

Protección de los civiles en los conflictos armados mediante la represión criminal internacional

DRA. JESSICA MARÍA ALMQVIST

Profesora contratada de Derecho internacional público. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES. 3. EL LEGADO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CODIFICADO. 3.1. *El origen de la diferenciación en la protección debida a los civiles.* 3.2. *Los límites del artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra* 3.2.1. La reafirmación de la protección diferenciada. 3.2.2. La ambigüedad del status de los grupos armados no estatales. 3.2.3. La ausencia de mecanismos de control del cumplimiento. 3.3. *Los avances logrados por el Protocolo Adicional II.* 3.3.1. Los avances en la protección debida a los civiles. 3.3.2. Los requisitos. 3.3.3. La cuestión sobre los mecanismos de control. 4. LAS CONTRIBUCIONES DE LOS PRIMEROS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD HOC. 5 LA REPRESIÓN DE LOS CRÍMENES GRAVES MEDIANTE LA «SECURIZACIÓN» INTERNACIONAL. 5.1. *La relevancia de la Responsabilidad de Proteger.* 5.2. *El empoderamiento de las operaciones de paz.* 6 LA «JUDICIALIZACIÓN» INTERNACIONAL: OBSTÁCULOS ACTUALES. 6.1. *La detención de los presuntos responsables.* 6.2. *Los medios para la obtención de la prueba.* 6.3. *Los crímenes cometidos por los grupos armados no estatales.* 7. CONCLUSIÓN.

RESUMEN. El diseño de políticas en el campo de la seguridad colectiva durante las dos últimas décadas se caracteriza por una serie de esfuerzos para dotar de efectividad a las normas internacionales relativas a la protección debida a los civiles en los conflictos armados. En su mayoría los

conflictos actuales son enfrentamientos internos entre fuerzas estatales y grupos armados disidentes que recurren a ataques armados u otros actos violentos dirigidos contra la población civil con efectos devastadores sobre ella. Los nuevos mecanismos internacionales que han sido creados para contrarrestar la vulnerabilidad de los civiles (como la expansión de los mandatos de las operaciones de paz para que puedan recurrir a la fuerza en su defensa y el enjuiciamiento internacional de los responsables por crímenes graves contra ellos) representan avances significativos hacia el desarrollo de un régimen internacional humanitario que es capaz de otorgar una protección real a los civiles con independencia del tipo de conflicto en el que se encuentran. No obstante, como se argumentará en el presente estudio, la implementación de estos mecanismos en el marco de los conflictos armados internos se ha visto obstaculizado por ciertos rasgos característicos, como la asimetría entre las partes o la dificultad de determinar el estatus de los grupos armados no estatales, su distinción de los civiles y aclarar y tipificar los hechos en cada caso. En este contexto, considerará la experiencia de las operaciones de paz y los tribunales penales internacionales en el proceso de hacer efectivo sus mandatos relativos a la promoción de la justicia.

ABSTRACT. The last two decades of policy-making in the area of collective security are characterized by a series of efforts aimed at guaranteeing the protection of civilians in armed conflicts. The majority of current conflicts in focus amounts to confrontations internal to the state between state forces and non-state armed groups, involving armed attacks and other violent acts directed against civilian populations with devastating humanitarian effects. The new international mechanisms that have been created to counter the vulnerability of civilians, including the authorization of peace operations to resort to force in their defence as well as international prosecutions of those responsible for grave crime, represent striking advances in the construction of an international humanitarian regime that is able to grant real protection to civilians regardless of the type of conflict in which they are located. Nevertheless, as argued in the present article, the implementation of the new mechanisms have been hampered in the context of internal armed conflicts due to features associated with them, such as the asymmetry between the parties as well as the difficulties to define the status of armed non-state groups, to distinguish them from civilians, and to establish and characterise the facts in each case. In this light, the study analyses the experiences of peace operations and international criminal tribunals when seeking to give effect to their mandates related to the promotion of justice.

Palabras clave. Protección de personas civiles; conflictos armados; Derecho internacional humanitario; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; justicia penal internacional; Corte Penal Internacional.

Keyword. Protection of civilians; armed conflict; international humanitarian law; UN Security Council, international criminal justice, International Criminal Court.

1. INTRODUCCIÓN

Los conflictos armados tienen efectos devastadores para los civiles. La preocupación internacional por la vulnerabilidad de esta categoría de personas que se encuentra protegida por el derecho internacional humanitario se ha acentuado en el periodo de la postguerra fría como resultado de un aumento de los ataques u otros actos violentos contra los civiles como método de guerra en los enfrentamientos armados entre fuerzas estatales y grupos no estatales. El hecho de que tales ataques y actos se hayan condenado con fundamento en el derecho internacional humanitario codificado y el derecho internacional de los derechos humanos y, más recientemente, hayan sido criminalizados en el derecho internacional penal no ha tenido un impacto evidente en la conducta de las partes en los conflictos actuales que eligen sus métodos de guerra en ignorancia de las prohibiciones y límites impuestos por las normas internacionales en vigor dentro de un contexto de impunidad endémica o casi absoluta.

El diseño de políticas multilaterales en el campo de la seguridad colectiva se caracterizan en las dos últimas décadas por una serie de esfuerzos internacionales destinados a abordar el reto que supone la frecuencia de los ataques armados u otros actos de violencia perpetrados contra personas civiles que no participan directamente en las hostilidades y por esta razón gozan de protección jurídica conforme al derecho internacional. En este proceso, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (el «Consejo» o el «Consejo de Seguridad», en adelante) ha asumido liderazgo en el avance de un conjunto de mecanismos o medidas internacionales que tienen por objeto dotar de eficacia a la protección debida a los civiles. En la resolución 1265 de 1999 en la que el Consejo manifestó por vez primera su disposición a ocuparse de esta cuestión, observó que «los civiles representan la gran mayoría de las víctimas en los conflictos armados y son objeto de ataques cada vez más frecuentes por los combatientes y elementos armados, en particular a causa de los actos de violencia dirigidos contra ella, especialmente contra las mujeres, los niños y otros grupos vulnerables,

así como contra los refugiados y los desplazados internos»¹. En la misma resolución, expresó su amargura por «la disminución del respeto de los principios y el derecho internacional humanitario, así como los principios y el derecho relativos a los derechos humanos y los refugiados durante los conflictos armados». En relación a este punto, subrayó la responsabilidad de los Estados en cuyos territorios están desarrollándose conflictos de carácter armado de acabar con la impunidad de quienes sean responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y violaciones graves del derecho humanitario internacional y llevarlos a juicio². Desde entonces, este órgano ha reiterado su disposición a examinar situaciones en las que se realizan «los ataques dirigidos deliberadamente contra las poblaciones civiles u otras personas protegidas y las violaciones sistemáticas, manifiestas y generalizadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional relativo a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado», ello con base en la asunción que representan amenazas para la paz y la seguridad internacionales³.

Las políticas públicas elaboradas por el Consejo de Seguridad con el propósito de enfrentar la extrema vulnerabilidad de los civiles en los conflictos armados actuales han venido a proporcionar un conjunto de medidas coercitivas tanto de carácter armado como no armado a fin de prevenir o reprimir la violencia organizada contra los civiles. Mientras la intervención armada para proteger a los civiles no está descartada ni en la teoría ni en la práctica si cuenta con la autorización del Consejo de Seguridad se percibe como una reacción especialmente problemática, aún más tras los efectos de los bombardeos de Libia en 2011 que causaron numerosos muertos civiles⁴. Además, cuatro años más tarde, el país se encuentra en un estado de guerra civil. Al mismo tiempo que la idea de la intervención humanitaria es objeto de fuertes críticas en las discusiones internacionales contemporáneas por el abuso del que es objeto, las medidas coercitivas que no impliquen el uso de la fuerza a gran escala se han vuelto más populares, entre las cuales figura la expansión de los mandatos de las operaciones de paz para que estas operaciones puedan adoptar las medidas necesarias en defensa a los civiles frente a las amenazas inminentes a su integridad física. Adicionalmente, es posible observar el fomento de una aproximación a la protección de los civiles extendiendo la

1. Resolución 1265 del Consejo de Seguridad, de 17 de septiembre de 2015, preámbulo.
2. *Ibidem*, párr. 6.
3. Resolución 1296 del Consejo de Seguridad, de 19 de abril de 2000, párr. 5.
4. Amnistía Internacional, *Las víctimas olvidadas de los ataques de la OTAN* (Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2012).

adopción de medidas que se centran en la promoción de la justicia a fin de enjuiciar a los responsables por la comisión de los crímenes graves, como los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra contra los civiles. La creación de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda en 1993 y 1994 respectivamente han sido acompañadas de múltiples iniciativas similares posteriores, como el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal Especial para Líbano. De hecho, a pesar del progresivo distanciamiento entre el Consejo de Seguridad y los tribunales penales internacionales o híbridos en el proceso de la creación de estos últimos, el Consejo mantiene el interés en la justicia penal internacional como medida para acabar con la comisión de crímenes graves contra los civiles en el marco de los conflictos armados⁵.

Los nuevos mecanismos internacionales que se han establecido—la expansión de los mandatos de las operaciones de paz y el enjuiciamiento de los responsables por crímenes graves ante los tribunales penales internacionales o híbridos—representan avances significativos hacia la creación de un régimen internacional humanitario que es capaz de otorgar una protección real a todos los civiles con independencia del carácter del conflicto en el que se encuentran. No obstante, como argumentará el presente estudio, la implementación de tales mecanismos ha sido obstaculizado por diferentes factores que van desde la falta de los recursos suficientes para hacer efectiva la protección debida a los civiles a la politización en la selección de las situaciones de conflicto armado que en la opinión del Consejo de Seguridad requieren la adopción de medidas internacionales de protección. Otros factores relevantes que dificultan el proceso de dotar de efectividad a la protección están vinculados con los rasgos que caracterizan los conflictos actuales, como la asimetría entre las partes al igual que la dificultad de determinar el estatus o la identidad de los miembros de los grupos armados no estatales, distinguiéndoles de los civiles y también aclarar y tipificar los hechos en cada caso. Sobre estas cuestiones, el estudio ofrecerá un análisis de la experiencia de los miembros de las operaciones de paz y los jueces de los tribunales penales internacionales que son activos en el proceso de implementar los mandatos relacionados con la promoción de la justicia como medio de protección. De particular interés resulta examinar como los jueces internacionales han enfrentado los obstáculos anteriormente mencionados en el proceso de enjuiciar a los

5. Jessica ALMQVIST, «A Human Rights Appraisal of the Limits to Judicial Independence for International Criminal Justice», *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 n° 1, 2015, pp. 91-112.

responsables por crímenes graves cometidos contra los civiles. Como expondremos, las sentencias de los tribunales penales internacionales con el mandato de enjuiciar a los responsables por crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en el marco de conflicto armado interno ponen de relieve la medida en que estos obstáculos afectan la capacidad de juzgar a los responsables sin contar con la cooperación de otros actores internacionales, como los Estados y las operaciones de paz. Los dilemas generados en el contexto de la implementación de las iniciativas son notables con respecto al enjuiciamiento de los líderes de los grupos armados no estatales que difieren en muchos aspectos a las fuerzas armadas estatales con respecto a la organización, la disciplina interna y el mando. Otra dificultad es aplicar correctamente la distinción entre los civiles y las personas que participan en las hostilidades. Finalmente, los juicios analizados ponen de relieve la dificultad de determinar los hechos cuando sea necesario contar con testigos confiables como el único medio de prueba sin poder recurrir a métodos técnicos (DNA) o documentación alguna. En relación a este punto, el estudio señalará que la manipulación de los testimonios es un problema recurrente que ha obligado a los tribunales a ocuparse de casos de obstrucción de la justicia.

El estudio está estructurado en cinco partes. El punto de partida del análisis son las transformaciones de los conflictos armados desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad con un énfasis puesto en los rasgos de la mayoría de los conflictos armados que han dominado el periodo de la postguerra fría, entre las cuales figura el aumento de los ataques armados u otros actos de violencia dirigidos contra los civiles (sección II). Luego expondremos el desarrollo progresivo de las normas internacionales que regula la conducta por las partes en los conflictos armados internos mediante la codificación del derecho internacional humanitario. En este contexto, se destacarán los problemas relacionados con el régimen internacional humanitario que fue construido y consolidado durante la guerra fría con un enfoque en los conflictos armados internos. En esta parte, el estudio identificará las estrategias empleadas por los Estados negociadores de los principales tratados multilaterales para marginar los conflictos armados internos, entre los cuales apuntaremos los siguientes: (1) la introducción de la distinción entre los conflictos armados internacionales y no internacionales lo que ha legitimado una diferenciación en el grado de protección debida a los civiles dependiendo del carácter del conflicto; (2) el mantenimiento de la ambigüedad sobre el estatus jurídico de los grupos armados no estatales junto a la denegación de cualquier privilegio de sus miembros al ser capturados o detenidos por las fuerzas

armadas estatales; (3) la preferencia de no incluir una definición de «combatiente» lo que ha conducido a la legitimación de políticas estatales consistentes en la determinación del estatus jurídico de los miembros de los grupos armados no estatales conforme al Derecho nacional; y (4) la ausencia de mecanismos internacionales en caso de violaciones graves del derecho internacional humanitario a favor de la promoción de los mecanismos nacionales y la reafirmación del principio de no intervención (sección III). En la cuarta sección examinaremos los cambios que han tenido lugar desde el final de la guerra fría, en concreto, como la *securización* internacional de los conflictos armados internos que se extienden a ataques u otros actos violentos contra la población civil mediante la activación del Consejo de Seguridad ha aumentado las expectativas sobre la posibilidad de crear un régimen internacional humanitario capaz de garantizar la protección de los civiles mediante la adopción de medidas coercitivas. En relación a este cambio, el presente estudio prestará atención a la relevancia de la retórica de la Responsabilidad de Proteger en el fomento de la opinión pública internacional que destaca la necesidad de expandir las competencias otorgadas al Consejo de Seguridad de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas para que este órgano pueda reaccionar de modo rápido y firme frente a las situaciones de violaciones graves y sistemáticas del Derecho internacional humanitario con el objeto de poner fin a éstas. En la misma sección, se examinarán las dos medidas principales que promueve el Consejo de Seguridad a fin de proteger a los civiles: de un lado, la protección armada ofrecida por las operaciones de paz y, de otro lado, la protección no armada consistente en la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de crímenes graves. No obstante, a pesar del avance de los nuevos mecanismos internacionales prevalecen dudas sobre cuándo y cómo las operaciones de paz deben actuar para garantizar la protección de los civiles en situaciones concretas, considerando su compromiso de actuar conforme a los principios de imparcialidad y responsabilidad (sección IV). La sección siguiente se centrará en los obstáculos enfrentados en el proceso de enjuiciar a los responsables por los crímenes graves en los conflictos armados internos. A pesar de los esfuerzos de superar o remediar la fragilidad del derecho internacional humanitario mediante la *securización* internacional, el establecimiento de los tribunales penales internacionales e híbridos ha obligado a los jueces internacionales a aplicar e interpretar el derecho internacional humanitario tal como se consolidó en la guerra fría con todas sus ambigüedades a fin de tipificar los hechos cometidos durante los conflictos armados que en el momento de los enjuiciamientos todavía no han terminado. En relación a estas

cuestiones, analizaremos unas sentencias relativas al enjuiciamiento de miembros de los grupos armados no estatales, con un énfasis especial en las respuestas dadas por los jueces internacionales a los problemas identificados (sección V). La última sección está dedicada a las conclusiones (sección VI).

2. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES

Las transformaciones de los conflictos armados durante el siglo XX—desde los conflictos armados internacionales entre los estados hacia los conflictos armados en los que se enfrentan las fuerzas armadas estatales y grupos armados de oposición u otros actores armados no estatales—han coincidido con el aumento de ataques armados u otros actos violentos dirigidos contra la población civil con efectos humanitarios devastadores⁶. Al mismo tiempo, el periodo de la postguerra fría representa un declive tanto en los conflictos armados internacionales como los no internacionales o los internos con un aumento ligero de estos últimos a partir del 2001⁷. Entre 2008 y 2015, el número total de conflictos armados ha bajado desde 63 a 40. Estas cifras constituyen aproximaciones, tomando en cuenta que los centros de investigación que se ocupan de las cuestiones relativas a las tendencias de los conflictos armados, como el *Instituto Internacional de la investigación para la paz* en Estocolmo (SIPRI)⁸ y el *Instituto Internacional de Estudios Estratégicos* en Londres⁹, no coinciden de todo en los criterios que han de reunirse para que un conflicto sea armado. Discrepan especialmente sobre el grado de intensidad exigido. Unos centros distinguen entre tres niveles de intensidad centrándose en el número de muertos relacionados con el combate. Los conflictos de baja intensidad se refieren a aquellos conflictos que causan entre 25 y 299 muertes relacionados con el combate por año. Los conflictos armados de media intensidad son aqué-

6. Therése Pettersson & Peter Wallensteen, «Armed Conflict, 1946-2014», *Journal of Peace Research*, vol. 52, n° 4 (2015), pp. 536-550.

7. Véase los datos registrados por la Universidad de Uppsala sobre los «Armed Conflict by Type, 1946-2013», UCDP, 2014, disponibles en: http://www.pcr.uu.se/digitalAssets/66/66314_1armed-conflict-by-type.pdf, y los datos registrados en «Global Trends in Armed Conflict, 1946-2014», analizados por el Centro de Paz Sistémico basada en Viena, disponibles en: <http://www.systemicpeace.org/conflictrends.html>.

8. *SIPRI Yearbook 2015* (Oxford: Oxford University Press, 2015).

9. De acuerdo con el *Armed Conflict Survey 2015*, preparado por el Instituto Internacional de Estudios Estratégicos en Londres y editado por Nigel Inkster, había 42 conflictos armados activos en 2014.

llos que causan entre 300 y 999 muertes relacionadas con el combate por año. Finalmente, los conflictos armados de alta intensidad (en términos coloquiales, son guerras civiles) se refieren a los conflictos armados que producen al menos 1,000 muertes relacionadas con el combate por año. En 2014, el conflicto más violento es el de Siria luego Iraq, Afganistán, Nigeria, Pakistán, Ucrania (Donetsk), Sudán del Sur, Israel (Palestina), Yemen, Ucrania (Novorossiya) y Somalia¹⁰.

