

Comentarios de los Convenios de Ginebra de 1949

# COMENTARIO DEL CONVENIO DE GINEBRA I

CONVENIO DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO  
DE 1949 PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE  
CORREN LOS HERIDOS Y LOS ENFERMOS  
DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPAÑA

ARTÍCULO 3

CONFLICTOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL



CICR

Comentarios de los Convenios de Ginebra de 1949

# COMENTARIO DEL CONVENIO DE GINEBRA I

CONVENIO DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO  
DE 1949 PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE  
CORREN LOS HERIDOS Y LOS ENFERMOS  
DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPAÑA

## ARTÍCULO 3

CONFLICTOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL

**Autores:**

*Lindsey Cameron, Bruno Demeyere, Jean-Marie Henckaerts,  
Eve La Haye e Iris Muller, con contribuciones  
de Cordula Droege, Robin Geiss y Laurent Gisel*



# ARTÍCULO 3

## CONFLICTOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL

### *Texto de la disposición\**

1. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

(1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- (a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- (b) la toma de rehenes;
- (c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- (d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

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

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

3. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.
4. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

*\* Se han añadido números a los párrafos para facilitar las referencias.*

### **Reservas o declaraciones**

Ninguna<sup>1</sup>

---

**1** Al firmar los Convenios de Ginebra en 1949, Argentina hizo la siguiente reserva al artículo 3 (v. Colección de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 75, 1950, pág. 422):

Por lo tanto, firmo los cuatro Convenios en nombre de mi Gobierno y sujeto a la ratificación, con la reserva de que el artículo 3, común a los cuatro Convenios, será el único artículo, con exclusión de todos los demás, que será aplicable en caso de conflictos armados sin carácter internacional.

Sin embargo, la reserva no fue confirmada formalmente cuando Argentina ratificó los Convenios de Ginebra en 1956 (v. Colección de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 251, 1956, págs. 372-375).

Portugal hizo la siguiente reserva al firmar los cuatro Convenios de Ginebra en 1949 (v. Colección de Tratados de las Naciones Unidas, Vol. 75, 1950, pág. 446):

Dado que no existe una definición concreta de lo que quiere decirse con conflicto sin carácter internacional y que, en caso de que ese término pretenda referirse solo a las guerras civiles, no se establece claramente en qué momento debería considerarse que una rebelión armada dentro de un país se convierte en una guerra civil, Portugal se reserva el derecho de no aplicar las disposiciones del artículo 3, en la medida en que pueden ser contrarias a las disposiciones del derecho portugués, en todos los territorios sujetos a su soberanía en cualquier parte del mundo.

La reserva fue retirada cuando Portugal ratificó los Convenios de Ginebra en 1961; v. Colección de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 394, 1961, pág. 258.

# ÍNDICE

<b>A. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>B. RESEÑA HISTÓRICA .....</b>	<b>11</b>
<b>C. PÁRRAFO 1: ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 COMÚN.....</b>	<b>23</b>
1. Introducción.....	23
2. “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional” .....	26
a. <i>Las partes en un conflicto no internacional</i> .....	26
b. <i>El umbral de los conflictos armados no internacionales</i> .....	36
3. Ámbito de aplicación geográfico .....	53
a. <i>Introducción</i> .....	53
b. <i>Conflictos armados no internacionales “internos”</i> .....	54
c. <i>Conflictos armados no internacionales que traspasan el territorio de un solo Estado</i> .....	58
4. Ámbito de aplicación temporal.....	67
a. <i>Introducción</i> .....	67
b. <i>El inicio de un conflicto armado no internacional</i> .....	68
c. <i>El fin de un conflicto armado no internacional</i> .....	68
d. <i>Aplicación continua del artículo 3 común después de terminado un conflicto armado no internacional</i> .....	72
<b>D. PÁRRAFO 1: FUERZA VINCULANTE DEL ARTÍCULO 3 COMÚN.....</b>	<b>75</b>
1. “cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar” .....	75
a. <i>Consideraciones generales</i> .....	75
b. <i>Fuerza vinculante del artículo 3 común sobre los grupos armados no estatales</i> .....	76
c. <i>Fuerza vinculante del artículo 3 común sobre las fuerzas multinacionales</i> .....	78
2. “como mínimo, las siguientes disposiciones” .....	80
<b>E. APARTADO (1): PERSONAS PROTEGIDAS .....</b>	<b>83</b>
1. <i>Introducción</i> .....	83
2. <i>Personas que no participen directamente en las hostilidades</i> .....	84
3. <i>Miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y personas puestas fuera de combate</i> .....	86
a. <i>Miembros de las fuerzas armadas</i> .....	86
b. <i>Hayan depuesto las armas o puestas fuera de combate</i> .....	88
4. <i>El artículo 3 común y la conducción de las hostilidades</i> .....	91
5. <i>La aplicabilidad del artículo 3 común a todos los civiles y a las propias fuerzas armadas de una Parte</i> .....	94

<b>F. APARTADO (1): OBLIGACIONES FUNDAMENTALES ESTABLECIDAS</b>	
<b>POR EL ARTÍCULO 3 COMÚN.....</b>	<b>97</b>
1. La obligación de tratar con humanidad .....	97
<i>a. Introducción.....</i>	<i>97</i>
<i>b. Trato humano .....</i>	<i>98</i>
<i>c. En todas las circunstancias .....</i>	<i>102</i>
2. La prohibición de las distinciones de índole desfavorable .....	105
<i>a. Introducción.....</i>	<i>105</i>
<i>b. Distinción de índole desfavorable.....</i>	<i>106</i>
<i>c. Distinción de índole no desfavorable .....</i>	<i>110</i>

<b>G. APARTADO (1): ACTOS PROHIBIDOS EN VIRTUD</b>	
<b>DEL ARTÍCULO 3 COMÚN .....</b>	<b>113</b>
1. Introducción.....	113
2. 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 .....	113
<i>a. Atentados contra la vida y la integridad corporal .....</i>	<i>113</i>
<i>b. Homicidio .....</i>	<i>118</i>
<i>c. Mutilaciones.....</i>	<i>121</i>
<i>d. Tratos crueles .....</i>	<i>125</i>
<i>e. Tortura .....</i>	<i>131</i>
3. Toma de rehenes .....	141
<i>a. Introducción.....</i>	<i>141</i>
<i>b. Definición de toma de rehenes .....</i>	<i>141</i>
4. Atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes .....	147
<i>a. Introducción.....</i>	<i>147</i>
<i>b. Definición de atentados contra la dignidad personal .....</i>	<i>147</i>
5. Requisito de un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables .....	151
<i>a. Introducción.....</i>	<i>151</i>
<i>b. Tribunales legítimamente constituidos.....</i>	<i>152</i>
<i>c. Garantías judiciales indispensables.....</i>	<i>155</i>
<i>d. Tribunales constituidos por grupos armados no estatales.....</i>	<i>159</i>
6. Violencia sexual .....	161
<i>a. Introducción.....</i>	<i>161</i>
<i>b. La prohibición de la violencia sexual según el artículo 3 común.....</i>	<i>163</i>
7. No devolución según el artículo 3 común .....	166

**H. DETENCIÓN FUERA DE UN PROCESO PENAL..... 175**

**I. APARTADO (2): RECOGIDA Y ASISTENCIA DE LOS HERIDOS**

**Y LOS ENFERMOS.....181**

1. Introducción.....	181
2. Reseña histórica.....	182
3. Discusión.....	183
a. Destinatarios de las obligaciones.....	183
b. Ámbito de aplicación.....	184
c. La obligación de recoger a los heridos y los enfermos.....	189
d. La obligación de asistir a los heridos y los enfermos.....	193
e. Obligaciones implícitas en la obligación de recoger y asistir a los heridos y los enfermos.....	196

**J. PÁRRAFO 2: OFRECIMIENTO DE SERVICIOS POR UN ORGANISMO**

**HUMANITARIO IMPARCIAL COMO EL CICR..... 203**

1. Introducción.....	203
2. Reseña histórica.....	205
3. Organismos humanitarios imparciales.....	207
a. Conceptos generales.....	207
b. El Comité Internacional de la Cruz Roja.....	210
4. El ofrecimiento de servicios.....	211
5. Los servicios ofrecidos.....	212
a. Actividades humanitarias.....	212
b. Protección.....	214
c. Socorro/asistencia.....	216
d. Beneficiarios.....	219
6. Destinatarios de un ofrecimiento de servicios.....	220
7. Consentimiento.....	220
a. Requisito de consentimiento.....	220
b. El consentimiento no puede retenerse arbitrariamente.....	222
c. Obligación de permitir y autorizar el paso rápido y sin obstáculos.....	226

**K. PÁRRAFO 3: ACUERDOS ESPECIALES..... 227**

1. Introducción.....	227
2. Reseña histórica.....	228
3. Discusión.....	228



<b>L. PÁRRAFO 4: ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PARTES EN CONFLICTO .....</b>	<b>237</b>
1. Introducción.....	237
2. Reseña histórica.....	237
3. Discusión .....	238
<b>M. ASPECTOS PENALES Y CUMPLIMIENTO .....</b>	<b>241</b>
1. Introducción.....	241
2. Responsabilidad penal individual en conflictos armados no internacionales .....	241
3. Violaciones graves del artículo 3 común como crímenes de guerra.....	247
4. Responsabilidad estatal por violaciones del artículo 3 común.....	250
5. Medidas de prevención y supervisión del cumplimiento .....	251
a. <i>Medidas de prevención</i> .....	251
b. <i>Supervisión del cumplimiento</i> .....	253
6. El concepto de represalias bélicas en los conflictos armados no internacionales.....	257
<b>BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA .....</b>	<b>261</b>
Sección B. Reseña histórica.....	261
Sección C. Párrafo 1: ámbito de aplicación del artículo 3 común.....	263
Sección D. Párrafo 1: fuerza vinculante del artículo 3 común.....	269
Sección E. Apartado (1): personas protegidas .....	271
Sección F. Apartado (1): obligaciones fundamentales establecidas por el artículo 3 .....	275
Sección G. Apartado (1): actos prohibidos por el artículo 3 común .....	277
<i>Atentados contra la vida y la integridad corporal, homicidio</i> .....	277
<i>Mutilaciones</i> .....	279
<i>Tratos crueles, tortura y atentados contra la dignidad personal</i> .....	279
<i>Toma de rehenes</i> .....	281
<i>Requisito de un tribunal legítimamente constituido, con garantías             judiciales reconocidas como indispensables</i> .....	283
<i>Violencia sexual</i> .....	284
<i>No devolución</i> .....	286
Sección H. Detención fuera de un proceso penal.....	289
Sección I. Apartado (2): recogida y asistencia de los heridos y los enfermos.....	291
Sección J. Párrafo 2: ofrecimiento de servicios por parte de un organismo humanitario e imparcial como el CICR.....	293
Sección K. Párrafo 3: acuerdos especiales .....	297
Sección L. Párrafo 4: estatuto jurídico de las partes en conflicto.....	301
Sección M. Aspectos penales y cumplimiento .....	303

## A. INTRODUCCIÓN

**351** Entre los numerosos e importantes avances introducidos en el derecho internacional humanitario por la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 3 se destaca especialmente. Con su inclusión, los Estados acordaron por primera vez regular, en un marco jurídico internacional, lo que describieron como “conflicto armado que no sea de índole internacional”<sup>2</sup>. El artículo 3 común fue una de las primeras disposiciones del derecho internacional que abordó lo que, en aquella época, los Estados consideraban ser exclusivamente sus asuntos internos. Esta disposición es común a los cuatro Convenios de Ginebra<sup>3</sup>.

**352** En las décadas siguientes, quedó demostrada la importancia de este artículo. Si bien sigue habiendo conflictos armados internacionales, la amplia mayoría de los conflictos armados recientes han sido de índole no internacional y han generado un nivel de sufrimiento que no es inferior al provocado por los conflictos armados internacionales<sup>4</sup>.

**353** Desde 1949, el derecho de los conflictos armados no internacionales se ha desarrollado considerablemente. Los Estados han adoptado la normativa convencional adicional para regular los conflictos armados no internacionales, en particular, en el Protocolo adicional II de 1977 y otros numerosos instrumentos que se aplican en conflictos armados no internacionales<sup>5</sup>. Además, el estudio del CICR

- 
- 2 A menos que se especifique lo contrario, se hará referencia a los conflictos armados tal como los regula el artículo 3 con la expresión de “conflictos armados no internacionales”; en la sección C se aborda el significado de esta expresión.
  - 3 El texto del artículo 3 “común” es idéntico en los cuatro Convenios de Ginebra, salvo en el CG II, que se refiere a “los heridos, los enfermos y los náufragos”, en oposición a “los heridos y los enfermos”, a los que se refieren los CG I, III y IV.
  - 4 Para diversas apreciaciones desde la perspectiva del derecho internacional humanitario y otras disciplinas, v., por ej., Stuart Casey-Maslen (ed.), *The War Report: Armed Conflict in 2013*, Oxford University Press, 2014, págs. 26-32 y 35-233, y Themnér Lotta y Peter Wallensteen, “Patterns of organized violence, 2002-11”, *SIPRI Yearbook 2013*, Oxford University Press, 2013, págs. 41-60.
  - 5 V., por ej., Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1954), art. 19; Protocolo enmendado II de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1996), art. 1(3); Convención sobre la prohibición de las minas antipersonal (1997); Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1999), art. 22; Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados (2000); Enmienda del art. 1 de la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales (2001) (que amplía la aplicación de la Convención y sus Protocolos a los conflictos armados no internacionales); y la Convención sobre municiones en racimo (2008).

sobre derecho internacional humanitario consuetudinario ha identificado una serie de normas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados no internacionales<sup>6</sup>.

**354** Pese a estos desarrollos, el artículo 3 común sigue siendo la disposición principal del derecho convencional para la regulación de los conflictos armados no internacionales. Como parte de los Convenios de Ginebra de 1949, que gozan de ratificación universal, es la única disposición que es vinculante en todo el mundo y que rige todos los conflictos armados no internacionales. En comparación, el Protocolo adicional II no ha sido ratificado universalmente y su ámbito de aplicación es más limitado, sin modificar, no obstante, las condiciones de aplicación existentes del artículo 3 común<sup>7</sup>.

**355** Comparado con el número y la exhaustividad de las disposiciones que rigen los conflictos armados internacionales en los Convenios de Ginebra, el artículo 3 común es breve y está formulado en términos generales.

**356** La cualidad del artículo 3 común como “Convenio en miniatura” para los conflictos sin carácter internacional ya fue observada durante la Conferencia Diplomática de 1949<sup>8</sup>. Desde entonces, el carácter fundamental de sus disposiciones ha sido reconocido como “una vara mínima”, vinculante en todos los conflictos armados, y es un reflejo de las “consideraciones elementales de humanidad”<sup>9</sup>.

- 
- 6 Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules y Volume 2: Practice*, CICR/Cambridge University Press, 2005, disponible en <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. El estudio fue preparado por el CICR en seguimiento de la Recomendación II de la Reunión de 1995 del Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra, que fue respaldada por la resolución 1 de la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 1995. El volumen 1 del estudio se encuentra disponible en español en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf). En adelante, Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007).
  - 7 Para conocer el estado actual de ratificación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, v. <https://www.icrc.org/ihl>. Para una comparación entre el ámbito de aplicación del artículo 3 común y el del PA II, v. la sección C.2 de este comentario, así como los comentarios sobre los arts. 1 y 2 del PA II.
  - 8 V. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 326. En esa época, esta expresión se empleó para destacar la brevedad y la autonomía del texto que finalmente fue adoptado como artículo 3 común, lo que lo diferenciaba de otros enfoques considerados en la Conferencia Diplomática, según los cuales algunas disposiciones de los Convenios de Ginebra como tales habrían sido aplicables a los conflictos armados no internacionales. V. también la sección B.
  - 9 V. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, fondo, fallo, 1986, párrs. 218-219.

## B. RESEÑA HISTÓRICA

**357** Los conflictos armados no internacionales no eran un fenómeno nuevo cuando, en 1949, se los reguló por primera vez mediante el artículo 3 común, ya que la violencia, así sea de carácter internacional o no internacional, ha arruinado y determinado la historia humana desde tiempos inmemoriales<sup>10</sup>.

**358** Sin embargo, el primer Convenio de Ginebra –el Convenio de Ginebra de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña– abordó exclusivamente los conflictos armados entre Estados, más precisamente la “guerra”<sup>11</sup>, tal como hicieron sus revisiones subsiguientes y los tratados adoptados en lo sucesivo sobre cuestiones de interés humanitario<sup>12</sup>. Esto refleja la visión de que iniciar y librar una guerra se consideraba un ejercicio de poder soberano, es decir, una prerrogativa de los Estados, que podía ser regulada por el derecho internacional. En cambio, se consideraba que la violencia que no se enmarcara dentro de esa prerrogativa no debía ser regulada por ese derecho<sup>13</sup>. El hecho de tratar esa violencia como si fuera una “guerra” y de regularla por el derecho internacional hubiera elevado indebidamente el estatuto de quienes la ejercían<sup>14</sup>.

**359** No obstante, esto no significa que antes de la adopción del artículo 3 común en 1949 no se tuviera conciencia de la necesidad de regular algunos aspectos de la violencia en la que participaran grupos armados no estatales<sup>15</sup>. Por ejemplo, la Convención sobre deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles, de 1928, estableció normas para los Estados Partes en caso de lucha civil en otro

---

<sup>10</sup> Para un análisis pormenorizado de situaciones de violencia percibidas como de carácter internacional o no internacional a lo largo de los siglos y en las distintas culturas, v. Neff.

<sup>11</sup> Para un análisis más exhaustivo de la noción de “guerra” según el derecho internacional humanitario, v. el comentario del art. 2, sección D.

<sup>12</sup> V. Convención de La Haya (III) (1899); Convenio de Ginebra (1906); Convención de La Haya (X) (1907); Convenio de Ginebra sobre los heridos y los enfermos (1929); y Convenio de Ginebra sobre los prisioneros de guerra (1929). V. también Declaración de San Petersburgo (1868) y Reglamento de La Haya (1899) y (1907).

<sup>13</sup> V., por ej., Moir, pág. 3; y Sivakumaran, 2012, pág. 9.

<sup>14</sup> V., por ej., Milanovic y Hadzi-Vidanovic, págs. 261–262; y Sivakumaran, 2012, pág. 9.

<sup>15</sup> V., por ej., el trabajo de Emer de Vattel, *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Slatkine Reprints – Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1983, Libro III, Cap. XVIII, párrs. 287–296 (donde se pide que ambas partes en una guerra civil observen las leyes de la guerra establecidas para evitar que esas guerras se convirtieran en barbarie).

Estado contratante<sup>16</sup>. Además, los Estados en los que tuvieron lugar situaciones de violencia armada interna ocasionalmente firmaron acuerdos *ad hoc* con Estados que no eran Partes<sup>17</sup> o emitieron instrucciones unilaterales a sus fuerzas armadas. Un ejemplo destacado de ello es el Código de Lieber, de 1863<sup>18</sup>.

**360** Por otro lado, en el transcurso del siglo XIX, se desarrolló el concepto del reconocimiento de la beligerancia<sup>19</sup>. Admitiendo que algunas partes no estatales tenían la capacidad real de librar “guerras” a un nivel que podría afectar los intereses de terceros Estados, aunque carecieran de la capacidad jurídica de hacerlo<sup>20</sup>, el reconocimiento de la beligerancia permitía aplicar algunas normas del derecho internacional sobre las “guerras” entre Estados, en particular, el derecho de la neutralidad entre Estados beligerantes y Estados neutrales, y las leyes y costumbres de la guerra entre Estados beligerantes, en algunos conflictos armados en los que participaban partes no estatales<sup>21</sup>. Por consiguiente, siempre que el conflicto armado reuniera determinadas condiciones<sup>22</sup>, se consideraba que los terceros Estados podían (o incluso debían, según algunos autores)<sup>23</sup> reconocer a

16 V. también las dos resoluciones adoptadas por el *Institut de Droit International* en su sesión celebrada en Neuchâtel en 1900: Resolución I, *Règlement sur la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile*; y Resolución II, *Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection*.

17 V. ejemplos en Sivakumaran, 2012, págs. 25–28.

18 El Código de Lieber, de 1863, estableció las normas que debían respetar las fuerzas de la Unión durante la guerra de secesión en Estados Unidos.

19 Sobre este concepto, v., por ej., Milanovic y Hadzi-Vidanovic, págs. 263–264; Moir, págs. 4–18; y Sivakumaran, 2012, págs. 9–20.

20 V., por ej., Oppenheim, págs. 92–93.

21 V. Milanovic y Hadzi-Vidanovic, pág. 262, con referencia a Neff, pág. 251, donde se destaca el deseo de que el derecho de la neutralidad aplicable fuera el factor decisivo para el desarrollo del concepto del reconocimiento de la beligerancia.

22 V., por ej., Oppenheim, pág. 93, párr. 76:

Es una norma consuetudinaria del Derecho de las Naciones que cualquier Estado puede reconocer a insurgentes como Potencia beligerante, siempre y cuando 1) estén en poder de una parte del territorio del Gobierno legítimo; 2) hayan instaurado un Gobierno propio; y 3) conduzcan su contienda armada con el Gobierno legítimo conforme a las leyes y costumbres de la guerra.

V. también *Institut de Droit International*, Resolución II, *Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection*, adoptado en su sesión celebrada en Neuchâtel Session, 1900, art. 8. V. también Lauterpacht, 1947, págs. 175–176, y 1952, págs. 249–250, con consideraciones adicionales.

23 V. Lauterpacht, 1947, págs. 175–176, y 1952, págs. 249–250. Sin embargo, no fue esa una opinión generalizada.

la parte no estatal el conflicto como “beligerante”, lo que daba lugar a la aplicación del derecho de la neutralidad<sup>24</sup>.

**361** Sin embargo, el reconocimiento de la beligerancia por terceros Estados no tenía consecuencias para las relaciones entre las partes en el conflicto. Tampoco hacía efectivas las leyes y costumbres internacionales de la guerra ni creaba una obligación jurídica para que el Estado parte en el conflicto reconociera a su opositor interno como un beligerante<sup>25</sup>. El Estado parte en el conflicto tenía la libertad de reconocer a su opositor como beligerante o no; solo si lo hacía, el derecho internacional se volvía aplicable, con lo cual el conflicto quedaba sujeto a las leyes y costumbres de la guerra<sup>26</sup>. Sin embargo, una vez finalizado el conflicto, no se consideraba que el hecho de que hubiera reconocido a los insurgentes como beligerante impedía al Estado parte victorioso tratarlos como traidores y aplicarles el derecho penal, ya que el carácter de Potencia beligerante obtenido a través del reconocimiento se perdía con la derrota<sup>27</sup>. En la práctica, con algunas excepciones<sup>28</sup>, los Estados eran reticentes a utilizar el instrumento del reconocimiento de la beligerancia, ya que estaban poco dispuestos a admitir la existencia, dentro de sus fronteras, de una situación que justificaba y requería la aplicación del derecho internacional y a elevar el estatuto de un opositor interno. Además, los terceros Estados con frecuencia no querían afrontar a otros Estados mediante el reconocimiento de sus opositores internos como beligerantes y preferían no someterse a las limitaciones del derecho de la neutralidad<sup>29</sup>.

