



**CICR**

# **Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario**

**Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja  
Ginebra, septiembre de 2003**

## Informe sucinto

# Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario

## Introducción

En junio 2 de 2003, el Comité Internacional de la Cruz Roja –conjuntamente con el TMC Asser Institute- organizó un seminario oficioso de expertos de un día de duración titulado “Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario”. Celebrada en el TMC Asser Institute, la reunión congregó a cerca de 50 expertos en el ámbito militar y del DIH provenientes de diversos origen geográficos y poseedores de experiencia profesional muy variada, así como representantes del CICR y del TMC Asser Institute (se anexa a este informe el programa del seminario).

Antes de la reunión, los participantes recibieron un completo documento de trabajo en el que se proporcionaba un panorama de las cuestiones jurídicas aún no resueltas en materia de participación directa en las hostilidades con arreglo al DIH, así como las diversas posiciones asumidas actualmente en los escritos académicos o en la práctica de los Estados con respecto a cada uno de los temas del programa<sup>1</sup>. En el documento de trabajo se incluía además una lista preliminar de preguntas para cada tema con el propósito de facilitar la reflexión previa a la reunión, la cual se había previsto como una sesión de intercambio espontáneo de ideas. Además de los interrogantes temáticos, se pidió específicamente a los participantes que compartieran con los demás sus opiniones sobre tres preguntas generales:

1. ¿Sería útil y necesario clarificar la noción de “participación directa en las hostilidades” con arreglo al derecho internacional humanitario?
2. De ser así, ¿qué tipo de clarificación sería más útil, una definición jurídica general o algún otro enfoque?
3. ¿Cómo debería llevarse a cabo la labor de clarificación del concepto de “participación directa”, si se concluyera que es útil y necesaria?

El propósito de este informe es proporcionar una reseña de los debates y de los resultados del seminario oficioso de expertos. En aras de la claridad, se seguirá el mismo orden de la reunión y se presentará: I) un panorama del derecho aplicable, II) retos actuales a la noción de “participación directa en las hostilidades”, III) consecuencias jurídicas de la “participación directa” y IV) medidas futuras.

---

<sup>1</sup> El documento de trabajo, elaborado por Jean-François Quéguiner, fue escrito a título personal y no expresa ni se propone expresar la posición institucional ni del Comité Internacional de la Cruz Roja ni del TMC Asser Institute sobre ninguna de las cuestiones examinadas.

## I. Panorama del derecho aplicable

En la primera reunión se centró la atención en el derecho aplicable a la “participación directa” en las hostilidades. Los participantes hicieron hincapié en que la determinación del estatuto jurídico y la protección de los civiles que participan directamente en las hostilidades ha sido una preocupación constante a lo largo de toda la historia de la codificación del derecho internacional humanitario. Estimaron que era importante tener presente el sentido original de esta noción, así como sus raíces históricas, a fin de asegurar la coherencia del enfoque; por consiguiente, observaron que los debates no deberían limitarse únicamente a los términos utilizados en los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra, sino que, además, deberían incluir el desarrollo histórico de las disposiciones convencionales pertinentes y la evolución del derecho consuetudinario en la materia.

Sobre la base de esta perspectiva histórica, los participantes examinaron qué diferencias existían, de ser el caso, entre las nociones de participación “activa” y participación “directa” en las hostilidades. Aunque la frase “active part in the hostilities” (“parte activa en las hostilidades sería la traducción literal, aunque el término en español es “que participen directamente en las hostilidades”. N. del T.) utilizada en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ha pasado a ser, en el texto de los Protocolos adicionales de 1977, “direct participation in the hostilities” (en inglés, puesto que en español se mantiene la noción de “participación directa en las hostilidades”, N. del T.), en el Comentario del Protocolo adicional I se consideraron sinónimas esas dos formulaciones (algo que confirma la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda)<sup>2</sup>. En cambio, la Comisión Preparatoria para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional pareció considerar distintas estas dos nociones, al menos en el contexto específico del reclutamiento de niños. La Comisión Preparatoria afirmó que “*Se han adoptado los términos “utilizar” y “participar” para cubrir tanto la participación directa en el combate como la participación activa en las actividades militares relacionadas con el combate*” (traducción nuestra, N. del T.).

Algunos de los participantes en el seminario estimaron que la dicotomía entre participación “activa” y participación “directa” podría servir de fundamento para distinguir entre dos grupos de civiles: los que cada vez más contribuyen al apoyo de las operaciones militares, y los civiles “puros”, como los niños, a los que hay que proteger en todas las circunstancias y separar por completo de cualquier actividad vinculada con las operaciones militares. Se podría considerar que los civiles integrantes del primer grupo participan directamente en las hostilidades y, por lo tanto, estarían sujetos al régimen jurídico específico previsto en los Protocolos adicionales, que contempla, entre otras cosas, la pérdida de inmunidad frente al ataque. Esta propuesta no contó con un apoyo unánime. Algunos participantes consideraron que en una situación de conflicto armado sería difícil aplicar una distinción entre estas dos categorías. Por otra parte, se afirmó que tratar a determinados civiles como más “civiles” que otros podría, en última instancia, socavar la protección general acordada a los civiles como tales<sup>3</sup>.