La mayoría de los conflictos armados de la postguerra fría son *internos* en el sentido de constituir enfrentamientos entre las fuerzas armadas estatales y grupos armados no estatales o entre grupos armados no estatales únicamente¹¹. Esta realidad ha generado la introducción de matices adicionales sobre el carácter de los conflictos actuales. De acuerdo con la Universidad de Uppsala podemos distinguir entre tres categorías de conflictos: (1) los conflictos armados en los que al menos una parte es el gobierno de un Estado; (2) los conflictos en los que las partes son grupos armados no estatales únicamente; y (3) los episodios de violencia organizada de carácter unilateral. Mientras la primera se refiere a un conflicto en el que una de las partes es el gobierno de un estado y la otra parte es un grupo armado organizado, en el segundo tipo de conflicto ninguna de las partes es un gobierno de un estado. Finalmente, la tercera categoría se refiere a episodios del uso de la fuerza armada contra la población civil ya sea por parte del gobierno de un estado o por un grupo armado formalmente organizado. La gran parte de los conflictos activos exponen elementos de las tres categorías. A ello hay que añadir que a pesar del énfasis de ser conflictos internos, muchos de los conflictos activos exponen aspectos internacionales como consecuencia de que terceros Estados se involucran en ellos. Entre los 40 conflictos armados registrados en 2014, solo uno de ellos (India-Pakistán) era interestatal. El resto eran internos en el sentido de desarrollarse en el territorio de un estado aunque 13 (o 33%) se han internacionalizado en el sentido de que uno o más estados extranjeros han contribuido con tropas a uno o ambos lados del conflicto. Así ocurre con los conflictos de Afganistán, Azerbaiyán (Nagorno-Karabakh), Irak, Mali, Nigeria, Somalia, Sudán del Sur, Uganda, Ucrania (Donetsk), Ucrania (Lugansk), Ucrania (Novorossiya), Estados Unidos (el conflicto con Al-Qaeda) y Yemen. Los datos de 2014 ponen de relieve un aumento de conflictos internacionalizados en comparación con 2013 cuando 27%

10. Thérèse Pettersson & Peter Wallensteen (2015), *op. cit.*, p. 539.

11. Véase, por ejemplo, Paul WILLIAMS, ed, *Security Studies. An Introduction* (London, Routledge, 2008), p. 161.

de los conflictos registrados tuvieron estas características. La involucración de los actores externos en los conflictos internos no es un fenómeno nuevo. Aún así, es notable que los datos de 2014 son los más altos desde el final de la Segunda Guerra Mundial. EEUU y Rusia han sido los estados extranjeros más involucrados durante 2014, el primero en cuatro y el segundo en tres de los conflictos internacionalizados. Asimismo, Jordania, Reino Unido, Bélgica y Francia estuvieron involucrados en tres conflictos cada uno. Mientras EEUU ha sido más activo desde 2001, los desarrollos recientes en Ucrania han producido que la involucración de Rusia se haya intensificado. Se entiende que la presencia de tropas extranjeras y el apoyo militar externo a un conflicto interno hacen que sean más prolongados y sangrentes¹².

Otro rasgo de los conflictos armados que marcan el periodo de la postguerra fría es la asimetría de las partes con respecto a su capacidad militar y por lo tanto sus respectivos métodos o instrumentos de guerra. Mientras unas partes cuentan con fuerzas tecnológicamente avanzadas lo que les permite recurrir a medios como el bombardeo aéreo guiados por el láser o el uso de los drones, otras partes no las tienen. Estas últimas tienden a recurrir a medios no convencionales para conseguir el agotamiento psicológico del enemigo, induciendo el miedo, el odio y el terror, mediante el uso de armas de bajo coste que aprovechan del efecto sorpresa, como en el caso del derribo de aviones civiles, el uso de las armas explosivas en zonas pobladas u otros tipos de actos violentos contra la población civil¹³. Aunque el fenómeno de las guerras asimétricas no es fenómeno nuevo ha vuelto a ser más frecuente desde los ataques de 11-S. Actualmente, el caso paradigmático es el bombardeo aéreo y el uso de los drones por Estados Unidos, Francia y sus aliados contra el Estado Islámico («ISIS», en adelante) en Siria e Irak.

Un tercer rasgo relacionado con el segundo es el alto grado de victimización que causan los conflictos armados actuales. En relación a esta cuestión, es notable que el número de víctimas mortales relacionado con el combate ha subido en los últimos cinco años a pesar de haberse reducido

12. Therése Pettersson & Peter Wallensteen (2015), op cit, p. 537.

13. Por ejemplo, Eyal BENVENISTI, «The Legal Battle to Define the Law on Transnational Asymmetric Warfare», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, n° 3 (2009), pp. 339-360. Además, David CORTRIGHT, Rachel FAIRHURST y Kristen WALL (co-editores), *Drones and the Future of Armed Conflict. Ethical, Legal, and Strategic Implications* (Chicago, Chicago University Press, 2015).

en el mismo periodo el número total de conflictos armados¹⁴. De acuerdo con el *Programa de Datos sobre Conflictos* de la Universidad de Uppsala, los datos del 2014 son especialmente preocupantes ya que exhiben al menos 126,059 fallecimientos como consecuencia de violencia organizada. Así se considera 2014 como el año más violento desde el genocidio de Ruanda en 1994¹⁵. En todo caso, los datos de la Universidad de Uppsala son frecuentemente criticados por infravalorar el número de muertes relacionadas con el combate. Otros centros de investigación, por ejemplo, el Instituto Internacional de Estudios Estratégicos en Londres, estiman que 180,000 personas fallecieron en guerra en 2015¹⁶. La extrema violencia en Siria al igual que el empeoramiento de las situaciones en Irak, Afganistán, Ucrania y también en Nigeria explican estos datos. En este momento, el Medio Oriente es la región más violenta aunque si consideramos todo el periodo de postguerra (1989-2014), África emerge como la región que más violencia ha albergado en comparación con otras¹⁷.

Los civiles se encuentran especialmente vulnerables en los conflictos contemporáneos. En 2003 la *Estrategia Europea de Seguridad* afirmó que aproximadamente 90 por ciento de las personas que mueren en los conflictos armados son civiles aunque no todos por la violencia organizada¹⁸. El porcentaje fue reafirmado en el informe de la Seguridad Humana publicado en 2005¹⁹. La afirmación que los civiles —entre ellos, las mujeres y niñas, los niños y ancianos— representan la gran mayoría de víctimas mortales en estos conflictos es ampliamente aceptada aunque el porcentaje exacto ha sido objeto de polémicas. En 2014 *American Journal of Public*

-
14. *Nota bene* que entre 2013 y 2014, el número de conflictos subió, desde 34 a 40 conflictos, que es el número más alto desde 1999. Al mismo tiempo, en el periodo de la postguerra fría el año 1991 sigue siendo el más crítico con 51 conflictos activos. Para los datos empíricos relevantes, véase Therése Pettersson & Peter Wallensteen, «Armed conflicts, 1946-2014», *Journal of Peace Research*, vol. 52, n°4 (2015), pp. 536-550, en la página 537.
 15. Eric MELANDER, «Organized Violence in the World 2015. An Assessment of the Uppsala Conflict Data Program», *Uppsala Conflict Data Program* (agosto de 2015), pp. 1-9, disponible en: http://www.pcr.uu.se/digitalAssets/66/66310_1ucdp-paper-9.pdf.
 16. *Armed Conflict Survey 2015*, *op. cit.*
 17. Thérèse Pettersson & Peter Wallensteen (2015), *op. cit.*, p. 536. No obstante, en relación con este punto es importante tomar en cuenta que África es ahora una región más pacífica en comparación con la situación de la misma región en el comienzo de los noventa.
 18. *Una Europea Segura en un Mundo Mejor. Estrategia Europea de Seguridad*, adoptado por el Consejo Europeo en Bruselas, 12 de diciembre de 2003), p. 2.
 19. Human Security Centre, *Human Security Report 2005: War and Peace in the 21st Century* (New York: Oxford University Press, 2005).

Health publicó un artículo que reafirmó que entre 85 y 90 por ciento de las víctimas mortales en los conflictos armados son civiles²⁰. Para ilustrar estos datos, se estima que entre los dos millones de personas que han muerto en la guerra de Sudán (de 1983 a 2002), 55,000 de las muertes son relacionadas con el combate. Además, se considera que aproximadamente 5,4 millones de personas han muerto en el conflicto de la República Democrática del Congo que comenzó en 1998 como consecuencia del genocidio en Ruanda aunque la mayoría por enfermedades prevenibles. De hecho, se aprecia que las muertes relacionadas con el combate representan solo un diez por ciento del número total de los fallecimientos en los conflictos armados. La causa principal por la mortalidad son las hambrunas y las enfermedades prevenibles que son típicas en las zonas de combate.

Al mismo tiempo que contamos con este tipo de estimaciones sobre el alcance de la victimización en los conflictos armados es ampliamente conocido que resulta especialmente difícil documentar el número exacto de bajas civiles. En su informe sobre la protección de la población civil, publicado en 2015, el Secretario General de Naciones Unidas, admite que la organización no cuenta con datos confiables y recomienda el establecimiento de «un sistema común de las Naciones Unidas para el registro sistemático de las víctimas civiles, como parte de las medidas más amplias encaminadas a supervisar las violaciones del derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos e informar sobre ellas»²¹. Otro factor que fomenta la incertidumbre sobre el número de víctimas civiles es la falta de un consenso internacional sobre la definición de «víctima de los conflictos armados». Desde la perspectiva de derecho internacional esta definición no debe ser limitada a las personas fallecidas como consecuencia de ataques indiscriminados u otros actos violentos sino englobar las personas que han sufrido perjuicios o lesiones como consecuencia de otros actos contrarios al derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos. En este espíritu los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* de 2005, establecen que «se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocio-

20. William H. WIST *et al*, «The Role of Public Health in the Prevention of War: Rationale and Competencies», *American Journal of Public Health*, vol. 104, n° 6 (2014), pp. 34-47.

21. *Informe del Secretario General sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, doc. S/2015/453, de 18 de junio de 2015, párr. 67.

nal, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario». Además, «cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización»²². Como afirma el Secretario General en su informe sobre la protección de los civiles de 2015 ya mencionado, los civiles no se mueren en ataques selectivos o indiscriminados únicamente. Además, «son torturados, tomados como rehenes, reclutados por la fuerza para formar parte de grupos armados, desplazados de sus hogares y separados de sus familias, se les hace desaparecer y se les niega la posibilidad de atender sus necesidades más básicas. Los ataques directos contra escuelas y hospitales se han convertido en características comunes a muchos conflictos armados»²³. Al mismo tiempo, ha de recordarse que en ciertos casos puede resultar difícil distinguir entre los miembros de los grupos armados y los civiles en los conflictos armados actuales, considerando la participación de los civiles, que tienen una relación compleja con los grupos armados no estatales²⁴. El reto que supone la distinción en la práctica entre civiles y no civiles se acentúa cuando las instituciones del Estado son frágiles o no existentes, lo que oscurece la diferencia entre lo público y lo privado²⁵.

Los estudios dedicados al análisis de la naturaleza de los conflictos armados que caracterizan el periodo de la postguerra fría han fomentado la idea de que se trata de «nuevas guerras» debido a que, por lo general, no son enfrentamientos entre dos o más estados que disponen de sus fuerzas armadas regulares. De hecho, aunque los conflictos interestatales convencionales no han desaparecido por completo, en la actualidad, son relati-

22. Párr. 8 de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, instrumento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 60/147 el 16 de diciembre de 2005.

23. *Informe del Secretario General sobre la protección de los civiles en los conflictos armados* (2015), *op. cit.*, párr. 4.

24. Emily CRAWFORD, *Identifying the Enemy. Civilian Participation in Armed Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 2015).

25. Andreas WENGER y Simon J.A. MASON, «The civilianization of armed conflict: trends and implications», *International Review of the Red Cross*, vol. 90 n° 872 (2008), pp. 835-852 en 837 y 843.

vamente pocos en comparación con los conflictos internos con elementos internacionales y en este sentido mixtos. La tendencia de denominar los conflictos actuales como una representación de «nuevas guerras» ha sido criticada, considerando que las guerras asimétricas no son algo nuevo, lo que se pone de manifiesto, por ejemplo, en las experiencias vividas tanto en América Latina como en Asia durante la guerra fría o durante las guerras de liberación en el proceso de la descolonización del siglo XX. Tampoco es novedosa la explotación de la vulnerabilidad de los civiles ni por las fuerzas armadas estatales ni por los grupos armados no estatales. Al mismo tiempo, en su defensa deberíamos destacar que los estudios que enfatizan los elementos originales de los conflictos actuales tienden a enfocarse a la «guerra contra el terrorismo» en la que se enfrentan los Estados tecnológicamente avanzados con actores armados no estatales que operan en un espacio transnacional como Al Qaeda y, más recientemente, el ISIS que ha sido posible como resultado de la globalización con la construcción de nuevas infraestructuras de comunicación y transporte. De hecho, la investigación que pone énfasis en la originalidad de las nuevas guerras se centra en un nuevo tipo de violencia organizada que es una mixtura de guerra, crimen organizado y violaciones masivas de los derechos humanos. En estas guerras participan diversos actores tanto globales como locales, públicos y privados, por motivos políticos particulares, que recurren a estrategias armadas que sirven para aterrorizar y desestabilizar a pesar de haber sido prohibidas, condenadas y criminalizadas a nivel internacional²⁶.

Es más, mientras los conflictos armados internos con dimensiones internacionales no son novedosos en sí, lo cierto es que no tiene precedente el grado de *atención internacional* prestada a estos conflictos en el campo de la seguridad colectiva. La disposición para ocuparse de esta clase de conflicto a nivel internacional es debida a varios factores, entre los cuales figuran precisamente el alto grado de violencia organizada contra los civiles y el efecto desestabilizador de las atrocidades cometidas para el orden internacional. Asimismo, se ha de considerar el rol del régimen internacional de los derechos humanos al igual que la labor de los actores de la sociedad civil como las ONG y los periodistas con respecto a sus esfuerzos de investigar, publicar y difundir información sobre los hechos cometidos en los conflictos actuales. Es indudable que sus actividades han contribuido al fomento de una opinión pública internacional sobre la

26. Mary KALDOR, *New and Old Wars: Organised Violence in a Global Era*, 3ª ed. (London: Polity Press, 2012).

inaceptabilidad del alto grado de violencia organizada contra los civiles en los conflictos en el foco. Otro factor relevante es el fin (por lo menos temporalmente) de la guerra fría que impidió a los grandes poderes con asientos permanentes en el Consejo de Seguridad actuar conjuntamente frente a las situaciones que deberían haber sido caracterizadas como constituyendo amenazas para la paz y la seguridad internacionales. El final de la guerra fría en su momento implicó el término del antagonismo entre las dos superpotencias a favor de la reactivación del Consejo de Seguridad en los noventa a fin de responder a las amenazas para la paz y seguridad internacionales que suponían los acontecimientos que iban a marcar el comienzo del periodo de la postguerra fría: la invasión de Irak en Kuwait, los conflictos armados en Somalia y en Yugoslavia junto al genocidio en Ruanda²⁷.

3. EL LEGADO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CODIFICADO

La mayoría de los conflictos armados que ocupaban un lugar destacado en la agenda internacional de los años noventa eran de carácter interno. Se desarrollan en un contexto jurídico internacional que puede entenderse como relativamente frágil por no haber prestado el mismo grado de atención al sufrimiento de los civiles en los conflictos armados internos que en los conflictos armados internacionales. A su vez, todo el proceso de la codificación del derecho internacional humanitario que tuvo lugar tras la Segunda Guerra Mundial se caracteriza por la subordinación deliberada y sistemática de las atrocidades cometidas contra los civiles en los conflictos internos a favor de un enfoque en la conducta de las partes en los conflictos armados internacionales. El desinterés de los estados en el fomento de una regulación internacional más robusta para los conflictos internos está reflejado en el derecho humanitario codificado en diferentes sentidos. En primer lugar, el derecho convencional aplicable en los conflictos armados hace depender el grado de protección debida a los civiles del carácter del conflicto en el que se encuentran. Segundo, mantiene una ambigüedad destacada sobre el estatus jurídico internacional de los grupos armados disidentes o de oposición u otros grupos armados no estatales. Es ampliamente conocido que no otorga el estatus de combatientes o beligerantes a los miembros de estos grupos sino re-dirige la cuestión al

27. Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, «La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y posibles soluciones», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII (2012), pp. 365-406.

derecho nacional. En tercer lugar, el derecho humanitario codificado no establece un mecanismo de control para la vigilancia del cumplimiento de las normas aplicables en los conflictos internos ni prevé un procedimiento penal o civil en caso de incumplimiento. En continuación expondremos de modo más detallado este legado del régimen internacional humanitario.

3.1. EL ORIGEN DE LA DIFERENCIACIÓN EN LA PROTECCIÓN DEBIDA A LOS CIVILES

La política de distinguir entre el tipo de protección debida a los civiles en los conflictos armados dependiendo de su carácter ha estado presente desde el origen del proceso de la codificación internacional de las normas que en la opinión de los estados deberán gobernar la conducta de las partes. Los estados negociadores que participaron en las Conferencias de La Haya celebradas en 1899 y 1907 centraron sus esfuerzos en la codificación de un conjunto de reglas cuyo objeto es limitar la conducta de las partes en los conflictos armados internacionales. En palabras del Tribunal Internacional de Justicia, en estas dos conferencias «se desplegaron esfuerzos tendentes a la codificación de las “leyes y costumbres de la guerra”, como tradicionalmente se las llama, que en cierta medida se basaron en la Declaración de San Petersburgo de 1868, así como en los resultados de la Conferencia de Bruselas de 1874». De acuerdo con el mismo Tribunal, este derecho de La Haya «estableció los derechos y las obligaciones de los beligerantes por lo que respecta a la conducción de las operaciones y limitó la elección de los métodos y medios para dañar al enemigo en conflictos armados internacionales»²⁸. Es un hecho notorio que los conflictos armados no internacionales o internos no recibieron el mismo grado de atención en las negociaciones. Bien al contrario, se redujo a una referencia general a los principios de humanidad. De acuerdo con la cláusula insertada, en ambos tratados, generalmente conocida como *Cláusula Martens* por el diplomático ruso quien lo propuso: «En los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas» por los Estados partes, «las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios de derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exi-

28. *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996, *ICJ Reports 1996*, p. 256, párr. 75.

gencias de la conciencia pública»²⁹. En consecuencia durante el periodo de entre guerras no había convención alguna que regulase la conducta de las partes en los conflictos armados internos o exigiera la responsabilidad internacional civil o penal de cualquiera de las partes en caso de ataques u otros actos violentos cometidos en esos conflictos³⁰.

En términos generales, es de notar que las Conferencias de la Haya de 1899 y de 1907 estuvieron enfocadas principalmente a la necesidad de fortalecer la protección de los combatientes y no de los civiles. Uno de los resultados más significativos de las negociaciones que tuvieron lugar fue la codificación de unos principios básicos derivados de las leyes y las costumbres de guerra, como la prohibición del uso de armas, proyectiles o materiales que causan males superfluos o un sufrimiento innecesario en los conflictos armados internacionales³¹. En este momento, el interés fundamental fue limitar el sufrimiento excesivo de los soldados en vista de la memoria histórica de las guerras del siglo XIX en las cuales a los soldados se les dejaba morir en los campos de batalla sin ninguna asistencia. De hecho, la batalla Solferino de 1859 ocupa un lugar destacado en la narración sobre el desarrollo del humanitarismo moderno ya que dio origen al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y a los Convenios de Ginebra de 1949. Al mismo tiempo, los estados que participaron en las Conferencias no ignoraban por completo la vulnerabilidad de los civiles. Notablemente, conforme al artículo 25 de la Convención de la Haya de 1899, «queda prohibido atacar o bombardear ciudades, pueblos, casas o edificios que no están defendidos»³². No obstante, es llamativo

29. Un análisis más detallado de la cláusula y su relevancia en los conflictos armados actuales encontramos en Rupert TICEHURST, «La Cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 140 (1997), pp. 131-141.