---

24 V. Oppenheim, pág. 69; y Lauterpacht, 1952, pág. 209. Con respecto al Estado parte en el conflicto armado, se consideraba que, en todo caso, el Gobierno legítimo tenía derecho a declarar el estatuto de beligerante y los derechos que ello implicaba; v. Lauterpacht, 1952, pág. 249, nota 4, con más referencias.

25 V., por ej., Oppenheim, págs. 69 y 366. V. también Lauterpacht, 1947, págs. 246-247, con más consideraciones, y 1952, págs. 251 y 209-210.

26 Además, el Estado Parte en el conflicto armado estaba obligado a respetar el derecho de la neutralidad respecto de terceros Estados, mientras que los terceros Estados no estaban obligados por el derecho de la neutralidad, porque el Estado Parte hubiera reconocido a una parte no estatal como beligerante, ni tampoco estaban obligados a reconocer a la parte no estatal como beligerante, porque el Estado Parte lo hubiera hecho; v., por ej., Oppenheim, págs. 69 y 366 y Lauterpacht, 1947, págs. 246-247, con más consideraciones. V. también Sivakumaran, 2012, págs. 15-16, con más referencias.

27 V. Oppenheim, págs. 69-70 y Milanovic y Hadzi-Vidanovic, pág. 264. V. también Código de Lieber (1863), art. 154: El hecho de tratar al enemigo rebelde, en el campo de batalla, conforme a las leyes y costumbres de la guerra nunca ha impedido al gobierno legítimo juzgar a los líderes de la rebelión o los jefes de los rebeldes por alta traición, ni tratarlos consecuentemente, a menos que se los haya incluido en una amnistía general.

28 Un ejemplo analizado con frecuencia es el reconocimiento de la Confederación como beligerante durante la guerra de secesión en Estados Unidos; v. Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pág. 264 y Sivakumaran, 2012, págs. 17-19.

29 V. Milanovic y Hadzi-Vidanovic, pág. 264; y Duculesco, pág. 126.

**362** En un principio, el CICR también dudaba en considerar los conflictos armados no internacionales como un asunto de derecho internacional<sup>30</sup>. Sin embargo, a la luz de la experiencia en el terreno, la necesidad y la idoneidad de normas similares a las establecidas en el Convenio de Ginebra de 1864 en situaciones de conflicto armado no internacional se volvieron evidentes para el CICR<sup>31</sup>. En 1912, se presentaron ante la IX Conferencia Internacional de la Cruz Roja<sup>32</sup> dos informes redactados por Sociedades Nacionales de la Cruz Roja a título individual sobre el papel de la Cruz Roja en situaciones de “guerra civil” e “insurrección”; sin embargo, la fuerte resistencia manifestada por los Estados impidió que se los sometiera a discusión exhaustiva y votación<sup>33</sup>.

**363** Sin embargo, en la X Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en 1921, se adoptó una resolución sobre cuestiones humanitarias durante situaciones de “guerra civil”,<sup>34</sup> *inter alia*. Sin ser un instrumento vinculante, la resolución afirmó el derecho y la obligación de la Cruz Roja de prestar socorro en caso de guerra civil y de disturbios sociales y revolucionarios. Reconoció que todas las víctimas de guerras civiles o de disturbios de esa índole tenían derecho, sin excepción alguna, a recibir ayuda, de conformidad con los principios generales de la Cruz Roja<sup>35</sup>.

---

30 En las actas de la segunda reunión del órgano fundador del CICR, celebrada el 17 de marzo de 1863, el subcomité establecido por la Sociedad de Bienestar Público de Ginebra para estudiar la aplicación de las propuestas formuladas por Henry Dunant en su libro *Recuerdo de Solferino*, se señala:

El Comité acordó, ante todo, que, en su opinión, no se ha de contemplar ninguna acción durante las guerras civiles, y que los Comités deberían concentrarse solo en las guerras europeas. Naturalmente, después de unos años de experiencia, podría ampliarse el esquema de bienestar, cuando sea universalmente adoptado y establecido, pero por el momento deberíamos limitarnos a la cuestión de los conflictos de gran escala entre Potencias europeas.

Reproducido en *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Supplement, vol. II, n.º 3, marzo de 1949, pág. 130.

31 V. Moynier, pág. 304 y Ador y Moynier, págs. 168-169.

32 La Cruz Roja Americana presentó un informe sobre “Le rôle de la Croix-Rouge en cas de guerre civile ou d’insurrection”, y la Cruz Roja Cubana sobre “Mesures à prendre par la Croix-Rouge dans un pays en état d’insurrection permettant à cette institution d’accomplir ses fonctions entre les deux belligérants sans manquer à la neutralité”; v. Cruz Roja Americana, *Neuvième Conférence Internationale de la Croix-Rouge tenue à Washington du 7 au 17 Mai 1912, Compte Rendu*, Washington, 1912, págs. 45-49.

33 V. *ibíd.* págs. 45 y 199-208. Por ejemplo, la delegación de un Estado observó que cada ofrecimiento directo o indirecto de servicios de las Sociedades de la Cruz Roja a “los insurgentes o los revolucionarios” solo podría ser visto como un “acto inamistoso”.

34 X Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1921, resolución XIV, *Guerre Civile*, reproducido en *Dixième conférence internationale de la Croix-Rouge tenue à Genève du 30 mars au 7 avril 1921. Compte rendu*, Imprimerie Albert Renaud, Ginebra, 1921, págs. 217-218.

35 *Ibid.*, sección titulada “Résolutions”, párrs. 4-6.

**364** El importante paso dado en la resolución de 1921 fue reafirmado en 1938 cuando, durante la guerra civil española, la XVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja adoptó otra resolución por la que pidió al CICR “hacer uso de su experiencia práctica para continuar el estudio general de los problemas planteados por la guerra civil en lo que respecta a la Cruz Roja y presentar el resultado de su estudio ante la próxima Conferencia Internacional de la Cruz Roja”<sup>36</sup>.

**365** La Segunda Guerra Mundial impidió que se celebrara la Conferencia Internacional de la Cruz Roja prevista para 1942. Finalizada esa guerra y con las experiencias de la guerra civil española y la guerra civil griega, el CICR volvió a abordar las cuestiones humanitarias surgidas en conflictos armados no internacionales en el marco de su trabajo de revisión de los Convenios de Ginebra de 1929 y de la Convención de La Haya de 1907 (X) y de redacción de un nuevo convenio sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

**366** En 1946, el CICR convocó una “Conferencia Preliminar de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja para estudiar los Convenios y diversos problemas relativos a la Cruz Roja”. Con respecto a una revisión del Convenio de 1929 sobre los heridos y los enfermos, el CICR propuso que “en caso de guerra civil dentro de las fronteras de un Estado, los adversarios fueran invitados a declarar su disposición a aplicar los principios del Convenio, siempre que se observara la reciprocidad”<sup>37</sup>.

**367** La Conferencia Preliminar escogió un enfoque más directo: reemplazó la condición de aplicación recíproca contenida en la propuesta del CICR por una suposición de aplicación. Sugirió insertar, al comienzo del Convenio, un artículo que definiera el ámbito de aplicación y que constaba del siguiente párrafo:

En caso de conflicto armado dentro de las fronteras de un Estado, el Convenio también será aplicado por todas las partes adversas, a menos que alguna de ellas anuncie expresamente su intención de no hacerlo<sup>38</sup>.

**368** La Conferencia Preliminar se guio por la consideración de que “ningún Estado u órgano insurgente se arriesgaría a proclamar, ante la opinión mundial, su intención de incumplir las leyes de humanidad, cuyo valor y carácter esencial han

---

36 XVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Londres, 1938, resolución XIV, Role and Activity of the Red Cross in Time of Civil War, reproducido en *Sixteenth International Red Cross Conference, London, June 1938, Report*, pág. 104.

37 *Report of the Preliminary Conference of National Societies of 1946*, pág. 15.

38 *Ibíd.*



sido universalmente reconocidos”<sup>39</sup>. Por lo que respecta al Convenio de Ginebra de 1929 sobre los prisioneros de guerra, la Conferencia Preliminar consideró que “las disposiciones establecidas en el Convenio (...) deben aplicarse (...), en principio, en caso de guerra civil”<sup>40</sup>.

**369** Estas propuestas fueron debatidas en la Conferencia de Expertos Gubernamentales celebrada en 1947. Con respecto a la revisión de los Convenios de Ginebra de 1929 y a la redacción de un nuevo convenio sobre personas civiles, los participantes acordaron una disposición que, una vez más, incluía una condición de aplicación recíproca:

En caso de guerra civil, en cualquier parte del territorio o del territorio colonial de una Parte Contratante, los principios del Convenio serán igualmente aplicados por la mencionada Parte, siempre que la Parte adversa también confirme que lo hará<sup>41</sup>.

**370** En preparación de la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja que se celebró en Estocolmo en 1948, el CICR propuso la siguiente formulación de un proyecto de artículo 2(4) que sería insertada en cada uno de los convenios revisados o nuevos:

En todos los casos de conflicto armado que no sean de índole internacional, especialmente los casos de guerra civil, conflictos coloniales o guerras de religión, que puedan surgir en el territorio de una o más Altas Partes Contratantes, la aplicación de los principios del

---

39 *Ibíd.*

40 *Ibíd.* pág. 70. Por otro lado, con respecto a los problemas específicos de la Cruz Roja, la Conferencia Preliminar deseaba que “el Convenio incluyera las siguientes actividades: en caso de guerra civil, la Cruz Roja será autorizada a extender su ayuda a todos los heridos, sin distinción de la parte a la que pudieran pertenecer”; *ibíd.*, pág. 105.

41 *Report of the Conference of Government Experts of 1947*, pág. 8 (texto adoptado para revisión del convenio sobre los heridos y los enfermos). El párrafo tuvo una redacción levemente diferente, pero sustancialmente idéntica, para la revisión del convenio sobre prisioneros de guerra y el nuevo convenio sobre la protección de las personas civiles; v. también págs. 103 y 271. La reinsertión de la expresión “principios del Convenio” (contenida en la propuesta formulada por el CICR en 1946 pero reemplazada por “el Convenio” en el texto adoptado por la Conferencia Preliminar de 1946) fue por sugerencia de una delegación; v. *Minutes of the Conference of Government Experts of 1947*, vol. II-1, Comisión I, págs. 5-6. En tanto que el texto adoptado por la Conferencia de Expertos Gubernamentales volvió al término “guerra civil” (mientras que la Conferencia Preliminar de 1946 había adoptado el término “conflicto armado”), v. *Report of the Conference of Government Experts of 1947*, págs. 9 y 270.

presente Convenio será obligatoria para cada uno de los adversarios. La aplicación del Convenio en esas circunstancias no dependerá en modo alguno del estatuto jurídico de las partes en el conflicto y no tendrá efecto alguno sobre dicho estatuto<sup>42</sup>.

**371** La exclusión de la condición de la aplicación recíproca en el proyecto del CICR se debe a su consideración de que podría “dejar esta disposición sin valor, ya que una Parte siempre podría alegar que su adversario ha incumplido alguna cláusula específica del Convenio”. Las aclaraciones explícitas respecto del estatuto jurídico de las Partes en el conflicto tomaron en cuenta una recomendación formulada por una delegación durante la Conferencia de Expertos Gubernamentales de 1947<sup>43</sup>.

**372** Sobre esa base, la Conferencia de Estocolmo adoptó el siguiente proyecto de artículo 2(4) para la revisión del Convenio de Ginebra de 1929 sobre los heridos y los enfermos y la Convención de La Haya de 1907 (X):

En todos los casos de conflicto armado que no sean de índole internacional y que puedan surgir en el territorio de una o más Altas Partes Contratantes, cada uno de los adversarios estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Convenio. El Convenio será aplicable en esas circunstancias, independientemente del estatuto jurídico de las Partes en el conflicto y sin perjuicio de este<sup>44</sup>.

**373** Con respecto a la revisión del Convenio de Ginebra de 1929 sobre los prisioneros de guerra y a un nuevo convenio sobre la protección de las personas civiles, la Conferencia de Estocolmo incluyó la condición de aplicación recíproca:

En todos los casos de conflicto armado que no sean de índole internacional y que puedan surgir en el territorio de una o más Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en el conflicto estará obligada a aplicar las disposiciones del presente convenio, siempre que la parte adversa también cumpla esa obligación. El Convenio será

---

<sup>42</sup> *Draft Conventions submitted to the 1948 Stockholm Conference*, págs. 5, 34-35, 52, 153 y 222.

<sup>43</sup> *Ibíd.* pág. 6.

<sup>44</sup> *V. Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, págs. 10 y 32. El cambio de “principios del presente Convenio” a “las disposiciones del presente Convenio” representó una armonización de los textos en inglés y en francés. La propuesta presentada por el CICR a la Conferencia de Estocolmo utilizaba, en su original en francés, la expresión “dispositions de la présente Convention”, que fue incorrectamente traducida como “principles” (principios). *V. Minutes of the Legal Commission at the 1948 Stockholm Conference*, pág. 46.

aplicable en esas circunstancias, independientemente del estatuto jurídico de las Partes en el conflicto y sin perjuicio de este<sup>45</sup>.

La inclusión de la condición de aplicación recíproca en los proyectos de convenios sobre los prisioneros de guerra y las personas civiles dio lugar a la opinión predominante de que, si bien el carácter humanitario de los convenios sobre los heridos, los enfermos y los náufragos sostenía una aplicación de sus disposiciones en conflictos armados no internacionales incluso sin reciprocidad, no podía decirse lo mismo de todas las disposiciones de los nuevos convenios sobre los prisioneros de guerra y las personas civiles, por ejemplo, las disposiciones sobre las Potencias protectoras en particular<sup>46</sup>. La supresión de los ejemplos de conflictos armados no internacionales contenidos en el proyecto del CICR (“especialmente los casos de guerra civil, conflictos coloniales o guerras de religión”) se debió, en última instancia, a la opinión de que, si se incluían demasiados detalles, se corría el riesgo de debilitar la disposición, ya que era imposible prever todas las circunstancias futuras y el carácter de conflicto armado de una situación era independiente de sus motivos<sup>47</sup>.

**374** A comienzos de 1949, en preparación de la Conferencia Diplomática que se celebraría más adelante ese mismo año en Ginebra, el CICR hizo llegar a los Estados una serie de comentarios y sugerencias sobre los proyectos de convenios. Con respecto al artículo 2(4) del proyecto revisado del Convenio de Ginebra de 1929 sobre los prisioneros de guerra y el proyecto de un nuevo convenio sobre los civiles, el CICR subrayó su posición de que “sería preferible suprimir la expresión ‘siempre que la parte adversa también cumpla esa obligación’ también en esos convenios”<sup>48</sup>.

**375** Durante la Conferencia Diplomática, como ya se había hecho evidente en los debates previos, la regulación de los “conflictos armados sin carácter internacional” resultó ser uno de los temas más difíciles de tratar.

<sup>45</sup> V. *ibíd.* págs. 51-52 y 114. Se ha omitido el subrayado.

<sup>46</sup> V. *Minutes of the Legal Commission at the 1948 Stockholm Conference*, págs. 48-57 y 64. Para un resumen de todos los argumentos de las delegaciones a favor de incluir la condición de aplicación recíproca en esos Convenios, v. *ICRC Remarks and Proposals on the 1948 Stockholm Draft*, págs. 37-38.

<sup>47</sup> V. *Minutes of the Legal Commission at the 1948 Stockholm Conference*, págs. 36-45 y 64.

<sup>48</sup> V. *ICRC Remarks and Proposals on the 1948 Stockholm Draft*, págs. 36-38 y 68, *inter alia*, observando en 38:

El CICR desea destacar, como ha hecho hasta ahora en sus comentarios sobre los proyectos de convenios, y como ha observado recientemente una Sociedad Nacional de la Cruz Roja, que si la cláusula de reciprocidad se inserta en este párrafo, la aplicación del Convenio en caso de guerra civil puede quedar totalmente atrofiada. Una de las partes en conflicto siempre podría afirmar –sería muy fácil hacerlo en una guerra de esa naturaleza– que el adversario no ha observado tal o cual disposición del Convenio.

**376** Las posiciones divergentes de los Estados se hicieron evidentes durante la primera lectura del proyecto de artículo 2 en el Comité Conjunto<sup>49</sup>. Algunos estaban en desacuerdo con la inclusión de cualquier disposición que rigiera los conflictos armados no internacionales en los nuevos Convenios, mientras que otros estaban a favor de regular todos los conflictos armados no internacionales. Algunos creían que debería incluirse algún tipo de regulación, pero preferían limitarla a situaciones estrictamente definidas<sup>50</sup>.

**377** Se formó un Comité Especial al que se asignó la tarea de llegar a una formulación intermedia. Luego de llegar a un acuerdo acerca de la cuestión fundamental de que los conflictos armados no internacionales deberían abordarse en los nuevos convenios de alguna forma u otra, el Comité Especial centró su labor en las dos opciones siguientes:

1. aplicar los Convenios en su totalidad a casos específicos de conflictos armados sin carácter internacional solamente; o
2. aplicar solo algunas disposiciones de los Convenios a todos los conflictos armados sin carácter internacional<sup>51</sup>.

**378** A fin de estudiar estas opciones, el Comité Especial estableció un “Grupo de Trabajo”<sup>52</sup>. El primer proyecto propuesto por el Grupo de Trabajo previó la aplicación de la totalidad de los Convenios a los conflictos armados no internacionales, con la excepción de las disposiciones sobre las Potencias protectoras, en circunstancias estrictamente definidas; a falta de estas, solo los “principios humanitarios básicos” de los Convenios serían aplicables en general<sup>53</sup>. Sin embargo, esta propuesta no tuvo buena acogida ni entre quienes apoyaban la regulación de los conflictos armados no internacionales ni entre quienes se oponían a esta<sup>54</sup>.

---

49 V. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, págs. 9–15. El Comité Conjunto agrupó a los tres comités establecidos por la Conferencia para debatir, respectivamente: los proyectos de convenios sobre los heridos y los enfermos y sobre las fuerzas en el mar; el proyecto de convenio sobre los prisioneros de Guerra; y el proyecto de un nuevo convenio sobre las personas civiles. El Comité Conjunto tuvo la tarea de debatir los artículos comunes a esos proyectos.

50 V. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, págs. 16 y 26.

51 V. *ibíd.* pág. 122, donde se observa también que “estas dos opciones no se excluyen mutuamente, y la posibilidad de resolver el problema de diferentes formas en los cuatro Convenios aumentó el número de soluciones que podrían preverse”. V. también pág. 76.

52 V. *ibíd.* págs. 45 y 122.

53 V. *ibíd.* págs. 46–47 y 124, Anexo A.

54 V. *ibíd.* págs. 47–50. El representante del CICR observó, *inter alia*, con respecto al proyecto que “en su opinión, el texto presentado por el Grupo de Trabajo no podría haberse aplicado nunca en ningún caso reciente de guerra civil. Por lo tanto, no representaba un avance con respecto a la situación presente” (*ibíd.* págs. 47–48).

**379** Basándose en los comentarios recibidos, el Grupo de Trabajo presentó un segundo proyecto, con versiones separadas para, por un lado, las revisiones de los dos Convenios de Ginebra de 1929 y la Convención de La Haya de 1907 (X)<sup>55</sup> y, por otro lado, el nuevo convenio para la protección de las personas civiles en tiempo de conflicto armado<sup>56</sup>.

**380** Estos proyectos también suscitaron varias propuestas de enmiendas<sup>57</sup>, una de ellas formulada por la delegación francesa que abandonó la posición de la plena aplicación de los Convenios en situaciones estrictamente circunscritas de conflicto armado no internacional, mientras que otros conflictos armados no internacionales estarían sujetos generalmente solo a “los principios humanitarios básicos” de los Convenios. En cambio, el proyecto francés, haciendo referencia a las disposiciones del proyecto de preámbulo del convenio sobre personas civiles<sup>58</sup>, propuso que un conjunto de normas humanitarias limitado, pero distinto, se aplicara a todas las situaciones de conflicto armado sin carácter internacional<sup>59</sup>.

---

55 V. *ibíd.* págs. 76-77 y 125, Anexo B.

56 V. *ibíd.* págs. 76-77 y 125, Anexo C.

57 V. *ibíd.* págs. 77-79 y 122-123. El séptimo informe del Comité Especial al Comité Conjunto resumió las respuestas de las delegaciones al segundo proyecto de la manera siguiente: Las principales objeciones al segundo proyecto del Grupo de Trabajo fueron que la subdivisión de los conflictos armados no internacionales en dos categorías daría lugar a discusiones interminables al comienzo de cada guerra civil, colonial u otra respecto de si pertenecía a una u otra categoría; no se había dispuesto ninguna jurisdicción para determinar si las condiciones para la plena aplicación de los Convenios estaban reunidas en un caso específico; que, en realidad, esa decisión se dejaba a discreción del gobierno *de jure* y que las condiciones en cuestión muy rara vez se reunirían. (*ibíd.* pág. 123)

58 Una opción también sugerida por la delegación italiana durante las primeras discusiones en el Comité Conjunto y el Comité Especial antes de establecer el primer Grupo de Trabajo; v. *ibíd.* págs. 13 y 40.

59 Para consultar el texto de la propuesta francesa, v. *ibíd.* pág. 123. El proyecto de preámbulo al que hacía referencia la propuesta francesa había sido desarrollado por primera vez para el proyecto de convenio sobre personas civiles por la Conferencia de Estocolmo de 1948; v. *Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, pág. 113. El CICR luego propuso un texto similar para el preámbulo a fin de que se lo incluyera en los cuatro Convenios; v. *ICRC Remarks and Proposals on the 1948 Stockholm Draft*, págs. 8, 26, 36 y 67 (con un texto adicional alternativo para el convenio sobre civiles). Finalmente, la Conferencia Diplomática decidió no adoptar preámbulos para los cuatro Convenios de Ginebra; sin embargo, la esencia de los proyectos de preámbulo se halla en el artículo 3 común. Para más detalles al respecto, v. el comentario del preámbulo, sección B.

**381** Sobre esa base, se estableció un segundo Grupo de Trabajo para que estudiara la propuesta francesa<sup>60</sup>. Este Grupo entregó al Comité Especial un proyecto de texto para su inclusión en los cuatro Convenios, que sentó las bases del texto que finalmente se adoptó<sup>61</sup>.

**382** Si bien hubo que votar en relación con un número considerable de propuestas de enmiendas cuando se reunió<sup>62</sup>, el Comité Especial logró referir un texto al Comité Conjunto que prácticamente anticipó por completo la formulación que sería adoptada finalmente como artículo 3 común<sup>63</sup>. El Comité Conjunto consideró otros proyectos, incluido uno que presentó la delegación de la Unión Soviética, que proponía la aplicación de las disposiciones de los Convenios de Ginebra, en la medida en que servían a un fin fundamentalmente humanitario, a todos los conflictos armados no internacionales<sup>64</sup>. Al final, el texto que había sido remitido al Comité Conjunto por el Comité Especial obtuvo mayoría de votos y fue adoptado como nuevo proyecto de artículo 2A y presentado a la Asamblea Plenaria<sup>65</sup>.

