecto a si los miembros de un grupo no estatal deberían gozar de los beneficios que el resto de la población goza. Particularmente, si son detenidos, ¿se les debe otorgar la protección que tienen los civiles con arreglo al IV. Convenio de Ginebra? La respuesta a esta pregunta depende, primero, de la aplicabilidad del Cuarto Convenio de Ginebra a las personas que toman parte en las hostilidades pero no gozan de la condición de prisionero de guerra.¹⁸⁹ Las opiniones al respecto están divididas, pero la mejor posición es que tales personas, siempre que cumplan con los criterios de nacionalidad conforme al Artículo 4 de ese Convenio, tendrán, en principio, derecho a la protección brindada en el IV. Convenio de Ginebra, sujeto a las posibles limitaciones impuestas de conformidad con el Artículo 5 de ese convenio.¹⁹⁰ La siguiente pregunta que cabe plantearse sería si las reglas relativas a la detención tendrían aplicación dado que las mismas están restringidas a la protección de personas en el territorio del beligerante y en situaciones de ocupación. En ausencia de una ocupación beligerante, podría afirmarse que los beligerantes no privilegiados en el campo de batalla no estarían cubiertos por esas disposiciones del Cuarto Convenio de Ginebra relativas a la detención.¹⁹¹ Además de estas preguntas, en principio, no hay razón por la cual las personas ubicadas en el territorio donde tuviera lugar un conflicto debieran estar privadas de la protección que comúnmente tendrían derecho de recibir frente a una fuerza extranjera. Si una persona fuera capturada y detenida por un Estado extranjero, es imposible considerar cómo la condición de dicha persona en calidad de civil inmerso en un conflicto armado internacional

¹⁸⁹ Para un análisis más profundo, véase Dörmann, *Unlawful Combatants*; R. Baxter, "So-Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas and Saboteurs" (1951) 28 *British Yearbook of International Law* 325; D. Jinks, "The Declining Significance of POW Status" (2004) 45 *Harvard Journal of International Law* 367; L. Vierucci, "Prisoners of War or Protected Persons *qua* Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantanamo Bay Detainees are Entitled" (2003) 1 *Journal of International Criminal Justice* 284; J. Callen, "Unlawful Combatants and the Geneva Conventions" (2004) 44 *Virginia Journal of International Law* 1025.

¹⁹⁰ Para un análisis más amplio, véase Dörmann, *Unlawful Combatants*.

¹⁹¹ *Ibid.*

debiera reemplazarse por la afirmación de que la persona es un combatiente de un conflicto armado sin carácter internacional. Tales personas están protegidas por los Convenios de Ginebra y no pierden su condición de civil porque pudieran haberse involucrado en actos que son hostiles al Estado extranjero.

Para resumir, el derecho aplicable a los conflictos transnacionales entre un Estado extranjero y un grupo no estatal es el derecho de los conflictos armados internacionales cuando un Estado extranjero interviene sin el consentimiento del Estado territorial. Esta aplicación del derecho que trata sobre los conflictos armados internacionales es consistente con las razones subyacentes de la distinción entre los conflictos armados internacionales y aquellos que carecen de un carácter internacional. En el caso de conflictos con grupos no estatales en el territorio de otro Estado, hay pocas razones para aplicar las normas más limitadas de los conflictos sin carácter internacional, ya que el conflicto no es un asunto interno. La soberanía y las razones de autonomía del Estado que se utilizan para justificar la aplicación de normas más limitadas en aquellos conflictos armados que carecen de un carácter internacional no tienen razón de ser cuando el Estado está actuando fuera del territorio. El respeto a la soberanía del Estado extranjero no debería aplicarse cuando ese Estado actúa fuera de su territorio, ya que la soberanía y la autonomía del Estado territorial también están en pugna. Lo más importante es que el Estado territorial tiene intereses en juego: intereses en la protección de su territorio y de su población civil e infraestructura.