30. Para profundizar en la evolución de las normas humanitarias para los conflictos armados internos anteriormente a la adopción de las Cuatro Convenios de Ginebra, véase, por ejemplo, Lindsay MOIR, «The Historical Development of the Application of Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts to 1949», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n°. 2 (1998), pp. 337-361.

31. Pero véase el *Convenio de Ginebra sobre los Heridos*, adoptado en el 1864.

32. *Convención II de la Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anexo*, adoptada en la Conferencia de la Haya celebrada en la Haya del 15 de mayo al 31 de julio de 1899. Véase, además, el artículo 25 del *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, adoptada el 18 de julio de 1907, según el cual: «Es prohibido atacar o bombardear, cualquier que sea el medio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos».

que los convenios carezcan de prohibiciones de los ataques armados u otros actos violentos, como el homicidio o la tortura, contra los civiles.

3.2. LOS LÍMITES DEL ARTÍCULO 3 COMÚN A LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA

La cuestión sobre cómo garantizar la no repetición de las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial era la principal preocupación de los estados negociadores de los Cuatro Convenios de Ginebra que fueron adoptados en 1949. En parte los convenios manifiestan la continuidad de la inquietud por los medios y métodos de guerra con efectos devastadores para los combatientes desde el momento de la codificación del Derecho de la Haya. En este sentido, prevalece el interés en avanzar la regulación de estos métodos a fin de impedir los males superfluos y el sufrimiento innecesario de esta categoría de personas. Pero más allá esto incorpora el interés de una opinión pública compartida entre los estados negociadores acerca de la necesidad de prestar más atención a la suerte de las víctimas de los conflictos armados mediante la prohibición de actos violentos o crueles contra personas que no participan directamente en las hostilidades, no sólo los soldados enfermos, heridos, capturados («prisioneros de guerra») o náufragos, pero también la población civil y las personas civiles. Al mismo tiempo, es llamativo que los Cuatro Convenios de Ginebra carecen de una reafirmación de la prohibición del bombardeo aéreo de las ciudades y los pueblos que había sido incluida en los convenios y reglamentos adoptados en las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907. El silencio es difícil de justificar moralmente, considerando los grandes sufrimientos de los civiles causados por los bombardeos de múltiples ciudades durante la Segunda Guerra Mundial. La ausencia de la prohibición en los Cuatro Convenios se explica como una consecuencia de los intereses de los estados vencedores de esa guerra de no querer auto-limitarse en su trato de los movimientos de liberación de los pueblos viviendo en los territorios coloniales, cuestión que en el momento de celebrarse los Cuatro Convenios todavía se consideraba parte de la categoría de «asuntos internos» de las potencias coloniales.

3.2.1. La reafirmación de la protección diferenciada

A pesar del hecho de que las negociaciones previas a la adopción de los Cuatro Convenios de Ginebra se centraron en la necesidad de fortalecer la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, la experiencia de la Guerra Civil española también estaba presente en las

discusiones, gracias al movimiento humanitario que fue representado por la Cruz Roja. De hecho, la memoria de las brutalidades cometidas en esta guerra sin que hubiera un código internacional que las prohibiera de modo claro e inequívoco motivó la elaboración del artículo 3 común a los Cuatro Convenios, que está dedicada a la conducta de las partes en los conflictos armados no internacionales o internos. La redacción de esta disposición provocó el debate más extenso en la Conferencia Diplomática de 1949 en comparación con las demás disposiciones. La Cruz Roja insistió que los estados participantes en esta conferencia aceptasen la imposición de límites legales a sus tratos de grupos armados de oposición o los grupos rebeldes que tuvieron por objeto derrocar sus gobiernos en poder o liberarse de su autoridad mediante la secesión. Un borrador del artículo 3 común que había sido redactado por la Cruz Roja y que fue presentado por esta organización en 1948 mencionó explícitamente «las guerras civiles, los conflictos coloniales o las guerras de religión» como ejemplos de conflictos armados considerados como no internacionales. No obstante, estas precisiones fueron eliminadas de la formulación que en su redacción final fue aceptada, ello a coste de precisión y claridad con respecto a qué clase de conflicto armado se refería la disposición en cuestión.

Por lo que concierne al avance de la protección internacional otorgada a los civiles en los conflictos armados no internacionales o internos mediante la adopción del artículo 3 común, lo primero que hay que advertir es su reafirmación de la aplicabilidad de los principios de humanidad incorporados en la Cláusula Martens. De acuerdo con la nueva disposición, estos principios exigen un trato humano de todas las personas que no participan en las hostilidades. En concreto, requieren que las partes no distingan entre ellos de modo desfavorable en consideración de «la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo». Además, la disposición establece una serie de prohibiciones de carácter absoluto, que tienen que ser respetadas por las partes «en cualquier tiempo y lugar», y que se extienden a la condena de «los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios». Además, quedan prohibidas la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo judicial³³. El artículo 3 común es sumamente breve y por esta razón ha

33. Para una consideración más profunda de la protección establecida por el artículo 3 común, véase Araceli MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y el Derecho*

sido definido como una «convención miniatura». Su finalidad es establecer un marco normativo básico para regular la conducta de las partes en toda clase de conflicto armado. En este espíritu, el Tribunal Internacional de Justicia ha afirmado que el contenido material del artículo 3 común refleja «consideraciones elementales de humanidad» y los estándares mínimos aplicables en cualquier conflicto armado, internacional o no internacional³⁴. Al mismo tiempo, carece de una consideración directa de las víctimas de los conflictos armados que son civiles. Tampoco establece las garantías judiciales y las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad³⁵.

3.2.2. La ambigüedad del status de los grupos armados no estatales

Como ya se ha mencionado, los estados negociadores de los Cuatro Convenios mostraron resistencia frente a los argumentos sobre la necesidad de prestar el mismo grado de atención tanto a los conflictos armados internos como a los internacionales debido a que no quisieron auto-restringirse en la represión de los grupos armados disidentes en sus respectivos territorios y en los conflictos coloniales. Para ellos, era particularmente problemático equiparar a ambos tipos de conflictos armados porque implicaría otorgar a los miembros de los grupos disidentes el estatus jurídico de «beligerante». Significaría darles ciertos privilegios asociados con este estatus que son reconocidos en el derecho internacional humanitario, sobre todo la licencia de matar a los miembros de las fuerzas armadas estatales pero también los derechos de los que gozan los prisioneros de guerra entre los cuales figuran la inmunidad de jurisdicción. De hecho, darles el estatus de beligerantes implicaría que los actos de rebeldía cometidos por los miembros de los grupos armados disidentes o de oposición no podrían ser juzgados por los tribunales nacionales por lo demás competentes para enjuiciar a los responsables de crímenes cometidos en el territorio en el que se desarrolla el conflicto. Otra razón por la que los

internacional humanitario (Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1990), capítulo VI.

34. *Caso del Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania)*. Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 9 de abril de 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 22; *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*. Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia el 27 de junio de 1986, *ICJ Reports 1986*, p. 14; *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996, *op cit*, p. 226.
35. Sylvie JUNOD, «Additional Protocol II: History and Scope», *American University Law Review*, vol. 33 (1983), pp. 29-40.

estados negociadores no quisieron equiparar los dos tipos de conflictos objeto de regulación internacional fue que quisieron evitar el escenario en el que sus fuerzas armadas regulares podrían ser relegadas a ser una parte en un conflicto armado en el que la otra parte fuese un grupo armado disidente o rebelde que intentaba derrocar al gobierno o liberarse de su autoridad mediante la secesión. En términos jurídicos, la aceptación de tal caracterización de los actores en los conflictos armados internos significaría que las fuerzas estatales se encontrarían en pie de igualdad con los grupos armados no estatales.

Al final, los participantes en la redacción del artículo 3 común encontraron una solución a este dilema mediante la inclusión de una aclaración que denegaba explícitamente a los miembros de los grupos armados no estatales un estatus privilegiado en el sentido de establecer que su aplicación no tendrá «efectos sobre el estatus jurídico de las Partes en conflicto». La inserción de esta frase significa que el artículo 3 común se aplica con independencia del reconocimiento o no del estatus de los grupos armados no estatales. No obstante, implica reforzar la competencia del estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto armado para determinar el estatus de los grupos armados no estatales conforme al derecho nacional. De esta manera consigue impedir la posibilidad de que los grupos rebeldes, guerrillas o los terroristas pueden convertirse en beligerantes con privilegios e inmunidades en sus relaciones con las autoridades estatales salvo que sea lo que deseen estas últimas. De acuerdo con el artículo 3 común, los grupos no estatales solo pueden convertirse en beligerantes en un conflicto interno si el estado afectado decidiera celebrar acuerdos especiales que pondría en vigor, la totalidad o parte de las otras disposiciones del Convenio³⁶.

3.2.3 La ausencia de mecanismos de control del cumplimiento

Más allá de hacer depender el grado de protección debida a los civiles del carácter del conflicto, los Cuatro Convenios de Ginebra limitan los mecanismos de control con respecto a su aplicación en los conflictos armados internacionales. En relación con esta clase de conflictos, los Estados «se comprometen a respetar y a hacer respetar» el *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (IVCG) «en todas las circunstancias» (art. 1). Para hacer efectivo el cumplimiento de las normas humanitarias codificadas, este convenio establece una obligación para los Estados partes de difundir el texto «lo más ampliamente

36. G.I.A.D. DRAPER, «Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts», *Georgia Journal of International & Comparative Law*, vol. 13 (1983), pp. 253-277, en 266.

posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra» en sus respectivos países de modo que sus principios sean conocidos por el conjunto de la población. La obligación en cuestión se extiende a la incorporación del texto en los programas de instrucción militar y, si es posible, civil. Todas las autoridades, civiles, militares, de policía u otras que, en tiempos de guerra, asuman responsabilidades con respecto a las personas protegidas, deben tener el texto y ponerse al corriente de sus disposiciones³⁷.

Adicionalmente, por lo que concierne a los conflictos armados internacionales, los Estados están obligados a «tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio...». Además, tienen la obligación de «buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad». Pueden también, si lo prefieren, y de acuerdo con las condiciones establecidas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otro estado parte en el Convenio interesado, si éste ha formulado contra ellos cargos suficientes. Finalmente, deben tomar las «oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves...., los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio»³⁸. En el proceso de enjuiciamiento de los responsables los Estados tienen el deber de actuar de acuerdo de «garantías de procedimiento y de libre defensa». Las infracciones graves se refieren al homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, además, el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, etc.³⁹.

A diferencia de la atención prestada a los mecanismos para garantizar el cumplimiento de las normas humanitarias en los conflictos armados de índole internacional, el artículo 3 común guarda silencio sobre esta cuestión, limitándose a reconocer que «un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto», servicios que en cualquier caso los estados partes de los Convenios de Ginebra no se encuentran obligados a aceptar.

37. Art. 144 del IVCG.

38. Art. 146 IVCG.

39. Art. 147 del IVCG.

3.3. LOS AVANCES LOGRADOS POR EL PROTOCOLO ADICIONAL II

La adopción de los dos protocolos adicionales a los Cuatro Convenios de Ginebra en 1977 representó una solidificación de la diferenciación de la protección debida a los civiles dependiendo del carácter del conflicto. Mientras el primer protocolo está dedicado a los conflictos armados internacionales el segundo tiene como enfoque los conflictos no internacionales. Al mismo tiempo, el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* («PAII», en adelante), que es un complemento al artículo 3 común, representa un avance significativo en el desarrollo progresivo de las normas convencionales aplicables en los conflictos armados internos. Asimismo, ambos protocolos manifiestan una clara convicción relativa a la importancia de atender a la suerte de las víctimas de los conflictos armados. La idea de denominar el Derecho aplicable en las guerras como «humanitario» nace como consecuencia de este enfoque. El énfasis en la protección de las víctimas puede explicarse a la vista de los avances logrados hacia la construcción de un régimen internacional de los derechos humanos, manifestado mediante la celebración del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos instrumentos adoptados en 1966. A diferencia de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, el artículo 4(2) del PIDCP afirma la existencia derechos humanos de carácter absoluto, que no pueden ser derogados en ninguna circunstancia ni siquiera en situaciones de emergencia pública⁴⁰. La mencionada disposición destaca que así es el carácter del derecho a la vida, el derecho de no ser torturado o sometido a la esclavitud o la servidumbre y la libertad de conciencia⁴¹, lo que implica el reconocimiento de una obligación internacional para los Estados partes en el pacto de respetar estos derechos en todo momento, incluso en tiempos de guerra civil. La relevancia de los derechos humanos en los conflictos armados se subrayó en el documento final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que tuvo lugar en 1968⁴². Poco después, la Asamblea General de Naciones Unidas reafirmó

40. La primera cláusula relativa al «estado de emergencia pública» incorporada en el Derecho internacional de los derechos humanos encontramos en el artículo 15 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* de 1950.

41. Los derechos absolutos mencionados en este artículo son aquellos establecidos en los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18 del PIDCP.

42. *Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos*, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968, Naciones Unidas, Nueva York, 1968. Para una consideración del acta y su relevancia para la formación de la tesis sobre los derechos humanos en

explícitamente la misma tesis en distintas resoluciones, afirmando que «los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados»⁴³.

3.3.1. Los avances en la protección debida a los civiles

La posibilidad de negociar un tratado multilateral relativo a la conducta de las partes en los conflictos armados internos a fin de proteger a las víctimas de estos conflictos debe entenderse a la luz de la jurificación internacional de las obligaciones estatales en el área de los derechos humanos y el reconocimiento de la inderogabilidad de los derechos más fundamentales como la prohibición contra la tortura u actos crueles o inhumanos. El Título IV del PAII (artículos 13 a 18), que está dedicado a la protección de los civiles y sus bienes, parte de la premisa que «la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares». Para hacer efectiva esta protección, queda prohibido hacer objeto de ataque a la población civil como tal o a las personas civiles. Además, quedan prohibidos «los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil». Todas las personas civiles gozan de esta protección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación⁴⁴. Adicionalmente, prohíbe como método de combate, «hacer padecer hambre a las personas civiles» y en consecuencia se prohíbe «atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para

tiempos de conflicto armado, véase, por ejemplo, Hans-Joachim Heintze, «On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law», *Revista de la Cruz Roja Internacional*, vol. 86, n° 856 (2004), pp. 789-814, en página 791.

43. Resolución 2675 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1970, párr. 1. Véase, además, el párr. 6 Resolución 2676 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1970, que «insta al estricto cumplimiento de las disposiciones de los instrumentos internacionales vigentes respecto de los derechos humanos en los conflictos armados». La doctrina afirma la tesis aunque todavía no goza de una aceptación universal. Para un análisis clásico de la cuestión, véase Theodor MERON, «On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument», *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), p. 589-606. El mismo autor ofrece un argumento más elaborado sobre la relación entre las dos ramas de derecho internacional a la luz de los avances normativos que han tenido lugar en el periodo de la postguerra fría en: Theodor Meron, *The Humanization of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006).

44. Art. 13 del PAII.

la supervivencia de la población civil»⁴⁵. Además, condena y prohíbe los desplazamientos forzados⁴⁶.

A pesar de los avances logrados, un estudio de los dos protocolos pone de relieve la continuación de la política de la discriminación de los civiles en los conflictos armados internos. El *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* («PAI», en adelante) establece una mayor protección contra los peligros procedentes de las operaciones militares lo que significa que los civiles no deben ser objeto de ataque. Además, anuncia una prohibición de los ataques indiscriminados contra la población civil, ofreciendo un listado de actos que irían en contra esa prohibición⁴⁷. De acuerdo con el PAI, son ataques indiscriminados «los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona, en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil». Además, son indiscriminados «los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista»⁴⁸. Adicionalmente, el PAI prohíbe explícitamente «los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles»⁴⁹ y la dirección de «los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares»⁵⁰. A ello hay que añadir la inserción de dos artículos sobre las medidas de precaución en el ataque según los cuales «las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil»⁵¹, destacando especialmente las precauciones contra los efectos de los ataques para la

45. Art. 14 del PAI.

46. Art. 17 del PAI. Mientras el presente artículo se limita a la protección de la integridad de la persona frente a los ataques u otros actos violentos realizados por las fuerzas armadas estatales o los grupos armados no estatales, debe notarse que el PAI se extiende al establecimiento de obligaciones de las partes a fin de proteger a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 15 del PAI) y también procura a proteger a los bienes culturales y de los lugares de culto (art. 16 del PAI).

47. Art. 51(4) del PAI.

48. Art. 51(5) del PAI.

49. Art. 51(6) del PAI.

50. Art. 51(7) del PAI.

51. Art. 57 del PAI.

población civil y los civiles⁵². Finalmente, a diferencia del PAII, el PAI reconoce que las mujeres, los niños y los periodistas son particularmente vulnerables y en necesidad de una protección especial⁵³. Para ilustrar lo anterior, estipula que las mujeres deben de estar especialmente protegidas frente a la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor y los niños menos de quince años protegidos frente a la participación en las hostilidades y el reclutamiento para las fuerzas armadas.

3.3.2. Los requisitos

Los dos protocolos reflejan un cambio de actitud en relación a ciertos conflictos que hasta este momento habían sido considerados como asuntos internos a favor de su internacionalización. Así, el PAI establece explícitamente que son conflictos armados internacionales las luchas de los pueblos contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la *Carta de las Naciones Unidas* y en la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*⁵⁴. Al mismo tiempo, el PAII fomenta una definición de la noción conflicto armado no internacional restringida, limitándose a los conflictos armados «que se desarrollen en el territorio de una Alta parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo»⁵⁵.

La definición fomentada en el PAII es más exigente que la noción de «conflicto armado de índole no internacional» incluida en el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que carece de explicación. En cambio, el PAII establece, en primer lugar, el criterio de control territorial, que requiere que los grupos armados insurrectos tienen que haberse organizado colectivamente. Esta condición significa que han de disponer de sus propias fuerzas armadas que cuentan con cierta estructura de mando y capacidad para llevar a cabo ope-

52. Art. 58 del PAI.

53. La protección de las mujeres (art. 76 del PAI) y los niños (arts. 77 y 78 del PAI).

54. Art. 1(4) del PAI.

55. Art. 1(3) del PAII.

raciones militares⁵⁶. Por lo tanto, no es suficiente de que haya grupos individuales⁵⁷. En segundo lugar, el PAII establece explícitamente que se aplica solo a los conflictos armados entre fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados. Pues, a diferencia del artículo 3 común, este protocolo excluye los conflictos armados que consisten en enfrentamientos armados entre grupos no gubernamentales únicamente. Finalmente, el mismo protocolo exige cierta intensidad de enfrentamiento, requisito que se deriva del hecho de que no se aplicará a «las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados»⁵⁸. A su vez, las situaciones de disturbios internos pueden constituir «estados de excepción» conforme al derecho internacional de los derechos humanos⁵⁹. En la práctica, significa que los Estados se ven legitimados para recurrir a medidas de represión más duras en reacción a disturbios internos que no están permitidos en tiempos de guerra como, por ejemplo, el gas lacrimógeno. En este sentido, el artículo 1.5 de la *Convención sobre Armas Químicas*⁶⁰ establece que cada Estado Parte «se compromete a no emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra». Asimismo, durante más de un siglo, la comunidad internacional ha condenado de modo claro e inequívoco el uso de las balas dum dum como instrumento de guerra aunque todavía no existe una prohibición convencional general de su uso en cualquier circunstancia⁶¹.