**383** En la votación final en la Asamblea Plenaria, el proyecto de artículo 2A fue adoptado por 34 votos contra 12, con 1 abstención<sup>66</sup>. En la secuencia de artículos que se adoptaron juntos, se dio al proyecto de artículo 2 su posición final como artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra<sup>67</sup>.

---

60 V. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 79.

61 V. *ibíd.* págs. 82-83 y 125-126.

62 V. *ibíd.* págs. 83-84, 90, 91 y 93-95.

63 V. *ibíd.* págs. 101 y 126, anexo E.

64 V. *ibíd.* págs. 97-98 y 127.

65 V. *ibíd.* págs. 34-35 y 36-37.

66 V. *ibíd.* pág. 339.

67 V. *ibíd.* vol. I, págs. 383-385.



## C. PÁRRAFO 1: ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 COMÚN

### 1. INTRODUCCIÓN

**384** El artículo 3 común no ofrece una definición exhaustiva de su ámbito de aplicación ni tampoco contiene una lista de los criterios para identificar en qué situaciones se lo debería aplicar. Simplemente establece que, “[e]n caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”, algunas disposiciones deben ser respetadas por las partes en el conflicto.

**385** La ostensible simpleza de esta formulación es el resultado de la historia de la negociación del artículo 3 común<sup>68</sup>. En la Conferencia Diplomática de 1949, las posiciones fueron desde la oposición a toda limitación impuesta por el derecho internacional al derecho de los Estados a responder a la violencia armada dentro de sus ámbitos soberanos hasta una fuerte determinación a incluir los conflictos armados no internacionales en el régimen de los Convenios de Ginebra en la mayor medida posible. Había que hallar una solución intermedia. Ante la elección entre limitar las situaciones reguladas a un subconjunto circunscrito de conflictos armados no internacionales y restringir el número de normas relativas a los conflictos armados no internacionales garantizando, al mismo tiempo, que fueran aplicables a una amplia gama de situaciones, los Estados escogieron esta última opción y dejaron la puerta abierta a la posibilidad de concertar acuerdos especiales que permitieran la aplicación de más normas de los Convenios<sup>69</sup>.

**386** No obstante, la redacción acordada no resuelve la persistente cuestión del ámbito de aplicación del artículo 3 común. La falta deliberada de detalle en este aspecto puede haber facilitado la adopción del artículo 3 común por los Estados. Sin embargo, es importante que su ámbito de aplicación sea claro, ya que el hecho de definir una situación dada como “un conflicto armado sin carácter internacional” conlleva consecuencias significativas. Al respecto, cabe observar que la clasificación de las “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos” que

---

<sup>68</sup> Para más información, v. sección B.

<sup>69</sup> *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, págs. 122-123; v. también págs. 46-50, 76-79 y 122-125.



figura en el artículo 1 del Protocolo adicional II, según el cual “no son conflictos armados”, también se considera apropiada para el artículo 3 común<sup>70</sup>.

**387** Una situación de violencia que traspasa el umbral de un “conflicto armado que no sea de índole internacional” es una situación en la que partes organizadas se enfrentan unas a otras con una violencia que tiene cierto grado de intensidad. Es una determinación basada en los hechos.

**388** Si una situación de violencia llega a ser un conflicto armado sin carácter internacional, la aplicabilidad del artículo 3 común y de otras disposiciones del derecho humanitario aplicables en conflictos armados no internacionales garantiza que las partes en ese conflicto tienen la obligación jurídica internacional de conferir determinadas protecciones fundamentales a las víctimas del conflicto y de respetar las normas sobre la conducción de las hostilidades<sup>71</sup>. Y, lo que es muy importante, el derecho humanitario vincula a todas las partes en conflicto, tanto estatales como no estatales<sup>72</sup>. Por consiguiente, la aplicación del artículo 3 común y de otras disposiciones del derecho humanitario elaboradas precisamente para abordar las realidades de los conflictos armados sin carácter internacional puede significar una diferencia crucial para la supervivencia, el bienestar y la dignidad de las víctimas de un conflicto.

**389** Si bien contiene normas que sirven para limitar o prohibir los daños en conflictos armados no internacionales, el artículo 3 común no establece normas que rijan la conducción de las hostilidades. Sin embargo, cuando el artículo 3 común es aplicable, se entiende que otras normas del derecho humanitario de los conflictos armados no internacionales, incluidas las referidas a la conducción de las hostilidades, también se aplican. Por consiguiente, si bien puede no parecer necesario discernir los posibles límites del ámbito de aplicación del artículo 3 común,

---

70 V. Bothe, Partsch y Solf, pág. 719, donde se observa, en relación con el artículo 1(2) del PA II, que “la expresión [“no son conflictos armados”] no debería interpretarse como un intento de cambiar el sentido del artículo 3 común, cuyas “condiciones de aplicación existentes” no son modificadas por el art. 1 del Protocolo II”.

71 Además del artículo 3 común, otros tratados de derecho humanitario pueden ser aplicables en conflictos armados no internacionales, en particular el PA II. Para profundizar este aspecto, v. el comentario del art. 1 del PA II y la sección C.2 de ese comentario. Por otro lado, deberán respetarse las normas del derecho internacional consuetudinario aplicables a los conflictos armados no internacionales; para una apreciación de esas normas, v. Henckaerts y Doswald-Beck.

72 Para más información sobre la fuerza vinculante del artículo 3 común, v. sección D.1.

es importante que las normas aplicables en conflictos armados se apliquen solo en las situaciones para las que fueron elaboradas<sup>73</sup>.

**390** Por lo tanto, no debe afirmarse ni negarse con liviandad la existencia de una situación que ha traspasado el umbral de un “conflicto que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”. Las normas del derecho humanitario deben aplicarse solo en la situación –conflictos armados– para la cual se pensaron y elaboraron, sopesando con cuidado las consideraciones de necesidad militar y humanidad.

**391** Aparte de la cuestión de si una situación de violencia ha traspasado el umbral de un conflicto armado no internacional, la consideración del ámbito de aplicación del artículo 3 común cumple otro propósito: confirma la distinción entre los conflictos armados internacionales y los no internacionales. Existen importantes elementos del derecho humanitario que rige los conflictos armados internacionales que no tienen contraparte en el derecho aplicable a los conflictos sin carácter internacional, pese al desarrollo considerable del derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales desde 1949. En particular, el derecho humanitario que rige los conflictos armados sin carácter internacional no contempla el estatuto de prisionero de guerra y no contiene un régimen jurídico equivalente sobre la ocupación. Por lo tanto, la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales sigue siendo pertinente.

**392** Cabe observar que no existe una autoridad central prevista por el derecho internacional para identificar o calificar una situación como un conflicto armado. Los Estados y las partes en un conflicto deben determinar el marco jurídico aplicable a la conducción de sus operaciones militares. Por su parte, el CICR hace una determinación independiente de los hechos y sistemáticamente califica las situaciones a los fines de su trabajo. Es una tarea inherente al papel que se espera que el CICR ejerza conforme a los Convenios de Ginebra, como se establece en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja<sup>74</sup>. Es posible que otros actores, como las Naciones Unidas y diversas organizaciones regionales, también deban calificar las situaciones para su labor, y los tribunales internacionales y nacionales deben hacerlo a los fines del ejercicio de su jurisdicción.

---

73 Para mayor exhaustividad sobre el ámbito geográfico y temporal de aplicación del artículo 3 común, v. secciones C.3 y C.4.

74 Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1986), art. 5.

En todos los casos, la calificación debe realizarse de buena fe, sobre la base de los hechos y de los criterios pertinentes del derecho humanitario<sup>75</sup>.

## 2. “EN CASO DE CONFLICTO ARMADO QUE NO SEA DE ÍNDOLE INTERNACIONAL”

### a. Las partes en un conflicto no internacional

#### i. Consideraciones generales

**393** El artículo 3 común se basa en una descripción negativa: es aplicable en caso de conflicto armado “que no sea de índole internacional”. Los conflictos armados “que no son de índole internacional” son conflictos armados en los que al menos una de las partes no es un Estado. Esta interpretación está respaldada por el contexto del artículo 3 común: viene después del artículo 2 común, que se aplica a los conflictos armados entre Estados, es decir, los conflictos armados internacionales. El ámbito de aplicación del artículo 3 común se distingue de los conflictos armados entre Estados que abarca el artículo 2 común<sup>76</sup>. Consecuentemente, los conflictos armados que no son de índole internacional son, ante todo, todos los conflictos armados en los que se opone el Gobierno de un Estado Parte a una o más partes no estatales<sup>77</sup>. Este fue el tipo de conflictos armados sin carácter internacional que predominó en los debates durante la negociación del artículo 3 común<sup>78</sup>.

75 Como el derecho internacional es un sistema que se autoaplica, es posible que diferentes actores tengan diferentes opiniones sobre los mismos hechos. En todo caso, son los hechos los que determinan si una situación constituye un conflicto armado internacional, un conflicto armado no internacional, o si no es un conflicto armado.

76 V., por ej., Australia, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2006, párr. 3.8: “Un conflicto armado no internacional es distinto de un conflicto armado internacional debido al estatuto jurídico de las entidades que se oponen en uno y en otro; las partes en el conflicto no son Estados soberanos, sino que el Gobierno de un Estado está en conflicto con una o más fuerzas armadas dentro de su territorio”. V. también, Estados Unidos, Corte Suprema, *Hamdan case*, fallo, 2006, pág. 67: “La expresión ‘que no sea de índole internacional’ se emplea aquí en distinción de un conflicto entre naciones. Así lo demuestra ‘la lógica fundamental de las disposiciones del Convenio en su aplicación’”. Pero v. Israel, Corte Suprema, *Public Committee against Torture in Israel case*, fallo, 2006, párr. 18, donde se definen los conflictos armados internacionales de la siguiente manera: “Este derecho [derecho internacional relativo a los conflictos armados internacionales] se aplica en todo caso de conflicto armado de índole internacional; en otras palabras, en un conflicto que traspasa las fronteras del Estado”.

77 V., por ej., TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párr. 70. V. también Gasser, pág. 555.

78 Para mayor exhaustividad, v. sección B.

**394** Además, se reconoce generalmente que los conflictos armados no internacionales en el sentido del artículo 3 común también abarcan los conflictos armados en los que no participa ningún Estado Parte, es decir, los conflictos armados en los que se oponen exclusivamente grupos armados no estatales<sup>79</sup>. Sin embargo, cabe observar que el Protocolo adicional II no se aplica en esos conflictos<sup>80</sup>. Ello no modifica, de todos modos, el ámbito de aplicación del artículo 3 común<sup>81</sup>. Con la adopción del Estatuto de la CPI en 1998, los Estados reafirmaron que consideraban que los enfrentamientos que se produzcan solo entre diferentes grupos armados y en los que no participe un Estado también constituyen conflictos armados sin carácter internacional<sup>82</sup>.

## ii. Casos específicos

**395** La noción de que los conflictos armados sin carácter internacional en el sentido del artículo 3 común son conflictos armados en los que uno de los adversarios, por lo menos, no es un Estado por lo general permitirá distinguir fácilmente entre un conflicto armado internacional y uno no internacional. Sin embargo, pueden surgir situaciones donde esa distinción sea menos obvia.

---

79 V., por ej., TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párr. 70. V. también Gasser, pág. 555:

“Otro caso [de conflicto armado sin carácter internacional] es el colapso de toda autoridad gubernamental en el país, a raíz de lo cual varios grupos luchan entre ellos para obtener el poder”.

80 Conforme al artículo 1(1) del PA II, el Protocolo se aplica 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”; para mayor exhaustividad, v. el comentario de ese artículo.

81 Conforme al artículo 1(1) del PA II, el Protocolo “desarrolla y completa” el artículo 3 “sin modificar sus actuales condiciones de aplicación”. Por la misma razón, el requisito que figura en el artículo 1(1) del PA II de la Parte no estatal en el conflicto ejerza control territorial solo se aplica al PA II y no al artículo 3 común. Para el artículo 3 común, el control territorial puede ser un indicador real de que la organización de un grupo armado no estatal ha alcanzado el nivel de una Parte en un conflicto armado sin carácter internacional, pero no es un requisito previo independiente para su aplicabilidad; para mayor exhaustividad, v. sección C.2.b.

82 El artículo 8(2)(d) del Estatuto de la CPI de 1998, que determina el ámbito de aplicación del artículo 8(2)(c), no introduce una limitación a los conflictos armados no internacionales en los que participe al menos un Estado, si bien hace uso de nociones desarrolladas en el PA II. Además, conforme al artículo 8(2)(f) del Estatuto, el artículo 8(2)(e) explícitamente se aplica a “los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

**396** El derecho internacional humanitario convencional aborda algunos casos. Conforme al artículo 1(4) del Protocolo adicional I, los conflictos armados internacionales en el sentido del artículo 2 de los Convenios de Ginebra también

comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas 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.

**397** Para los Estados Partes en el Protocolo, el derecho humanitario que rige los conflictos armados internacionales se aplica entonces a esos conflictos<sup>83</sup>.

**398** Las situaciones en las que el carácter internacional o no internacional de un conflicto armado puede no ser obvio son aquellas en las que un Estado participa en un conflicto contra una entidad cuya condición de Estado es incierta. Dependiendo de si esa entidad es un Estado o no, el conflicto será internacional o no internacional, por lo que será aplicable o bien el derecho de los conflictos armados internacionales, o bien el de los conflictos no internacionales<sup>84</sup>. El artículo 3 común o el derecho humanitario en general no dan una respuesta acerca de si una entidad es un Estado conforme al derecho internacional; son las normas del derecho internacional general las que establecen los criterios relevantes<sup>85</sup>. La cuestión de si los adversarios eran Estados o no se planteó, por ejemplo, durante los conflictos en ex Yugoslavia a comienzos de la década de 1990, que dieron lugar a la independencia de Croacia

---

<sup>83</sup> V. PA I, art. 96(3). Para mayor exhaustividad, v. los comentarios sobre los arts. 1(4) y 96 del PA I.

<sup>84</sup> Siempre que, en el último caso, se haya alcanzado el umbral de conflicto armado no internacional; para mayor exhaustividad, v. sección C.2.b.

<sup>85</sup> En relación con la condición de Estado conforme al derecho internacional, v., por ej., James R. Crawford, "State", version de enero de 2011, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>, así como, para mayor exhaustividad, James R. Crawford, *The Creation of States in International Law*, segunda edición, Oxford University Press, 2006. El criterio general, "clásico", para la condición de Estado, basado en la eficacia, fue formulado en el artículo 1 de la Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados, de 1933: "El Estado como persona de derecho internacional debe reunir los siguientes requisitos: (I) población permanente; (II) territorio determinado; (III) gobierno; y (IV) capacidad de entrar en relación con otros Estados". V. también el comentario del art. común, párr. 231. En cuanto al papel del depositario en este aspecto, v. los comentarios del artículo 60, sección C.1, y del artículo 62, sección C.2.

y Bosnia y Herzegovina<sup>86</sup>. Esta situación, y otras, también sirvió para ilustrar que un conflicto armado puede pasar de ser un conflicto armado internacional a uno no internacional, y viceversa.

**399** Además, cuando un Estado es parte en un conflicto contra una entidad que puede ser o no el *gobierno* de otro Estado, también puede no estar claro si el conflicto es de carácter internacional o no. A diferencia de la situación presentada anteriormente, no es la condición de Estado lo que es incierto aquí. La cuestión reside más bien en determinar si el adversario del primer Estado es el gobierno del segundo Estado. El derecho humanitario no ofrece orientación para decidir si una entidad es el gobierno de un Estado; en cambio, esa determinación se realiza conforme a las normas del derecho internacional general. En el derecho internacional, la condición clave para la existencia de un gobierno es su efectividad, es decir, su capacidad de ejercer efectivamente las funciones usualmente asignadas a un gobierno dentro de los límites del territorio de un Estado, incluido el mantenimiento de la ley y el orden<sup>87</sup>. Dicho de otra forma, la efectividad es la capacidad de ejercer las funciones del Estado tanto interna como externamente, es decir, en relación con otros Estados. Si la entidad en cuestión es el gobierno, el conflicto armado es internacional, ya que se oponen dos Estados, representados por sus respectivos gobiernos. Si no es el gobierno, el conflicto es no internacional, siempre y cuando, por supuesto, se haya alcanzado el umbral de los conflictos armados sin carácter internacional<sup>88</sup>.

**400** Esta cuestión se planteó, por ejemplo, en relación con la operación militar en Afganistán iniciada por la coalición de los Estados de la OTAN conducida por Estados Unidos en octubre de 2001. Sobre la base de las consideraciones mencionadas, el CICR clasificó la etapa inicial como un conflicto armado internacional entre la

---

**86** TPIY, *Slobodan Milošević case*, decisión sobre la petición de un fallo absolutorio, 2004, párrs. 87-115; *Delalić case*, fallo de primera instancia, 1998, párrs. 96-108 y 211-214; *Tadić case*, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párr. 72.

**87** V. Lauterpacht, Hersch, "Recognition of Governments: I", *Columbia Law Review*, vol. 45, 1945, págs. 815-864, especialmente 825-830, y Malcolm N. Shaw, *International Law*, quinta edición, Cambridge University Press, 2003, págs. 376-382. V. también Siegfried Magiera, "Governments", versión de septiembre de 2007, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>, párrs. 14 y 17. V. también el art. 4(A)(3) del CG III, del que puede inferirse que la falta de reconocimiento por una Potencia detenedora de un gobierno o autoridad no influye en el carácter internacional de un conflicto armado; para mayor exhaustividad, v. el comentario de ese artículo.

**88** Y con la condición de que esa entidad no pertenezca a otro Estado. V. sección C.2.b para más detalles sobre el umbral de los conflictos armados sin carácter internacional.

coalición conducida por Estados Unidos y el régimen talibán en Afganistán, que en ese entonces controlaba casi el 90% del territorio afgano. Luego del establecimiento de un nuevo Gobierno afgano en junio de 2002 a través de la *loya jirga* (gran asamblea), el CICR recalificó la situación como un conflicto armado sin carácter internacional entre, por un lado, el nuevo Gobierno afgano apoyado por los Estados de la coalición y, por otro lado, los talibán y otros grupos armados no estatales<sup>89</sup>.

**401** Sin embargo, algunos Estados involucrados calificaron el conflicto de otra forma, desde un conflicto armado internacional al inicio<sup>90</sup> hasta una operación de estabilización, incluyendo posiblemente una misión de mantenimiento de la paz, que puede no haber sido reconocida siempre como un conflicto armado (así fuera internacional o no internacional)<sup>91</sup>.

### **iii. Participación de uno o más Estados extranjeros en un conflicto armado no internacional**

**402** La calificación de un conflicto armado como internacional o no internacional también puede complicarse cuando uno o más Estados extranjeros participan en un conflicto armado no internacional. Un Estado extranjero podría sumarse a un conflicto y luchar del lado gubernamental del Estado parte en el conflicto o del lado del grupo armado no estatal. En el caso de la participación de varios Estados extranjeros, también puede darse que uno o más Estados luchen en apoyo del gobierno, mientras que otro Estado o grupo de Estados luchan en apoyo del grupo armado no estatal.

---

89 V., por ej., CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2007, pág. 7, y *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 10.

90 Estados Unidos, *Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees*, Casa Blanca, Washington, 7 de febrero de 2002, donde se califica el conflicto como un conflicto armado internacional.

91 Alemania, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, decisión de finalizar el procedimiento, 2010, págs. 33-36. V. también Nina M. Serafino, *Peacekeeping and Related Stability Operations: Issues of U.S. Military Involvement*, Congressional Research Service Report, actualizado el 24 de enero de 2007; Constantine D. Mortopoulos, "Note: Could ISAF be a PSO? Theoretical Extensions, Practical Problematic and the Notion of Neutrality", *Journal of Conflict and Security Law*, 2010, vol. 15, n.º 3, págs. 573-587; y Françoise J. Hampson, "Afghanistan 2001-2010", en Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, págs. 242-279.

**403** Dada la potencial complejidad de esos casos, se ha sugerido que toda participación militar (es decir, luchar en apoyo de una parte) por un Estado extranjero en un conflicto armado no internacional internacionaliza el conflicto en su conjunto, por lo que el derecho internacional que rige los conflictos armados internacionales se vuelve aplicable a las relaciones entre todas las partes opuestas<sup>92</sup>. Esta visión también fue sugerida por el CICR a la Conferencia de Expertos Gubernamentales celebrada en 1971, pero fue rechazada<sup>93</sup>.

**404** En cambio, se acepta ahora ampliamente un enfoque diferenciado que distingue entre si un Estado extranjero lucha en apoyo de un Estado parte en el conflicto o en apoyo del grupo armado<sup>94</sup>. En el primer caso, el conflicto armado seguirá siendo de carácter no internacional, dado que continúan oponiéndose un grupo armado no estatal y las autoridades estatales. En el segundo caso, el conflicto armado original entre el grupo armado no estatal y el Estado parte también sigue siendo de carácter no internacional (a menos que el Estado interviniente ejerza cierto grado de control sobre el grupo armado)<sup>95</sup>. Al mismo tiempo, en el segundo caso, también surge un conflicto armado internacional paralelo entre el Estado extranjero interviniente y el Estado parte en el conflicto armado original, porque ambos Estados se oponen. Por último, cuando intervienen varios Estados

---

92 V., por ej., Consejo de Seguridad de la ONU, *Informe provisional de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la Resolución 780 (1992)*, Doc. ONU S/25274, 10 de febrero de 1993, anexo 1, párr. 45, donde se sugiere la aplicación del derecho humanitario que rige los conflictos armados internacionales a “la totalidad de los conflictos armados que se libran en el territorio de la ex Yugoslavia”. V. también David, pág. 178: “En résumé, le principe du fractionnement du conflit est théoriquement admissible mais difficile à mettre en pratique et parfois susceptible de mener à des incohérences. Nous sommes donc favorables à l’internationalisation générale du conflit en cas d’intervention étrangère”. (“En resumen, el principio de fraccionamiento del conflicto es posible en teoría, pero difícil de aplicar en la práctica, y a veces puede dar lugar a incoherencias. Por consiguiente, somos favorables a la internacionalización general del conflicto en caso de intervención extranjera.”)

93 La propuesta rezaba así: “Cuando, en caso de conflicto armado sin carácter internacional, una u otra parte, o ambas, se benefician de la asistencia de fuerzas armadas operacionales ofrecidas por un tercer Estado, las partes en el conflicto deberán aplicar la totalidad del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales”; *Report of the Conference of Government Experts of 1971*, pág. 50. Una de las razones esgrimidas por los expertos para rechazar la propuesta fue que sería una forma de alentar a los grupos armados no internacionales a buscar apoyo de Estados extranjeros; v. *ibíd.* págs. 51-52.

94 El enfoque diferenciado ha sido reafirmado implícitamente por la CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, fondo, fallo, 1986, párr. 219. V. también Akande, págs. 57 y 62-64; Schindler, pág. 150; y *Sanremo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (2006)*, comentario sobre la sección 1.1.1.

95 V. párrs. 406-410.



extranjeros en apoyo de alguna de las partes del conflicto armado no internacional original, el carácter internacional o no internacional de cada relación de conflicto bilateral dependerá de si las partes adversas solo están formadas por Estados o por grupos armados no estatales también. Este es el enfoque que hoy en día sigue el CICR<sup>96</sup>.