Se pasó luego en el debate a identificar actos específicos que pudieran considerarse incluidos en el ámbito de la noción de “participación directa” en las hostilidades. Hubo acuerdo general en que se debería considerar que los civiles que atacaran o trataran de capturar a miembros de las fuerzas armadas del enemigo o sus armas, equipo o posiciones, o que colocaran minas o sabotearan líneas de comunicación militar estarían participando directamente en las hostilidades. Asimismo, no hubo objeción a la propuesta de que, en principio, no se debería considerar que los civiles que trabajen en fábricas de plataformas

---

<sup>2</sup> TPIR, *El Fiscal contra Jean-Paul Akayesu*, Caso No TPIR-96-4-T, Decisión de 2 de septiembre de 1998, § 629.

<sup>3</sup> En aras de la conveniencia, en este documento se utilizará únicamente el término participación “directa” en las hostilidades, en lugar del término participación “activa”. Se optó por esta solución por razones puramente prácticas y ello no debe considerarse como algo que vaya en detrimento de ninguna de las posiciones expresadas.

para armas estén participando directamente en las hostilidades. Se citaron además otros ejemplos.

Con todo, hubo intensos debates sobre la calificación de una serie de situaciones ambiguas, como la de un civil que conduce un camión con municiones en una zona de combate. Este ejemplo se citó a lo largo de todas las discusiones, porque se consideró sintomático de la variedad y complejidad de las cuestiones generadas por la noción de “participación directa” en las hostilidades. Si bien los participantes convinieron en que el camión mismo era un objetivo militar, no hubo consenso en cuanto a la licitud de atacar directamente al conductor. Algunos de los participantes estimaron que el conductor no podía ser un blanco directo y que la legalidad de cualquier ataque al camión, que causaría lesiones al conductor civil, debería considerarse con arreglo al principio de proporcionalidad. Otros opinaron que el conductor –hombre o mujer- civil había renunciado a su protección contra el ataque durante el tiempo en que estuviese participando así en las hostilidades y podría ser blanco de ataques si no se tenían a disposición otros medios para detener la entrega de la munición. Uno de los expertos expresó la opinión de que el conductor había perdido su inmunidad contra los ataques de manera definitiva y que podría ser objeto de ataque incluso en su residencia.

También se debatieron otras situaciones ambiguas. Algunos expertos observaron que la posesión de armas no podría constituir “participación directa en las hostilidades” por sí misma, porque el derecho internacional humanitario autorizaba a ciertas categorías de no combatientes a portar armas (por ejemplo, el personal perteneciente a las unidades y establecimientos sanitarios). Otros señalaron que portar armas podría, sin embargo, ser pertinente en determinadas circunstancias, como lo había demostrado la interpretación de la noción de “intención hostil” en las reglas para trabar combate de varias fuerzas armadas.

Por enumerar sólo algunas de otras situaciones poco claras que se mencionaron, se observó que el bombardeo de estaciones de radio o televisión –en la asunción de que dichos lugares tuviesen cierto valor estratégico- llevaba a la espinosa cuestión de si el papel desempeñado por los periodistas en el transcurso de las hostilidades y/o sus actividades podrían, en ciertas circunstancias, considerarse “participación directa en las hostilidades”. En el mismo orden de ideas, se clasificó como potencialmente problemático el estatuto de las autoridades políticas, habida cuenta de que en general eran civiles (a menos que fuesen también miembros de las fuerzas armadas), pero podría considerarse que algunas de sus actividades contribuyen, directa o indirectamente, a las hostilidades. Otro de los ejemplos que se dio fue el del estatuto de quienes “voluntariamente” actúan como escudos humanos. Los participantes concluyeron que se requiere más trabajo para determinar la calificación jurídica exacta del conductor del camión mencionado arriba, así como la de otros individuos implicados en situaciones ambiguas.

A juicio de los participantes, la labor futura sobre la noción de participación directa en las hostilidades debería tener como objetivo la formulación de una definición general de participación directa, a la que acompañe una lista no exhaustiva de ejemplos. Aunque una mayoría abrumadora apoyó la idea de elaborar una lista no exhaustiva, también la mayor parte de los participantes hizo hincapié en que tal ejercicio no debería ser un fin en sí mismo. Cualquier lista potencial debería utilizarse para identificar criterios aplicables en el campo de batalla y como ilustración de la definición general.

Con objeto de compilar dicha lista, se propuso que la primera fase fuese la identificación de los actos que se consideren no ambiguos en cualquiera de los extremos de la gama de participación (actos que constituyen participación directa, por un lado, y actos que definitivamente no caen dentro de tal noción, por el otro), y que se extrajesen de tal lista criterios abstractos sobre la base de cuál acto podría clasificarse como perteneciente a una

u otra de las categorías. En segundo lugar, se propuso que se refinase luego la definición general, aplicándola a casos ambiguos para poner a prueba su idoneidad.