56. Dietrich SCHINDLER, «The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 163, 1979-II, p. 147.

57. Comité Internacional de la Cruz Roja, «¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?», *Documento de opinión*, marzo de 2008.

58. Art. 1(2) del PAII.

59. *Declaración de normas humanitarias mínimas*, aprobada por una reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo, Finlandia, del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990 y revisada después de una reunión del Instituto Noruego de Derechos Humanos celebrada en Oslo, Noruega, el 29 y el 30 de septiembre de 1994.

60. *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, adoptada el día 3 de septiembre de 1992 y entró en vigor el día 29 de abril de 1997. En la actualidad cuenta con 192 Estados Partes.

61. *Declaración prohibiendo el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano*, La Haya, 29 de julio de 1899.

PAII no representa un avance con respecto al estatus y la identidad de los miembros de los grupos armados no estatales en los conflictos armados internos. Al igual que el artículo 3 común el Protocolo no otorga a estos miembros el estatus de combatiente lo que implica que tampoco pueden beneficiarse de los privilegios a ellos otorgados al ser capturados en los conflictos armados internacionales. A diferencia del PAII, el PAI reconoce el estatus de combatientes a quienes define como «los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto»⁶². En concreto, las fuerzas armadas de una parte se «componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una parte adversa». Tales fuerzas «deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados»⁶³. Además, en el contexto de hostilidades, los combatientes tienen la obligación de distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Al mismo tiempo, reconoce que «dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil», dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente «durante todo enfrentamiento militar o durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar»⁶⁴. En general, el PAII carece de distinciones entre las diferentes personas protegidas pues estipula un conjunto de normas se aplican de igual manera a todas las personas afectados por el conflicto que se hallen en poder del adversario, sean militares o civiles⁶⁵. Además, prevé la vigencia del derecho nacional y fomenta el derecho de las autoridades a perseguir y condenar eventualmente a las personas reconocidas culpables de infracción en relación con el conflicto.

62. Art. 43(2) del PAI.

63. Art. 43(1) del PAI.

64. Art. 44(3) del PAI.

65. Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI y Bruno ZIMMERMAN, eds., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)* (Dordrecht: Martinus NIJHOFF, 1987), p. 98. La traducción del Comentario fue publicada en 1998 a iniciativa de la Delegación del CIRC en Colombia, disponible desde 1998 en la página web del CIRC: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>.

Notablemente, el Protocolo permite que los tribunales nacionales ejerzan su jurisdicción sobre el miembro de un grupo armado insurrecto por el hecho de haber empuñado a las armas. Así se contempla la posibilidad de sancionar los crímenes tipificados como tales en el código penal nacional siempre manteniendo todas las garantías procesales pero sin dotar de un estatus particular a los acusados como los prisioneros de guerra⁶⁶.

3.3.3. La cuestión sobre los mecanismos de control

El PAI que rige la conducta de las partes en los conflictos armados internacionales dedica una sección a las medidas para garantizar el cumplimiento de los Cuatro Convenios de Ginebra y del propio PAI. En relación con este punto, establece la obligación de las partes de contar con asesores jurídicos que aconsejen a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de las normas convencionales y de la enseñanza de las fuerzas armadas⁶⁷. Adicionalmente, confiere a las partes la obligación de difundir los Convenios y del Protocolo y de reprimir a las infracciones.⁶⁸ Considera como infracciones graves los siguientes actos: «hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles»; lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil...sabiendo de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párr. 2(a)(iii)⁶⁹.

En cambio, el PAII establece únicamente la obligación de difundir las normas codificadas pero sin tener en cuenta la dificultad que supone la implementación de esta obligación en situaciones de conflicto armado interno⁷⁰. Reconoce que las sociedades de socorro pueden ofrecer sus servicios en relación con las víctimas del conflicto armado pero solo si media el consentimiento por parte del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto⁷¹. La ausencia de mecanismos previstos para garantizar el cumplimiento de las normas humanitarias en los conflictos internos evidencia

66. Art. 6 del PAII.

67. Art. 82 del PAI.

68. Art. 83 del PAI.

69. Art. 85 del PAI.

70. De acuerdo con el art. 19 del PAII, «el presente Protocolo deberá difundirse lo más ampliamente posible». Para un análisis del reto que supone el cumplimiento de las normas humanitarias en el contexto de un conflicto armado no internacional, véase, por ejemplo, Heike KRIEGER, «Turning to Non-state Actors: Inducing Compliance with International Humanitarian Law in War-torn Areas of Limited Statehood», *SFB-Governance Working Paper Series*, n° 62 (junio de 2013), pp. 1-46.

71. Art. 18 del PAII.

el interés continuo de los Estados negociadores en la preservación de la soberanía sobre los asuntos internos. Con este espíritu, el PAII prohíbe la invocación de disposiciones con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos. Además, de acuerdo con el mismo protocolo, sus disposiciones no ofrecen una justificación para «intervenir, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos» del Estado parte en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto⁷².

4. LAS CONTRIBUCIONES DE LOS PRIMEROS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC*

El periodo de la postguerra comienza con conflicto en Yugoslavia en el que la guerra de Bosnia-Herzegovina (1992-1995) iba a ser la más sangrenta y que fue seguido por la guerra de Kosovo en la que intervino la OTAN sin autorización del Consejo de Seguridad (1998 a 1999)⁷³. Con el comienzo de este conflicto en 1991 el Consejo de Seguridad, adoptó un embargo de armas para establecer la paz y seguridad en Yugoslavia⁷⁴. Dos años más tarde, procedió a la creación de un tribunal penal internacional *ad hoc* para la ex-Yugoslavia («TPIY», en adelante) con competencia «para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de enero de 1991»⁷⁵. En concreto, el Tribunal fue habilitado para enjuiciar a las personas responsables por infracciones graves de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y violaciones de las leyes y costumbres de guerra al igual que el genocidio y crímenes de lesa humanidad, cometidos en una situación de conflicto armado que podría ser caracterizado como interno e internacionalizado. De modo parecido, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda («TPIR», en adelante), se estableció un año después para «enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de violaciones de esa

72. Art. 3 del PAII.

73. Se estima que más de 100,000 personas murieron en la guerra de Bosnia-Herzegovina.

74. Párr. 6 de la Resolución 713 del Consejo de Seguridad del 25 de septiembre de 1991.

75. Art. 1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia, adoptado por el Consejo de Seguridad mediante resolución 827 del Consejo de Seguridad del 25 de mayo de 1993.

naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994»⁷⁶. A este Tribunal se le atribuyeron competencias para juzgar a personas acusadas por haber cometido actos del genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones del artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, entre los cuales encontramos los actos de violencia contra la vida y los actos de terrorismo.

La creación de estos dos tribunales en los mediados de los noventa puede entenderse como la expresión de una necesidad de remediar la fragilidad del régimen internacional humanitario en relación a las violaciones graves de las normas internacionales aplicables en los conflictos armados internos. Los órganos judiciales establecidos representan mecanismos excepcionales de carácter judicial que pretenden hacer el derecho más eficaz mediante la imposición de sanciones penales en caso de violaciones graves. Sobre este punto, el TPIY ha celebrado juicios contra 167 acusados por la comisión de crímenes graves. 70 de ellos han sido condenados, 18 han sido absueltos, 13 han sido transferidos a los tribunales penales nacionales, a 36 se les ha retirado los cargos contra ellos o han fallecido. Además, el TPIR ha formulado cargos contra 91 personas. 61 de ellas han sido condenadas, 14 han sido absueltos, diez han sido transferidos a la jurisdicción nacional, tres han fallecido, tres son fugitivos cuyos casos han sido remitidos al Mecanismo de Tribunales Penales Internacionales y formulaciones de cargos contra dos de ellas han sido retiradas. Al mismo tiempo, las iniciativas han sido criticadas precisamente por el número de sentencias y sobre todo de condenas emitidas en comparación con el número real de perpetradores en ambos conflictos. Asimismo, se han producido fuertes críticas en relación a su enfoque excesivo en el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes graves cometidos sin atender a los intereses de las víctimas —en su mayoría civiles— cuyo derecho a interponer un recurso y a obtener una reparación que no han sido garantizados en el marco de estos tribunales.

Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, las contribuciones principales de ambos tribunales han sido más bien el desarrollo progresivo de las normas internacionales que rigen en tiempos de conflictos armado interno. El establecimiento del TPIY ha significado que 16 jueces internacionales permanentes han sido capacitados para juzgar a los presuntos responsables de crímenes graves perpetrados contra los civiles en el conflicto de Yugoslavia, mandato cuya implementación ha exigido la

76. Resolución 955 del Consejo de Seguridad del 8 de noviembre de 1994.

aplicación e interpretación de las reglas humanitarias que habían sido codificadas durante la guerra fría. Los jueces de este Tribunal iban a ser los primeros en abordar en sede judicial internacional las cuestiones jurídicas relativas a la protección de los civiles en los conflictos armados internos. Sus aportaciones, que han sido reafirmadas y complementadas mediante las sentencias emitidas por un número idéntico de jueces permanentes del TPIR son en su esencia progresistas en la medida en que han impulsado activamente una aproximación centrada en una noción del derecho humanitario aplicable en cualquier conflicto⁷⁷. Destacable es la insistencia de ambos tribunales en la existencia de un conjunto de estándares comunes de conducta aplicables en todo conflicto armado, tomando en cuenta la evolución de la costumbre internacional⁷⁸. En concreto, la existencia de la distinción convencional entre tipos de conflictos armados no tiene gran importancia para las prohibiciones establecidas en el artículo 3 común. De acuerdo con el TPIY, un acto que está prohibido en los conflictos internos lo está igualmente en los conflictos internacionales⁷⁹. Asimismo, señala que las violaciones graves del derecho internacional humanitario se refieren a casos de incumplimiento de reglas que protegen «valores importantes con consecuencias graves para las víctimas»⁸⁰. Esta interpre-

-
77. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda establece competencia para juzgar a los presuntos responsables por el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en un conflicto armado interno. En relación a los crímenes de guerra contra los civiles es destacable que el artículo 4 del Estatuto menciona explícitamente el artículo 3 común y el PAII: «El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977».
78. Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).
79. Véase además la Decisión del Tribunal Especial para Sierra Leona sobre el carácter del conflicto armado (2004), párr. 25, citando Frits KALSHOVEN y Liesbeth ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, y *Introduction to International Humanitarian Law*, 3ª ed. (Geneva, ICRC, 2001), pág; 188; y Rodney DIXON y Karim KHAN, eds., *Archbold: International Criminal Courts, Practice, Procedure and Evidence* (London: Sweet & Maxwell, 2003), párrafos 11-26.
80. *Fiscal c. Tadić*. Caso N IT-94-1. Sentencia del TPIY, Cámara de Apelaciones, del 2 de octubre de 1995, párr. 94; *Fiscal c. Akayesu*. Caso ICTR-96-4-T. Sentencia del TPIR del 2 de septiembre de 1998, párrafos 601-617; *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)* (1986), ICJ Reports 14, párrafos 218-219, 255; *Fiscal c. Delalic, Mucic, Delic y Landzo*. Caso IT-96-21-T. Sentencia del TPIY, del 16 de noviembre de 1998, párr. 298. Además, ha sido confirmado por el Tribunal Especial para Sierra Leona en *Fiscal c. Norman, Fofana y Kondewa*. Caso SCSL-04-14-AR72(E).

tación ha sido reafirmada más adelante por el Secretario General de las Naciones Unidas en el proceso de crear el Tribunal Especial para Sierra Leona «TESL», en adelante), que fue establecido en 2000 y que terminó su labor en 2013⁸¹. En la opinión del Secretario General, las prohibiciones pronunciadas en el artículo 3 común y en el artículo 4 del PAII son reflejo de la costumbre internacional y generan la responsabilidad penal en caso de incumplimiento⁸². No obstante, en este contexto, ha de tomar en cuenta que el énfasis puesto en la costumbre como fuente del derecho internacional humanitario en el mundo contemporáneo no significa que todas las reglas convencionales aplicables en los conflictos armados internos sean consuetudinarias por automatismo. Por lo general, el giro hacia la costumbre ha implicado «revitalizar» una teoría sobre las fuentes principales del derecho internacional humanitario que los estados negociadores de los tratados multilaterales del siglo XX habían intentado sustituir por un acercamiento más bien positivista que por su naturaleza promete más claridad, transparencia y predictibilidad normativa. La confianza puesta en la costumbre puede tener efectos negativos como el fomento de la incertidumbre sobre qué normas rigen la conducta de las partes de los conflictos más exactamente.

Asimismo, el establecimiento de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* ha tenido un efecto positivo para el régimen de derecho internacional humanitario en el sentido de criminalizar de modo claro e inequívoco las infracciones graves y las violaciones serias del derecho internacional humanitario. En este proceso se ha hecho hincapié tanto en el genocidio como crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra

Decisión sobre la Moción Preliminar relativa a la Ausencia de Jurisdicción *Materie*: El carácter del conflicto armado, del 25 de mayo de 2004, párrafos 21-24.

81. La creación de este tribunal fue iniciativa del Consejo de Seguridad. Véase la resolución 1315 del Consejo de Seguridad el 14 de agosto de 2000 y además, el Acuerdo entre la ONU y Sierra Leona sobre la creación de un Tribunal Especial, firmado el 16 de enero de 2002.
82. *Informe del Secretario General sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona*. Doc. S/2000/915, 4 de octubre de 2000, párr. 14 pronuncia que: «La lista de crímenes de lesa humanidad sigue la enumeración incluida en los estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, que se basaron en el artículo 6 del Estatuto de Núremberg. Las infracciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del artículo 4 del Protocolo Adicional II de dichos convenios cometidas en un conflicto armado de carácter no internacional se consideran desde hace tiempo punibles con arreglo al derecho internacional consuetudinario y, en particular, desde el establecimiento de los dos Tribunales Internacionales se ha reconocido que, con arreglo a la costumbre, entrañan la responsabilidad penal individual del acusado».

contra los civiles, que han sido objeto de una serie de tipificaciones cada vez más detalladas en dialogo con los jueces internacionales u otros expertos. Para ilustrar, con respecto a los crímenes de lesa humanidad, el artículo 5 del Estatuto del TPIY dispone que: «El Tribunal tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: a) homicidio; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos». Es de señalar que el Estatuto del TPIY carece de una mención de los criterios que han de cumplirse para que unas conductas contrarias a esta disposición puedan ser consideradas como crímenes de lesa humanidad. Así las cosas, este Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre esta cuestión. Notablemente, en la sentencia de apelación sobre el fondo en el caso *Tadić*, el TPIY pronunció que para que los actos enumerados en el artículo 5 pueden constituir crímenes de lesa humanidad han de formar parte de un ataque sistemático o generalizado dirigido contra la población civil y el acusado tiene que saber que los actos que comete forman parte de tal plan⁸³. Los ataques pueden materializarse en campañas, operaciones y conductas que no tienen que extenderse al uso de la fuerza armada sino referidos a cualquier maltrato de la población civil⁸⁴. Además, para constituir crímenes de lesa humanidad, tales ataques tienen que ser extendidos o sistemáticos. Extendidos en el sentido que el carácter del ataque y el número de víctimas son de gran escala. Sistemáticos en el sentido que los actos violentos son organizados y que es improbable que hayan ocurrido de modo espontáneo⁸⁵. En este sentido, el Estatuto

83. *Fiscal c. Tadić*. Caso N IT-94-1. Sentencia del TPIY, Cámara de Apelaciones, del 2 de octubre de 1995, párr. 78.

84. *Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*. Caso IT-96-23 & 23/1A. Sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY, del 12 de junio de 2002, párr. 86; *Fiscal c. Linaj, Bala y Musliu*, IT-03-66-T, sentencia del TPIY del 30 de noviembre de 2005, párr. 182; y *Fiscal c. Vasiljevic*, IT-98-32, sentencia del TPIY, del 29 de noviembre de 2002, párrafos 29-30.

85. *Fiscal c. Blaskic*, IT-95-14-A, sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY, del 29 de julio de 2004, párr. 101. Más adelante, el TESL ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los criterios para que unas conductas pueden constituir crímenes de lesa humanidad conforme al derecho penal internacional. Véase *Fiscal c. Moinina Fofana y Allieu Kondewa*. Caso n° SCSL-04-14-T. Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona, del 2 de agosto de 2007, citando *Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, IT-96-23 & 23 1-A, sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY, del 22 de febrero de 2001, párr. 429. Para un análisis profundo sobre los crímenes de lesa humanidad, véase M. Cherif BASSIOUNI, *Crimes against Humanity, Historical Evolution and Contemporary Application* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014); y Darryl ROBINSON, «Crimes against

de TPIR contiene una tipificación más completa de los crímenes de lesa humanidad ya que establece que los crímenes cometidos contra los civiles enlistados en su artículo 3 relativo a los crímenes de lesa humanidad, como, por ejemplo, el asesinato, la violación y la tortura tienen que haber sido cometidos «en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso».

De modo parecido, los crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados internos han sido objeto de tipificación e interpretación lo que ha conllevado a aclaraciones sobre la distinción entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra contra los civiles. A diferencia de los primeros, en caso de los últimos no es necesario comprobar que los actos de violencia contra la vida y la salud, la tortura o los actos crueles o degradantes sean parte de un plan o una política generalizada. En su vez, ha de establecerse un nexo entre el acto cometido y el conflicto armado. Sobre este punto, es suficiente que los actos cometidos estén estrechamente relacionados con las hostilidades aunque pueden estar ocurriendo en otros sitios controlados por las partes del conflicto armado. Conforme a la jurisprudencia del TPIY, un conflicto armado interno en el sentido del artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra tiene que ser de cierta intensidad y que las partes del conflicto estén organizadas. Ambos requisitos tienen por objeto diferenciar entre una situación de conflicto armado, de un lado, y de otras situaciones, como el bandolerismo, las insurgencias desorganizadas y breves y las actividades terroristas, de otro lado⁸⁶. En cambio, los requisitos establecidos por el PAII son más exigentes considerando que en este caso ha de comprobarse que las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados organizados que cometan crímenes están organizados, cuentan con un mando responsable y que ejercen sobre una parte del territorio en el que el conflicto se desarrolla un control que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el PAII. Entre los factores relevantes para establecer la relación entre el acto y el conflicto armado, es importante aclarar que el acusado es combatiente y que la víctima no lo es o que es miembro de una parte opuesta; que el acto puede servir el objeto ulterior de una estrategia militar y el hecho que el crimen cometido ha formado parte de los deberes oficiales del acusado⁸⁷.