**405** Si bien es jurídicamente preciso, se ha señalado que en ocasiones no ha sido fácil aplicar el enfoque diferenciado en la práctica<sup>97</sup>. Por ejemplo, en el caso de conflictos paralelos, no internacional e internacional, que surgen tras la intervención de un Estado extranjero en apoyo del grupo armado no estatal que es parte en el conflicto armado original, se aplican regímenes diferentes a las personas privadas de libertad sea por el grupo armado no estatal o por el Estado interviniente. En función del estatuto de esas personas, el Estado interviniente tiene la obligación de tratarlas acorde a los Convenios de Ginebra III y IV, mientras que el grupo armado no estatal está obligado solo por el derecho que rige los conflictos armados no internacionales.

#### **iv. Control por un Estado extranjero interviniente sobre un grupo armado no estatal que es parte en el conflicto**

**406** Se presenta un caso particular cuando un Estado extranjero no solo se suma al conflicto, sino que controla de hecho a un grupo armado no estatal en su conflicto armado contra las fuerzas armadas de un Estado. En tal situación, no habrá conflictos armados paralelos, no internacional e internacional, sino solo un conflicto armado internacional entre el Estado interviniente y el Estado territorial, aunque uno de ellos actúe a través de un grupo armado no estatal. Es objeto de debate el nivel de control que un Estado extranjero debe ejercer sobre el grupo armado no estatal para que el conflicto se convierta en un conflicto armado internacional<sup>98</sup>.

**407** En 1999, en el caso *Tadić*, la Sala de Apelaciones del TPIY analizó el derecho internacional relativo a la responsabilidad estatal para obtener orientación sobre esta cuestión<sup>99</sup>. En su decisión de 1986 sobre el caso *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia había identificado ciertos niveles de control para la atribución de actividad no estatal a un Estado extranjero a los fines de la responsabilidad estatal:

---

96 V. CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 10, y en cuanto a las fuerzas internacionales que intervienen en el marco de una organización internacional, pág. 34.

97 V., por ej., Schindler, pág. 150; Vité, pág. 86; y, en general, Stewart.

98 Para una reseña del debate, v., por ej., Akande, págs. 57–62 y 63–64.

99 V. TPIY, *Tadić case*, fallo en apelación, 1999, párrs. 88–114.

dependencia completa de un grupo armado no estatal de un Estado extranjero para la atribución al Estado de todo acto realizado por el grupo armado no estatal; o el control efectivo de operaciones específicas para la atribución al Estado de actos cometidos en el transcurso de esas operaciones<sup>100</sup>. Con esas consideraciones, la TPIY elaboró un test de “control general” de un Estado sobre un grupo armado no estatal, que servía tanto para la calificación de los conflictos como internacionales o no internacionales como para la atribución de responsabilidad estatal<sup>101</sup>. Según ese test, lo que se necesita para dar lugar a un conflicto armado internacional y para que los actos de un grupo armado no estatal sean atribuibles a un Estado es un grado de control que “supere la mera financiación y equipamiento” del grupo armado por el Estado interviniente” y que “conlleve también la participación en la planificación y la supervisión de las operaciones militares”, pero no es necesario “que ese control se extienda a la emisión de órdenes o instrucciones específicas relativas a cada acción militar en particular”<sup>102</sup>.

**408** En su decisión de 2007 sobre el caso *Application of the Genocide Convention*, la Corte Internacional de Justicia observó que “en la medida en que el test del, ‘control general’, se emplea para determinar si un conflicto armado es internacional (...) bien puede ser que el test sea aplicable y apto”. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia no acepta el test del “control general” para la atribución de hechos ilícitos a un Estado<sup>103</sup>.

**409** A fin de calificar una situación conforme al derecho humanitario que implique una relación estrecha, si no una relación de subordinación, entre un grupo armado no estatal y un tercer Estado, el test del control general es apropiado, porque la noción de control general es la que mejor refleja la relación real entre el grupo armado y el tercer Estado, incluso a los fines de la atribución. Implica que el grupo armado puede estar subordinado al Estado, aunque no se hayan impartido

---

<sup>100</sup> V. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, fondo, fallo, 1986, párrs. 110-116.

<sup>101</sup> V. TPIY, *Tadić case*, fallo en apelación, 1999, párrs. 115-145.

<sup>102</sup> *Ibid.* párr. 145. V. en este sentido también CPI, *Lubanga case*, decisión sobre la confirmación de los cargos, 2007, párrs. 210-211, y fallo en primera instancia, 2012, párr. 541. Se ha cuestionado si, a los fines de la clasificación de los conflictos, es adecuada una argumentación que comience en el nivel secundario de la norma de atribución de responsabilidad estatal, o si hubiese sido mejor hallar una solución en el nivel primario del derecho internacional humanitario. Para un análisis de esta cuestión, v. Cassese, 2007, y Milanovic, 2006 y 2007a.

<sup>103</sup> V. CIJ, *Application of the Genocide Convention case*, fondo, fallo, 2007, párrs. 404-407. Para un análisis exhaustivo de las pruebas de control sugeridas y una apreciación en particular de su viabilidad para la calificación de una situación como conflicto armado internacional o no internacional, v. el comentario del art. 2 común, párrs. 265-273.

instrucciones específicas para cada acto de beligerancia. Además, el recurso al test del control general permite la evaluación del nivel de control sobre la entidad *de facto* o sobre un grupo armado no estatal en su conjunto y, por ende, permite la atribución de varias acciones al tercer Estado<sup>104</sup>. Por otro lado, para basarse en el test del control efectivo, es posible que se necesite recalificar el conflicto con cada operación que se realice, lo que sería inviable. Además, el test que se utilice debe evitar la situación en la que algunos actos estén regidos por el derecho de los conflictos armados internacionales, pero no puedan atribuirse a un Estado.

**410** Esta posición no se acepta uniformemente en la actualidad. La Corte Internacional de Justicia ha determinado que el test del control general puede utilizarse para calificar un conflicto, pero que el criterio del control efectivo es el test para la atribución de una conducta a un Estado, sin aclarar cómo podrían funcionar ambos tests juntos<sup>105</sup>.

#### **v. Fuerzas multinacionales en conflictos armados no internacionales**

**411** Ninguna disposición del derecho internacional humanitario descarta que un Estado o una organización internacional que envía fuerzas multinacionales<sup>106</sup> se convierta en parte en un conflicto armado si se reúnen las condiciones típicas

---

**104** En oposición, el control efectivo vinculado a cada operación en particular es casi imposible de probar, dado que requiere un nivel de prueba que sería improbable alcanzar. *A fortiori*, la prueba de la atribución basada en “el control y la dependencia totales” utilizada por la CIJ en los casos *Application of the Genocide Convention*, en 2007, y *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, en 1986, para determinar la responsabilidad estatal por todo hecho internacionalmente ilícito hace que la prueba de la atribución sea incluso más estricta. V. Hervé Ascencio, “La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l’affaire du génocide bosniaque”, *Revue générale de droit international public*, vol. 111, n.º 2, 2007, págs. 285-304, en 290-292, y Jörn Griebel y Milan Plücker, “New Developments regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice’s Decision in *Bosnia v. Serbia*”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3, 2008, págs. 601-622.

**105** CIJ, *Application of the Genocide Convention case*, fondo, fallo, 2007, párrs. 404-407.

**106** El término “fuerzas multinacionales” se emplea en esta sección para hacer referencia los países que aportan contingentes a una operación de paz. No existe una definición clara de las operaciones de paz en el derecho internacional. Los términos “operaciones de paz”, “operaciones de apoyo a la paz” y “operaciones de mantenimiento de la paz” no figuran en la Carta de la ONU de 1945. Se los puede interpretar de diferentes maneras y a veces se los emplea en forma indistinta. En general, el término “operación de paz” abarca tanto las operaciones de mantenimiento de la paz como de imposición de la paz conducidas por organizaciones internacionales, organizaciones regionales o coaliciones de Estados que actúan en nombre de la comunidad internacional en virtud de una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU adoptada conforme a los capítulos VI, VII o VIII de la Carta de la ONU.

para la aplicabilidad de ese derecho<sup>107</sup>. La aplicabilidad del derecho internacional a las fuerzas multinacionales, al igual que a los demás actores, depende solo de las circunstancias imperantes en el terreno, más allá del mandato internacional asignado a esas fuerzas por el Consejo de Seguridad de la ONU o de la designación dada a las partes potencialmente opuestas a ellas. Esa determinación se basará en el cumplimiento de condiciones jurídicas específicas derivadas de las normas pertinentes del derecho humanitario, es decir, el artículo 3 común en el caso de un conflicto armado no internacional.

**412** Por consiguiente, más allá de cómo se denominen o constituyan esas fuerzas, así sean fuerzas de mantenimiento de la paz que actúan en virtud de una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, o fuerzas multinacionales que operan con o sin un mandato del Consejo de Seguridad de la ONU, si las fuerzas participan de hecho en hostilidades colectivas que alcanzan el umbral de un conflicto armado no internacional contra un grupo armado o más, la organización internacional que envía la fuerza multinacional o los Estados que la integran pueden llegar a ser parte o partes en ese conflicto<sup>108</sup>.

**413** Dado el carácter internacional de las fuerzas multinacionales, se ha sugerido que todo conflicto en el que esas fuerzas realicen actividades equivalentes a las de una parte en el conflicto es un conflicto armado internacional, independientemente de si las fuerzas multinacionales luchan contra el Estado o contra un grupo armado no estatal<sup>109</sup>. Sin embargo, cabe preguntarse si esa internacionalización automática del conflicto es apropiada, en particular cuando las fuerzas intervinientes solo participan en las hostilidades contra grupos armados no estatales<sup>110</sup>. Según otra opinión, respaldada por el CICR<sup>111</sup>, la determinación del carácter internacional o no internacional de un conflicto armado en el que participan fuerzas multinacionales ha de realizarse con el mismo enfoque diferenciado empleado para las intervenciones

---

107 Sin perjuicio de si es la organización internacional en su conjunto la que es parte en el conflicto o si lo es un órgano subsidiario de ella.

108 Para un análisis de quién es parte en el conflicto (por ej., la organización internacional o los Estados que aportan contingentes a la fuerza), v. el comentario del art. 2 común, párrs. 245-252. V. también Ferraro, 2013b, págs. 588-595 y CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2015, págs. 22-26.

109 V., por ej., Shraga, 1998, pág. 73, y David, págs. 178-186.

110 Para un análisis exhaustivo, v. Ferraro, 2013b, págs. 596-599.

111 V. CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 36.

por parte de Estados extranjeros a título individual<sup>112</sup>. Por consiguiente, el carácter internacional o no internacional del conflicto armado se determina por el carácter estatal o no estatal de las partes opuestas. De modo que solo cuando las fuerzas multinacionales participan en un conflicto armado contra un Estado, ese conflicto específico será de carácter internacional, sin influir en la caracterización del conflicto armado original paralelo entre ese Estado y un grupo armado no estatal como no internacional. En cambio, cuando fuerzas multinacionales luchan en apoyo de un Estado Parte contra un grupo armado no estatal, las relaciones entre las partes adversas se rigen por el derecho de los conflictos armados no internacionales<sup>113</sup>.

## *b. El umbral de los conflictos armados no internacionales*

### **i. Introducción**

**414** La violencia armada entre actores no estatales y autoridades gubernamentales o entre varios actores no estatales no es un fenómeno infrecuente. Una de las funciones del Estado es controlar la violencia dentro de sus fronteras, mantener y restablecer la ley y el orden, de ser necesario ejerciendo el monopolio del uso legítimo de la fuerza que le es confiada para tal fin<sup>114</sup>. El derecho interno y el derecho internacional, sobre todo el derecho de los derechos humanos regional e internacional, según sean aplicables, ofrecen el marco dentro del cual un Estado puede ejercer ese derecho.

112 V., por ej., Pejic, 2007, pág. 94; Ferraro, 2013b, págs. 536-539; Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, págs. 185-193; Ola Engdahl, "The Status of Peace Operation Personnel under International Humanitarian Law", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 11, 2008, págs. 109-138; Françoise J. Hampson, "Afghanistan 2001-2010", en Elizabeth Wilmshurst, (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, págs. 242-279; y Robert Kolb, Gabriele Porretto y Sylvain Vité, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Bruselas, 2005.

113 El enfoque diferenciado en el caso de intervención de fuerzas multinacionales también ha recibido el apoyo de Estados Partes en los Convenios de Ginebra; v., por ej., Alemania, Fiscal Federal General en el Tribunal Federal de Justicia, *Fuel Tankers case*, decisión de archivar el procedimiento, 2010, pág. 34:

Las tropas internacionales de la ISAF conducidas por la OTAN están en Afganistán por pedido del gobierno afgano; esto significa que el Estado territorial correspondiente ha consentido el despliegue de la ISAF en una forma válida según el derecho internacional. Por lo tanto, pese a la participación de tropas internacionales, el conflicto debe calificarse como de carácter "no internacional", conforme al derecho internacional, dado que la ISAF está luchando en nombre de las autoridades gubernamentales de Afganistán.

114 Max Weber, "Politik als Beruf", discurso pronunciado en la Universidad de Munich, 1919, en *Gesammelte Politische Schriften*, Munich, 1921, págs. 396-450.

**415** En situaciones de violencia entre grupos armados no estatales y autoridades gubernamentales o entre varios grupos armados no estatales, la cuestión fundamental es en qué momento esa violencia alcanza el nivel de un conflicto armado no internacional sujeto al derecho humanitario.

**416** El umbral para los conflictos armados no internacionales es diferente del que se utiliza para los conflictos armados internacionales. En el caso de estos últimos, “todo recurso a la fuerza armada entre Estados” es suficiente para que el derecho humanitario sea inmediatamente aplicable entre ellos<sup>115</sup>. Sin embargo, una situación de violencia que no puede caracterizarse como un conflicto armado internacional debido al carácter no estatal de una de las partes no necesariamente es un conflicto armado no internacional. Los diferentes umbrales para los conflictos armados no internacionales e internacionales es una consecuencia del hecho de que los Estados pueden tener mayor tendencia a protegerse contra la regulación de sus asuntos internos por el derecho internacional, que contra la regulación de sus relaciones externas con otros Estados soberanos. Eso fue lo que sucedió, sin duda, en el momento de la adopción del artículo 3 común<sup>116</sup>.

**417** El Comentario de Pictet del Convenio de Ginebra I, de 1952, en referencia a la ausencia de una definición del término “conflicto armado sin carácter internacional”, afirmaba:

Muchas de las delegaciones temían que podría interpretarse que abarcaba todo acto cometido por la fuerza de las armas, toda forma de anarquía, rebelión e incluso el bandolerismo liso y llano. Por ejemplo, si un puñado de individuos se alzara en rebelión contra el Estado y atacara una estación de policía, ¿sería ello suficiente para transformar la situación en un conflicto armado en el sentido del artículo?<sup>117</sup>

---

**115** V. TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párr. 70. Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 2 común, párrs. 236-244.

**116** Para mayor exhaustividad y más referencias, v., por ej., Milanovic y Hadzi-Vidanovic, págs. 269-272. En la Conferencia de Estocolmo celebrada en 1948, algunos Estados criticaron el proyecto de texto (según el cual la totalidad de los Convenios serían aplicables en conflictos armados no internacionales), con la preocupación de que “abarcaría por anticipado toda forma de insurrección, rebelión, anarquía y la separación de Estados, e incluso el bandolerismo liso y llano”; Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, CICR, 1952, pág. 43. Los Estados estaban particularmente preocupados por las posibles consecuencias que traería aparejado el reconocimiento de cualquier estatuto jurídico a las partes no estatales en el marco del derecho humanitario.

**117** Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, CICR, 1952, pág. 49.

Estas preocupaciones relativas a la soberanía ayudan a explicar el umbral más alto para la aplicabilidad del derecho humanitario en conflictos armados no internacionales que en conflictos armados internacionales.

**418** Sin embargo, cabe observar que, al negociar y adoptar el Protocolo adicional II en 1977, los Estados establecieron un ámbito de aplicación relativamente estrecho específico del Protocolo adicional II, sin alterar el ámbito de aplicación del artículo 3 común<sup>118</sup>.

**419** Los Comentarios de los Convenios de Ginebra publicados por el CICR bajo la redacción general de Jean Pictet entre 1952 y 1960 contienen una lista de varios “criterios convenientes” para determinar la aplicabilidad del artículo 3 común<sup>119</sup>. Como se observa en esos Comentarios, los “criterios convenientes” se basaron en “las diversas enmiendas analizadas” durante la Conferencia Diplomática de 1949, en las que se consideró que “estas diferentes condiciones, pese a que de ningún

**118** PA II, artículo 1. V. también párr. 394 de este comentario y Cullen, págs. 88–101 para una reseña de la historia de la redacción del PA II.

**119** V. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, CICR, 1952, págs. 49–50:

- (1) Que la parte en rebelión contra el Gobierno *de jure* posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe dentro de un territorio determinado y tenga los medios de respetar y hacer respetar el Convenio.
- (2) Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir a las fuerzas militares regulares contra los insurgentes organizados como militares y estén en posesión de una parte del territorio nacional.
- (3) (a) Que el Gobierno *de jure* haya reconocido a los insurgentes como beligerantes; o  
(b) que haya reclamado para sí mismo los derechos de un beligerante; o  
(c) que haya conferido a los insurgentes el reconocimiento como beligerantes solo a los fines del presente Convenio; o  
(d) que la disputa haya sido admitida en el programa del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas como una amenaza a la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión.
- (4) (a) Que los insurgentes tengan una organización que pretenda tener las características de un Estado.  
(b) Que la autoridad civil de los insurgentes ejerza la autoridad *de facto* sobre las personas dentro de un determinado territorio.  
(c) Que las fuerzas armadas actúen bajo la dirección de la autoridad civil organizada y estén preparadas para observar las leyes comunes de la guerra.  
(d) Que la autoridad civil de los insurgentes acepte obligarse por las disposiciones del Convenio.

V., además, Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, CICR, 1960, págs. 35–36, y *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, CICR, 1958, págs. 35–36. Estos criterios no se reprodujeron en el Comentario del CG II.

modo son obligatorias, constituyen criterios convenientes”, que son “medios útiles de distinguir un conflicto armado genuino de un mero acto de bandolerismo o una insurrección breve y espontánea”<sup>120</sup>.

**420** De todos modos, estos “criterios convenientes” son meramente indicativos<sup>121</sup>. Derivan de las propuestas de enmiendas presentadas durante la Conferencia Diplomática del 1949, en un momento en que se estaba discutiendo todavía la plena aplicación de los Convenios de Ginebra a los conflictos armados no internacionales, y no meramente la aplicación de algunas disposiciones básicas contenidas en el artículo 3 común tal como fue finalmente adoptado. Por consiguiente, los Estados sugirieron los criterios enumerados a los fines de limitar el ámbito de aplicación del futuro artículo 3 común habida cuenta de las obligaciones tan detalladas y exigentes que tendrían todas las partes si la totalidad de los Convenios debiera aplicarse a los conflictos armados no internacionales<sup>122</sup>. Dado que el artículo 3 común que finalmente se adoptó abandonó la idea de la plena aplicación de los Convenios de Ginebra a los conflictos armados no internacionales, a cambio de un ámbito de aplicación amplio, no todos esos criterios se adaptaron por completo al artículo 3 común<sup>123</sup>. De todos modos, de reunirse, los “criterios convenientes” bien pueden indicar la existencia de un conflicto armado no internacional.

**421** Con el transcurso del tiempo, de los criterios enumerados en los Comentarios de Pictet, dos son hoy ampliamente reconocidos como los más pertinentes para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional: que la violencia tiene que haber alcanzado cierta intensidad y que debe oponer al menos dos partes/grupos armados organizados. De modo que la existencia de un conflicto armado no internacional debe determinarse sobre la base de esos criterios específicos.

---

**120** *Ibíd.*

**121** V., por ej., TPIY, *Boškoski and Tarčulovski case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 176.

**122** Por consiguiente, los criterios reflejan elementos del concepto tradicional de beligerancia, como la necesidad de reconocimiento por el Estado correspondiente, o que el grupo armado no estatal tenga características similares a las de un Estado, incluida la declaración expresa de someterse a la fuerza vinculante de los Convenios de Ginebra.

**123** Por ejemplo, si se reuniera el criterio de reconocimiento de la parte insurgente como beligerante, ello significaría que todas las normas de los conflictos armados, y no solo el artículo 3 común, serían aplicables, por lo que el artículo 3 común se volvería superfluo. Sin embargo, se reconoce que el comentario de Pictet original propugnaba la idea de que el artículo 3 común se aplicara “lo más ampliamente posible”; v. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, CICR, 1952, pág. 50.



## ii. Organización de las partes en conflicto e intensidad del conflicto

**422** La formulación del artículo 3 común ofrece orientación rudimentaria sobre su ámbito de aplicación: lo que se requiere es un “conflicto” “armado” que no sea de índole internacional, en el que participen “partes en el conflicto”. Esto indica que, para que el artículo 3 común sea aplicable, una situación de violencia debe haber alcanzado cierto nivel de intensidad, caracterizado por el recurso a las armas por grupos armados no estatales que sean capaces de ser partes en un conflicto armado<sup>124</sup>.

**423** El CICR ha expresado su interpretación de los conflictos armados no internacionales, que se basa en la práctica y en los desarrollos de la jurisprudencia internacional, de la siguiente manera:

Los conflictos armados no internacionales son *enfrentamientos armados prolongados* entre las fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un *nivel mínimo de intensidad* y las partes en el conflicto deben tener un *nivel mínimo de organización*<sup>125</sup>.

**424** La definición de un conflicto armado no internacional como “violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos”, así como los criterios determinantes de “intensidad” y “organización”, ha sido ampliamente reflejados en la práctica de otras instituciones<sup>126</sup>. También han hallado expresión en la práctica de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Puede observarse que el término “hostilidades” hace referencia al “recurso (colectivo) por las partes en conflicto a medios y métodos de causar daño al enemigo”. CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades*, pág. 43.

<sup>125</sup> CICR, *How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?*, nota de opinión, marzo de 2008, pág. 5. El caso principal en que se basa esta interpretación es TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párr. 70, y fallo en primera instancia, 1997, párr. 562.

<sup>126</sup> V., por ej., TESL, *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 95, y CPI, *Bemba case*, decisión sobre la confirmación de los cargos, 2009, párr. 231, y fallo en primera instancia, 2016, párr. 128. Más ejemplos en Sivakumaran, 2012, pág. 166.

<sup>127</sup> V., por ej., Canadá, *Use of Force for CF Operations*, 2008, párr. 104.6; Colombia, *Operational Law Manual*, 2009, capítulo II; Holanda, *Military Manual*, 2005, párr. 1006; Perú, *IHL Manual*, 2004, capítulo 9, glosario de términos; y Reino Unido, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, pág. 29. V. también Alemania, Fiscal Federal General en el Tribunal Federal de Justicia, *Fuel Tankers case*, decisión de archivar el procedimiento, 2010, pág. 34, y Colombia, Corte Constitucional, *Caso Constitucional n.º C-291/07*, sentencia, 2007, págs. 49-52.