Independientemente del método que se elija en última instancia para clarificar la noción de “participación directa”, el contenido de los debates mostró que los participantes consideraron tres criterios básicos como esenciales para la labor prospectiva. Según casi todos los participantes, un proceso de clarificación debería:

- (a) garantizar el respeto de las reglas fundamentales del derecho internacional humanitario, en particular el principio de distinción, que no debe ser socavado en ninguna circunstancia;
- (b) tener en cuenta aspectos prácticos referentes a la aplicación de la noción de participación directa, entre ellos los medios a disposición para determinar si un civil está participando directamente en las hostilidades;
- (c) asegurarse de que cualquier definición prospectiva sea compatible, entre otras cosas, con las normas del derecho penal internacional, a fin de garantizar su aplicabilidad en todos los regímenes jurídicos pertinentes.

Aunque aceptaron que cualquier definición de participación directa en conflictos armados internacionales tendría una importante función en la determinación de la participación directa en los conflictos armados no internacionales, algunos expertos señalaron que la definición de la noción no debería necesariamente ser idéntica en ambos contextos. Subrayaron la particular importancia que, en los conflictos armados no internacionales, tienen el derecho interno y el derecho de los derechos humanos.

## **II. Retos actuales: ¿Corresponde el derecho a la realidad?**

La segunda sesión se dedicó a la noción de “participación directa en las hostilidades” en el contexto de los conflictos armados contemporáneos. Hubo acuerdo en que la evolución reciente en las teorías estratégicas y prácticas militares habían tenido definitivamente una repercusión en el significado de “participación directa”. Se observó, por ejemplo, que la desaparición progresiva del campo de batalla en el sentido tradicional como resultado de los nuevos métodos de conducción de la guerra hacían inoperantes las definiciones basadas en la proximidad geográfica de una persona a la zona de combate. Otro de los ejemplos relacionados que se dieron fue el de la creciente confianza depositada por algunos países en los medios de combate de tecnología avanzada, lo que a menudo daba lugar a una guerra asimétrica.

Uno de los expertos explicó cómo una serie de factores –en particular la dependencia de las armas modernas en la tecnología, combinada con una disminución en los presupuestos militares y la eficacia en función del costo de las empresas privadas- habían llevado a algunos países a encomendar a terceros algunas de sus actividades militares. Por ejemplo, los contratos para la venta de armas no se limitan ya a la simple compra de un arma sino que, a menudo, incluso durante un conflicto armado, incluyen el mantenimiento y el funcionamiento del sistema por el empleado civil del vendedor. Tales acuerdos plantean cuestiones legítimas sobre el estatuto de los empleados implicados.

Si bien los civiles siempre han apoyado de alguna manera a las fuerzas armadas, los nuevos adelantos han colocado a los empleados civiles de dichas fuerzas en posiciones vitales para el éxito de las operaciones de combate. Así pues, el conductor civil del camión al que se hizo alusión en la primera sesión se reemplazó en las discusiones ulteriores por el civil experto en informática que, sentado en un emplazamiento remoto, participa en una operación militar integrada, mediante, por ejemplo, la compilación e interpretación de datos informáticos, inclusive para verificar la naturaleza militar de un blanco potencial. Éste y otros

ejemplos suscitaron numerosas observaciones y dieron lugar a una clara divergencia de opiniones. Como en la primera sesión, el debate giró alrededor de los significados relativos dados a combatientes y civiles:

- Un grupo de los participantes intentó clasificar en subcategorías los diferentes tipos de civiles que podrían considerarse blancos legítimos. Algunos sugirieron que estar afiliado a una estructura militar podría, por ejemplo, ser razón suficiente para que se le considere blanco legítimo de ataque. No obstante, otros expertos estimaron que este criterio “orgánico” no era suficiente y observaron que este enfoque daría lugar a aberraciones, tales como la de tratar a los residentes de una escuela militar como blancos legítimos. Si bien se rechazó unánimemente la noción de “casi-combatientes”, se propuso un enfoque “funcional”, dependiente del tipo de actividad emprendida por el civil, aunque también se rechazó finalmente por no ser práctico. Algunos participantes estimaron que sería difícil establecer distinciones entre un empleado de un sistema de armas y un cocinero que suministra la alimentación a las fuerzas armadas, ya que todos usan uniformes.
- Una segunda escuela de pensamiento se opuso a la creación de subcategorías de civiles que podrían ser blanco de ataques. Repitiendo las dudas expresadas en la primera sesión respecto a la creación de una dicotomía entre los civiles, se afirmó que el establecimiento de grupos intermedios afectaría negativamente la aplicación del principio de distinción. Señalando el peligro de aplicar los mismos criterios a un contratista civil de sistema de armas y al caso ya mencionado del conductor civil del camión, los participantes hicieron hincapié en que discusiones similares se habían presentado durante las negociaciones del Protocolo adicional I y que ese debate se había resuelto sirviéndose de la noción definida de “fuerzas armadas”. Por consiguiente, concluyeron que no era necesario crear nuevas categorías jurídicas. Sin embargo, uno de los expertos señaló que depender exclusivamente de la noción de (ser miembro de las) fuerzas armadas no resolvería todas las cuestiones, pues este concepto comprendía múltiples subcategorías jurídicas y, además, sólo era pertinente en el contexto de conflictos armados internacionales.
- Por último, algunos expertos consideraron que la noción de civiles que siguen a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas –establecida en el artículo 4(A)§4 del III Convenio de Ginebra- podría proporcionar una solución a esta difícil cuestión.