Humanity at the Rome Conference», *The American Journal of International Law*, vol. 93, n°1 (1999), pp. 43-57.

86. *Fiscal c. Tadić*. Caso IT-94-1-T. Sentencia del TPIY del 7 de mayo de 1997, párr. 562.

87. *Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vuković*. Caso IT-96-23 & 23/1A. Sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY, del 12 de junio de 2002, párr. 59.

Debido a la ambigüedad del estatus e identidad de los miembros de las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados en los conflictos armados internos puede resultar difícil distinguir entre ellos y los civiles. En este contexto, el TPIY ha prestado atención a la cuestión sobre cómo identificar a las personas protegidas por el derecho internacional humanitario, entre las cuales figuran los civiles, y las posibles diferencias entre el artículo 3 común y el PAII. Mientras las personas protegidas por el artículo 3 común son todas aquéllas que no participan activamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que han dejado las armas y que se encuentran enfermos o heridos y por lo tanto *hors de combat*, el artículo 13(2) del PAII establece que los civiles pierden su protección si deciden participar directamente en las hostilidades. En la opinión de los jueces del TPIY, las frases son tan parecidas que deben entenderse como sinónimas. Ambas definen como protegida a toda persona que no participa directamente en las hostilidades en el momento de cometerse el acto contrario al derecho internacional humanitario⁸⁸. Además, la «participación directa» se refiere a las acciones que por su naturaleza y finalidad están destinadas a causar daño real al enemigo, sea personal o materialmente. Así las cosas, las personas acusadas de ser meros «colaboradores» del gobierno y de las fuerzas armadas sólo pueden constituir objetos legítimos de ataques militares si participan directamente en las hostilidades. No es suficiente que los civiles estén prestando un apoyo indirecto o no hayan podido resistir una fuerza atacante. Adicionalmente, en caso de duda sobre la identidad de una persona debe ser considerada como civil y no puede ser objeto de ataque⁸⁹.

5. LA REPRESIÓN DE LOS CRÍMENES GRAVES MEDIANTE LA «SECURIZACIÓN» INTERNACIONAL

Las iniciativas del Consejo de Seguridad consistentes en la creación de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* en reacción a las violaciones graves y sistemáticas del derecho internacional humanitario come-

88. *Fiscal c. Rutaganda*. Caso ICTR-96-3-A. Sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIR del 26 de mayo de 2003, párr. 570; *Fiscal c. Akayesu*. Caso ICTR-96-4-T, sentencia del TPIR del 2 de septiembre de 1998, párr. 629.

89. *Fiscal c. Moinina Fofana y Allieu Kondewa*. Caso n° SCSL-04-14-T, sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona, del 2 de agosto de 2007, párr. 137, citando Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, Comité Internacional de la Cruz Roja, *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 24.

tidas en el contexto de los conflictos armados de Yugoslavia y Ruanda no fueron presentados como medidas que tuvieron por objeto hacer eficaz la protección de los civiles otorgada por el derecho internacional humanitario. A su vez, la adopción de la resolución 827 por la que se establece el TPIY pone énfasis en los «continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario que tienen lugar en el territorio de la ex Yugoslavia, y especialmente en la República de Bosnia y Herzegovina, inclusive los informes de asesinatos en masa, de detenciones y violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de la “depuración étnica”, inclusive para la adquisición y la retención de territorio». Determina igualmente que esta situación, que está caracterizada por violaciones flagrantes y generalizadas, constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y que hacer comparecer ante la justicia a los responsables es una medida destinada a poner fin a tales crímenes, contribuyendo al re-establecimiento de la paz y seguridad internacionales⁹⁰. De manera semejante, resolución 955 por la que se crea el TPIR expresa que el «genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del derecho internacional humanitario» constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales que ha de ser eliminada mediante el enjuiciamiento de los responsables⁹¹.

Fue en 1999 cuando el Consejo de Seguridad dirigió la atención hacia los conflictos armados para la protección de la población civil conforme al derecho internacional humanitario. En la primera resolución sobre el tema este órgano observó que «los civiles representan la gran mayoría de las víctimas en los conflictos armados y son objeto de ataques cada vez más frecuentes por los combatientes y elementos armados, en particular a causa de los actos de violencia dirigidos contra ella, especialmente contra las mujeres, los niños y otros grupos vulnerables, así como contra los refugiados y los desplazados internos». Además, manifestó su preocupación por «la disminución del respeto de los principios y el derecho internacional humanitario, así como los principios y el derecho relativos a los derechos humanos y los refugiados durante los conflictos armados»⁹². Al haber identificado el reto de esta manera, el Consejo subrayó la responsabilidad de los estados de acabar con la impunidad de quienes fueran

90. Preámbulo de la resolución 827 del Consejo de Seguridad del 25 de mayo de 1993.

91. Preámbulo de la resolución 955 del Consejo de Seguridad del 8 de noviembre de 1994.

92. Resolución 1265 del Consejo de Seguridad, del 17 de septiembre de 2015, preámbulo.

responsables del genocidio, crímenes contra la humanidad y violaciones graves del derecho humanitario internacional y llevarlos a juicio. Además, enfatizó la posibilidad de utilizar a la Comisión Internacional de Investigación de los Convenios de Ginebra, tomando también en cuenta la importancia de la labor de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y la decisión en 1998 de crear una Corte Penal Internacional⁹³.

Desde entonces el Consejo de Seguridad ha reiterado su disposición a examinar situaciones que se extienden a «los ataques dirigidos deliberadamente contra las poblaciones civiles u otras personas protegidas y las violaciones sistemáticas, manifiestas y generalizadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional relativo a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado» con base en la consideración que tales situaciones pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales⁹⁴. Además, ha aprobado numerosas resoluciones que destacan la vulnerabilidad particular de diversos grupos de civiles, entre ellos, los refugiados, los desplazados internos, personal humanitario, periodistas, mujeres y niños, destacando la necesidad de protegerles con el propósito de aportarles una mejor protección⁹⁵. La protección de los civiles en los conflictos armados se ha convertido en uno de los temas difíciles de la agenda del Consejo de Seguridad.

5.1. LA RELEVANCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

La disposición del Consejo de Seguridad a ocuparse de la vulnerabilidad de la población civil en situaciones de conflicto armado ha sido legitimada, incluso fortalecida, mediante la articulación de la doctrina denominada la Responsabilidad de Proteger. Proclamada con fundamento en tres pilares, dos de los cuales exigen que la comunidad internacional se involucre en los conflictos armados internos con el fin de asistir o rescatar a las poblaciones cuyos gobiernos no son capaces o no dispuestos de protegerles⁹⁶, la doctrina pone en cuestión la legitimidad de la convicción que influía la codificación internacional del derecho humanitario durante

93. *Ibidem*, párr. 6.

94. Resolución 1296 del Consejo de Seguridad, del 19 de abril de 2000, párr. 5.

95. Las resoluciones posteriores más importantes son las siguientes: Resolución 1674 del Consejo de Seguridad de 28 de abril de 2006, Resolución 1738 del Consejo de Seguridad de 28 de abril 2006 y Resolución 1894 del Consejo de Seguridad de 11 de noviembre de 2009.

96. *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*. Informe del Secretario General de Naciones Unidas, doc. A/63/667, de 12 de enero de 2009.

la guerra fría según el cual el trato de las personas civiles en los conflictos internos era «asunto interno» al estado. De acuerdo con el argumento principal de la nueva doctrina, que fue articulado por la Comisión Internacional de Intervención y Soberanía del Estado en 2001⁹⁷, y que luego fue afirmado en el documento final de la Cumbre Mundial de 2005⁹⁸, la comunidad internacional tiene responsabilidades en relación con los civiles en tiempos de guerra. En concreto, en caso de incapacidad o ausencia de voluntad por parte del estado directamente afectado por el conflicto armado que se extiende a la comisión de crímenes graves a gran escala, la comunidad tiene una responsabilidad política y ética de reaccionar mediante la adopción de medidas coactivas para poner fin a la comisión de esta clase de crímenes. La doctrina así articulada ofrece una base política de índole moral que da la razón a las objetores de la pasividad de la comunidad internacional y su incapacidad de reaccionar de modo firme y rápido en los conflictos de Yugoslavia y Ruanda a pesar de su conocimiento de la magnitud de las atrocidades allí cometidas⁹⁹.

Los efectos desestabilizadores de conflictos armados que se extienden a crímenes graves a gran escala se convirtió en uno de los asuntos prioritarios en las discusiones desarrolladas durante el proceso de la reforma de la ONU, proceso centrada en la cuestión sobre qué debería ser el enfoque del nuevo arreglo de la seguridad colectiva¹⁰⁰. De acuerdo con el primer informe de la ONU publicado en el 2004 con el objeto de guiar esta refor-

97. *The Responsibility to Protect*. Informe de la Comisión Internacional de Intervención y la Soberanía del Estado, establecido por el gobierno canadiense, publicado en diciembre de 2001.

98. *Documento Final de la Cumbre Mundial*, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 60/1, adoptada el 24 de octubre de 2005, párr. 139, enfatiza la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y destaca que los miembros de Naciones Unidas están «dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad».

99. La crítica más conocida encuentran en el libro de Samantha POWER, *A Problem from Hell: America and the Era of Genocide* (New York: Basic Books, 2002).

100. Véase también el *Fiscal c. Tadić*. Caso NIT-94-1. Sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY del 2 de octubre de 1995, párr. 30, afirmando que: «Even if [the armed conflict that took place in the territory of the former Yugoslavia] were considered merely as an “internal armed conflict” it would still constitute a “threat to the peace” according

ma, la comunidad internacional enfrenta una serie de nuevas amenazas para la seguridad internacional.¹⁰¹ Sin descartar el impacto negativo de los conflictos armados internacionales, el Panel de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, recomendó una expansión de la noción de la seguridad internacional (art. 39 de la Carta de Naciones Unidas) para incluir los conflictos internos, las guerras civiles, el genocidio u otras atrocidades a gran escala¹⁰². El informe del Secretario-General que fue finalizado en marzo de 2005 reafirmó la necesidad de revisar la noción «amenazas para la seguridad internacional» para incorporar los conflictos internos, las guerras civiles y las atrocidades¹⁰³, recomendación que finalmente fue incorporada en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005. No obstante, los participantes en aquella Cumbre acordaron que la toma de medidas coactivas frente a tales situaciones ha de contar con la previa autorización del Consejo de Seguridad. El acuerdo fomentó la idea de que fuera este órgano que iba a asumir un rol primordial en garantizar la protección de las poblaciones civiles.

Por consiguiente, el acuerdo logrado en 2005 implicó abandonar lo que en 2001 había sido considerado como una de las ideas claves sobre lo que exigía la Responsabilidad de Proteger de la comunidad internacional en relación con situaciones de conflicto armado caracterizado por atrocidades a gran escala: la posibilidad de recurrir, en último instancia, a la fuerza armada unilateralmente, a fin de proteger a la población civil, a favor de un arreglo que reafirmó la necesidad de conseguir la previa autorización del Consejo de Seguridad. El hecho de que la administración de Bush había invocado la doctrina en un intento de convencer a los demás miembros permanentes del Consejo de Seguridad sobre la importancia de intervenir en Irak en 2003 fue percibido como un primer aviso sobre el riesgo de que la nueva doctrina iba a ser abusada por los grandes poderes en sus esfuerzos de legitimar la intervención armada por fines ajenos a la protección de la población civil. En 2005, dada la generalidad del acuer-

to the settled practice of the Security Council and the understanding of the United Nations membership in general».

101. *Un mundo más seguro: nuestra responsabilidad que compartimos*. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004.
102. *Ibidem*. Otras amenazas mencionadas son: la pobreza, las enfermedades infecciosas, la degradación medioambiental, las armas nucleares, radiológicas, químicas y biológicas así como el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional.
103. *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*. Informe del Secretario General. Doc. A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, párr. 78.

do concluido, prevalecían dudas sobre lo que exigía el compromiso más exactamente. Desde entonces, la ONU ha intentado reducir la ambigüedad del concepto. En concreto, el Secretario General ha anunciado que se basa en tres pilares: la prevención, la reconstrucción y la reacción, y que la acción colectiva es central en el proceso de implementar el objetivo principal de la doctrina: la protección de las poblaciones civiles¹⁰⁴. En el contexto de conflictos activos, las Naciones Unidas, las organizaciones regionales subregionales, y los Estados tienen que enfocarse en salvar vidas mediante la acción rápida y firme¹⁰⁵. El informe del Secretario General que fue publicado en 2012 ofrece una consideración más detallada sobre las medidas coactivas adecuadas para responder a estas situaciones. De acuerdo con este informe, se «puede utilizar la fuerza militar coercitiva de diversas maneras, mediante el despliegue de fuerzas multinacionales aprobadas por las Naciones Unidas para establecer zonas de seguridad, la imposición de zonas de prohibición de vuelos, el establecimiento de una presencia militar en la tierra y en el mar, con propósitos de protección o disuasión, o cualquier otro medio que determine el Consejo de Seguridad»¹⁰⁶. Para ilustrar como la reacción puede ser concretizada, el mismo informe hace referencia a la intervención armada en Libia en 2011 que, a diferencia del bombardeo de la OTAN en Serbia en 1999, contaba con la autorización del Consejo de Seguridad. Su resolución 1973 autoriza a los Estados Miembros de las Naciones Unidas «que hayan notificado previamente al Secretario General a que, actuando a título nacional o por conducto de organizaciones o acuerdos regionales y en cooperación con el Secretario General, adopten todas las medidas necesarias... para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza de ataque en la Jamahiriya Árabe Libia, incluida Benghazi, aunque excluyendo el uso de una fuerza de ocupación extranjera de cualquier clase en cualquier parte del territorio libio, y solicita a los Estados Miembros interesados que informen al Secretario General de inmediato de las medidas que adopten en virtud de la autorización otorgada en este párrafo, que serán transmitidas inmediatamente al Consejo de Seguridad»¹⁰⁷.

104. Para un análisis comprensivo de la doctrina y su relación al uso de la fuerza, véase, por ejemplo, Ricardo ARREDONDO, *Intervención Humanitaria y Responsabilidad de Proteger ¿Hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?* (Buenos Aires, Catálogos, 2012).

105. *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*. Informe del Secretario General. Doc. A/677, 12 de enero de 2009, párr. 50.

106. *La responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva*. Informe del Secretario General. Doc. A/66/874-S/2012/578, 25 de julio de 2012, párr. 32.

107. Resolución 1973 del Consejo de Seguridad, del 17 de marzo de 2011, párr. 4.

No obstante, el uso de la fuerza en Libia ha generado severas críticas no solo por las ONG sino también en los diálogos informales interactivos de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Las voces críticas se centran en la legitimidad de cambio de régimen perseguido por los miembros de la OTAN en Libia¹⁰⁸. Varios Estados destacan la importancia de la propuesta de Brasil sobre la necesidad de que el Consejo asuma la responsabilidad no solo en la autorización de la toma de medidas que implican el uso de la fuerza, sino también por las acciones realizadas con el objeto de implementar las iniciativas del Consejo¹⁰⁹. Por lo general, la tendencia es enfatizar la importancia de otras medidas no coactivas, como la negociación, la mediación junto a los buenos oficios¹¹⁰. Otras medidas destacadas en este contexto son la las sanciones y la justicia penal internacional¹¹¹. Efectivamente, a pesar de la ausencia de una mención del rol de la justicia penal en el acuerdo general logrado en el Cumbre Mundial de 2005¹¹², los avances posteriores de la Responsabilidad

108. Declaración de India en el Dialogo Informal Interactivo sobre la responsabilidad de proteger de la Asamblea General de Naciones Unidas, en septiembre de 2012, disponible en: <http://www.globalr2p.org/media/files/india-statement-2012.pdf>.

109. Véase nota de concepto elaborada por el gobierno de Brasil con el título *Responsabilidad al proteger: elementos para el desarrollo y la promoción de un concepto*, presentada en una carta de fecha de noviembre de 2011 de 2011 dirigida al Secretario General por la Representante Permanente del Brasil ante las Naciones Unidas. Doc. A/66/551-S/2011/701, de 17 de febrero de 2012.

110. Por ejemplo, la Declaración de China en el Dialogo Informal Interactivo sobre la responsabilidad de proteger de la Asamblea General de Naciones Unidas, en septiembre de 2012, disponible en: <http://www.globalr2p.org/media/files/china-statement-2012-transcribed.pdf>; y la Declaración de Chile, también en el Dialogo Informal Interactivo sobre la responsabilidad de proteger de la Asamblea General de Naciones Unidas, en septiembre de 2012 en <http://www.globalr2p.org/media/files/chile-statement-2012.pdf>.

111. Declaración de la Unión Europea en el Dialogo Informal Interactivo sobre la responsabilidad de proteger de la Asamblea General de Naciones Unidas, en septiembre de 2012, disponible en: <http://www.globalr2p.org/media/files/european-union-statement-2012.pdf>.

112. Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, *op. cit.* indica la ausencia de consenso político internacional sobre el papel de la justicia penal en situaciones de conflicto y posconflicto. Afirmando la necesidad de una nueva agenda de la seguridad colectiva, casi no menciona la justicia penal como medida frente a las amenazas para la paz y la seguridad internacionales. El documento en cuestión solo hace una referencia a la justicia penal en el contexto de formular recomendaciones sobre cómo luchar contra la delincuencia organizada. En este contexto, se insta a los Estados de fortalecer sus sistemas nacionales de justicia penal (párr. 113). Pero notase también el énfasis puesto precisamente en la justicia penal *El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Informe del Secretario General. Doc. S/2004/616, de 23 de agosto de 2004.

de Proteger han generado un cambio de actitud que pone énfasis tanto en el rol de las operaciones de paz como en la función de la justicia penal en situaciones de conflicto y posconflicto. La justicia penal se entiende como medida que sirva no solo para prevenir la comisión de atrocidades sino también para reconstruir una sociedad cuya población las hayan sufrido. Sobre este punto es necesario señalar que el último informe del Secretario General sobre la doctrina publicado en julio de 2015 destaca precisamente la importancia de exigir la responsabilidad penal que se entiende como medida preventiva con base en la asunción que la justicia penal tiene efectos disuasorios.