**425** Estos criterios fueron identificados ya en 1962, cuando una Comisión de Expertos convocada por el CICR para estudiar la cuestión de la ayuda humanitaria a las víctimas de conflictos armados internos examinó el tema del umbral de aplicabilidad del artículo 3 común<sup>128</sup>. Además, en 1979, una autoridad, reafirmando cierta intensidad de las hostilidades y la organización de las partes como elementos básicos, observó:

La práctica ha establecido los siguientes criterios para distinguir los conflictos armados no internacionales de los disturbios internos. En primer lugar, las hostilidades tienen que ser conducidas por la fuerza de las armas y exhibir tal intensidad que, por regla, el gobierno se vea obligado a emplear sus fuerzas armadas contra los insurgentes en lugar de las fuerzas policiales. En segundo lugar, en cuanto a los insurgentes, las hostilidades han de ser de carácter colectivo, es decir que tienen que ser libradas no solo por grupos en forma separada. Además, los insurgentes tienen que demostrar cierto grado de organización. Sus fuerzas armadas deberían estar bajo un mando responsable y ser capaces de cumplir ciertos requisitos humanitarios mínimos<sup>129</sup>.

**426** En la década de 1990, diferentes fallos del TPIY y del TPIR hicieron una importante contribución al esclarecimiento de la definición o de los criterios constitutivos de los conflictos armados no internacionales. A fin de poder ejercer su jurisdicción sobre las infracciones graves y otros crímenes de guerra, los

---

**128** Invitada a considerar, *inter alia*, la cuestión de “en qué casos el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 es legalmente aplicable”, la Comisión observó lo siguiente:

La práctica observada permitió a la Comisión definir los tipos de situación que caben en el ámbito de aplicación del artículo 3... Debe tratarse de un conflicto “armado” interno que da lugar a “hostilidades” (...)

En opinión de la Comisión, la existencia de un conflicto armado, en el sentido del artículo 3, no puede negarse si la acción hostil, dirigida contra un gobierno legítimo, es de carácter colectivo y tienen cierto grado de organización. Al respecto y sin que esas circunstancias sean necesariamente acumulativas, se debe considerar factores como la duración del conflicto, el número y el marco de grupos rebeldes, su instalación o acción en alguna parte del territorio, el grado de inseguridad, la existencia de víctimas, los métodos empleados por el gobierno legítimo para restablecer el orden, etc.

CICR, “Humanitarian aid to the victims of internal conflicts. Meeting of a Commission of Experts in Geneva, 25–30 October 1962, Report”, *International Review of the Red Cross*, vol. 3, n.º 23, febrero de 1963, págs. 79–91, en particular 82–83.

**129** V. Schindler, págs. 146–147.

Tribunales tuvieron que determinar si las situaciones en las que presuntamente se habían cometido constituían conflictos armados y, en tal caso, si eran de carácter internacional o no internacional<sup>130</sup>.

**427** En la decisión que adoptó en 1995 relativa a la jurisdicción sobre el caso Tadić, la Sala de Apelaciones del TPIY consideró que el umbral de un conflicto armado no internacional se cruza “cada vez que hay violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado”<sup>131</sup>. En su fallo en primera instancia en el mismo caso, en 1997, el TPIY desarrolló un poco más ese enfoque al sostener que “el test aplicado por la Sala de Apelaciones(...) se basa en dos aspectos de un conflicto(...) la intensidad del conflicto y la organización de las partes en conflicto”<sup>132</sup>. Estas conclusiones fueron reafirmadas posteriormente en la jurisprudencia del TPIY, del TPIR y de la CPI<sup>133</sup>. Como observaron el TPIY y el TPIR, “la determinación de la intensidad de un conflicto y la organización de las partes son cuestiones fácticas que deben decidirse a la luz de las evidencias particulares y según cada caso”<sup>134</sup>.

---

130 V. Estatuto del TPIY (1993), artículos 2 y 3, y Estatuto del TPIR (1994), artículo 3.

131 TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párr. 70.

132 V. TPIY, *Tadić case*, fallo en primera instancia, 1997, párr. 562:

(a) *Violencia armada prolongada entre fuerzas gubernamentales y grupos armados organizados* 562. El test aplicado por la Sala de Apelaciones a la existencia de un conflicto armado a los fines de las normas contenidas en el artículo 3 común se centra en dos aspectos de un conflicto; *la intensidad del conflicto y la organización de las partes en el conflicto*. En un conflicto armado de carácter interno o mixto, estos criterios estrechamente relacionados se utilizan solamente con el fin básico de distinguir un conflicto armado de actividades como bandolerismo, insurrecciones breves y espontáneas, o actividades terroristas, que no están sujetas al derecho internacional humanitario. Los factores pertinentes para esa determinación se abordan en el Comentario del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Convenio I (Comentario, Convenio de Ginebra I). [Cursiva añadida.]

133 V., por ej., TPIY, *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 84, y *Boškoski and Tarčulovski*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 175. V. también por ej., TPIR, *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 619-620, y *Rutaganda case*, fallo en primera instancia, 1999, párrs. 91-92.

134 V. TPIY, *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 84. V. también *Boškoski and Tarčulovski case*, fallo en primera instancia, 2008, párr.175, y TPIR, *Rutaganda case*, fallo en primera instancia, 1999, párr. 92.

**428** El enfoque desarrollado en la jurisprudencia penal internacional es congruente con la interpretación del CICR del concepto de “conflicto armado sin carácter internacional” conforme al artículo 3 común. La jurisprudencia de los tribunales internacionales ofrece más elementos útiles para interpretar el contenido de esos criterios.

**429** En primer lugar, con respecto al criterio de “organización”, se supone que las fuerzas armadas estatales están organizadas. Para que un grupo armado no estatal esté lo suficientemente organizado para ser parte en un conflicto armado no internacional, debe contar con fuerzas armadas organizadas. Esas fuerzas “deben estar bajo cierta estructura de mando y tener la capacidad de sostener operaciones militares”<sup>135</sup>. Además, “si bien el grupo no necesita tener el nivel de organización de las fuerzas armadas estatales, sí debe tener cierto nivel de jerarquía o disciplina, así como la capacidad de implementar las obligaciones básicas del DIH”<sup>136</sup>.

**430** A fin de evaluar el nivel de organización requerido de los grupos armados no estatales, el TPIY identificó algunos factores indicativos, especificando que ninguno de ellos es esencial, en sí mismo, para determinar si se ha reunido el criterio:

Esos factores indicativos incluyen la existencia de una estructura de mando, así como de reglas y mecanismos disciplinarios dentro del grupo; la existencia de un cuartel general; el hecho de que el grupo controle cierto territorio; la capacidad del grupo de obtener acceso a las armas, otro material militar, reclutas y entrenamiento militar; su capacidad de planificar, coordinar y realizar operaciones militares, incluidos movimientos de tropas y logística; su capacidad de definir una estrategia militar unificada y el uso de tácticas militares; y su capacidad de hablar con una sola voz y negociar y concertar acuerdos, como acuerdos de cese de las hostilidades o acuerdos de paz<sup>137</sup>.

---

135 CICR, *How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?*, nota de opinión, 2008, pág. 3.

136 Droege, 2012, pág. 550. V. también CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2003, pág. 19.

137 TPIY, *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 60. V. también TPIY, *Boškoski and Tarčulovski case*, fallo en primera instancia, 2008, párrs. 199-203, y *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párrs. 94-134. Algunos de estos elementos también han sido aplicados por la CPI; v. *Lubanga case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 537, *Katanga case*, fallo en primera instancia, 2014, párr. 1186, y *Bemba case*, fallo en primera instancia, 2016, párrs. 134-136.

**431** En segundo lugar, el grado de intensidad requerida puede alcanzarse cuando “las hostilidades son de carácter colectivo o cuando el gobierno está obligado a usar la fuerza militar contra los insurgentes, en lugar de las meras fuerzas policiales”<sup>138</sup>. A la luz de esta consideración, se entiende que el artículo 1(2) del Protocolo adicional II, que dispone que “el (...) Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”, también define el umbral más bajo del artículo 3 común<sup>139</sup>. Esta interpretación ha sido confirmada por la práctica estatal en la medida en que, para otros tratados aplicables a los conflictos armados no internacionales, los Estados han escogido referirse a una combinación del artículo 3 común y del artículo 1(2) del Protocolo adicional II<sup>140</sup>.

**432** El TPIY ha elaborado una serie de “factores indicativos” que pueden utilizarse para evaluar la intensidad de la violencia, como:

la gravedad de los ataques y si ha habido un aumento de los enfrentamientos armados, la propagación por el territorio y a lo largo de un periodo de tiempo, un aumento en el número de fuerzas gubernamentales y de movilización, y la distribución de armas entre las partes en conflicto, así como si el conflicto ha llamado la

---

138 CICR, *How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?*, nota de opinión, 2008, pág. 3.

139 V. Bothe, Partsch y Solf, pág. 719, donde se observa, en relación con el artículo 1(2) del PA II, que “la frase [‘que no son conflictos armados’] no debería interpretarse como un intento de cambiar el sentido del artículo 3, cuyas ‘condiciones de aplicación existentes’, no son modificadas por el artículo 1 del Protocolo II”. V. también, por ej., Abi-Saab, pág. 147, donde se observa que el artículo 1(2) del PA II reviste, de hecho, mayor importancia para el artículo 3 común que para el PA II; para más información, v. el comentario del art. 1 del PA II. V. también, descripciones de “disturbios internos” y “tensiones” en CICR, “The ICRC, the League and the Report on the re-appraisal of the Role of the Red Cross (III): Protection and assistance in situations not covered by international humanitarian law, Comments by the ICRC”, *International Review of the Red Cross*, vol. 18, n.º 205, agosto de 1978, págs. 210-214. V. también Yves Sandoz, Charles Swinarski y Bruno Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, CICR y Plaza y Janés Editores Colombia, Bogotá, 1998, párrs. 4475-4476.

140 V., por ej., Estatuto de la CPI (1998), artículo 8(2)(c)-(d); Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1999), artículo 22(1)-(2); y enmienda del artículo 1 de la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales (2001), artículo 1(2).

atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y si se han adoptado resoluciones en la materia. Las Salas de Apelaciones también han tomado en consideración, a este respecto, el número de civiles obligados a huir de las zonas de combate; los tipos de armas empleadas, en particular el empleo de armas pesadas y otro material militar, como tanques y otros vehículos pesados; el bloqueo o el sitio de ciudades y el bombardeo pesado de esas ciudades; la magnitud de la destrucción y el número de víctimas causadas por los bombardeos o los enfrentamientos; el número de tropas y unidades desplegadas; la existencia y el cambio de las líneas del frente entre las partes; la ocupación de territorio, pueblos y ciudades; el despliegue de fuerzas gubernamentales en la zona de crisis; el cierre de carreteras; las órdenes y los acuerdos de cese de las hostilidades; y el intento de representantes de organizaciones internacionales de negociar y aplicar acuerdos de cese de las hostilidades<sup>141</sup>.

**433** Tal como subrayaron los Tribunales, los mencionados indicadores de intensidad y organización son solo ejemplos, que pueden, pero no necesariamente deben, estar todos presentes en un caso en particular para concluir que los criterios de intensidad y organización están reunidos en esa situación.

**434** En todo caso, los criterios de intensidad y organización deben estar presentes acumulativamente para que una situación de violencia alcance el umbral de un conflicto armado no internacional. Sin embargo, en función de las circunstancias, puede ser posible extraer algunas conclusiones de un criterio para el otro. Por ejemplo, la existencia de enfrentamientos armados muy intensos entre las autoridades estatales y grupos armados no estatales, o entre varios grupos armados no estatales, puede indicar que esos grupos han alcanzado el nivel de organización requerido para ser una parte en un conflicto armado no internacional.

**435** En suma, la intensidad del conflicto y el nivel de organización de los adversarios, definidos sobre la base de una lectura integral de diversos indicadores fácticos, son los señaladores principales de esas situaciones. El hecho de que ya se

---

<sup>141</sup> V. TPIY, *Boškoski and Tarčulovski case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 177, las notas al pie con referencias a la jurisprudencia del TPIY han sido borradas. V. también *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párrs. 49 y 90-99, y *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párrs. 90 y 135-170. Algunos de estos elementos también han sido aplicados por la CPI; v. *Lubanga case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 538; *Katanga case*, fallo en primera instancia, 2014, párr. 1187; y *Bemba case* fallo en primera instancia, 2016, párrs. 137-141.

haya hecho referencia a ambos criterios apenas adoptado el artículo 3 común, y de que hayan sido reafirmados y complementados con el transcurso de los años, confirma su carácter determinante para establecer el umbral de aplicación del artículo 3 común. Dicho esto, existen algunas situaciones en las que la interpretación de estos criterios resulta particularmente compleja.

**436** Al respecto, cabe observar que, al igual que en relación con los conflictos armados internacionales, los desarrollos tecnológicos plantean la cuestión de si y en qué medida las operaciones cibernéticas pueden equipararse a conflictos armados no internacionales<sup>142</sup>. A fin de determinar la existencia de un conflicto armado no internacional en el que se realizan operaciones cibernéticas, se aplican los mismos criterios que con respecto a la violencia cinética<sup>143</sup>. Si están reunidos los requisitos de organización e intensidad suficientes en situaciones que implican operaciones cibernéticas, o se basan exclusivamente en ellas, estas situaciones caen dentro del ámbito del artículo 3 común.

**437** Surgen retos particulares al aplicar los criterios de clasificación establecidos a las operaciones cibernéticas. En primer lugar, un grupo armado no estatal que esté suficientemente organizado para ser una parte en un conflicto armado no internacional convencional estaría lo suficientemente organizado como para ser una parte en un conflicto que incluya o que se base exclusivamente en operaciones cibernéticas. Sin embargo, para un grupo que solo se organiza en línea, puede ser difícil, si no probablemente imposible<sup>144</sup>, determinar si reúne el umbral de organización requerido para ser una parte en un conflicto armado no internacional<sup>145</sup>. En segundo lugar, si las operaciones cibernéticas “tienen las mismas consecuencias violentas que las operaciones cinéticas, por ejemplo, si se las utilizó para abrir las compuertas de diques, o para causar la colisión de aviones o trenes”<sup>146</sup>, es posible que alcancen un nivel de intensidad suficiente para equipararse a un conflicto

---

142 V. el comentario del art. 2 común, párrs. 253-256.

143 V. *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, (2013), regla 23, y Droege, 2012, págs. 549-550.

144 *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (2013), regla 23, párr. 13.

145 V. Droege, 2012, pág. 550. Para una oposición más fuerte a la idea de que “un grupo virtual descentralizado” puede calificar como parte en un conflicto armado no internacional, v. Robin Geiss, “Cyber Warfare: Implications for Non-international Armed Conflicts”, *International Law Studies*, U.S. Naval War College, vol. 89, 2013, págs. 627-645, en particular 637.

146 Droege, 2012, pág. 551.

armado no internacional. En cambio, algunas operaciones cibernéticas pueden no tener un efecto similar al de los ataques cinéticos, sino limitarse a bloquear algunas funciones de internet, explotar redes, o robar, borrar o destruir datos. Si las operaciones cibernéticas consisten exclusivamente en el último tipo de actos, es poco probable que alcancen la intensidad de violencia requerida por el derecho humanitario<sup>147</sup>.

### iii. ¿La duración como criterio independiente?

**438** El empleo de la expresión “violencia armada *prolongada*” en algunas definiciones plantea la cuestión de si la duración de las hostilidades entre las autoridades gubernamentales y grupos armados no estatales o entre esos grupos constituye un criterio independiente adicional para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional.

**439** La duración de las hostilidades es un criterio particularmente apropiado para una evaluación después de los hechos, por ejemplo, durante un procedimiento judicial. En cambio, desde la perspectiva de la aplicación práctica del derecho humanitario, un requisito independiente de la duración podría dar lugar a una situación de incertidumbre respecto de la aplicabilidad del derecho humanitario durante la etapa inicial de los enfrentamientos entre aquellos que se supone deberían respetar el derecho, o a una aplicación tardía en situaciones en las que su fuerza normativa ya era requerida de hecho en una etapa anterior.

**440** Por consiguiente, se considera que la duración de las hostilidades es un elemento más apropiado para evaluar la intensidad de los enfrentamientos armados. En función de las circunstancias, las hostilidades de una duración breve pueden alcanzar el nivel de intensidad de un conflicto armado no internacional si, en un

---

<sup>147</sup> Queda por ver cómo se desarrollará la práctica estatal sobre la calificación de las operaciones cibernéticas como conflictos armados no internacionales. Algunos comentaristas aceptan que, dado que “las operaciones cibernéticas son cada vez más destructivas y perturbadoras, y que las sociedades se han vuelto cada vez más dependientes de la infraestructura cibernética, es posible que la práctica estatal acompañada por la *opinio juris* resulte en un umbral más bajo que el actual”; Michael N. Schmitt, “Classification of Cyber Conflict”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 17, n.º 2, 2012, págs. 245-260, en particular 260.



caso en particular, existen otros indicadores de hostilidades de una intensidad suficiente como para requerir y justificar esa evaluación<sup>148</sup>.

**441** Al respecto, el TPIY, al aclarar su interpretación de la duración como uno de los indicadores de la intensidad de los enfrentamientos armados, observó:

Por lo tanto, el criterio de violencia armada prolongada ha sido interpretado en la práctica, incluso por la Sala de Primera Instancia en el caso *Tadić*, como una referencia más a la intensidad de la violencia armada que a su duración. Las Salas de Primera Instancia se han basado en factores indicativos para evaluar el criterio de “intensidad”, cuando ninguno de esos factores es esencial en sí mismo para establecer que ese criterio ha sido reunido. Estos factores indicativos incluyen el número, la duración y la intensidad de enfrentamientos en particular.<sup>149</sup>

**442** Sin embargo, el TPIY también observó que la duración de los enfrentamientos armados no ha de desestimarse cuando se determina si las hostilidades han alcanzado el nivel de intensidad de un conflicto armado no internacional:

---

**148** V., por ej., Sivakumaran, 2012, págs. 167-168. En 1997, en el caso *La Tablada*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aplicando en general el criterio de intensidad y organización, llegó a la conclusión de que un ataque perpetrado por 42 personas armadas contra un cuartel militar, que dio lugar a combates de unas 30 horas de duración, había alcanzado el umbral de un conflicto armado no internacional; v. *Case 11.137 (Argentina)*, Report, 1997, párrs. 154-156. Pero v. Alemania, Fiscal Federal General en el Tribunal Federal de Justicia, *Fuel Tankers case*, decisión de archivar el procedimiento, 2010, págs. 34-35: Con respecto al componente temporal de un conflicto armado, el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional (VStGB) establece que los enfrentamientos deben tener cierta duración... Esto no significa que las operaciones militares deban conducirse sin interrupción. Por otro lado, las hostilidades libradas con fuerza armada por lo general deben durar más que horas o días (sin embargo, v. también el informe 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso n.º 11.137 en Argentina, en el que un ataque contra un cuartel militar que duró solo dos días fue clasificado como “conflicto armado” debido a su inusual intensidad).

**149** TPIY, *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 49. V., en cambio, un fallo anterior del TPIY, en el que observó que “para distinguir de casos de disturbios civiles o de ataques terroristas, ha de hacerse énfasis en la duración prolongada del conflicto armado y en el grado de organización de las partes”; v. *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr 184.

Es preciso no perder de vista el requisito de la violencia armada prolongada en el caso de un conflicto armado interno, cuando se evalúa la intensidad del conflicto. Los criterios están estrechamente relacionados. Son cuestiones fácticas que deben determinarse a la luz de la evidencia particular disponible y caso por caso<sup>150</sup>.

**443** La negociación y la adopción, en 1998, del Estatuto de la CPI ofrece a los Estados una nueva oportunidad de abordar la cuestión de la definición o de los criterios constitutivos de un conflicto armado no internacional, incluida la cuestión de cuán prolongados deben ser los enfrentamientos armados. Los Estados adoptaron una disposición sobre crímenes de guerra que refleja el artículo 3 común, el artículo 8(2)(c) del Estatuto de la CPI, y una disposición sobre crímenes de guerra que enumera otras violaciones graves de las leyes de la guerra, el artículo 8(2)(e) del Estatuto. Con respecto al artículo 8(2)(c), los Estados reafirmaron el ámbito de aplicación del artículo 3 común y añadieron solo la aclaración de que quedaban excluidos los disturbios interiores y las tensiones internas que figuran en el artículo 1(2) del Protocolo adicional II<sup>151</sup>. El ámbito de aplicación adoptado por los Estados para la lista de otros crímenes de guerra que figura en el artículo 8(2)(e) está contenido en el artículo 8(2)(f) y reza así:

[s]e aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un *conflicto armado prolongado* entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. [Cursiva añadida.]

**444** Tras la adopción del Estatuto de la CPI, se planteó una cuestión acerca de si esa disposición creaba un tipo distinto de conflicto armado no internacional<sup>152</sup>. Algunos interpretaron que la referencia a un “conflicto armado prolongado” creaba un nuevo tipo intermedio de conflicto armado no internacional, ubicado entre el artículo 3 común y el Protocolo adicional II<sup>153</sup>. Otros consideraron que el artículo 8(2)(f)

---

150 TPIY, *Boškoski and Tarčulovski case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 175.

151 V. Estatuto de la CPI (1998), artículo 8(2)(d).

152 Para una reseña de las diferentes opiniones, v. Vité, págs. 80–83, con más referencias, y Cullen, págs. 174–185.

153 V., por ej., Sassòli, Bouvier y Quintin, vol. I, pág. 123; Condorelli, págs. 112–113; y Bothe, 2002, pág. 423.

del Estatuto de la CPI no preveía una nueva forma de conflicto armado no internacional, ya que el uso del término “conflicto armado prolongado” había servido a los fines de evitar la inclusión del criterio restrictivo del Protocolo adicional II en el Estatuto de la CPI y ofrecer así a los Estados una fórmula intermedia inspirada en la jurisprudencia del TPIY<sup>154</sup>. Los primeros fallos de la CPI no respaldan la existencia de dos tipos distintos de conflictos armados no internacionales conforme a los artículos 8(2)(c) y (e) del Estatuto de la CPI.<sup>155</sup> Para establecer la existencia de un conflicto armado no internacional, el Fiscal tiene que probar que los grupos armados tienen un grado de organización suficiente para permitirles mantener enfrentamientos armados prolongados<sup>156</sup>. Estas Salas de Primera Instancia claramente rechazaron los requisitos de que un grupo armado tuviera control de una parte del territorio o estuviera bajo la responsabilidad de un mando responsable tomados del artículo 1(1) del Protocolo adicional II, según sea aplicable conforme al artículo 8(2)(e) del Estatuto de la CPI<sup>157</sup>. Además, como el artículo 8(2)(f) especifica que la violencia no debe ser esporádica o aislada, las Salas de Primera Instancia consideraron la intensidad del conflicto armado<sup>158</sup>. Al evaluar la intensidad de un conflicto, la CPI ha recurrido a factores similares a los empleados por las Salas de Primera Instancia del TPIY, lo que muestra claramente que la intensidad de las hostilidades armadas y el carácter organizado de los grupos armados son los dos criterios que necesariamente definen todo conflicto armado no internacional.