En este contexto, se discutió brevemente la noción de ataque contra las redes informáticas (Computer Network Attack, CNA), definida tentativamente como toda operación cuya finalidad sea perturbar, denegar, deteriorar o destruir la información contenida en ordenadores o en redes informáticas<sup>4</sup>. No se plantearon objeciones a la idea de que un CNA podría equivaler a un ataque armado incluso si no implicara el uso de fuerza cinética. Se hizo hincapié en que el factor determinante eran las consecuencias reales o potenciales de un ataque y no los medios y métodos empleados.

Tampoco hubo oposición a la hipótesis de que un CNA estaría sujeto al DIH si fuera parte ora de un conflicto “clásico” ora de una guerra cibernética en la que se previera o se procurara causar heridas, daños o destrucción y que alcanzara suficiente nivel de intensidad como para ser calificado de “ataque”. Por último, señalando que la mayor parte de los operadores informáticos son civiles, los participantes recalcaron que la cuestión principal seguía siendo el estatuto del individuo que realiza el CNA. No se cuestionó la afirmación de

---

<sup>4</sup> Para una definición de CNA y las referencias pertinentes, V. SCHMITT, M., La guerra de la información: los ataques por vía informática y el *jus in bello*, RICR, junio de 2002, Vol. 84 (846), p. 367 (y nota 5). (Paginación de la versión inglesa; la versión en español está disponible en Internet. N. del T.)

que un intento de neutralizar una red informática enemiga mediante un CNA podría considerarse “participación directa en las hostilidades”.

Otro reto actual a la noción de “participación directa en las hostilidades” mencionado brevemente en el seminario se desprende de la lucha contra el terrorismo. El debate se centró en determinar si el uso de la fuerza contra actores transnacionales no estatales podrían reunir las condiciones para ser calificados de conflicto armado (internacional o no internacional). Uno de los participantes sostuvo que aunque las operaciones de actores no estatales (como las de septiembre 11 de 2001) podrían considerarse ataques armados, no podrían calificarse de conflictos armados. Este participante señaló que los tratados existentes de derecho internacional humanitario no regían la relación entre Estados y actores transnacionales no estatales, y añadió que aunque se les podría aplicar las reglas de represión del delito, éstas no eran siempre adecuadas para la situación particular.

Según el mismo experto, la laguna en la reglamentación jurídica con respecto a la “guerra contra el terrorismo” podría colmarse potencialmente remitiéndose al derecho de legítima defensa que está subdesarrollado. A esta propuesta se le hizo la objeción de que la legítima defensa era un concepto de *ius ad bellum* y no un criterio pertinente para la conducción de las hostilidades. En síntesis, las pocas intervenciones del seminario que se refirieron explícitamente a la lucha contra el terrorismo resumieron esencialmente los principales argumentos del debate sobre este tema que se han expuesto desde septiembre 11 de 2001.

También se planteó en el debate la distinción entre participación directa en las hostilidades y legítima defensa individual. Todos los expertos que intervinieron sobre el tema recalcaron que no debería considerarse que los civiles que utilicen una cantidad de fuerza proporcional en respuesta a un ataque ilícito e inminente contra ellos o sus bienes estén participando directamente en las hostilidades.

### **III. Consecuencias jurídicas de la participación directa en las hostilidades**

En la tercera sesión se examinaron las consecuencias jurídicas de la participación directa en las hostilidades centrando la atención en especial en tres cuestiones: 1) pérdida de la inmunidad contra el ataque, 2) régimen jurídico aplicable en caso de captura y 3) falta de inmunidad contra el enjuiciamiento.

#### **1) Pérdida de la inmunidad contra el ataque (blanco del ataque)**

Teniendo presente que los combatientes tienen derecho a participar directamente en las hostilidades y, por consiguiente, no se benefician de inmunidad contra los ataques, se preguntó si sería lícito un ataque contra miembros individuales de las fuerzas armadas mientras estén disfrutando de licencia, vacaciones o asignados a deberes no relacionados con el conflicto armado. Los expertos tendieron a convenir en que, puesto que los miembros de las fuerzas armadas tienen derecho a tomar las armas en cualquier momento, podían entonces ser blanco de un ataque en las circunstancias mencionadas arriba y, además, cuando están durmiendo. No obstante, algunos participantes matizaron esta afirmación recordando que el principio del “menor daño” prohibía los ataques a las personas en caso de tenerse a disposición alternativas menos letales.

Con todo, se consideró que la situación era más compleja con respecto a los civiles que toman parte directa en las hostilidades –denominados en general “combatientes ilícitos” o “beligerantes no privilegiados”-. De conformidad con los artículos 51 § 3 del Protocolo adicional I y 13 § 3 del Protocolo adicional II, los civiles pierden su inmunidad contra los ataques, pero sólo “mientras dure tal participación” directa. La manera de determinar la

duración de la participación directa fue objeto de considerable debate en el seminario. A este respecto, algunos participantes recalcaron que las fases de planificación de una operación militar deberían estar incluidas en la definición de ataque armado. No obstante, la mayor parte de los participantes centro su atención en cuestiones derivadas de la interpretación “puerta giratoria”, según la cual los civiles pueden reclamar el disfrute de la inmunidad contra el ataque tan pronto como hayan depuesto sus armas.