La Responsabilidad de Proteger y la Protección de los Civiles son conceptos estrechamente relacionados, tomando en cuenta que se basan en las mismas preocupaciones: el sufrimiento de los civiles como consecuencia de ataques u otros actos violentos dirigidos contra ellos a gran escala. No obstante, cada concepto tiene sus propios límites. Sobre este punto, en primer lugar hay que recalcar que la Protección de los Civiles tiene su origen y se desarrolla como respuesta a la preocupación por el sufrimiento de los civiles en los conflictos armados sin extenderse a los tiempos de paz. El significado del concepto se desarrolla durante el proceso de la codificación del derecho internacional humanitario, en concreto, mediante la formulación de una serie de prohibiciones de actos violentos o crueles cometidos contra los civiles. En este sentido, el concepto se refiere a los elementos esenciales de la humanidad que deben de ser garantizados por medios policiales o militares, de un lado, y medios de la justicia penal, de otro lado. En cambio, la Responsabilidad de Proteger nace en un contexto político internacional definido por el aumento de situaciones caracterizadas por la comisión de crímenes graves a gran escala: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Mientras enfatiza la responsabilidad primordial del Estado de proteger a su población, la novedad reside en el fomento de la convicción sobre la existencia de un rol complementario de la comunidad internacional de asumir la responsabilidad de proteger a la población cuando el Estado no sea capaz o no tenga la voluntad para hacerlo. Pese a las diferencias señaladas, es notable la medida en que ambas nociones se superponen y se retroalimentan en situaciones de conflictos armados caracterizados por la comisión de crímenes graves a gran escala contra los civiles¹¹³. En relación a esta clase de

113. Raphaël VAN STEENBERGHE, «The Notions of the Responsibility to Protect and the Protection of Civilians in Armed Conflict: Detecting Their Association and Its Impact Upon International Law», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 6, n° 1 (2014), pp. 81-114.

situaciones, la Responsabilidad de Proteger promueve activamente que la comunidad internacional se involucre con el propósito de proteger a los civiles. De este modo, tiene el potencial de remediar la fragilidad del régimen internacional humanitario en el sentido de ofrecer una serie de mecanismos de índole coercitiva que posibilita la cesación de los crímenes graves a gran escala. Aunque las intervenciones humanitarias no están descartadas ni en teoría ni en la práctica¹¹⁴, más populares en la actualidad son las medidas coercitivas que no impliquen el uso de la fuerza, como las sanciones económicas y penales.

5.2. EL EMPODERAMIENTO DE LAS OPERACIONES DE PAZ

Una de las ideas que ha permeado las iniciativas del Consejo de Seguridad diseñadas para fortalecer protección debida a los civiles en los conflictos armados internos consiste en la expansión de los mandatos de las operaciones de paz para que puedan no solo defender los civiles frente a ataques inminentes sino también contribuir a la promoción de la justicia en contra de la impunidad. La primera misión que recibió el mandato de proteger a los civiles fue la UNASMIL (la misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona) en 1999, instruida a tomar «todas las medidas necesarias para... brindar protección a los civiles que estén bajo amenaza inminente de violencia física» y también de «informar acerca de las violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos en Sierra Leona»¹¹⁵. Desde entonces son pocas las misiones desplegadas a situaciones volátiles por el Consejo de Seguridad que no tengan un mandato explícito para proteger a los civiles afectados por el conflicto armado en el

114. Nótese el debate contemporáneo sobre las intervenciones humanitarias. Entre las contribuciones recientes podemos destacar: T.G. WEISS y Gareth EVANS, *Humanitarian Intervention* (Cambridge: Polity Press, 2012); Melissa LABONTE, *Human Rights and Humanitarian Norms, Strategic Framing and Intervention: Lessons for the Responsibility to Protect* (London: Routledge, 2012); James PATTISON, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Who Should Intervene?* (Oxford: Oxford University Press, 2012). Para una consideración del origen del concepto y su evolución, véase G.J. BASS, *Freedom's Battle: The Origins of Humanitarian Intervention* (Vintage, 2009).

115. Resolución 1270 del Consejo de Seguridad de 22 de octubre de 1999, párrafos 10 y 14. Para el mandato de informar sobre las violaciones del derecho internacional humanitario, véase Resolución 1180 del Consejo de Seguridad, de 13 de julio de 1998, párr. 8(b). La misión de la ONU en Sierra Leona luego se convirtió en un instrumento clave en la creación del Tribunal Especial de Sierra Leona y, una vez que este nuevo órgano había empezado su labor, la misión ofreció seguridad para el personal del Tribunal.

que se encuentran. Aunque los mandatos de proteger no son idénticos sino que toman en cuenta los desafíos concretos de la protección en cada situación, suelen incluir no solo la defensa de los civiles de la violencia física sino también la promoción de la justicia.

El principal mandato de la operación de paz de la Unión Africana y Las Naciones Unidas en Darfur (UNAMID), establecida por el Consejo de Seguridad el 31 de julio de 2007¹¹⁶, nos sirve para ilustrar la afirmación anterior, dado que su mandato es precisamente la protección de los civiles. En este sentido, la UNAMID está autorizada a «tomar todas las medidas necesarias, en las zonas de despliegue de sus fuerzas y en la medida en que considere que tiene capacidad para ello», con el fin de «proteger a su personal, recintos, instalaciones y equipo, y garantizar la seguridad y la libertad de circulación de su propio personal y de los trabajadores humanitarios» y «dar apoyo a la aplicación pronta y eficaz del Acuerdo de Paz de Darfur, impedir que los ataques armados obstaculicen su aplicación y proteger a los civiles, sin perjuicio de la responsabilidad que incumbe al Gobierno del Sudán»¹¹⁷. Asimismo, está instruida a la promoción de un *entorno de protección*, lo que exige, entre otras cosas, «prestar asistencia en el fomento del estado de derecho, entre otras cosas mediante la creación de instituciones y el fortalecimiento de las capacidades locales para luchar contra la impunidad»¹¹⁸. En este espíritu, la operación híbrida, en colaboración con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, documenta casos de abusos de derechos humanos y colabora con las autoridades locales a fin de luchar contra la impunidad que es endémica en este país¹¹⁹.

De modo parecido, la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en la República de Sudán del Sur, que fue creada en 2011 en reacción a la guerra civil que comenzó en este país tras su independencia, tiene el mandato de proteger a los civiles frente a amenazas inminentes a su integridad física. Además, promueve la justicia mediante la realización de «actividades de vigilancia, investigación, verificación y presentación periódica de informes sobre derechos humanos y posibles amenazas contra la población

116. Resolución 1769 del Consejo de Seguridad, del 31 de julio de 2007.

117. *Ibidem*, párr. 15. Para el mandato en cuestión, véase también el *Informe del Secretario General y el Presidente de la Comisión de la Unión Africana sobre la operación híbrida en Darfur*. Doc. S/2007/307/Rev.1, 5 de junio de 2007, párrafos 54 y 55.

118. *Ibidem*.

119. Véase, por ejemplo, el *Informe del Secretario General sobre la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur*. Doc. S/2015/729, del 25 de septiembre de 2015, párrafos 48-53.

civil, así como posibles violaciones del derecho internacional humanitario y de las normas internacionales de derechos humanos, con la colaboración, según corresponda de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, señalándolos a la atención de las autoridades cuando sea necesario, e informando inmediatamente al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de las violaciones graves de los derechos humanos¹²⁰. En este contexto, las violaciones y abusos de los niños y las mujeres son especialmente preocupantes. La operación ha sido instruida a coordinar con y ofrecer asistencia técnica a la Comisión de Investigación de la Unión Africana para Sudán del Sur. La Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en Mali (MINUSMA), establecida en 2013, y la Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Centroafricana (MINUSCA), creada en 2014, han recibido mandatos semejantes a las misiones mencionadas anteriormente¹²¹. La Misión Estabilizadora de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUSCO), que en 2011 sustituyó una misión anterior ha sido instruida a defender a los civiles y dar apoyo a los procesos judiciales nacionales e internacionales. Sobre este último punto, tiene el mandato de «apoyar al Gobierno de la República Democrática del Congo y colaborar con él para detener y llevar ante la justicia a los responsables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en el país, incluso cooperando con los Estados de la región y la Corte Penal Internacional»¹²².

Las operaciones de paz que han sido instruidas a realizar actividades a fin de promover la justicia en casos de abusos de los derechos humanos y crímenes graves no han implementado sus mandatos de modo idéntico sino que elaboran las medidas particulares dependiendo de las prioridades y las circunstancias de cada situación. Para empezar, MONUSCO en la República Democrática del Congo ha establecido una división compuesta de treinta juristas (abogados, magistrados y profesores) nacionales e internacionales, que han sido asignados a contribuir al enjuiciamiento de los responsables por crímenes graves y abusos de derechos humanos. Así ha establecido cinco células de apoyo a las secciones de la Fiscalía ubicadas en las provincias orientales del país. Un objetivo principal de las células establecidas es dar asistencia a las autoridades de la justicia militar

120. Resolución 2155 del Consejo de Seguridad, del 27 de mayo de 2014, párr. 4 (a) y (b).

121. Resolución 2227 del Consejo de Seguridad, del 29 de junio de 2015, párr. 14(d) y (e) (MINUSMA) y Resolución 2149 del Consejo de Seguridad, del 10 de abril de 2014, párr. 30(a) y (e) (MINUSCA).

122. Resolución 2147 del Consejo de Seguridad, del 28 de marzo de 2014, párr. 4(a) y (d).

y el personal de la justicia civil en el proceso de investigar y enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes más graves que son miembros de los grupos armados. Cada célula está compuesta de fiscales militares y civiles así como investigadores periciales que ofrecen asistencia técnica y apoyo logístico a los fiscales y los investigadores de las fuerzas armadas del país en la realización de investigaciones de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, con un especial énfasis en la violencia sexual. Con el apoyo del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, las células han asistido una serie de misiones de investigación y tribunales móviles en Katanga, Kivu del Norte, la Provincia Oriental y Kivu del Sur¹²³.

La prioridad de MINUSCA en la República Centroafricana es la protección física de los civiles¹²⁴, aunque también está llevando a cabo otras tareas, como la identificación e registro de amenazas y ataques contra la población civil, incluso mediante interacción regular con la población civil y a través de la colaboración con organizaciones humanitarias y de derechos humanos¹²⁵. La sección de justicia y corrección de la MINUSCA documenta casos de abusos de los derechos humanos, incluso contra las mujeres y los niños. Asimismo, en la actualidad, está comprometido en asistir a la implementación del acuerdo de paz que fue celebrado en el Foro Bangui en mayo de 2015, que prevé la creación de una comisión nacional de derechos humanos, una comisión de verdad u otros mecanismos de reparación. La misión ha participado activamente en el establecimiento del nuevo Tribunal Penal Especial para la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de violaciones de los derechos humanos desde 2003. Es la primera vez que un gobierno ha creado un tribunal penal híbrido con base en Derecho nacional que refleja el contenido del Memorando firmado entre el gobierno y la MINUSCA firmado en agosto de 2014 en el que se contempla la idea de establecer un mecanismo de justicia de carácter híbrido para llevar a cabo las investigaciones y los enjuiciamientos en cuestión. En concreto, el 3 de junio de 2015, la Jefa de Estado de la Transición promulgó el estatuto por el que se establece el nuevo tribunal penal especial, que estará compuesto por 13 jueces nacionales y 12 jueces internacionales y con una fiscalía que estará encabezada por un fiscal internacional. Si bien aplicara el derecho penal nacional se ha excluido la pena de muerte. No está prevista la amnistía o la inmunidad en los casos relacionados con crímenes de lesa humanidad,

123. *Informe del Secretario General sobre la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo*. Doc. S/2015/486, 26 de junio de 2015, párr. 58.

124. *Informe del Secretario General sobre la situación en la República Centroafricana*. Doc. S/2015/576, 29 de Julio de 2015, párr. 29.

125. Resolución 2227 del Consejo de Seguridad, del 29 de junio de 2015, párr. 14(e).

crímenes de guerra o genocidio. En el proceso hacía la creación del nuevo tribunal, a la MINUSCA se le ha asignado el papel de asesorar a las autoridades sobre los recursos necesarios, en particular el presupuesto para su funcionamiento¹²⁶.

Otro ejemplo del modo de implementación del mandato de proteger mediante la promoción de la justicia ofrece la misión de la ONU en Sudán del Sur. Esta misión, que ha recibido el mandato de otorgar una protección tanto armada como no armada a los civiles, cuenta con una sección de derechos humanos que informa periódicamente al Consejo de Seguridad sobre los ataques dirigidos contra los civiles y además investiga las violaciones de los derechos humanos y los crímenes graves. No obstante, la intensidad de las hostilidades está obstaculizando la realización de las investigaciones pendientes¹²⁷. Otro obstáculo es el retraso de la publicación del informe de la Comisión de Investigación de la Unión Africana sobre las atrocidades cometidas en el Sudán del Sur, que enfatiza la importancia de la justicia transicional. La firma del acuerdo de paz en el país el 26 de abril de 2015 ofrece un nuevo marco para luchar contra la impunidad mediante la promoción de medidas de justicia transicional como, por ejemplo, una comisión de verdad y un tribunal híbrido¹²⁸. El tribunal tendrá competencia para investigar y sancionar casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra u otras violaciones de derecho internacional y el derecho nacional en el periodo del 15 de diciembre de 2013 hasta la finalización del periodo de transición. Está previsto que la misión de la ONU asistirá en el proceso hacía su establecimiento.

La expansión de los mandatos para las operaciones de paz constituye un paso audaz hacía la construcción de un régimen internacional humanitario con facultad de garantizar la protección de los civiles sobre el terreno. Al mismo tiempo, es una medida imperfecta. La intromisión de las operaciones de paz en los conflictos armados a fin de proteger a los civiles acentúa la importancia de su actuación conforme a los principios de responsabilidad, transparencia e imparcialidad. Ha de reconocer las vulnerabilidades de los miembros de las operaciones de paz que han sido instruidos por el Consejo de Seguridad para contribuir a la represión de

126. *Informe del Secretario General sobre la situación en la República Centroafricana*, doc. S/2015/576, 29 de julio de 2015, párr. 54.

127. *Informe del Secretario General sobre Sudán del Sur*, doc. S/2015/296, 29 de abril de 2015, párrafos 42-43.

128. *Agreement on the Resolution of the Conflict in the Republic of South Sudan*, Addis Ababa, Etiopía, 17 de agosto de 2015, capítulo V, disponible en: <http://www.sudantribune.com/spip.php?article56093>.

los crímenes graves, considerando que están implementando sus mandatos en el medio de conflictos armados activos en los que ellos mismos pueden ser y son objetos de ataques u otros actos violentos. No obstante, es igualmente importante destacar que estos miembros son capaces de cometer crímenes y abusos de derechos humanos. Pese al número de casos de abusos sexuales reportados a las Naciones Unidas, el proceso hacia el establecimiento de procedimientos internacionales para la rendición de cuentas y reparaciones por estos abusos ha sido lento¹²⁹. Todavía no existe una solución satisfactoria¹³⁰. En términos generales, los miembros de las operaciones de paz gozan de inmunidad de jurisdicción no sólo frente a los tribunales penales nacionales del Estado receptor sino también en relación a los tribunales penales internacionales, pudiendo ser juzgados por crímenes, incluso graves, ante los tribunales nacionales del Estado de envío únicamente¹³¹. En segundo lugar, la expansión de los mandatos de las operaciones de paz para que puedan proteger a los civiles, incluso mediante el uso de armas, ha generado nuevos retos con respecto a su capacidad de mantener la imparcialidad en relación con las partes en los conflictos armados. De acuerdo con el Panel de Alto Nivel, imparcialidad no implica pasividad frente a la comisión de los crímenes graves. Lo que es relevante para las operaciones es enfocarse en la gravedad de los hechos y no en la identidad de los perpetradores, ya que las misiones de

129. *Informe del Secretario General sobre examen amplio de una estrategia para poner término en el futuro a la explotación y el abuso sexuales en las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz*. Doc. A/59/710, de 24 de marzo de 2005; *Informe del Secretario General sobre la responsabilidad penal de los funcionarios y los expertos de las Naciones Unidas en misión*. Doc. A/67/213, de 31 de julio de 2012; y *Informe del Secretario General sobre medidas especiales de protección contra la explotación y los abusos sexuales*. Doc. A/69/779, de 13 de febrero de 2015.

130. En mayo de 2015, la Oficina de Dependencia de Conducta, publicó un informe *Evaluation of the Enforcement and Remedial Assistance Efforts for Sexual Exploitation and Abuse by the United Nations and Related Personnel in Peacekeeping Operations* que afirma la continuidad del problema. Entre 2008 y 2013, Naciones Unidas recibió 480 alegaciones sobre la explotación y abusos sexuales por los miembros de las misiones (operaciones de paz y misiones políticas especiales). 30% de las alegaciones conciernen a la misión actual (y su predecesor) en la República Democrática del Congo. Otras que reciben un número elevado de alegaciones son las misiones en Liberia, Haití, Sudán y Sudán del Sur. A ello hay que añadir que 30% de las alegaciones conciernen a abusos contra menores de 18 años.

131. Véase, por ejemplo, Marco ODELLO, «Tackling Criminal Acts in Peacekeeping Operations: The Accountability of Peacekeepers», *Journal on Conflict & Security Law*, vol. 15, n° 2 (2010), pp. 347-391; y Frederick RAWSKI, «To Waive or not to Waive: Immunity and Accountability in U.N. Peacekeeping Operations», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 18, n° 1 (2002), pp. 103-132.

paz deben proteger a todos los civiles con independencia del origen de la amenaza¹³².

6. LA «JUDICIALIZACIÓN» INTERNACIONAL: OBSTÁCULOS ACTUALES

Las iniciativas contemporáneas del Consejo de Seguridad tomadas para responder al reto que supone la vulnerabilidad de los civiles en los conflictos actuales se dividen en dos categorías: de un lado, la protección armada, que puede ser desplegada o bien por un estado o bien por una operación de paz, y de otro lado, la protección no armada, que consiste principalmente en la promoción de la justicia mediante la investigación y el enjuiciamiento de los responsables por los crímenes graves. El hecho de que el Consejo de Seguridad se haya ocupado de este asunto en las últimas décadas puede entenderse como un reconocimiento de la intolerable fragilidad del régimen internacional humanitario frente a los numerosos casos de violencia perpetrada contra los civiles en los conflictos actuales. Más allá, implica un compromiso político firme por parte de los grandes poderes de ocuparse del reto que supone la extrema vulnerabilidad de los civiles a través de la adopción de medidas para dotar el régimen de efectividad. No obstante, a pesar de la atención prestada por el Consejo de Seguridad, el número de casos que constituyen violaciones flagrantes y sistemáticas del derecho internacional humanitario pone de relieve que las medidas no han tenido resultados satisfactorios. Hecho notorio es la persistencia de la impunidad casi absoluta en los conflictos actuales¹³³.

Las políticas públicas del Consejo de Seguridad diseñadas para avanzar un rol destacado de la justicia penal internacional en el proceso de poner fin a la comisión de crímenes graves a gran escala han estado en proceso de desarrollo durante todo el periodo de la postguerra fría. Entre 1993 y 2015, el Consejo de Seguridad ha reiterado su afirmación que los conflictos armados internos caracterizados por la comisión de crímenes graves contra los civiles pueden llegar a constituir amenazas para la paz y seguridad internacionales en el sentido del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo que ha legitimado la creación de tribunales pe-

132. *Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz: aunar nuestras ventajas en pro de la paz - política, alianzas y personas*, doc. A/70/95-S/2015/446, 17 de junio de 2015, párr. 123.