#### **iv. Participación de fuerzas armadas adicionales en un conflicto armado no internacional preexistente**

**445** Como se afirmó más arriba, fuerzas multinacionales o extranjeras pueden llegar a ser parte en un conflicto armado, sea colectivamente o como Estados individuales, cuando participan en una operación de paz<sup>159</sup>. En lo que se refiere a las operaciones de paz en las que está teniendo lugar un conflicto armado no internacional, el CICR opina que no siempre es necesario evaluar si las acciones de

---

154 V., por ej., Von Hebel y Robinson, págs. 119–120; Meron, 2000, pág. 260; y Fleck, pág. 588.

155 V. CPI, *Lubanga case*, fallo en primera instancia 2012, párrs. 534–538, y *Katanga case*, fallo en primera instancia, 2014, párrs. 1183–1187.

156 V. CPI, *Lubanga case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 536; *Katanga case*, fallo en primera instancia, 2014, párr. 1185; y *Bemba case*, fallo en primera instancia, 2016, párrs. 134–136.

157 V. CPI, *Lubanga case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 536; *Katanga case*, fallo en primera instancia, 2014, párr. 1186; y *Bemba case*, fallo en primera instancia, 2016, párr. 136.

158 V., en particular, CPI, *Lubanga case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 538; *Katanga case*, fallo en primera instancia, 2014, párr. 1187; y *Bemba case*, fallo en primera instancia, 2016, párrs. 138–140.

159 V. párrs. 411–413 de este comentario.

las fuerzas multinacionales alcanzan por sí mismas el nivel de intensidad requerido para la existencia de un nuevo conflicto armado no internacional a fin de que esas fuerzas se conviertan en partes en el conflicto. Por ejemplo, esto puede suceder en situaciones en las que existe un conflicto armado no internacional entre el gobierno de un Estado y un grupo armado no estatal, y fuerzas extranjeras apoyan al gobierno. O también puede suceder cuando fuerzas multinacionales ya participan en un conflicto armado no internacional contra un grupo armado no estatal y fuerzas extranjeras adicionales prestan apoyo a las fuerzas multinacionales. Un tercer caso sería cuando fuerzas multinacionales participan en un conflicto armado no internacional y algunos contingentes nacionales prestan apoyo sin participar en la conducción colectiva de las hostilidades. En los dos últimos casos, según las funciones que cumplan, los Estados que envíen esas fuerzas también pueden llegar a ser partes en el conflicto armado no internacional. Ello se debe a que ese criterio ya ha sido reunido por la existencia del conflicto armado no internacional en el que están participando<sup>160</sup>.

**446** Es importante resaltar que la visión para determinar quién es parte en un conflicto armado no internacional complementa, pero no reemplaza, la determinación de la aplicabilidad del derecho humanitario sobre la base de los criterios de organización de las partes e intensidad de las hostilidades. Además, no todas las acciones/formas de participación/formas de apoyo significarían que las fuerzas multinacionales llegarían a ser partes en un conflicto armado no internacional preexistente. El elemento decisivo sería la contribución que esas fuerzas hacen a la conducción colectiva de las hostilidades. Solo las actividades que tienen un impacto directo en la capacidad de la parte *adversa* de realizar operaciones militares convertirían a las fuerzas multinacionales en una parte en un conflicto armado no internacional preexistente. En cambio, las actividades como las que permiten a la parte que se beneficia de la participación de fuerzas multinacionales reforzar su potencial o sus capacidades militares no llevarían al mismo resultado. De todos modos, se han expresado algunas inquietudes respecto de este enfoque<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Para una descripción de esta visión, v. Ferraro, 2013b, especialmente págs. 583–587.

<sup>161</sup> V. las observaciones de Marten Zwanenburg y Mona Khalil, en “Peace Forces at War: Implications Under International Humanitarian Law”, en *Proceedings of the 108th Annual Meeting of the American Society of International Law*, 7 al 12 de abril, 2014, págs. 149–163.

### v. ¿El fin específico como un criterio adicional?

**447** Otra cuestión que puede surgir es si, aparte de la intensidad del conflicto y la organización del grupo armado o los grupos armados, pueden intervenir otros criterios para determinar si una situación de violencia constituye un conflicto armado no internacional, y no un caso de delincuencia común, aunque esta sea intensa y bien organizada.

**448** En particular, se ha señalado el fin político como una característica típica de los conflictos armados no internacionales<sup>162</sup>. La inclusión de ciertos fines como un elemento necesario de un conflicto armado no internacional se debatió durante la negociación del artículo 3 común. Sin embargo, los Estados no adoptaron las propuestas a tal efecto<sup>163</sup>.

**449** Con el transcurso de los años, el fin perseguido al participar en actos de violencia ha sido expresamente rechazado como criterio para determinar si una situación constituye o no un conflicto armado no internacional. Como sostuvo el TPIY,

---

<sup>162</sup> V., por ej., Gasser, pág. 555:

Los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado, entre el gobierno, por un lado, y grupos armados insurgentes, por otro lado. Los miembros de esos grupos, así se los califique como insurgentes, rebeldes, revolucionarios, separatistas, combatientes por la libertad, terroristas o denominaciones similares, *luchan para tomar las riendas del poder o para obtener mayor autonomía dentro del Estado, o para separarse y crear su propio Estado...* Otro caso es el colapso de toda la autoridad gubernamental en el país, a raíz del cual varios grupos luchan entre ellos para *obtener el poder*. [Cursiva añadida.]

<sup>163</sup> El proyecto de lo que terminó siendo el artículo 3 común presentado a la Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Estocolmo en 1948 dio ejemplos específicos de “casos de conflicto armado que no sean de índole internacional”, en particular, “casos de guerra civil, conflictos coloniales o guerras de religión”. Sin embargo, estos ejemplos fueron rechazados por la Conferencia de Estocolmo, tras las discusiones en las que prevaleció la opinión según la cual la disposición perdería fuerza si se entraba en demasiado detalle, ya que era imposible prever todas las circunstancias futuras y, además, el carácter de una situación es independiente de sus motivos. Durante la Conferencia Diplomática de 1949, la delegación danesa sugirió “añadir un criterio a las condiciones de aplicación, [especificando] que debería insertarse el término “conflicto armado político”. Ello diferenciaría entre casos de carácter judicial y casos de carácter político”. Sin embargo, la delegación francesa respondió que “no consideraba que el adjetivo “político” fuera adecuado, dado que el conflicto podría ser de carácter religioso o tener aspectos relativos al derecho común. El gobierno francés estaba preparado para aplicar los principios contenidos en el texto del segundo grupo de trabajo incluso a los bandidos”; v. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 99. No se dio curso a la propuesta danesa.

la determinación de la existencia de un conflicto armado se basa solo en dos criterios: la intensidad del conflicto y la organización de las partes; por lo tanto, el fin que persigan las fuerzas armadas al participar en actos de violencia o para lograr algún otro objetivo es irrelevante<sup>164</sup>.

**450** Se debe considerar que introducir la motivación política como un requisito previo para los conflictos armados no internacionales podría abrir la puerta a varias otras razones vinculadas a la motivación para negar la existencia de tales conflictos armados<sup>165</sup>. Además, en la práctica, puede ser difícil identificar las motivaciones de un grupo armado no estatal. Lo que vale como objetivo político, por ejemplo, puede ser materia de controversia; puede haber al mismo tiempo motivos políticos y no políticos; y las actividades no políticas pueden ser instrumentales en la práctica para lograr fines que, en última instancia, son políticos<sup>166</sup>.

**451** Por consiguiente, en opinión del CICR, la cuestión de si una situación de violencia constituye un conflicto armado no internacional debe determinarse solo sobre la base de los criterios de intensidad y organización<sup>167</sup>.

### 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN GEOGRÁFICO

#### a. Introducción

**452** Una vez determinada la existencia de un conflicto armado no internacional sobre la base del carácter de las partes, así como de la intensidad del conflicto y la organización de las partes, es aplicable el artículo 3 común. Sin embargo, sigue siendo objeto de debate el ámbito geográfico de aplicación del derecho humanitario que rige los conflictos armados no internacionales tal como están descritos en el artículo 3 común.

---

**164** V. TPIY, *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 170. V. también Alemania, Fiscal Federal General en el Tribunal Federal de Justicia, *Fuel Tankers case*, decisión de archivar el procedimiento, 2010, pág. 33: “A los fines de calificar los conflictos armados en los que participan actores no estatales, la orientación política u otras motivaciones de las partes son jurídicamente irrelevantes, del mismo modo que lo es la forma en que se describan a sí mismos y a sus acciones”. V. también Alemania, Fiscal Federal General, *Targeted Killing in Pakistan case*, decisión de archivar el procedimiento, 2013, págs. 741-742.

**165** V. CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 13.

**166** V., por ej., Vité, pág. 78, y CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 13.

**167** V. CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, págs. 13-14. V. también Akande, pág. 52, con más referencias, y Moir, 2015, págs. 408-409.

**453** Además, cuando las hostilidades traspasan las fronteras de un solo Estado, se plantea la cuestión de si la ubicación geográfica de las acciones afecta la calificación de la situación como conflicto armado no internacional.

**454** Dado los acontecimientos que se han dado en la práctica, estas cuestiones han cobrado particular relevancia, sobre todo en lo que respecta al uso de la fuerza. Al momento de redactar esta publicación, seguían siendo objeto de debate<sup>168</sup>.

### *b. Conflictos armados no internacionales “internos”*

**455** Tradicionalmente, se ha considerado sobre todo que los conflictos armados no internacionales tienen lugar dentro de las fronteras de un solo Estado, en el sentido de conflicto armado “interno”<sup>169</sup>. La aplicabilidad del artículo 3 común y del derecho humanitario que rige los conflictos armados no internacionales más en general a estos conflictos armados no internacionales “internos” no es objeto de controversias.

**456** Sin embargo, se ha planteado la cuestión acerca de si el derecho humanitario se aplica en todo el territorio del Estado de que se trate o solo en las zonas donde se estén librando las hostilidades. En las zonas donde las hostilidades son pocas o incluso inexistentes, la aplicación del derecho humanitario puede parecer cuestionable. Lo que plantea dudas es si el derecho humanitario, y especialmente las normas sobre conducción de las hostilidades, debería aplicarse en las regiones donde no tienen lugar las hostilidades, incluso en un Estado donde está librándose un conflicto armado. En las regiones más pacíficas de ese Estado, el derecho penal y la normativa sobre mantenimiento del orden, dentro de los límites impuestos por el derecho de los derechos humanos internacional y regional aplicables, pueden ofrecer un marco jurídico suficiente<sup>170</sup>.

---

**168** V., por ej., Akande; Anderson; Arimatsu; Bartels, 2012; Bianchi, págs. 10–11; Blank; Corn y Jensen; Corn, 2013; Ferraro, 2013a; Koh, págs. 218–220; Kreß; Milanovic y Hadzi-Vidanovic; Pejic, 2011; Radin; Sassòli, 2006; Schmitt; Schönörf; Sivakumaran, 2012, págs. 228–235 y 250–252; y Vité. V. también ILA Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law* (ILA, *Report of the Seventy-Fourth Conference*, La Haya, 2010), e ILA Study Group on the Conduct of Hostilities (en curso).

**169** Esta fue la interpretación sostenida en los Comentarios de Pictet: “conflictos (...) que (...) tienen lugar dentro de las fronteras de un solo país”; v. Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, CICR, 1958, pág. 36 (v. también *Commentary on the Second Geneva Convention*, 1960, CICR, pág. 33, y *Commentary on the Third Geneva Convention*, CICR, 1960, pág. 37. No figura esta afirmación en el comentario del primer convenio.) V. también Gasser, pág. 555; *Sanremo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict* (2006), párr. 1.1.1; y Milanovic, 2007b, págs. 379–393.

**170** Aun cuando se aplica el derecho humanitario, el derecho interno de un Estado sigue aplicándose, además del derecho internacional de los derechos humanos, si el Estado no ha decidido una suspensión.

**457** Sin embargo, la redacción del artículo 3 común indica que, una vez que se ha producido un conflicto armado no internacional, el artículo se aplica en todo el territorio del Estado de que se trate: “se prohíben, *en cualquier tiempo y lugar...*”. [Cursiva añadida.]

**458** En 1995, en el caso *Tadić*, el TPIY observó lo siguiente:

67. ... el ámbito temporal y geográfico de los conflictos armados tanto internos como internacionales trasciende el tiempo y el lugar exactos de las hostilidades ...

...

69. ... los beneficiarios del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra son quienes no participan activamente (o han dejado de participar activamente) en las hostilidades. Esto indica que las normas contenidas en el artículo 3 también se aplican fuera del contexto geográfico estrecho del teatro de operaciones de combate real ...

70. ... el derecho internacional humanitario sigue aplicándose en todo el territorio de los Estados beligerantes o, en el caso de los conflictos internos, en todo el territorio bajo el control de una parte, así se libren combates en ese lugar o no<sup>171</sup>.

**459** Una vez que se ha traspasado el umbral de un conflicto armado no internacional en un Estado, puede considerarse, en general, que la aplicabilidad del artículo 3 común y de otras disposiciones humanitarias que rigen los conflictos armados no internacionales se extiende a todo el territorio del Estado de que se trate<sup>172</sup>.

---

**171** TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la petición de la defensa de interponer recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, 1995, párrs. 67-70. V. también *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 185, y TPIR, *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 636.

**172** V., por ej., Alemania, Fiscal Federal General en el Tribunal Federal de Justicia, *Fuel Tankers case*, decisión de archivar el procedimiento, 2010, pág. 36: “Los objetivos básicos del derecho internacional humanitario y la imposibilidad práctica de diferenciar en este contexto tiende a respaldar la conclusión de que, en principio, un sujeto del derecho internacional, como Afganistán (y sus aliados), no puede participar en un conflicto armado no internacional salvo como un todo territorial”. V. también David, págs. 261-262, y Kleffner, 2013b, pág. 59. A los fines del derecho humanitario, el territorio de un Estado abarca no solo su superficie terrestre, sino también los ríos y los lagos litorales, el mar territorial y el espacio aéreo nacional sobre ese territorio.



**460** Sin embargo, la aplicabilidad del derecho humanitario en todo el territorio de un Estado parte en un conflicto no significa que todos los actos que tengan lugar en ese territorio necesariamente caerán en el régimen del derecho humanitario. Como observó el TPIY, un acto en particular debe “estar estrechamente relacionado con las hostilidades que tengan lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en el conflicto” para que ese acto sea cometido en el contexto del conflicto armado y para que se aplique el derecho humanitario<sup>173</sup>. Por consiguiente, la aplicabilidad del derecho humanitario a un acto específico requiere que exista cierto nexo entre ese acto y el conflicto armado no internacional. Los actos que carecen de ese nexo con el conflicto en general están regulados exclusivamente por el derecho penal y la normativa sobre el mantenimiento del orden internos, dentro de los límites establecidos por el derecho internacional y el derecho regional de los derechos humanos aplicables<sup>174</sup>.

**461** Además, si un acto específico realizado en zonas más pacíficas de un Estado o con consecuencias en esas zonas podría caer más generalmente en el ámbito de aplicación del derecho humanitario (en línea con las consideraciones enunciadas más arriba), también podrían plantearse cuestiones en cuanto a los principios jurídicos aplicables en un caso en particular. Tal vez también sea necesario determinar, para un caso dado, si un uso específico de la fuerza está necesariamente regido por el derecho sobre la conducción de las hostilidades o si está regido por la normativa sobre el mantenimiento del orden basada en el derecho de los derechos humanos<sup>175</sup>.

---

**173** V. TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la petición de la defensa de interponer recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, 1995, párr. 70. La CPI ha seguido esta interpretación; v. CPI, *Katanga case*, fallo en primera instancia, 2014, párr. 1176, y *Bemba case*, fallo en primera instancia, 2016, párrs. 142-144.

**174** V., por ej., CICR, *The Use of Force in Armed Conflicts*, pág. 5: “Para que esté abarcado por el DIH, el uso de la fuerza debe tener lugar en una situación de conflicto armado y debe tener un nexo con el conflicto armado”. Desde el punto de vista del derecho penal internacional, v. también, por ej., TPIR, *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 636, y TPIY, *Kunarac case*, fallo en apelación, 2002, párrs. 58-59. Esto también podría abarcar las leyes de emergencia.

**175** Para mayor exhaustividad, con más referencias, v. CICR, *The Use of Force in Armed Conflicts*, págs. 13-23, donde se aborda el ejemplo del uso de la fuerza contra objetivos legítimos durante conflictos armados.

**462** Estas cuestiones son objeto de debate<sup>176</sup>. En situaciones de hostilidades reales, el uso de la fuerza armada contra objetivos lícitos por las partes en el conflicto armado está regido por las normas del derecho humanitario sobre conducción de las hostilidades<sup>177</sup>. Sin embargo, la situación es menos nítida con respecto al uso de la fuerza contra individuos aislados, que normalmente serían considerados objetivos lícitos conforme al derecho internacional humanitario, pero que estén ubicados en regiones bajo el control firme y estable del Estado, donde no se libren hostilidades y donde no sea razonable prever que el adversario podría recibir refuerzo.

**463** Esta cuestión aún no ha sido zanjada por el derecho. No obstante, se han presentado varias interpretaciones jurídicas, que pueden agruparse, en líneas generales, en cuatro enfoques. Según el primero, las normas del derecho humanitario sobre conducción de las hostilidades regirán la situación descrita más arriba, sin más restricciones que las que se hallan en las normas específicas del derecho humanitario<sup>178</sup>. Según el segundo enfoque, el uso de la fuerza en ese caso se rige por la Recomendación IX de la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, del CICR<sup>179</sup>. Esa recomendación, junto con su comentario, establece que, en las zonas más pacíficas de un Estado, “el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las

---

**176** V. reunión de expertos sobre la noción de participación directa en las hostilidades conforme al derecho humanitario y sobre el uso de la fuerza en conflictos armados. Para más información, v. CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades y The Use of Force in Armed Conflicts*.

**177** La cuestión de quién o qué es un objetivo lícito es un tema aparte. Para más información, v. el comentario del art. 13 del PA II. En cuanto a las personas, la posición del CICR está establecida en la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades*.

**178** Conforme a esta posición, si bien sustentan todo el cuerpo del derecho humanitario, los principios de necesidad militar y humanidad no crean obligaciones por encima de las normas específicas del derecho humanitario. V., por ej., W. Hays Parks, “Part IX of the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect”, *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, vol. 42, 2009-2010, págs. 769-830.

**179** En 2009, el CICR publicó la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades*, que abordó el uso de la fuerza solo desde el punto de vista del derecho humanitario, sin perjuicio de los demás ordenamientos jurídicos, en particular el derecho de los derechos humanos, que pueden ser aplicables al mismo tiempo en una situación dada.

circunstancias del caso”<sup>180</sup>. Sin embargo, otra opinión sostiene que el régimen jurídico aplicable para cada situación deberá determinarse caso por caso, evaluando todas las circunstancias<sup>181</sup>. Por último, otra posición considera que, en esas circunstancias, el uso de la fuerza estaría regido por las normas relativas al mantenimiento del orden basadas en el derecho de los derechos humanos<sup>182</sup>.

**464** Puede observarse que es probable que la aplicación de cualquiera de los últimos tres enfoques lleve a resultados similares en la práctica.

### *c. Conflictos armados no internacionales que traspasan el territorio de un solo Estado*

**465** Como se observó, tradicionalmente se ha considerado que los conflictos armados no internacionales son conflictos armados contra o entre grupos armados no estatales dentro de las fronteras de un Estado, en el sentido de un conflicto armado “interno”<sup>183</sup>. Sin embargo, ello plantea la cuestión de si la limitación al territorio de un Estado es un requisito para un conflicto armado no internacional en el sentido del artículo 3 común.

**180** El texto completo de la Recomendación IX dice lo siguiente:

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

Conforme a esta opinión, los principios fundamentales de necesidad militar y humanidad reducen la suma total de acción militar permitida de la que el derecho humanitario no prohíbe expresamente a la que es realmente necesaria para cumplir un fin militar legítimo en las circunstancias del caso; CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades*, págs. 77-82. Se reconoce que, al momento de redactarla, esa interpretación no gozaba de aprobación universal. V. por ej., “Forum: The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n.º 3, 2010, págs. 637-916.

**181** Marco Sassòli y Laura Olson, “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 871, septiembre de 2008, págs. 599-627, en 603-605. V. también CICR, *The Use of Force in Armed Conflicts*, págs. 20-21.

**182** Charles Garraway, “Armed Conflict and Law Enforcement: Is There a Legal Divide?”, en Mariëlle Matthee, Brigit Toebes y Marcel Brus (eds.), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face, Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Asser Press, La Haya, 2013, págs. 259-283, en particular 282.

**183** V. párr. 455 de este comentario.

**466** A primera vista, la redacción del artículo 3 común requiere esa limitación: no solo habla de conflictos armados “que no sean de índole internacional”<sup>184</sup>, sino que también requiere que los conflictos armados tengan lugar en el territorio de “una” de las Altas Partes Contratantes, por lo que limita la aplicación del artículo 3 común a los conflictos armados “internos”. Sin embargo, otra interpretación podría hacer hincapié en el hecho de que el conflicto debe tener lugar en el territorio de una de las “Altas Partes Contratantes”, por lo que meramente se excluyen los conflictos que tienen lugar en el territorio de un Estado que no sea Parte en los Convenios de Ginebra<sup>185</sup>. Análogamente, el artículo 2 común contiene una referencia a los Estados Partes en los Convenios de Ginebra. Vista en este contexto, la referencia a las “Altas Partes Contratantes” en ambos artículos puede haberse incluido para evitar cualquier malentendido en el sentido de que los Convenios de Ginebra de 1949 crearían nuevas obligaciones para los Estados que no fueran Partes en ellos.

**467** El objeto y el fin del artículo 3 común respaldan su aplicabilidad en conflictos armados no internacionales que traspasen el territorio de un Estado. Dado que su objetivo es conferir determinadas protecciones mínimas a las personas que no participan o que han dejado de participar activamente en las hostilidades durante los enfrentamientos armados intensos entre Estados y grupos armados no estatales o entre grupos de esa índole, es lógico que esas mismas protecciones se apliquen cuando esa violencia se expande al territorio de más de un Estado<sup>186</sup>.

**468** De todos modos, es cierto que cuando es aplicable el artículo 3 común, también pueden aplicarse otras normas, sobre todo las que se refieren a la conducción de las hostilidades, con diferentes restricciones acerca de la forma en que puede usarse la fuerza en comparación con el derecho que rige en tiempo de paz. Más bien, lo que vuelve aplicable el artículo 3 común, así como otras disposiciones del derecho humanitario, es la existencia de un conflicto armado no internacional<sup>187</sup>. Desde este punto de vista, puede ser coherente con el propósito del artículo 3 común para que se aplique en conflictos armados no internacionales que traspasen el territorio de un solo Estado.

---

184 Lo que puede, aunque no necesariamente debe, entenderse ante todo como una referencia al carácter estatal o no estatal de las partes en un potencial conflicto armado no internacional; v. sección C.2.b.

185 V., en este sentido, por ej., Sassòli, 2006, pág. 9.

186 V., en este sentido, por ej., Sassòli, 2006, pág. 9.

187 Al respecto, cabe recordar que el artículo 3 común no define los conflictos armados sin carácter internacional; tan solo indica los conflictos armados en los que se aplica.