Algunos expertos sostuvieron que la noción de combatiente debería definirse de manera amplia para incluir en ella a los civiles que participan en las hostilidades, con lo que se evitaría la posibilidad de que un individuo –hombre o mujer- pase del estatuto de participante en operaciones de combate al de civil en función de las actividades que realiza en un momento dado. Se consideró que se debería considerar a dichos individuos combatientes, ora “lícitos” ora “ilícitos” y, por consiguiente, sería legítimo hacerlos objeto de un ataque. Otros refutaron enérgicamente esta postura, y subrayaron que dicha interpretación podría socavar la protección prevista para los civiles por el principio de distinción. Añadieron además que tal interpretación no podía defenderse invocando la necesidad militar, puesto que tales individuos podían ser neutralizados –mediante su detención, por ejemplo- a partir del mismo momento en que hubiesen depuesto las armas.

El debate abarcó igualmente el denominado “enfoque de afiliación” a grupos armados, que suscitó posturas muy divergentes entre los participantes. Se reconoció en general que, incluso en conflictos armados internacionales, personas que no son miembros de las fuerzas armadas en el sentido del artículo 43 del Protocolo adicional I pueden, no obstante, pertenecer a un grupo armado que utilice la fuerza de manera habitual. Se formuló entonces la pregunta de si pertenecer a un grupo que participa directamente en las hostilidades podría considerarse criterio suficiente para perder la inmunidad contra el ataque. Según muchos de los expertos, tal enfoque no podría justificarse ni sobre la base de los Convenios de Ginebra o del Protocolo adicional I, ni sobre la de la historia legislativa de las disposiciones pertinentes.

La situación estuvo menos clara en el contexto de un conflicto armado no internacional. A falta de una definición de “combatiente” o de “fuerzas armadas”, algunos expertos recalcaron que existían otros argumentos jurídicos y justificaciones prácticas adicionales que podrían utilizarse para sustentar un enfoque colectivo en este contexto. Sugirieron que, por ejemplo, la afiliación a una organización militar podría dar lugar a pérdida de inmunidad contra el ataque siempre que la organización funcionara como una unidad militar. Unos pocos expertos, que no apoyaron el enfoque de afiliación, sugirieron que una alternativa podría basarse en la noción de “conspiración” del derecho consuetudinario. No se profundizó más sobre esta idea, aunque otro experto se limitó a observar que esta noción podría ser de alcance sumamente amplio<sup>5</sup>.

Los expertos convinieron en que los combatientes podían emprender actos lícitos que implicaran el uso de la fuerza militar en el contexto de un conflicto armado y que en otras situaciones –entre las que se incluyen los disturbios internos y las tensiones interiores- las reglas tradicionales de represión del delito regían el uso de la fuerza letal, incluso la utilizada en la defensa personal legítima. Con todo, algunos participantes recalcaron que las normas que reglamentan el uso de la fuerza en situaciones de ocupación difieren de las aplicables

---

<sup>5</sup> La noción de conspiración puede definirse como “una confabulación o alianza constituida entre dos o más personas con el propósito de cometer, mediante sus esfuerzos conjuntos, algún acto ilícito o delictivo, o algún acto lícito en sí mismo pero que se vuelve ilícito por la acción concertada de los conspiradores, o con el propósito de utilizar medios delictivos o ilícitos para cometer un acto que en sí mismo no es ilícito” (traducción nuestra, N. del T.); cf. BLACK’S Law Dictionary, West Publishing Co., St. Paul, Sixth Edition, 1990, p. 309. Sobre la base de la jurisprudencia adoptada por los tribunales de los Estados Unidos, el Diccionario BLACK señala además (p. 310) que “una conspiración puede ser continuada; sus participantes pueden ingresar y salir de ella; los detalles de la operación pueden cambiar de tiempo en tiempo; no es necesario que los miembros se conozcan entre sí ni que conozcan el papel que desempeñan los demás; no es necesario que un miembro conozca todos los detalles del plan o de las operaciones, aunque sí debe conocer, sin embargo, el propósito de la conspiración y convenir en ser parte de un plan para llevar a cabo dicho propósito”. (traducción nuestra, N. del T.).

en situaciones de violencia interna. Señalaron que no estaba claro cuál era el preciso momento en que el nivel de hostilidades podría desencadenar la aplicación de las reglas de conducción de las hostilidades en situación de ocupación y que –al menos con arreglo al espíritu del IV Convenio de Ginebra- se suponía que las Potencias ocupantes tenían la obligación de garantizar la seguridad mediante medidas de represión del delito (detención, internamiento y enjuiciamiento por delitos penales). A ese respecto, uno de los expertos se preguntó si no serían necesarias nuevas reglas, habida cuenta de que el derecho de ocupación se había elaborado para períodos de transición, mientras que la práctica demostraba que tales situaciones podían prolongarse durante decenios.