133. *Un nuevo programa de colaboración: definición de un nuevo horizonte para la labor de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas (en inglés)* (Nueva York, Departamento de Operaciones de Paz, 2009).

nales internacionales por este mismo órgano principal. En este espíritu, decidió establecer el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia (TPIY)¹³⁴ y el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda (TPIR)¹³⁵. Asimismo, en 2000, solicitó al Secretario General de negociar un acuerdo con el gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de un tribunal penal especial para someter a juicio a las personas sobre las cuales recayó la mayor responsabilidad por la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra u otras violaciones graves del derecho internacional humanitario. Además, decidió formular mandatos amplios para las administraciones transicionales en Timor Leste¹³⁶ y Kosovo¹³⁷ que les permitieron constituir paneles compuestos de jueces internacionales dentro de los sistemas judiciales nacionales existentes. En 2005, el Consejo de Seguridad remitió la situación de Darfur a la CPI¹³⁸ y en 2011, remitió la situación en Libia a la misma corte que ha decidido iniciar investigaciones de los hechos en ambas situaciones¹³⁹. En paralelo a estos avances promovidos por el Consejo de Seguridad, la CPI ha abierto investigaciones sobre la comisión de crímenes graves perpetrados en el contexto de conflictos armados que todavía no han terminado por completo en la República Democrática del Congo, Sudán del Sur, República Centroafricana y Mali.

El número de intervenciones judiciales internacionales en situaciones de conflicto armado indica el grado en que la justicia penal internacional se percibe, al menos en el campo de la seguridad colectiva, no solo o ni siquiera principalmente como mecanismo que tenga por objeto dar una reparación en el sentido de compensación monetaria o de satisfacción a las víctimas de los crímenes graves cometidos; más bien, en el campo de la seguridad colectiva se aprecian estos mecanismos por su potencial capacidad para reprimir la comisión de crímenes graves y presionar a las partes que busquen un acuerdo de paz. Con independencia de los moti-

134. Resolución 827 del Consejo de Seguridad, del 25 mayo de 1993.

135. Resolución 955 del Consejo de Seguridad, del 8 de noviembre de 1994.

136. Resolución 1272 del Consejo de Seguridad, del 25 de octubre de 1999; Resolución 1410 del Consejo de Seguridad, del 17 de mayo de 2002; Regulación n° 2000/15 sobre la creación de paneles con jurisdicción exclusiva sobre ofensas criminales graves, doc. UN-TAET/REG/2000/15, 6 de junio de 2000.

137. Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, del 10 de junio de 1999, párr. 10; y Regulación 64/2000, doc. UNMIK/REG/2000/64, del 15 de diciembre de 2000, emitida por la UNMIK y que crea los paneles en los tribunales de Kosovo.

138. Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, del 31 de marzo de 2005. La Fiscalía de la CPI abrió una investigación el día 6 de junio de 2005, ICC-OTP-0606-104 (2005).

139. Resolución 1970 del Consejo de Seguridad, del 26 de febrero de 2011. La Fiscalía de la CPI abrió una investigación el día 2 de marzo de 2011, ICC-CPI-20110307-PR634.

vos por las cuales la justicia penal internacional se ha convertido en una medida tan popular entre los miembros del Consejo de Seguridad, salvo en los casos que puedan afectar sus intereses nacionales negativamente, como la situación de Siria, los tribunales penales internacionales afrontan una serie de obstáculos que les impiden investigar o enjuiciar a las personas responsables por crímenes graves de manera eficaz.

Como se expondrá en la presente sección, la labor de los tribunales penales internacionales con el mandato de enjuiciar a los responsables por crímenes de guerra contra los civiles y de lesa humanidad en los conflictos armados internos con aspectos internacionales manifiestan la existencia de una serie de obstáculos que derivan de los rasgos que caracterizan los conflictos actuales y que dificultan el enjuiciamiento de los responsables por crímenes graves. Consideraremos que los problemas más acentuados están relacionados con la detención y el traslado de los acusados a las sedes de la justicia penal internacional, la determinación de los hechos o los medios para la obtención de la prueba, y, finalmente, las ambigüedades del derecho internacional humanitario. Resulta especialmente interesante la discusión sobre el problema de la identidad o el estatus de los miembros de los grupos armados no estatales. Como se advertirá, a diferencia del tercer obstáculo, los dos primeros aquí identificados son especialmente difíciles de superar. En este sentido, concluiremos que, salvo en casos excepcionales, es dudoso si la justicia penal internacional debería ser considerada como medio de protección de los civiles más allá de lo que es su contribución al desarrollo progresivo del sentido y alcance jurídico internacional de dicha protección

6.1. LA DETENCIÓN DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES

La represión de los crímenes graves mediante la justicia penal internacional puede ser obstaculizada por la dificultad de conseguir la rendición o la detención de los presuntos responsables para su traslado a los sedes de los tribunales penales internacionales, que no estén necesariamente constituidos en el mismo estado donde hallen las personas sometidas a órdenes de detención dictadas por estos tribunales. El único tribunal penal a nivel internacional que no exige la presencia del acusado pues permite juicio en ausencia es el Tribunal Especial para el Líbano. De acuerdo con el artículo 22 de su Estatuto, este Tribunal puede celebrar juicio en ausencia del acusado cuando éste «haya renunciado expresamente y por escrito a su derecho a estar presente» o «no haya sido entregado al Tribunal por las autoridades estatales competentes» o «se haya dado a la fuga

o se encuentre en paradero desconocido, siempre que se hayan adoptado todas las medidas razonables para asegurar su presencia ante el Tribunal e informarle de la acusación confirmada por el Juez de Instrucción»¹⁴⁰. Todos los demás estatutos de los tribunales penales internacionales, híbridos o especiales exigen la presencia del acusado. Por ejemplo, conforme al artículo 63 del Estatuto de la CPI, el acusado debe estar presente durante el juicio.

Por lo tanto, el procedimiento penal internacional puede verse frustrado por la no rendición o la no entrega del presunto responsable debido a una falta de voluntad o capacidad por parte de las autoridades estatales competentes de proceder a su detención y traslado. En la práctica, es notorio el problema que supone la detención o la rendición de los acusados. La dificultad persiste no solo con respecto a personas con cargos oficiales que han sido objeto de órdenes internacionales de detención por la CPI, como Sr. Omar Al-Bashir, el actual Presidente de Sudán, sino también en relación a miembros de los grupos armados disidentes y de oposición que hallen en sitios de difícil acceso para las autoridades estatales. La incapacidad de la CPI para celebrar juicios en situaciones que ha estado investigando durante una década lo pone en evidencia. Por ejemplo, en 2005, esta Corte emitió órdenes de detención contra cinco comandantes del Ejército de Resistencia del Señor, un grupo armado de oposición al gobierno de Uganda. Desde entonces, ha decidido terminar dos de los procedimientos por causa de muerte de los acusados¹⁴¹. Un comandante sigue en libertad. Por último, en 2015, el Sr. Dominic Ongwen fue capturado por un grupo rebelde ugandés que le entregó a tropas estadounidenses, que estaba colaborando con tropas de la Unión Africana en la región, para su traslado a la Haya. Su captura fue facilitada por una promesa de Estados Unidos en 2013 a 3.3 millones dólares en recompensa por información que condujera a su captura¹⁴².

En general, la cooperación internacional entre el tribunal penal internacional y el estado en cuyo territorio se encuentre un acusado es crucial

140. El Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, aprobada por el Consejo de Seguridad y reproducida en el anexo de la Resolución 1757 del mismo Consejo el 30 de mayo de 2007.

141. *Fiscal c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya y Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05 (decisión terminando el procedimiento contra Raska Lukwiya), 11 de julio de 2007; y *Fiscal c. Joseph Kony, Vincent Otti y Okot Odhiambo*, ICC-02/04-01/05 (decisión terminando el procedimiento contra Okot Odhiambo), 10 de septiembre de 2015.

142. Faour CHOTHIA, «Profile: Dominic Ongwen of Uganda's LRA», *BBC News*, 26 de enero de 2015, disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-africa-30709581>.

para que pueda celebrarse juicio. De hecho, todos los estatutos de los tribunales penales que hemos indicado establecen el deber de las autoridades nacionales de cooperar. Así, el artículo 86 del Estatuto de la CPI establece una obligación general para todos los estados partes en este Estatuto de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes bajo su jurisdicción. En este contexto, la Corte está facultada para emitir solicitudes «de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado»¹⁴³. Sin embargo, en términos prácticos, la voluntad estatal de cooperar con la Corte puede verse comprometida por intereses ajenos a la justicia penal internacional, como puede ser el mantenimiento de relaciones de amistad entre los países. Para ilustrar esta afirmación, recordemos que mientras el deber de cooperar fue afirmado recientemente por el Tribunal Supremo surafricano antes de dictar una orden de detención contra el Presidente de la República de Sudán, que en el momento de emitir la orden, estaba visitando este país. No obstante, antes de ser detenido consiguió salir de Sudáfrica como consecuencia del fracaso por parte de las autoridades competentes a tomar las medidas necesarias¹⁴⁴.

En este contexto, ha de señalar que no solo los estados partes sino también las operaciones de paz pueden contribuir a la eficacia de la justicia penal internacional en el sentido de asistir en el proceso de la captura y detención de los acusados. Como ya ha sido señalado en el presente estudio, varias operaciones de paz que han sido enviadas por la ONU a situaciones de conflicto armado que se encuentran bajo la jurisdicción de la CPI han sido instruidas para vigilar el cumplimiento del derecho internacional humanitario por las partes e informar sobre casos de crímenes graves. Asimismo, las mismas operaciones están capacitadas para adoptar las medidas de seguridad necesarias para llevar a cabo las investigaciones *en situ* y asistir en la detención de las personas buscadas por la justicia penal internacional. No obstante, en la actualidad, los mandatos de estas operaciones de paz no se extienden necesariamente, al menos de modo explícito, a un deber de cooperar con la CPI. La única excepción es la MONUSCO en la República Democrática del Congo. El silencio sobre la cooperación con esta Corte puede explicarse con base en el hecho de que tres de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad: China,

143. Arts. 87 y 89 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

144. *The South Africa Litigation Centre c. Ministerio de Justicia et al*, sentencia del Tribunal Supremo de Sudáfrica, caso 27740/2013, del 23 de junio de 2015.

Estados Unidos y Rusia, no han ratificado el Estatuto de Roma de la CPI. Además, la no ratificación de estos poderes ha tenido como efecto que las remisiones del Consejo de Seguridad a la CPI habitualmente excluye la conducta de las operaciones de paz u otro personal enviado por los estados no miembros de la Asamblea General de Estados Partes de la CPI. En cambio, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad —Francia y Reino Unido— han aceptado la jurisdicción de esta Corte. Como miembros de la Unión Europea, estos dos estados están comprometidos en la promoción de la eficacia de la CPI¹⁴⁵. Según las *Directrices actualizadas de la UE para fomentar la observancia del Derecho internacional humanitario* «la importancia de prevenir y reprimir la conculcación del Derecho internacional humanitario por terceras partes debería tenerse en cuenta al redactar los mandatos de las operaciones de gestión de crisis de la UE». Adicionalmente, «en los casos en que proceda, el mandato puede incluir la recogida de información que pueda ser útil a la Corte Penal Internacional o para la investigación de otros crímenes de guerra»¹⁴⁶. Sin embargo, en la actualidad las recomendaciones de la UE reflejan un cierto idealismo a nivel regional que no se extiende a la política del Consejo de Seguridad.

6.2. LOS MEDIOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA

Otro obstáculo que impide la eficacia de la justicia penal internacional como instrumento capaz de reprimir la comisión de los crímenes graves en los conflictos actuales se encuentra en las dificultades a las que hay que hacer frente en la determinación de los hechos o los medios para la obtención de la prueba. En su formulación de las acusaciones, los fiscales de los Tribunales de Núremberg recurrieron principalmente a la documentación del régimen Nazi que constituyó el principal medio de prueba de los crímenes graves cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. A su vez, los jueces de los tribunales penales internacionales contemporáneos tienen raramente a su disposición una documentación oficial parecida que podría constituir suficiente prueba para establecer en sede judicial que se ha cometido un crimen grave, quien es el perpetrador, como fue cometido

145. *Decisión 2011/168/PESC del Consejo, de 21 de marzo de 2011, relativa a la Corte Penal Internacional y por la que se deroga la Posición común (2003/444/PESC)*, OJ L 76, 22.3.2011, pp. 56–58; y *Decisión del Consejo de 10 de abril de 2006 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Corte Penal Internacional y la Unión Europea sobre cooperación y asistencia (2006/313/PESC)*, DO L 150 de 18.6.2003

146. *Directrices actualizadas de la UE para fomentar la observancia del Derecho internacional humanitario*. OJ C 303, 15.12.2009, p. 12–17, párr. 16(f).

y en qué consiste el daño. En cambio, en nuestros tiempos, la participación de testigos representa frecuentemente la forma principal de la obtención de la prueba en los procedimientos penales internacionales. De hecho, la información obtenida de los testigos puede tener una radical importancia en la fijación de los hechos que sirva para la condena, lo que se evidencia en la primera sentencia de la CPI en el caso de *Lubanga*¹⁴⁷ pero también en la posterior sentencia de la misma Corte en el caso de *Katanga*¹⁴⁸.

Como consecuencia del cambio experimentado en la práctica judicial internacional relativa a la obtención de las evidencias necesarias para fijar los hechos ha sido necesario enfocarse en una serie de cuestiones sobre los testigos que va desde la protección de su integridad física y psicológica durante todo el juicio hasta el valor probatorio de la prueba testimonial en cada caso. En este contexto, hemos de reconocer que la participación judicial de los testigos, especialmente cuando sea para fundamentar materialmente las acusaciones de la fiscalía, implica riesgos, incluso graves, para ellos. Por esta razón, es esencial que los tribunales tengan competencia para adoptar medidas de confidencialidad en el sentido de tener la capacidad de celebrar juicios a puerta cerrada, así como tener a su disposición medidas de anonimato, que permitan proteger la identidad del testigo frente al acusado. El último tipo de medida es especialmente importante para proteger a aquellos testigos que han sido víctimas de violencia sexual debido a que, más allá del miedo de sufrir represalias, estas personas afrontan el riesgo de ser re-victimizadas al tener que confrontar el perpetrador del crimen cometido contra ellas. Al mismo tiempo, el uso de la prueba testimonial obtenida bajo anonimato ha provocado críticas importantes de los penalistas y de los abogados de los derechos humanos ya que puede comprometer la obligación de la propia Corte no solo de proteger debidamente a las víctimas y testigos pero también de velar «por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado»¹⁴⁹.

La trascendencia de la prueba testimonial en los procedimientos penales internacionales contemporáneos ha acentuado el problema relacionado con intentos por parte de familiares del acusado, o los propios acu-

147. Alberto CHIRINO SANCHEZ, «Evaluación de Prueba y el Uso de Intermediarios», en: *Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional*. Eds. Kai Ambos, Ezequiel y Christian Steiner (Göttingen, Konrad Adenauer Stiftung, 2014), pp. 23-62.

148. *Fiscal c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, sentencia de la CPI el 7 de marzo de 2014, párr. 517.

149. Art. 64.2 del Estatuto de la CPI.

sados, de manipular o intimidar a los testigos de la fiscalía. Por ejemplo, los siete casos de obstrucción de justicia que han sido juzgados por el Tribunal Especial para Sierra Leona ponen de relieve la gravedad del problema que no puede ser ignorado por los tribunales penales internacionales debido a su impacto negativo para la administración internacional de justicia. A estos efectos, el TPIY ha afirmado que su poder de sancionar las conductas que pretenden perjudicar u obstruir la administración internacional de justicia es fundamental para garantizar que el ejercicio de su jurisdicción no se ve frustrado y que puede realizar sus funciones de modo satisfactorio. Por consiguiente, la adjudicación de casos sobre la obstrucción de justicia forma parte de su jurisdicción inherente¹⁵⁰. El Estatuto de la CPI establece explícitamente competencia para conocer de delitos contra la administración de justicia, enumerando una serie de comportamientos considerados como tales, entre ellos, «presentar pruebas a sabiendas que son falsas o han sido falsificadas» y «corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba»¹⁵¹.

Otra complicación deriva de la lejanía entre las sedes judiciales en las que se celebran los juicios internacionales y los lugares donde se cometieron los crímenes que han de juzgar. El Tribunal Especial para Sierra Leona fue el primer tribunal localizado en el territorio donde se cometieron los crímenes bajo su jurisdicción. Sin embargo, mientras la CPI puede celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente, su sede está en la Haya¹⁵². La lejanía geográfica entre el lugar de los crímenes y los tribunales conlleva la necesidad de planificar y ejecutar investigaciones *in situ* sea para realizar exhumaciones o hacer entrevistas con testigos. En este contexto, no podemos olvidar que los tribunales penales internacionales contemporáneos pueden ser llamados a desarrollar sus investigaciones en conflictos que todavía no han terminado lo que añade importantes problemas de seguridad. En términos prácticos, implica que los fiscales internacionales no pueden hacer su labor a menos que estén protegidos por otros actores que se encuentren en los lugares relevantes y que

150. *Fiscal c. Tadic*. IT-94-1, sentencia sobre alegaciones de obstrucción de justicia, 31 de enero de 2000, párr. 18. Véase, además, *Fiscal c. Aleksovski*, IT-95-14/1-AR77, sentencia de apelación de Anto Nobile en contra la determinación de la obstrucción de justicia, 30 de mayo de 2001; *Fiscal c. Kamuhanda*, caso n° ICTR-99-54A-A, decisión oral (regla 15 y obstrucción por testimonio falso), 19 de mayo de 2005.

151. Art. 70 del Estatuto de la CPI.

152. Art. 3 del Estatuto de la CPI.

tengan medidas de seguridad a su disposición¹⁵³, por ejemplo, las fuerzas de la OTAN, las operaciones de paz o las autoridades estatales competentes. Sin embargo, la necesidad de cooperar con actores de seguridad internacional puede provocar una situación de dependencia indeseada con efectos negativos para la independencia judicial, lo que indica el caso cuando el TPIY decidió cerrar la investigación preliminar del bombardeo de Serbia por la OTAN en 1999¹⁵⁴. Según la Sra. Carla del Ponte, que en el momento de producirse los hechos era la Jefa de la Oficina de la Fiscalía de este Tribunal, no podía seguir con la investigación preliminar, debido a que su oficina dependía de la OTAN para poder juzgar a los máximos responsables de los crímenes graves que habían sido perpetrados en el conflicto yugoslavo desde 1991. Más específicamente, los equipos forenses necesitaban la asistencia ofrecida por la OTAN para hacer su labor¹⁵⁵.