**469** En la medida en que el análisis anterior deja dudas en cuanto a si el artículo 3 común se limita a los conflictos armados internos<sup>188</sup>, es posible consultar la historia de la redacción del artículo para aclarar el asunto. En un momento, los Estados consideraron un proyecto que hacía referencia a los conflictos armados “que pueden tener lugar en el territorio de una o más Altas Partes Contratantes” [Cursiva añadida.]<sup>189</sup>. Por razones no aclaradas, la frase adicional “o más” no fue adoptada por la Conferencia Diplomática de 1949, de modo que no puede llegarse a ninguna conclusión a partir de su ausencia para la interpretación del artículo 3 común<sup>190</sup>. Al parecer, en la década de 1940, los Estados tenían en mente sobre todo la regulación de los conflictos armados internos. La protección de sus asuntos internos contra la regulación general establecida por el derecho internacional era una de sus principales preocupaciones y motivaciones para limitar las disposiciones sustantivas aplicables a los conflictos armados no internacionales<sup>191</sup>. Sin embargo, si la redacción del artículo 3 común “significó que los conflictos en los que se oponían Estados y grupos armados organizados y se extendían por el territorio de varios Estados no eran conflictos armados no internacionales”, habría una brecha en la protección, que no podría explicarse por las preocupaciones de los Estados acerca de su soberanía<sup>192</sup>.

**470** En resumen, si bien el texto y la historia de la redacción del artículo son, en cierta medida, ambiguos, el objeto y el propósito del artículo 3 común sugieren que se aplica en los conflictos armados no internacionales que traspasan las fronteras.

---

188 Más abajo se examina la práctica estatal, párrs. 473–478.

189 V. *Draft Conventions submitted to the 1948 Stockholm Conference and Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, pág. 10; v. también sección B.

190 Para una historia pormenorizada, v. Katja Schöberl, “The Geographical Scope of Application of the Conventions”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 67–83, en 79–82.

191 V., por ej., *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II–B, págs. 10–15; v. también sección B.

192 Marco Sassòli, “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, *HPCR Occasional Paper Series*, invierno de 2006, pág. 9.

**471** Al momento de redactar esta publicación, existen ciertas evidencias de práctica de Estados Partes en los Convenios de Ginebra que respaldan la opinión de que los conflictos armados no internacionales pueden tener lugar traspasando las fronteras estatales en algunas circunstancias limitadas<sup>193</sup>.

**472** Los conflictos armados no internacionales con un aspecto extraterritorial han sido descritos como conflictos “transfronterizos”, conflictos “con desbordamiento” y “conflictos armados transnacionales”. También se han empleado otros términos, como “conflictos armados no internacionales extraterritoriales”<sup>194</sup>. No son estos términos o categorías jurídicos, pero pueden ser útiles a los fines de la descripción.

**473** Un tipo de conflicto armado no limitado a las fronteras de un solo Estado que los Estados han aceptado, al parecer, como “no internacional” en la práctica ocurre cuando a un Estado que se enfrenta a un grupo armado en su territorio se suma uno o más Estados. Si bien ese tipo de conflicto puede ocurrir dentro del territorio de un Estado, otros Estados emplean la fuerza extraterritorialmente, es decir, fuera de su propio territorio, como partes en el conflicto. En esos casos, el conflicto sigue siendo sin carácter internacional<sup>195</sup>. La cuestión de la medida de la aplicabilidad del artículo 3 común y el derecho humanitario más en general ha cobrado pertinencia en esas situaciones, sobre todo cuando el territorio de ese Estado está subdividido en zonas de responsabilidad de los diferentes Estados extranjeros intervinientes, donde algunas zonas son teatro de enfrentamientos más intensos que otras.

---

**193** V. Estados Unidos, Corte Suprema, *Hamdan case*, fallo, 2006, págs. 66–67. El Manual Militar de Alemania observa que un conflicto armado no internacional es un enfrentamiento que “normalmente” se libra dentro del territorio de un Estado; si bien enfatiza el carácter típicamente interno de los conflictos armados no internacionales, esta formulación también parece abarcar las situaciones en que no es ese el caso; v. *Military Manual*, 2013, pág. 186, párr. 1301. V. también Países Bajos, Comité Consultivo sobre Cuestiones de Derecho Público Internacional, *Advisory Report on Armed Drones*, informe consultivo n.º 23, La Haya, julio de 2013, pág. 3 (“En conflictos armados no internacionales entre uno o más Estados y uno o más grupos armados organizados, o entre esos grupos, el DIH se aplica en principio solo al territorio del Estado donde tiene lugar el conflicto”), y Estados Unidos, *Law of War Manual*, 2015, sección 3.3.1: “Dos grupos armados no estatales que se enfrentan entre ellos o Estados que se enfrentan a grupos armados no estatales pueden ser descritos como ‘conflictos armados no internacionales’, aun cuando los enfrentamientos traspasen las fronteras internacionales”.

**194** V. Vité, pág. 89.

**195** V. párrs. 402–405 de este comentario. Sin perjuicio de si existe un conflicto armado internacional separado entre el gobierno territorial y los Estados de que se trate; para más información v. el comentario del art. 2 común, párrs. 257–264.

En esas situaciones, el derecho humanitario se aplica de la misma forma a todos los Estados participantes como en un conflicto armado no internacional puramente “interno”, tal como fue descrito más arriba<sup>196</sup>. Se han planteado otras cuestiones respecto de si el derecho internacional también se aplica en el territorio “de origen” de los Estados partes en esos conflictos<sup>197</sup>. Al momento de redactar esta publicación, no se dispone de suficiente práctica estatal sobre su aplicabilidad en el territorio del Estado de origen.

**474** En segundo lugar, un conflicto armado no internacional existente puede salirse del territorio del Estado en que comenzó y alcanzar el territorio de un Estado vecino que no sea parte en el conflicto<sup>198</sup>. Estos suelen llamarse conflicto armados no internacionales “con desbordamiento”, si bien este es un término solamente descriptivo, no jurídico.

---

196 El conflicto en Afganistán después de 2002 se considera en general como un ejemplo de conflicto armado no internacional en el que varios Estados participan extraterritorialmente.

197 V., por ej., Schmitt, págs. 10-11.

198 V. Alemania, Fiscal Federal General en el Tribunal Federal de Justicia, *Targeted Killing in Pakistan case*, decisión de archivar el procedimiento, 2013, pág. 742: “el uso por los talibán afganos de las Áreas Tribales bajo Administración Federal (FATA) como zona de refugio y preparación evidentemente ha causado el ‘desbordamiento’ del conflicto afgano hacia esa parte particular del territorio nacional de Pakistán.” V. también pág. 723:

Cuando se produjo el ataque con drones [4 de octubre de 2010], existían al menos dos conflictos armados no internacionales separados. Uno entre el Gobierno de Pakistán y grupos armados no estatales que operaban en las Áreas Tribales bajo Administración Federal (incluido Al Qaeda). Otro, entre los talibán afganos y grupos afines y el Gobierno de Afganistán, apoyado por las fuerzas ISAF, conflicto que se derramó hacia el territorio de Pakistán.

Países Bajos, Comité Consultivo sobre Cuestiones de Derecho Público Internacional, *Advisory Report on Armed Drones*, informe consultivo n.º 23, La Haya, julio de 2013, pág. 3: “La aplicabilidad del DIH puede extenderse si el conflicto se derrama hacia otro Estado, en casos en que alguna o todas las fuerzas armadas de una de las partes beligerantes se desplaza en el territorio de otra (por lo general, vecina) y continúa las hostilidades desde allí”. Otros ejemplos de conflictos de los que se ha considerado que derramaron hacia el territorio de otro Estado pueden hallarse en Milanovic, 2015, párrs. 52, 56 y 58 (donde se citan desbordamientos de República Democrática del Congo hacia países vecinos; incursiones de las milicias ogaden desde Etiopía y milicias Al Shebab desde Somalia hacia Kenia; kurdos en Turquía e Irán; y fuerzas armadas colombianas y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en Ecuador. Melzer, págs. 259-260, cita, entre otros, el caso de Sudán, que dio consentimiento para que Uganda condujera operaciones en su territorio contra el Ejército de Resistencia del Señor; operaciones sudafricanas en Botsuana, Mozambique y Zimbabue contra el Congreso Nacional Africano; y el desbordamiento del conflicto de Vietnam hacia Camboya.

Suponiendo, a los fines de este análisis, que el segundo Estado consiente en el uso de su territorio por el Estado parte en el conflicto, por lo que se impide así la existencia de un conflicto armado internacional entre los dos Estados, surge la cuestión de si las relaciones entre el primer Estado y la parte no estatal en el conflicto sigue estando regulada por el derecho humanitario que rige los conflictos armados no internacionales cuando las partes operan en el territorio del segundo Estado (vecino)<sup>199</sup>. Este sería el caso si la violencia armada entre ellos, en el territorio del segundo Estado, reúne los criterios de un conflicto armado no internacional, es decir, intensidad y organización. Pero, cuando ese no es el caso, y solo se producen allí actos hostiles ocasionales o esporádicos, cabe preguntarse si ese “desbordamiento” ocasional puede vincularse al conflicto armado no internacional existente en el primer Estado, como una mera continuación de ese conflicto<sup>200</sup>. En esos casos, la práctica estatal parece indicar que el cruce de una frontera internacional no cambia el carácter no internacional del conflicto armado<sup>201</sup>. Todos los ejemplos de la práctica estatal en relación con los conflictos “con desbordamiento” se refieren a situaciones en las que el conflicto ha derramado de un territorio a un territorio vecino o adyacente.

**475** La existencia de tales situaciones también parece ser reconocida en el Estatuto del TPIR de 1994, que describe la jurisdicción del Tribunal como si extendiera el procesamiento de “personas responsables de genocidio y de otras

---

199 Esta cuestión también puede surgir cuando el segundo Estado no da su consentimiento. En ese caso, pueden existir simultáneamente un conflicto armado internacional y un conflicto armado no internacional.

200 Como ha observado el TPIY, los actos individuales que están “estrechamente relacionados” a enfrentamientos que tuvieron lugar en otras partes del territorio de un Estado pueden vincularse a ese conflicto armado no internacional; v. *Tadić case*, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párr. 70. Se ha sugerido que la misma consideración podría aplicarse en situaciones de desbordamiento; v. Milanovic y Hadzi-Vidanovic, págs. 290-291.

201 V. la práctica enumerada en la nota 198. V. también CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, págs. 11, donde se observa:

[S]e admite que las relaciones entre las partes en un conflicto que ha pasado del otro lado de una frontera, se sigue rigiendo, como mínimo, por el artículo 3 común y el DIH consuetudinario. Esta posición se basa en el entendimiento de que el desbordamiento de un CANI (conflicto armado no internacional) a un territorio vecino no puede tener por efecto eximir a las partes del cumplimiento de las obligaciones que les impone el DIH solo porque se ha pasado una frontera internacional. El consiguiente vacío jurídico privaría de protección tanto a los civiles posiblemente afectados por los enfrentamientos como a las personas que caen en poder del enemigo.



violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de ciudadanos ruandeses responsables de genocidio y de otras violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos”. [Cursiva añadida.]<sup>202</sup>.

**476** Sin embargo, quedan dudas respecto de cuán lejos tiene que haberse extendido un conflicto armado no internacional en un país vecino para que se considere que ha habido “desbordamiento”. Dicho con otras palabras, no queda claro si el derecho humanitario sería aplicable en todo el territorio del Estado en el que el conflicto se ha extendido (como en el caso de los conflictos armados “internos” clásicos) o si su aplicación es más limitada<sup>203</sup>. En la medida en que el Estado en cuyo territorio se ha desbordado el conflicto no sea parte en este, hay motivos para dudar acerca de si el derecho humanitario se aplica en la totalidad de su territorio<sup>204</sup>. La práctica aún no ha establecido una norma clara, si bien se han presentado diferentes teorías jurídicas<sup>205</sup>. Además, se plantea la cuestión de si, en función de las circunstancias geográficas o de las capacidades técnicas, el “desbordamiento” de un conflicto armado no internacional existente se limita a los países vecinos. Más abajo se analiza este último caso.

**477** Un tercer caso de conflicto armado no internacional que no se limita al territorio de un Estado es el de enfrentamientos armados, que reúnan el requisito del umbral de intensidad, entre un Estado y un grupo armado no estatal que opere desde el territorio de un segundo Estado vecino<sup>206</sup>. Los enfrentamientos armados también podrían ser entre dos grupos armados no estatales organizados. En ese caso, los enfrentamientos son de carácter “transfronterizo”. Si el grupo armado no estatal actúa en nombre del segundo Estado, puede existir un conflicto armado internacional, ya que en ese caso el enfrentamiento sería, de hecho, entre dos

**202** Estatuto del TPIR (1994), Título y Preámbulo. *Pero v. TPIR, Musema case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 248: “La expresión ‘conflictos armados’ introduce un criterio material: ... dentro de esos límites, los conflictos armados no internacionales son situaciones en las que se desencadenan hostilidades entre fuerzas armadas o grupos armados organizados dentro del territorio de un solo Estado”. [Cursiva añadida.]

**203** Schöberl, pág. 82; Lubell y Derejko, pág. 78.

**204** TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la petición de la defensa de interponer recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, 1995, párr. 70 (el derecho humanitario se aplica a todo el territorio bajo control de una de las partes).

**205** Por ejemplo, limitar la aplicabilidad del derecho humanitario solo a las personas, los lugares y los bienes con un nexo con el conflicto armado. V., por ej., Milanovic y Hadzi-Vidanovic, págs. 307-308; Lubell y Derejko, págs. 75-76; CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2015, pág. 18, nota al pie 13.

**206** Para mayor exhaustividad, v., por ej., la bibliografía mencionada en la nota al pie 168.

Estados<sup>207</sup>. Sin embargo, si el grupo armado no estatal no actúa en nombre del segundo Estado, es dable pensar que el enfrentamiento entre el primer Estado y el grupo armado no estatal podría verse como un conflicto armado no internacional<sup>208</sup>. En tal situación, también podría haber un conflicto armado internacional entre el primer Estado y el segundo Estado si este no autoriza las operaciones del primer Estado en su territorio<sup>209</sup>. Por consiguiente, puede haber un conflicto armado no internacional, en paralelo con un conflicto armado internacional entre los Estados de que se trate.

**478** Por último, se plantea la cuestión de si las consideraciones geográficas podrían cumplir un papel mínimo con respecto a los conflictos armados no internacionales<sup>210</sup>. Por ejemplo, ha surgido la cuestión de si podría existir un conflicto armado no internacional entre un grupo armado no estatal y un Estado, con un anclaje en un Estado en particular como teatro principal de las hostilidades o sin él. Los casos posibles son dos. El primero es la situación de un conflicto con desbordamiento extendido, descrito más arriba. En ese caso, la intensidad y la organización son suficientes para que surja un conflicto y se lo clasifique como tal en el teatro principal de las hostilidades; la única cuestión que queda por resolver es hasta dónde puede extenderse el desbordamiento. El segundo caso considera la posibilidad de que surja un conflicto solo sobre la base de las acciones de un grupo armado no estatal, pero donde las hostilidades y los miembros del grupo armado estén en ubicaciones geográficas distintas. En ese caso, la cuestión principal es si es posible evaluar las hostilidades extendidas como un todo, de modo de concluir que hay un solo conflicto armado entre un grupo armado no estatal y un Estado. Por consiguiente, sin abandonar el criterio de organización e intensidad requerido para que exista un conflicto armado no internacional, este enfoque aceptaría que los actos que pueden parecer aislados o esporádicos dentro de las fronteras de cada Estado en los que tienen lugar pueden considerarse en forma acumulativa para constituir un conflicto armado no internacional.

---

207 V. párrs. 406-410 y el comentario sobre el artículo 2 común, párrs. 265-273.

208 V., al respecto, CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 12, donde se observa: “Una situación como ésta era difícilmente imaginable cuando se redactó el artículo 3 común; sin embargo, la tesis es que tanto el artículo 3 común como el DIH consuetudinario constituían la normativa jurídica aplicable a esas dos situaciones paralelas, además de que se aplicaba el derecho de los CAI [conflictos armados internacionales] entre los dos Estados”.

209 Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 2 común, párrs. 257-264.

210 Para mayor exhaustividad, v., por ej., la bibliografía mencionada en la nota al pie 168.

**479** El supuesto de un conflicto armado no internacional global o transnacional volvería el derecho humanitario aplicable en el territorio de un Estado que no participa en los enfrentamientos entre las partes en ese conflicto, en el que se aplicarían exclusivamente el derecho interno, incluido el derecho penal y la normativa relativa al uso de la fuerza, dentro de los límites del derecho de los derechos humanos aplicable.

**480** Este caso plantea importantes cuestiones sobre protección. Significaría, por ejemplo, que cuando una parte en un conflicto armado no internacional global o transnacional ataca a un combatiente individual de la parte adversa en el territorio de otro Estado que no participa en el conflicto, la población de ese Estado estaría sujeta a la aplicación de los principios del derecho humanitario sobre el uso de la fuerza. Conforme al derecho humanitario, por ejemplo, serían ilícitos solo los ataques contra objetivos militares de los que pueda prever que causen pérdidas incidentales de vidas civiles que serían excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Esto significaría que, según las circunstancias, podría no ser ilícito cierto grado de “daño colateral” entre la población civil de un Estado que no participa en los enfrentamientos entre las partes en el conflicto armado no internacional global o transnacional. Esto disminuiría considerablemente la protección de esa población conforme al derecho internacional.

**481** No obstante, como se indicó más arriba, aun si se considerara que el derecho humanitario es aplicable en ese caso, ello no necesariamente significaría que todas las acciones que se realicen estarán regidas por ese derecho<sup>211</sup>.

---

<sup>211</sup> V. párrs. 460–463 de este comentario.

**482** Además, sigue siendo aislada la práctica de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra en apoyo de conflictos armados no internacionales globales o transnacionales<sup>212</sup>. Por consiguiente, el CICR ha expresado la opinión de que la existencia de un conflicto armado o la relación de una operación militar en particular con un conflicto armado existente debe evaluarse caso por caso<sup>213</sup>.

## 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

### a. Introducción

**483** El artículo 3 común se aplica a los conflictos armados que no sean de índole internacional y que “surjan” en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes. No se da ninguna orientación en el artículo 3 común acerca de cuándo se debe considerar que ha “surgido” un conflicto armado. A diferencia de los Convenios de Ginebra en su aplicación a los conflictos armados internacionales<sup>214</sup>, o del Protocolo adicional I<sup>215</sup> y el Protocolo adicional II<sup>216</sup>, el artículo 3 común no contiene ninguna disposición específica acerca de su ámbito de aplicación temporal.

---

**212** V., por ej., Estados Unidos, Palabras del presidente Obama en la Universidad de Defensa Nacional, 23 de mayo de 2013: “Conforme al derecho interno y al derecho internacional, Estados Unidos está en guerra con Al Qaeda, los talibán y sus fuerzas asociadas”. V. también, por ej., Departamento de Justicia de Estados Unidos, Oficina de Asesoría Jurídica, Memorando del Fiscal General sobre la aplicabilidad de las leyes penales federales y la Constitución a las operaciones letales contempladas contra Shaykh Anwar Al Aulaqi, 16 de julio de 2010, publicado el 23 de junio de 2014, pág. 24: “... convertiría la operación del Departamento de Defensa en Yemen en parte del conflicto armado no internacional con Al Qaeda”. Compárese también con Estados Unidos, Corte Suprema, *Hamdan case*, fallo, 2006, págs. 66–67. En cuanto a la cuestión de si la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que el conflicto armado no internacional que reafirmó en esa decisión era de carácter global, v., por ej., Milanovic, 2007b, págs. 378–379, con más referencias. Pero v. Alemania, Fiscal Federal General, *Targeted Killing in Pakistan case*, decisión de archivar el procedimiento, 2013, pág. 745, según el cual “la determinación de que existe un conflicto armado solo será válida cuando se la efectúe con respecto a una extensión de territorio y a una duración de tiempo específicas”.

**213** V. CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 12, y, para el contexto específico de fuerzas multinacionales que intervienen en el marco de una organización internacional, págs. 12–13.

**214** V. CG I, artículo 5; CG III, artículo 5(1); y CG IV, artículo 6.

**215** V. PA I, artículo 3.

**216** V. PA II, artículo 2(2):

Al fin del conflicto armado, todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquél, así como las que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los Artículos 5 y 6 hasta el término de esa privación o restricción de libertad.

### b. El inicio de un conflicto armado no internacional

**484** Con respecto al inicio de la aplicabilidad del artículo 3 común, no se necesita ninguna disposición específica: el artículo 3 común es aplicable apenas surge un conflicto armado no internacional, en consonancia con el análisis que figura en las secciones anteriores; es decir, cuando están reunidos los criterios de organización e intensidad en una situación de violencia entre un Estado y un grupo armado no estatal o entre dos o más grupos armados no estatales.

### c. El fin de un conflicto armado no internacional

**485** Al igual que con el inicio de un conflicto armado no internacional, determinar cuándo termina un conflicto tiene consecuencias importantes. Por consiguiente, como ocurre con la existencia inicial de un conflicto armado no internacional, su fin no debe afirmarse ni negarse con ligereza: del mismo modo que el derecho humanitario no debe aplicarse a una situación de violencia que no ha traspasado el umbral de un conflicto armado no internacional, tampoco se lo debe aplicar a situaciones que han dejado de constituir un conflicto armado no internacional.

**486** El TPIY ha sostenido que “el derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de un conflicto armado no internacional y se extiende después del cese de las hostilidades hasta la conclusión de la paz o, en el caso de los conflictos internos, hasta llegar a un arreglo”<sup>217</sup>. Esta visión fue afirmada posteriormente por la jurisprudencia internacional y reafirmada en otras fuentes nacionales e internacionales<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párr. 70.

<sup>218</sup> V., por ej., TPIY, *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 100; TPIR, *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 619; *Rutaganda case*, fallo en primera instancia, 1999, párr. 92; y CPI, *Lubanga case*, fallo en primera instancia, 2012, párrs. 533 y 548. También se ha reflejado en la práctica estatal; v., por ej., Reino Unido, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, párr. 15.3.1; Consejo de la Unión Europea, Misión Internacional de Encuesta Independiente sobre el conflicto en Georgia, Report, vol. II, 2009, págs. 299-300; Colombia, Corte Constitucional, *Caso Constitucional N.º C-291-07*, sentencia, 2007, párr. 1.2.1. Para un análisis de la noción de “conclusión general de la paz”, v., por ej., Jean-François Quéguiner, “Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: évaluation de l’apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n.º 850, junio de 2003, págs. 271-311, en particular 282-283.

**487** Es necesario basarse en los hechos para determinar si un conflicto armado no internacional ha llegado a su fin o, en otras palabras, si se ha llegado a “un arreglo pacífico”<sup>219</sup>. Esta visión no solo refleja la determinación puramente basada en los hechos del inicio de un conflicto armado no internacional<sup>220</sup>, sino que también está en consonancia con el derecho humanitario moderno más en general, para el cual los requisitos formales de aplicabilidad no son decisivos<sup>221</sup>.

**488** Una evaluación de los hechos para determinar si un conflicto armado no internacional ha llegado a su fin debe tomar en consideración los aspectos que se detallan a continuación.