## **2) Régimen jurídico aplicable en el momento de la captura**

El régimen jurídico aplicable en el momento de la captura y detención de los civiles que han tomado parte directa en las hostilidades planteó algunas preguntas difíciles, en particular con respecto al ámbito de aplicación del IV Convenio de Ginebra. Algunos expertos – basándose, entre otras cosas, en los *travaux préparatoires* del IV Convenio de Ginebra y en una interpretación literal de los artículos 50 §1 y 45 §3 del Protocolo adicional I- consideraron que personas que no cayeran dentro del ámbito del III Convenio de Ginebra estarían necesariamente protegidas por el IV Convenio de Ginebra (siempre que se cumplieran los criterios de nacionalidad del artículo 4 del IV Convenio de Ginebra). Según esos expertos, la posibilidad de participación de civiles en actos de violencia (como saboteadores por ejemplo) está reconocida implícitamente en ciertas disposiciones del IV Convenio de Ginebra, entre ellas los artículos 5 y 68. Otros, sin embargo, refutaron esta interpretación, argumentando que los civiles que participan directamente en las hostilidades constituyen una categoría “intermedia” *de facto* que no está prevista en ninguno de los dos convenios mencionados arriba.

No obstante, incluso quienes niegan la aplicabilidad del IV Convenio de Ginebra a los civiles que participan directamente en las hostilidades reconocieron que ningún individuo podría ser dejado sin protección. Hubo un acuerdo general en que el artículo 75 del Protocolo adicional I, como mínimo, comprendía a los individuos capturados en el contexto de un conflicto armado internacional. Por otra parte, muchos estimaron que cualquier persona, capturada ya fuere en un conflicto armado internacional o no internacional ya fuere en cualquier otra situación, estaba protegida por derechos humanos que no admiten excepciones. A este respecto, se señaló que si bien podía entenderse que la regla *lex specialis* reglamentaba las interacciones entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el contexto de la conducción de las hostilidades, no era éste el caso en lo relativo al derecho aplicable a la protección de un individuo en manos del enemigo.

La cuestión de la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario se mencionó también en el contexto específico del internamiento de los civiles. Ninguno de los expertos cuestionó el hecho de que el internamiento podría ser una de las consecuencias jurídicas y prácticas de la participación directa en las hostilidades por los civiles. Tampoco se puso en duda que tal medida sólo podía ser tomada si fuese absolutamente necesaria para la seguridad del Estado, y si la seguridad no pudiese estar garantizada por la aplicación de medios menos rigurosos.

Con todo, los debates no se centraron en la naturaleza de las actividades que pudiesen considerarse tan perjudiciales para la seguridad interna o externa de un Estado como para justificar la privación de la libertad, sino, más bien en el alcance de los derechos en situación de internamiento. Algunos de los participantes sugirieron que las disposiciones del artículo 5 de los Convenios de Ginebra no podían interpretarse hoy como si no hubiese habido ningún progreso en el derecho de los derechos humanos desde la adopción de los cuatro

Convenios hace más de 50 años. Así pues, se señaló que el derecho de *habeas corpus*<sup>6</sup> seguía siendo plenamente aplicable durante la detención y el internamiento, como también lo era el derecho de las personas internadas a tener acceso a un abogado, a la familia y al personal sanitario, durante los días del internamiento.

Algunos expertos subrayaron también que existía presunción de estatuto de prisionero de guerra en caso de duda acerca del estatuto de una persona que hubiese tomado parte en las hostilidades en un conflicto armado internacional. Añadieron que cualquier decisión sobre esta cuestión no debería depender de declaraciones de un poder ejecutivo sino que debería tomarla un tribunal competente según el significado establecido en el artículo 5 del III Convenio de Ginebra.

### **3) Falta de inmunidad contra el enjuiciamiento**

Con arreglo al derecho internacional, los combatientes en un conflicto armado internacional no pueden sufrir consecuencias penales por haber participado directamente en las hostilidades –o por actos de guerra lícitos que puedan haber cometido durante tal participación– y se benefician del estatuto de prisionero de guerra en caso de captura. Los participantes en el seminario convinieron en que incluso si no era una violación del derecho internacional humanitario el hecho de que un civil luchara por su propio país, la falta de estatuto de combatiente o de prisionero de guerra implicaba que dicha persona no estaba protegida contra el enjuiciamiento en virtud de las reglas nacionales pertinentes. Nadie puso en duda que la participación directa de un civil en las hostilidades no podría ser considerada crimen de guerra<sup>7</sup>.

Algunos expertos agregaron que el enjuiciamiento por un acto de hostilidad realizado por un civil que no goce del estatuto de combatiente o de prisionero de guerra debería estar claramente cimentado en el derecho interno, como lo exige el principio de legalidad que no admite menoscabo y figura en varios tratados de derechos humanos y en el derecho internacional humanitario. Incluso quienes cuestionaron el carácter de no admisibilidad de excepción de este derecho reconocen, no obstante, que un civil capturado tras su participación directa en las hostilidades gozaba del beneficio de las garantías judiciales fundamentales previstas notablemente en el derecho internacional consuetudinario.