Evidentemente, la incapacidad de los fiscales internacionales de presentar las evidencias necesarias de los hechos de crímenes graves conduce a absoluciones. Sobre este punto, es llamativo que dos de las acusaciones ante la CPI —que hasta la fecha son pocas en general— no han producido condenas. Un ejemplo es el asunto del *Fiscal c. Mbarushimana*. El 30 de mayo de 2012, la Sala de Apelaciones de la CPI rechazó la solicitud de apelación interpuesta por el Fiscal en este asunto y se negó a confirmar los cargos contra el acusado. Afirmó que, conforme al artículo 61 del Estatuto de Roma, la Sala de Cuestiones Preliminares, que había denegado la formación de cargos tenía la facultad de apreciar las ambigüedades, incoherencias, contradicciones que presentaron las pruebas o las dudas acerca de la credibilidad de los testigos¹⁵⁶. En su decisión, la Sala de Cuestiones Preliminares advirtió que es consciente del hecho de que, en casos concerniente de crímenes a gran escala, es posible que la Fiscalía no pueda ofrecer información detallada sobre el número exacto de víctimas o de su identidad, ni de la identidad de los perpetradores directos o el modo en que los crímenes fueron cometidos¹⁵⁷. Sin embargo, esto no significa

153. Mahnoush H. ARSANJANI y Michael REISMAN, «The Law-in-Action of the International Criminal Court», 99 *American Journal of International Law*, vol. 99, n° 2 (2005), p. 385.

154. Jessica ALMQVIST, «A Human Rights Appraisal of the Limits to Judicial Independence for International Criminal Justice», *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, n° 1 (2015), p. 91.

155. Carla DEL PONTE, *Madame Prosecutor: Confrontations with Humanity's Worst Criminals and the Culture of Impunity* (New York: Other Press, 2009), p. 264.

156. *Fiscal c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-514, 30 de mayo de 2012.

157. *Fiscal c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, párr. 112. Véase también *Fiscal c. Kvočka et al.* TPIY, IT-98-30/1, 12 de abril de 1999; y el *Fiscal c Krnojelac*, TPIY, IT-97-25, 24 de febrero de 1999, párr. 40.

que la Fiscalía omita su deber de informar el presunto responsable de las alegaciones materiales sobre las que se basan los cargos formulados en su contra. Otro asunto relevante es el *Fiscal c. Mathieu Ngudjolo Chui*. El 18 de diciembre de 2012, la Sala de Primera Instancia II de la CPI decidió absolver al acusado de los cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, ordenando su liberación inmediata¹⁵⁸. Los jueces establecieron que el Fiscal no había presentado evidencia suficiente para demostrar la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable de la comisión de los crímenes presuntos durante el ataque a la Villa de Bogoro. Algunos testigos clave fueron considerados poco creíbles. El 27 de febrero de 2015, la Sala de Apelaciones confirmó, por mayoría, la decisión de la Sala de Primera Instancia II¹⁵⁹. El 14 de agosto, el Sr. Ngudjolo presentó una petición de compensación conforme al artículo 85 del Estatuto¹⁶⁰.

6.3. LOS CRÍMENES COMETIDOS POR LOS GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES

Un tercer obstáculo se deriva de la debilidad del derecho internacional humanitario en lo que atañe al carácter de las normas que regulan los conflictos armados internos. Si bien la *securización internacional* de los conflictos armados internos conllevó la marginación de las cuestiones jurídicas planteadas como consecuencia de la debilidad de esta rama de derecho en relación con los conflictos armados internos (pese a sus dimensiones internacionales), la *judicialización internacional* ha obligado a los jueces internacionales de aplicar e interpretar las normas codificadas para regular la conducta de las partes de los conflictos internos a pesar de las ambigüedades e incoherencias que presentan tales normas en comparación con las que regulan los conflictos armados internacionales. La judicialización ha conducido al fomento de interpretaciones progresistas sobre lo que exigen de las partes en los conflictos armados internos tanto el derecho codificado como la costumbre internacional. No obstante, son interpretaciones que pueden ser cuestionadas por no estar suficientemente fundadas en la práctica internacional.

El problema de ambigüedad se acentúa al tratarse del estatus o la identidad de los actores armados no estatales que cometan crímenes graves durante conflictos armados internos con dimensiones internacionales. Así puede caracterizarse el conflicto de Sierra Leona que dio lugar al es-

158. *Fiscal c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12-4, 18 de diciembre de 2012.

159. *Fiscal c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12-271-Corr, 7 de abril de 2015.

160. *Fiscal c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12-291, 18 de agosto de 2015.

tablecimiento del Tribunal Especial en este país. Durante su periodo de existencia, este Tribunal juzgó cinco casos todos ellos centrados en la responsabilidad penal de miembros de tres grupos armados disidentes o de oposición: el Frente Unido Revolucionario, liderado por un ex militar de las Fuerzas Armadas de Sierra Leona y apoyado por Liberia, y el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas, compuesto de oficiales de las Fuerzas Armadas de Sierra Leona y responsable por el golpe de estado en 1997, revocando al Presidente A. Kabbah, quien retomó el poder en 1998. También ha juzgado miembros de las Fuerzas de Defensa Civil, que son milicias de autodefensa locales. La situación de la República Democrática del Congo ante de la CPI es parecida en la medida en que la labor de la CPI se centra en la responsabilidad penal de miembros de grupos de oposición en conflictos armados: Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda, Germain Katanga, que pertenecen a la *Union des Patriotes Congolais* y *Force Patriotique pour la Libération du Congo*, y también contra Callixte Mbarushimana y Sylvestre Mudacumura, que pertenecen a *Forces Démocratiques pour la Libération de Rwanda – Forces Combattantes Abacunguzi* y Mathieu Ngudjolo Chui, supuestamente el líder de *Front des nationalistes et intégrationnistes*. Lo mismo puede decirse en relación con las situaciones de Uganda y la República Centroafricana ante la CPI.

La importancia de la comisión de crímenes graves por los grupos armados no estatales en los conflictos actuales ha significado que los tribunales penales internacionales han tenido que ocuparse de cuestiones que no han sido aclaradas en el derecho internacional humanitario. Así las cosas ha sido necesario abordar preguntas acerca del significado de términos que el derecho humanitario codificado no define, entre ellos, grupos armado, combatiente, población civil y civiles. Para poder considerar ataques dirigidos contra la población civil o personas civiles como crímenes de guerra es necesario identificar a los perpetradores como combatientes y las víctimas como civiles. A estos efectos, una nueva jurisprudencia internacional que pretende aclarar estas cuestiones está en proceso de desarrollo aunque las respuestas que ha generado no son necesariamente coherentes. Tampoco ha conseguido establecer definiciones genéricas susceptibles de aplicarse en todos los casos. A su vez, los tribunales penales que consideramos han optado por aproximaciones que son sensibles a las particularidades de cada caso concreto.

Como punto de partida, debemos señalar que la afirmación de la responsabilidad penal internacional de esta clase de actores de violaciones graves de derecho internacional humanitario es ampliamente aceptada. Según la doctrina, las partes en los conflictos armados, sean actores es-

tatales o no estatales, se encuentran vinculados por las normas humanitarias convencionales con independencia del hecho de que solo los estados puedan llegar a ser partes en los tratados internacionales¹⁶¹. En este sentido, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona ha constatado que el derecho internacional consuetudinario representa el estándar común de conducta en la comunidad internacional y por esta razón los grupos armados de oposición tienen que cumplir estas normas¹⁶². Sin embargo, en la práctica es más difícil identificar a los grupos armados no estatales porque a diferencia de las fuerzas armadas estatales, esos grupos no están siempre dirigidos por una persona que responda de sus subordinados que carecen de instrucción para cumplir las leyes y costumbres de guerra. Además, no cuentan en todos los casos con organización, mando y disciplina internos. En reacción a este dilema, la CPI ha intentado definir lo que es un grupo armado, destacando que debe estar suficientemente organizado para llevar a cabo violencia armada de forma prolongada. Asimismo, ha mencionado otros factores a tomar en cuenta en cada caso, entre ellos, si el grupo cuenta con una jerarquía interna, si dispone de armas de fuego, si tiene capacidad de planificar y llevar a cabo acciones militares, etc.¹⁶³. Además, en el asunto del *Fiscal c. Katanga*, la CPI pronunció que el grupo debe presentar un nivel de organización que le permita implementar el derecho humanitario relativo a los conflictos armados no internacionales. En cambio, ha afirmado que no tiene que estar bajo un mando responsable¹⁶⁴, y que tampoco es necesario que ejerza control sobre una parte del territorio, en este sentido discrepando del artículo 1(1) del PAII¹⁶⁵.

161. Por ejemplo, Jean-Marie HENCKAERTS, «Binding Armed Opposition Groups through Humanitarian Treaty Law and Customary Law», en: *Relevance of International Humanitarian Law to Non-state Actors, Proceedings of the Brugge Colloquium*, 25-26 de octubre de 2002. Véase también Daragh Murray, «How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups», *Journal on Conflict and Security Law*, vol. 20, n° 1 (2015), pp. 101-131, que suscribe la teoría de la jurisdicción legislativa como fundamento para la aplicación directa de los tratados internacionales en la regulación de la conducta de los grupos estatales entendidos como vinculados por las obligaciones del Estado territorial.

162. *Fiscal c. Norman, Fofana and Kondewa*, sentencia del Tribunal Especial de Sierra Leona el 7 de agosto de 2007, párr. 95.

163. *Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-T-359, 14 de marzo de 2012, párr. 537.

164. *Fiscal c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párr. 1185.

165. *Ibidem*, párr. 1186. Véase, además, *Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-T-359, 14 de marzo de 2012, párr. 536.

Para determinar si se ha cometido un crimen de guerra mediante un ataque armado dirigido contra civiles es necesario que los responsables de dicho ataque sean combatientes y que las víctimas sean civiles. Ninguno de los términos está definido en el derecho internacional humanitario que rige la conducta en los conflictos internos. En la opinión de la CPI, tanto el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra como los artículos 1 y 13 del PAII, establecen que los civiles son cualesquiera que no es miembro de las fuerzas armadas sean estatales o no estatales¹⁶⁶. La población civil se refiere a todos los civiles en contraposición a los miembros de las fuerzas armadas u otros combatientes legítimos¹⁶⁷. En caso de duda, un individuo debe ser considerado como persona civil¹⁶⁸. De acuerdo con los Elementos de Crímenes de la CPI, las personas civiles son todas aquellas que no participan directamente en las hostilidades y por consiguiente gozan de la protección jurídica otorgada por el derecho internacional humanitario. Sobre este punto, se ha de subrayar que tanto el Estatuto de la CPI como las normas convencionales y el derecho consuetudinario carecen de una definición de «participación directa en las hostilidades». En relación con esta cuestión, la CPI ha observado que el Comentario del art. 13.3 del PAII define tal participación como «acto de guerra»¹⁶⁹. La participación directa en las hostilidades debe determinarse caso por caso. Por ejemplo, puede considerarse acto de guerra el uso de armas u otros medios para cometer actos violentos (como lanzas y flechas)¹⁷⁰ contra los civiles mientras el suministro de alimento y refugio, o simpatizar con el enemigo no constituyen tales actos¹⁷¹.

Además, la CPI ha aclarado los requisitos que han de establecerse para cumplir el elemento subjetivo de crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil en el sentido del artículo 8(2)(e)(i) del Estatuto de Roma, aunque no siempre con resultados coherentes. Sin embargo, en relación con el primer requisito que supone que ese crimen debe haberse cometido con la *intención y conocimiento*, la jurisprudencia de la Corte no deja claro si es suficiente cumplir con el requisito ordinario de *mens rea* conforme al artículo 30 del Estatuto o si es necesario establecer *dolo directo*

166. *Fiscal c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párr. 788.

167. *Fiscal c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, párr 148; y *Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 78.

168. *Fiscal c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, párr 148.

169. *Fiscal c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párr. 790.

170. *Fiscal c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, sentencia de la CPI el 7 de marzo de 2014, párr. 530. En este asunto, la CPI considera que no es necesario el uso de armas convencionales sino pueden ser tradicionales.

171. *Fiscal c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, párr. 148.

del primer grado, es decir, una intención concreta. Mientras en las primeras decisiones exigió dolo directo¹⁷², en decisiones más recientes, como la sentencia en el asunto del *Fiscal c. Katanga*, ha señalado que la palabra intención en este contexto se refiere a la intención conforme al artículo 30 y no exige un dolo específico¹⁷³. En relación con el segundo requisito, es decir, la intención que el objeto del ataque sea la población civil en cuanto tal o contra personas que no participaban directamente en las hostilidades, la Corte favorece un análisis enfocado en el comportamiento del perpetrador. Entre los elementos relevantes figuran los medios y métodos utilizados en el ataque, el número y el estatus de las víctimas, el carácter discriminatorio del ataque y la naturaleza del acto¹⁷⁴. Adicionalmente, la Corte exige que el perpetrador cuando está atacando a la población civil o a las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades ha de ser consciente del estatus civil de las víctimas de su comportamiento¹⁷⁵. Finalmente, la CPI considera necesario que el autor del crimen debe haber sido consciente de circunstancias de hecho que establecían un conflicto, aquí haciendo alusión al quinto Elemento de los Crímenes.

7. CONCLUSIÓN

Este artículo se ha centrado en el sufrimiento de los civiles causado por la comisión de crímenes graves dirigidos contra ellos en los conflictos armados. Como se ha destacado, la mayoría de los conflictos actuales se caracterizan por ser enfrentamientos armados entre fuerzas estatales y grupos disidentes en el territorio del estado. Son internos al mismo tiempo que tienden a internacionalizarse mediante la intervención directa o indirecta por parte de estados terceros u otros actores internacionales que tienen por objeto prestar asistencia a una de las partes en estos conflictos. Estos conflictos se caracterizan por la relación asimétrica entre las partes lo que implica el uso de medios de guerra de muy distinto índole, incluidos los ataques u otros actos violentos contra la población civil. En este sentido, la comunidad internacional ha advertido que los conflictos actuales tienen efectos devastadores para las

172. *Fiscal c. Bahr Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red, 8 de febrero de 2010, párr. 93; y *Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717, 30 de septiembre de 2008, párr. 271.

173. *Fiscal c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párr. 806.

174. *Ibidem*, párr. 807.

175. *Fiscal c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011 párrafos 151, 159; y *Fiscal c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párr. 808.

personas protegidas por el derecho internacional humanitario y los civiles en particular, como los niños, las mujeres, los ancianos, los discapacitados, los periodistas, el personal de las organizaciones humanitarias, los miembros de las operaciones de paz, etc. El hecho de que los ataques u otros actos violentos se hayan prohibido por el derecho internacional y más recientemente, criminalizados e, incluso *securizados* como consecuencia de la involucración del Consejo de Seguridad, no ha tenido un impacto evidente en la conducta de las partes de estos conflictos que siguen actuando en un contexto de impunidad casi absoluta.

Si bien el régimen internacional humanitario que fue construido durante la guerra fría no excluye los conflictos armados internos por completo tampoco ofrece el mismo grado de protección jurídica a los civiles en tales conflictos en comparación con la protección que otorga a los civiles en los conflictos armados internacionales. Como se ha señalado, el proceso de la criminalización internacional de las violaciones graves de derecho internacional humanitario, que ha ido acompañada con el establecimiento de una serie de tribunales penales internacionales, híbridos o especiales, ha dado lugar a avances normativos significativos. El establecimiento de estos tribunales ha implicado la capacitación de jueces internacionales con competencias para aplicar e interpretar el derecho internacional humanitario de modo progresivo, no solo de las normas convencionales sino también de la costumbre internacional. Notablemente, el ejercicio de las competencias judiciales internacionales en relación a los crímenes graves cometidos en los conflictos armados internos ha conducido al desarrollo progresivo del derecho internacional humanitario con efectos positivos para la protección jurídica de los civiles en los conflictos armados internos. No obstante, también ha exigido la identificación, aplicación e interpretación de las normas consuetudinarias, que conlleva el riesgo de aumentar la percepción de ambigüedades sobre el contenido del Derecho en vigor.

Las políticas públicas del Consejo de Seguridad han contribuido a la fortificación de una protección real de los civiles mediante el empoderamiento de las operaciones de paz para que puedan defenderles frente a las amenazas inminentes a su integridad física pero también mediante el reforzamiento de un rol para la justicia penal nacional e internacional. No obstante, mientras esas iniciativas representan mejoras del régimen internacional humanitario consistiendo de la adopción de medidas coactivas conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la implementación de tales medidas ha generado nuevos retos que no han sido resueltos de modo satisfactorio. Para empezar, no siempre existe la voluntad política en el Consejo de Seguridad

para proteger a todos los civiles con independencia del carácter del conflicto o la identidad de los perpetradores ni los recursos necesarios para que dicha protección sea eficaz. Es más, todavía no hay garantías de que los miembros de las operaciones de paz no cometan abusos y crímenes contra los grupos especialmente vulnerables, como los niños y las mujeres, en el proceso de la implementación de su mandato de proteger. A ello hay que añadir que el compromiso de dotar con efectividad el mandato de proteger a la población civil afecta negativamente la capacidad de las operaciones de actuar en conformidad con el principio de imparcialidad.

En segundo lugar se ha de prestar atención a los retos enfrentados por los órganos judiciales internacionales en la implementación de sus mandatos de enjuiciar a los responsables por crímenes de guerra contra los civiles y de lesa humanidad, cometidos no solo por personas con cargos oficiales sino también por miembros de los grupos armados no estatales. De acuerdo con el presente estudio, los problemas más graves están relacionados con la falta de cooperación internacional eficaz en la detención y al traslado de los acusados a los sedes de los tribunales penales internacionales. Otro obstáculo se refiere a los medios para la obtención de la prueba suficiente para la condena, lo que en el contexto contemporáneo implica la participación de testigos en los procesos penales internacionales. Finalmente, las sentencias analizadas ponen de relieve la dificultad de aplicar el derecho internacional humanitario como consecuencia de sus ambigüedades. Las distinciones básicas que han sido establecidas por el derecho internacional humanitario no han dejado de tener relevancia en nuestros tiempos, sobre todo, las distinciones entre los conflictos armados internacionales y no internacionales, de un lado, y entre combatientes (beligerantes o insurrectos) y civiles, de otro lado. Sobre este punto, hemos señalado la tendencia de reorientar las iniciativas internacionales en el campo de la justicia penal internacional hacia su re-nacionalización, mediante el establecimiento de tribunales especiales a nivel nacional, más recientemente, en la República Democrática del Congo y la República Centroafricana. Las nuevas iniciativas pueden retroceder el avance de la justicia penal internacional a favor de la aplicación del derecho nacional en los conflictos armados internos aunque sean internacionalizados, así procurando el mantenimiento de las identidades nacionales de los perpetradores de los crímenes graves, sean miembros de las fuerzas armadas, terroristas, rebeldes, guerrillas o grupos paramilitares. Aún así, las mismas iniciativas pueden significar una mejora en la protección internacional de los civiles en la medida en que el esfuerzo de garantizar que los responsables sean juzgados en los lugares donde han cometido sus crímenes graven puede fortalecer los efectos disuasorios de la justicia penal.