Por último, algunos expertos recordaron que aunque los civiles que participan directamente en las hostilidades podían ser enjuiciados con arreglo al derecho interno independientemente de si habían respetado o no las leyes del conflicto armado, ha cobrado forma, en particular mediante tratados de paz<sup>8</sup>, la práctica de otorgar amnistías a individuos que hubiesen tomado las armas. Se sugirió que otorgar la amnistía más amplia posible al final de las hostilidades activas podría servir de incentivo eficaz para alentar a los civiles que tomaran parte en las hostilidades a respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. En el mismo orden de ideas, un experto propuso *de lege ferenda* que las partes en un conflicto armado deberían abstenerse de dictar sentencias de muerte contra civiles que hubiesen participado directamente en las

---

<sup>6</sup> El derecho de *habeas corpus* se define en general como “una variedad de mandatos judiciales cuyo objeto es hacer que una parte comparezca ante un tribunal o un juez”. (traducción nuestra, N. del T.). En el uso común y en el contexto específico mencionado arriba, este término se utiliza para indicar el *habeas corpus ad subjiciendum*, definido como “un mandato judicial dirigido a la persona que detiene a otra, por medio del cual se le ordena presentar el cuerpo del prisionero o de la persona detenida” (traducción nuestra, N. del T.). El propósito de este mandato judicial es poner a prueba la legalidad de la detención o encarcelamiento, no si la persona detenida es culpable o inocente. Para la definición, cf. *BLACK'S Law Dictionary, ibid.*, p. 709.

<sup>7</sup> El término crimen de guerra –utilizado a veces en el derecho interno en sentido genérico para calificar cualquier violación del derecho internacional humanitario– se restringe aquí a su significado moderno, es decir, una violación grave del derecho internacional humanitario que dé lugar a la posible aplicación del principio de jurisdicción universal.

<sup>8</sup> A ese respecto, obsérvese que el artículo 6 § 5 del Protocolo adicional II estipula que: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

hostilidades, siempre que hubiesen respetado las normas fundamentales del derecho internacional humanitario.

#### **IV. El futuro de la noción de "participación directa en las hostilidades": ¿Sería útil una clarificación?**

La cuarta sesión se dedicó a un debate sobre la necesidad o viabilidad de emprender un proceso de clarificación de la noción de "participación directa en las hostilidades" y, de haber acuerdo al respecto, sobre cómo debería llevarse a cabo la labor.

La opinión general fue que la noción de "participación directa en las hostilidades" no se prestaba a una nueva codificación, aunque sería sumamente útil investigar más, a fin de delinear con mayor precisión el contenido de esta noción y sus consecuencias jurídicas. Los expertos se expresaron con unanimidad acerca de la necesidad de una reunión de seguimiento y expusieron ideas sobre la manera de proceder. Algunos expertos propusieron que el CICR acometiera un desarrollo del derecho sin carácter obligatorio, mientras que otros propusieron que el proceso de clarificación se emprendiera mediante una conferencia electrónica. En síntesis, los expertos se pronunciaron claramente a favor de clarificar la noción de "participación directa en las hostilidades".

El CICR aprovechó la oportunidad de la reunión de expertos para presentar sucintamente algunas de sus propias ideas sobre elementos para una definición jurídica general de la noción de "participación directa en las hostilidades". El propósito era recabar allí mismo reacciones iniciales de los expertos que pudieran ayudar a la División Jurídica del CICR a refinar aún más su reflexión interna en la materia. Aunque algunos de los expertos expresaron renuencia a comentar sobre una definición que no habían tenido tiempo de estudiar cabalmente, otros proporcionaron observaciones iniciales sumamente útiles.

### **Conclusión**

Aunque probablemente la reunión de un día de duración fue muy corta en vista de la multiplicidad y complejidad de las cuestiones planteadas, permitió una primera sesión oficiosa de intercambio espontáneo de ideas sobre la noción de "participación directa en las hostilidades". La variedad de opiniones expresadas confirmó la percepción de que no existe una interpretación unánime sobre este concepto jurídico y que se necesita mucho trabajo al respecto.

En su respuesta a las tres preguntas generales formuladas por el CICR al inicio de la reunión, los participantes fueron prácticamente unánimes. Se consideró claramente, como se mencionó arriba, que la noción de "participación directa en las hostilidades" exigía mayor clarificación. El proceso de clarificación podría facilitarse compilando en una lista no exhaustiva actos que claramente se estimara que debían caer dentro de la noción de "participación directa", o quedar fuera de ella. Esta lista debería verse acompañada de una definición general. Se estimó que el CICR era la organización que naturalmente debería liderar el proceso y se le encomendó la tarea de encontrar el mejor medio de continuar con el arduo e importante proceso que había comenzado en cooperación con el TMC Asser Institute. Habida cuenta de los alentadores resultados de la reunión, el CICR se propone mantener consultas con los expertos, entre las que se incluye la organización, en 2004, de una reunión de expertos para hacer un seguimiento a la cuestión, con la participación de especialistas en derecho internacional humanitario.



**ICRC**



T.M.C. ASSER INSTITUUT

## **“Participación directa en las hostilidades” con arreglo al derecho internacional humanitario”**

*Programa de la reunión*

8.45h – 09.00h

*Bienvenida y registro*

09.00h – 09.15h

**Observaciones preliminares por:**

***Avril Mc Donald, Director, Sección DIH/DPI, T.M.C. Asser Institute***

***Jean-Philippe Lavoyer, Jefe de la División Jurídica, CICR***

**PARTE I (09.15h – 12.40h)**

***La noción de “participación directa en las hostilidades”***

**Presidencia: *Jean-Philippe Lavoyer, Jefe de la División Jurídica, CICR***

## **Primera sesión: Panorama del derecho aplicable**

*Fundada en los Convenios de Ginebra de 1949 –en los que se utilizó por primera vez- la noción de “participación directa en las hostilidades” reaparece frecuentemente en los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios. Sin embargo, los tratados no proporcionan una definición de este concepto jurídico. El propósito de esta sesión será examinar el significado de los términos “hostilidades” y “participación directa” e identificar diferencias en su contenido en el contexto de conflictos armados internacionales y no internacionales, sobre la base de ejemplos concretos. La discusión también se centrará en determinar si es viable o útil establecer criterios para definir la “participación directa en las hostilidades” y, de ser así, cuáles podrían ser esos criterios (¿tipos de actividad?, ¿duración?). También se abordarían cuestiones tales como: ¿es la noción de “participación directa en las hostilidades” solamente aplicable a los individuos? O ¿puede también aplicarse a grupos armados? De establecerse una categoría de civiles que contribuyen al esfuerzo militar pero no participan directamente en las hostilidades, en la sesión se examinaría asimismo cuáles serían las normas aplicables a este grupo particular.*

**09.15h - 09.35h**

### **Ponencia de antecedentes**

*Horst Fischer, Director Académico del Institute for International Law of Peace and Armed Conflict, Ruhr-Universität, Alemania; Catedrático de DIH, Universidad de Leiden, Países Bajos*

**09.35h - 09.45h**

### **Comentarista**

*Charles Garraway, Coronel, ALS 2, Dirección de Servicios Jurídicos del Ejército, Reino Unido*

**9.45h – 10.45h**

### **Debate**

10.45h – 11.00h Receso

## **Segunda sesión: Retos actuales: ¿corresponde el derecho a la realidad?**

*Los conflictos contemporáneos plantean retos especiales en relación con la noción de “participación directa en las hostilidades”. Cabe citar como ejemplos la creciente interrelación de los grupos armados con la población civil, la falta de identificación de quienes toman “parte directa en las hostilidades” y cuestiones relativas a las medidas que podrían emprenderse para garantizar la protección a quienes no participan directamente en las hostilidades. Otra cuestión adicional es cómo distinguir una operación policial de una militar y cuáles son las reglas que rigen el uso de la fuerza en estas respectivas situaciones. Otro reto actual es el de la denominada “privatización” de las fuerzas armadas y cómo se aplican las reglas a los empleados subcontratados de las empresas privadas. La segunda sesión se centraría en estos y otros asuntos actuales de tensión en la aplicación de la noción de “participación directa en las hostilidades”, así como en soluciones posibles.*

**11.00h – 11.20h**

### **Ponencia de antecedentes**

*Michael Schmitt, Catedrático de derecho internacional humanitario, George C. Marshall European Center for Security Studies, Alemania*

**11.20h - 11.30h.**

### **Comentarista**

*Hans-Peter Gasser, ex Asesor Jurídico, CICR*

**11.30h – 12.40h**

### **Debate**

12.40h – 14.00h Almuerzo

**PARTE II (14.00h – 17.30h)**

***Las consecuencias de la participación directa en las hostilidades***

**Presidencia: Maria Nybondas, Investigadora, T.M.C. Asser Institute**

**Tercera sesión: Consecuencias jurídicas de la participación directa en las hostilidades**

*Tradicionalmente se considera que los civiles que participan directamente en las hostilidades han renunciado a su inmunidad contra los ataques, con lo que se convierten en blancos legítimos de ataques mientras dure su participación, en conflicto armado tanto internacional como no internacional. En el conflicto armado internacional, ¿cuál es el alcance de la protección de que gozan los individuos que participan directamente en los ataques y caen en poder del enemigo?: ¿cuál es la aplicabilidad de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I en tales casos? ¿Cuál es el ámbito de aplicación del artículo 5 del IV Convenio de Ginebra? ¿Están los individuos que participan en la hostilidades siempre sujetos a procesamiento penal? ¿Es necesario que las preguntas planteadas arriba se analicen desde una perspectiva diferente? La tercera sesión de la Reunión de Expertos se dedicara al examen de éstas y otras cuestiones.*

**14.00h – 14.20h**

**Ponencia de antecedentes**

*Louise Doswald-Beck, Secretaria General, Comisión Internacional de Juristas*

**14.20h – 14.30h**

**Comentarista**

*William K. Lietzau, Asistente Especial del General Counsel (Asuntos Jurídicos del Departamento de Asuntos de los Veteranos), Departamento de Defensa, Estados Unidos*

**14.30h – 15.45h**

**Debates**

**15.45h – 16.15h Receso**

**Cuarta sesión:**

**El futuro de la noción de participación directa en las hostilidades: ¿se requieren más leyes?**

*El propósito de la última sesión sería resumir los debates y, en particular, determinar las medidas adicionales que se requieren, de ser el caso, para clarificar la noción de “participación directa en las hostilidades”.*

**16.15h – 16.30h**

**Resumen de los debates**

*Avril McDonald, Director, Sección DIH/DPI, T.M.C. Asser Institute*

**16.30h – 16.45h**

**Pasos futuros**

*Jelena Pejic, Asesora jurídica, CICR*

**16.45h – 17.30h**

**Debate**