**489** En primer lugar, un conflicto armado no internacional puede cesar por el mero hecho de que una de las partes deja de existir. La derrota militar completa de una de las partes, la desmovilización de una parte no estatal y toda otra disolución de una parte significan que el conflicto armado ha llegado a su fin, aun cuando remanentes de la parte disuelta participen en actos de violencia aislados o esporádicos. Sin embargo, cuando una parte ha sufrido una derrota de un grado menor y se encuentra algo desorganizada, es posible que vuelva a organizarse, incluso en un periodo de tiempo largo, y reanude las hostilidades. Esto puede ocurrir sobre todo cuando un grupo armado no estatal controla el territorio o continúa reclutando, entrenando y armando sus fuerzas. En esos casos, no es posible concluir que la parte ha dejado de existir.

**490** En segundo lugar, los enfrentamientos armados a veces continúan mucho después de la conclusión de un acto formal o de un pronunciamiento unilateral, como un acuerdo de cese de las hostilidades, armisticio o paz. Por consiguiente, basarse solamente en la existencia de esos acuerdos para determinar el término de un conflicto armado no internacional podría llevar a un fin prematuro de la aplicabilidad del derecho humanitario en situaciones en las que el conflicto continúa

---

**219** V. TPIY, *Boškoski and Tarčulovski case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 293. V., por ej., David, págs. 267–268, en general para el fin de la aplicación del derecho humanitario cuando no existen disposiciones específicas. V. también Kolb y Hyde, pág. 102, para los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, así como Sivakumaran, 2012, págs. 253–254.

**220** V. sección C.2.

**221** V. la inclusión en el artículo 2 común del concepto de “cualquier otro conflicto armado”, además del concepto tradicional formal de “guerra declarada”. Para más información, v. el comentario del art. 2 común, párrs. 201–202.

de hecho<sup>222</sup>. Inversamente, los enfrentamientos armados pueden disiparse sin que se haya concluido un acuerdo de cese de las hostilidades, armisticio o paz, o antes de la conclusión de alguno de esos acuerdos. Por ende, si bien la existencia de esos acuerdos puede tomarse en consideración cuando se evalúan todos los hechos, esos acuerdos no son necesarios ni suficientes por sí mismos para determinar el término de la aplicación del derecho humanitario.

**491** En tercer lugar, un cese duradero de los enfrentamientos armados sin un riesgo real de que reanuden sin duda constituirá el fin de un conflicto armado no internacional, ya que se equipararía a un arreglo pacífico del conflicto, incluso sin la conclusión o un pronunciamiento unilateral de un acto formal, como un acuerdo de cese de las hostilidades, armisticio o paz.

**492** En cuarto lugar, un apaciguamiento temporal de los enfrentamientos armados no debe interpretarse automáticamente como el fin del conflicto armado no internacional. La intensidad un conflicto puede “oscilar”<sup>223</sup>, pero, sin más que ello, los periodos de calma mientras las partes en el conflicto siguen existiendo no son suficientes para concluir que el conflicto ha terminado. Es imposible afirmar en abstracto cuánto tiempo se necesita pasar sin enfrentamientos armados para poder concluir, con un grado aceptable de certeza, que la situación se ha estabilizado y se equipara a un arreglo pacífico. Por ejemplo, una parte puede decidir suspender temporalmente las hostilidades, o la tendencia histórica del conflicto puede ser una alternancia entre cese y reanudación de los enfrentamientos armados. En esos casos, no es posible concluir que una situación se haya estabilizado, y será necesario un periodo de observación más prolongado. Mientras tanto, el derecho humanitario seguirá aplicándose.

**493** La calificación de un conflicto no debe ser “una puerta giratoria entre la aplicabilidad y la no aplicabilidad” del derecho humanitario, ya que de ese modo se puede dar lugar a “un grado considerable de incertidumbre y confusión jurídicas”<sup>224</sup>. Por lo tanto, una evaluación basada en las circunstancias reales debe tomar en consideración la frecuentemente fluctuante naturaleza de los conflictos para evitar concluir en forma prematura que un conflicto armado no internacional ha llegado a su fin.

---

222 V., por ej., TPIY, *Boškoski and Tarčulovski case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 293. V. también la aplicación práctica en párr. 294: “El ámbito temporal del conflicto armado llegó hasta y se extendió después del 12 de agosto y del acuerdo marco de Ohrid del 13 de agosto hasta por lo menos el final de ese mes”.

223 TPIY, *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 100.

224 TPIY, *Gotovina case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 1694.

**494** Al respecto, no es posible concluir que un conflicto armado no internacional haya terminado solamente sobre la base de que los enfrentamientos armados entre las partes están por debajo de la intensidad requerida para que exista un conflicto<sup>225</sup>. Sin embargo, la ausencia duradera de enfrentamientos armados entre las partes originales en el conflicto puede indicar, en función de los hechos imperantes, el fin de un conflicto armado no internacional, aunque podría haber todavía actos de violencia menores aislados o esporádicos.

**495** Algunos ejemplos de elementos que pueden indicar que una situación se ha estabilizado en grado suficiente para considerar que un conflicto armado no internacional ha finalizado son: la aplicación efectiva de un acuerdo de paz o de cese de las hostilidades; declaraciones por las partes, no contradichas por los hechos en la realidad, de que renuncian definitivamente a todo tipo de violencia; el desmantelamiento de unidades gubernamentales especialmente establecidas para el conflicto; la implementación de programas de desarme, desmovilización o reintegración; una mayor duración del periodo sin hostilidades; y el levantamiento de un estado de emergencia o de otras medidas restrictivas.

**496** Por consiguiente, la determinación de si una situación se ha estabilizado en un grado y por un periodo de tiempo tales que constituye un “arreglo pacífico” del conflicto solo puede hacerse a través de una apreciación cabal de todos los hechos disponibles. Por supuesto, ese tipo de predicciones nunca pueden hacerse con una certeza absoluta. No se trata de una ciencia perfecta. Por ello, en opinión del CICR, es preferible no apresurarse demasiado y correr el riesgo de hacer una calificación de un conflicto con “puerta giratoria”, ya que ello podría generar incertidumbre y confusión jurídicas.

---

225 Para mayor exhaustividad, v. Milanovic, Marko, “End of application of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.º 893, marzo de 2014, págs. 163-188, en particular 178-181. V. también Bartels, 2014, págs. 303 y 309, y Grignon, págs. 270-275, quien destaca el fin global de los conflictos armados, comparable con la noción de finalización general de las operaciones militares en conflictos armados internacionales, como un factor decisivo para el término de un conflicto armado no internacional. Para una opinión similar en el contexto de operaciones multinacionales, v. Ferraro, 2013, pág. 607, y Sivakumaran, 2012, págs. 253-254. V. también Kolb y Hyde, pág. 102, y Sassòli, Bouvier y Quintin, vol. I, pág. 135, donde se parafrasea TPIY, *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 100.



#### ***d. Aplicación continua del artículo 3 común después de terminado un conflicto armado no internacional***

**497** Se plantea la cuestión de si, pese al fin de un conflicto armado no internacional, es posible que, de ser necesario, ciertos aspectos del artículo 3 común sigan aplicándose después de terminado el conflicto armado no internacional. El artículo 3 común no contiene ninguna indicación al respecto.

**498** Sin embargo, ya en 1962, la Comisión de Expertos convocada por el CICR para estudiar la cuestión de la ayuda humanitaria a las víctimas de conflictos internos observó:

La Comisión también examinó la extensión de la aplicación del artículo 3 en el pasado. El término de un conflicto interno mediante un arreglo, en función del artículo 3, no pone fin por sí mismo y de pleno derecho a la aplicación de ese artículo, más allá de las formas y de las condiciones de ese arreglo, así el gobierno legítimo restablezca el orden, así ese gobierno desaparezca en favor de un gobierno formado por sus adversarios o así concluya un acuerdo con la otra parte. La Comisión señaló que las obligaciones descritas en el artículo 3 deben ser respetadas “en todas las circunstancias (...) en todo momento y en todo lugar”. Por lo tanto, la Comisión considera que *las disposiciones del artículo 3 siguen siendo aplicables a las situaciones que surjan del conflicto y a los participantes en ese conflicto*<sup>226</sup>. [Cursiva añadida.]

**499** En 1977, los Estados adoptaron la siguiente disposición en el contexto del Protocolo adicional II:

Al fin del conflicto armado, todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquél, así como las que fuesen objeto de tales medidas después

---

<sup>226</sup> V. CICR, “Humanitarian aid to the victims of internal conflicts. Meeting of a Commission of Experts in Geneva, 25–30 October 1962, Report”, *International Review of the Red Cross*, vol. 3, n.º 23, febrero de 1963, págs. 79–91, en 83. V. también Sassòli, Bouvier y Quintin, vol. I, pág. 136, y David, pág. 265.

del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los Artículos 5 y 6 hasta el término de esa privación o restricción de libertad<sup>227</sup>.

**500** Las garantías del artículo 3 común –que vinculan tanto a las partes estatales como a las no estatales– pueden ser de crucial importancia para las víctimas de un conflicto armado no internacional, incluso después de que el conflicto en sí haya terminado.

**501** Las personas protegidas por el artículo 3 común, incluso después de finalizado un conflicto armado no internacional, siguen beneficiándose de la protección del artículo en la medida en que, a raíz del conflicto armado, estén en una situación para la cual el artículo 3 común confiera protección. De modo que, por ejemplo, las personas que han sido detenidas en relación con el conflicto deberían seguir siendo tratadas con humanidad, incluso no ser objeto de tortura o de tratos crueles, ni negárseles un proceso equitativo, después de terminado el conflicto<sup>228</sup>.

**502** En la medida en que la vuelta al marco jurídico nacional e internacional normal después del término de un conflicto armado no internacional confiera a las personas protegidas por el artículo 3 común protecciones más favorables que el artículo 3 común, esas protecciones, naturalmente, deben aplicarse<sup>229</sup>.

---

**227** PA II, artículo 2(2). Los artículos 5 y 6 del Protocolo confieren protección a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado y durante los procedimientos penales. Para más información, v. los comentarios de los artículos 1, 5 y 6 del PA II. En cuanto a los conflictos armados internacionales, compárese también el artículo 5 del CG I, el artículo 5(1) del CG III y el artículo 6(3) del CG IV, así como el artículo 3(b) del PA I.

**228** El artículo 2(2) del PA II no limita la protección continua de sus artículos 5 y 6 después de terminado el conflicto a las privaciones o restricciones de la libertad por razones vinculadas con el conflicto *durante* el conflicto, sino que también la confiere para privaciones o restricciones de la libertad vinculadas con el conflicto *después* del conflicto. Las partes en un conflicto armado no internacional en el sentido del artículo 3 común que ha finalizado también pueden querer considerar conferir esas protecciones amplias y continuas conforme al artículo 3.

**229** V., por ej., David, pág. 268.



## D. PÁRRAFO 1: FUERZA VINCULANTE DEL ARTÍCULO 3 COMÚN

### 1. “CADA UNA DE LAS PARTES EN CONFLICTO TENDRÁ LA OBLIGACIÓN DE APLICAR”

#### a. Consideraciones generales

**503** Una vez que ha surgido un conflicto armado no internacional en el sentido del artículo 3 común, este artículo establece categóricamente que “cada una de las Partes en el conflicto tendrá la obligación de aplicar” las disposiciones fundamentales del artículo.

**504** Esta disposición, simple pero inequívoca, es un logro importante. Apenas comienza a aplicarse el artículo 3 común, la obligación de respetar sus disposiciones es automática y absoluta, para las partes estatales y no estatales en el conflicto por igual. Esa obligación no solo es independiente de una aceptación expresa del artículo 3 común por la parte no estatal, sino también de si una parte adversa se adhiere o no en la práctica a las disposiciones del artículo 3 común<sup>230</sup>. Además, el artículo 3 común se basa en el principio de igualdad de las partes en el conflicto. Confiere los mismos derechos e impone las mismas obligaciones tanto a la parte estatal como a lo no estatal; todas ellas son de un carácter estrictamente humanitario<sup>231</sup>. Sin embargo, ello no implica inmunidad de los combatientes para los miembros de los grupos armados no estatales, ya que este concepto no es aplicable como tal en los conflictos armados no internacionales.

---

<sup>230</sup> V. también sección F.1.c.

<sup>231</sup> Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párr. 4442. V. también Sivakumaran, 2012, págs. 242-244; Bugnion, 2003b, pág. 167; y Greenwood, Christopher, “The relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello*”, *Review of International Studies*, vol. 9, n° 4, 1983, págs. 221-234, en particular 221.

### *b. Fuerza vinculante del artículo 3 común sobre los grupos armados no estatales*

**505** Los grupos armados no estatales no son “Altas Partes Contratantes” de los Convenios de Ginebra. En 1949, los Estados decidieron que las entidades no estatales no podrían ser Parte en los Convenios de Ginebra. Sin embargo, hoy se acepta que el artículo 3 común es vinculante para los grupos armados no estatales, como derecho convencional y como derecho consuetudinario<sup>232</sup>.

**506** La redacción del artículo 3 común, que diferencia entre “Altas Partes Contratantes” y partes en el conflicto, claramente apoya esa visión: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las *Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto* tendrá la obligación de aplicar...”. [Cursiva añadida.] Durante la negociación del artículo 3 común, se rechazó una enmienda que proponía una referencia a las Altas Partes Contratantes también en la segunda parte de la oración<sup>233</sup>.

**507** El mecanismo exacto por el cual el artículo 3 común se vuelve vinculante para una entidad que no sea una Alta Parte Contratante en los Convenios de Ginebra es objeto de debate<sup>234</sup>. Algunas de las explicaciones esgrimidas son las siguientes: que una entidad que dice representar a un Estado o a partes de este, en particular ejerciendo la soberanía efectiva sobre él, forma parte de las obligaciones internacionales de ese Estado<sup>235</sup>; que luego de la ratificación de los Convenios de Ginebra por un Estado, el artículo 3 común pasa a ser parte del derecho nacional y, por lo tanto, vincula a todos los particulares bajo jurisdicción de ese Estado, incluidos los miembros de

---

232 Acerca del carácter de norma consuetudinaria del artículo 3 común, v., por ej., CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, fondo, fallo, 1986, párrs. 218–219; TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la petición de la defensa de interponer recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, 1995, párr. 98; *Naletilić and Martinović case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 228; y TPIR, *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 608–609.

233 V. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 90, con una respuesta del CICR; v. también págs. 93–94 y 99–100.

234 Para una reseña, v. Sivakumaran, 2012, págs. 238–242, y 2015, págs. 415–431; Kleffner, 2011; Moir, págs. 52–58; Murray, págs. 101–131; y Dinstein, 2014, págs. 63–73.

235 V., por ej., Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, CICR, 1952, págs. 51–52; *Commentary on the Second Geneva Convention*, CICR, 1960, pág. 34; *Commentary on the Third Geneva Convention*, CICR, 1960, págs. 37–38; *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, CICR, 1958, pág. 37; Elder, pág. 55; Schindler, pág. 151; y Sivakumaran, 2015, págs. 422–423.

un grupo armado no estatal<sup>236</sup>; que el artículo 3 común y otros tratados de derecho humanitario destinados a vincular a partes no estatales en conflictos armados no internacionales son disposiciones convencionales internacionales que lícitamente crean obligaciones para terceras Partes, del mismo modo que los tratados pueden crear, en ciertas circunstancias<sup>237</sup>, obligaciones para los Estados que no sean Partes en ellos<sup>238</sup>; que cuando un Estado ratifica un tratado, lo hace en nombre de todos los particulares bajo su jurisdicción, los que por consiguiente son los destinatarios de los derechos y las obligaciones directos que impone el derecho internacional<sup>239</sup>; que “deriva de la naturaleza fundamental de las normas [artículo 3 común] y de su reconocimiento por toda la comunidad internacional como el mínimo absoluto necesario para salvaguardar los intereses humanitarios vitales”<sup>240</sup>; y que los grupos armados no estatales también pueden consentir en estar obligados por el artículo 3 común, por ejemplo, mediante la emisión de una declaración unilateral o un acuerdo especial entre las partes en un conflicto armado<sup>241</sup>.

**508** Se ha recurrido a varias de estas teorías jurídicas para explicar cómo los grupos armados no estatales están obligados por el artículo 3 común, pero no se discute que las disposiciones sustanciales del artículo 3 común vinculan a todos esos grupos armados cuando son partes en un conflicto armado.

---

236 Esta se conoce como la doctrina de la jurisdicción legislativa. V., por ej., Pictet (ed.), *Commentary on the Second Geneva Convention*, CICR, 1960, pág. 34; Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párr. 4444; Sivakumaran, 2015, págs. 418–419; Dinstein, pág. 70; y Elder, pág. 55. V. también *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 94 (declaración de Grecia).

237 V. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), arts. 34–36.

238 V. Cassese, 1981, págs. 423–429, y Sivakumaran, 2015, págs. 419–420.

239 V. Sivakumaran, 2015, págs. 417–418; Antonio Cassese, “La guerre civile et le droit international”, *Revue générale de droit international public*, vol. 90, 1986, págs. 553–578, en particular 567; Dinstein, pág. 66; y Schindler, pág. 151.

240 V. Bugnion, pág. 336, quien también argumenta que la naturaleza vinculante del artículo 3 común “deriva de la costumbre internacional y los dictados de la conciencia pública”.

Al respecto, v. también Sivakumaran, 2015, pág. 424.

241 V. Sivakumaran, 2015, págs. 420–422, y Dinstein, págs. 70–71.

### *c. Fuerza vinculante del artículo 3 común sobre las fuerzas multinacionales*

**509** Como se señaló más arriba<sup>242</sup>, las fuerzas multinacionales pueden participar en actividades que convertirían a los Estados o las organizaciones internacionales que las envían en una parte en un conflicto armado no internacional, así sea en cumplimiento de su mandato o debido a determinados hechos. Puede hacerse una distinción entre operaciones multinacionales conducidas por una coalición de Estados no sujeta al mando y el control de una organización internacional, por un lado, y operaciones multinacionales conducidas bajo el mando y control de las Naciones Unidas o de otras organizaciones internacionales, por otro lado.

**510** En situaciones en las que una coalición de Estados no sujeta al mando y el control de una organización internacional conduce operaciones multinacionales, los Estados individuales que participen en las fuerzas multinacionales son partes en el conflicto<sup>243</sup>. En función de si las fuerzas multinacionales se enfrentan a una parte estatal o a una parte no estatal, el derecho que rige los conflictos armados internacionales o el que rige los conflictos armados no internacionales vincularán a los Estados que aportan contingentes. En este último caso, el artículo 3 común obligará a las fuerzas de esos Estados.

**511** En las situaciones en que la organización dentro de cuyo marco se realice la operación multinacional ejerza mando y control sobre esas fuerzas, esa organización puede llegar a ser una parte en el conflicto armado<sup>244</sup>. Dado que las organizaciones internacionales que despliegan fuerzas multinacionales no son Estados y, por ende, en general no pueden ser Partes en los Convenios de Ginebra u otros tratados de derecho humanitario, estos tratados no son vinculantes en sí para ellos. Sin embargo, los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas (SOFA, por sus siglas en inglés) concluidos entre las Naciones Unidas y los Estados que reciben operaciones de paz de la ONU en general requieren que las Naciones Unidas garanticen que

---

242 V. párrs. 411-413, así como el comentario sobre el artículo 2 común, párrs. 245-252.

243 Para mayor exhaustividad, v. párrs. 411-413 de este comentario.

244 También es posible que, en algunas circunstancias, tanto la organización internacional como los Estados que aportan contingentes sean considerados partes en el conflicto armado. Para más información al respecto, v. párrs. 411-413; el comentario sobre el artículo 2 común, párrs. 245-252, y Ferraro, 2013, págs. 588-595.

su operación sea conducida “con pleno respeto de los principios y normas de los convenios generales aplicables al comportamiento del personal militar”<sup>245</sup>. Con respecto a las fuerzas bajo el mando y el control de la ONU, la aplicabilidad de ciertos “principios y normas fundamentales del derecho internacional humanitario” a las fuerzas multinacionales también ha sido explícitamente afirmada por el secretario general de la ONU<sup>246</sup>.

**512** Además, se ha aceptado que esas organizaciones están regidas por el derecho internacional consuetudinario<sup>247</sup>. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado que las organizaciones internacionales, incluida la ONU, son sujetos del derecho internacional y están vinculadas por todas las obligaciones que les incumban conforme a las normas generales del derecho internacional<sup>248</sup>.

---

**245** V., por ej., *The Status of Forces Agreement between the United Nations and the Government of the Republic of South Sudan concerning the United Nations Mission in South Sudan (UNMISS)*, Yuba, 8 de agosto de 2011, párrs. 6(a) y (b). Si bien esas disposiciones no están incluidas en el “Modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para las operaciones de mantenimiento de la paz”, tal como lo elaboró el secretario general de la ONU por pedido de la Asamblea General (Doc. ONU A/45/594, 9 de octubre de 1990), sí se las incorporó en acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas desde que la ONU concluyó un acuerdo de ese tipo con Ruanda en relación con la Misión de asistencia de las Naciones Unidas a Ruanda (UNAMIR) el 5 de noviembre de 1993, Colección de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1748, 1993, págs. 3–28.

**246** V., por ej., el Boletín del secretario general de la ONU de 1999, en el que no se hace distinción entre conflicto armado internacional y conflicto armado no internacional.

**247** V. CIJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, opinión consultiva, 1949, pág. 179; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, opinión consultiva, 1980, párr. 37 y *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO)*, opinión consultiva, 1996, párr. 25.

**248** En *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO)*, opinión consultiva, 1996, párr. 25, la CIJ afirmó:  
“Las organizaciones internacionales, a diferencia de los Estados, no tienen una competencia general. Las organizaciones internacionales se rigen por el ‘principio de especialidad’, es decir que están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución... Las competencias conferidas a las organizaciones internacionales suelen ser objeto de una formulación expresa en su acta constitutiva.”

Para un análisis de las implicancias de ese principio para la aplicabilidad del derecho humanitario a las organizaciones internacionales, v. Kolb, Porretto y Vité, págs. 121–143; Naert, págs. 533–534; Shraga, 1998, pág. 77; y Engdahl, pág. 519.



**513** Además, como los Estados que aportan contingentes normalmente dejan todo el control sobre sus fuerzas a la organización que despliega las fuerzas multinacionales, muchos Estados consideran que esas fuerzas están regidas por las obligaciones de derecho humanitario de su propio Estado<sup>249</sup>.

## 2. “COMO MÍNIMO, LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES”

**514** Todas las partes en conflictos armados no internacionales están obligadas a cumplir las disposiciones “mínimas” enumeradas en el artículo 3 común. Estas obligaciones fundamentales son automáticamente aplicables en todo conflicto armado no internacional apenas este surja.

**515** Como establece el propio artículo 3 común, estas disposiciones se establecen solo “como mínimo”.

**516** Si bien los Estados que adoptaron el artículo 3 común en 1949 no pudieron llegar a un consenso para que más disposiciones de los Convenios de Ginebra, o todas, fueran automáticamente aplicables en conflictos armados no internacionales<sup>250</sup>, sabían de todos modos que la aplicación de normas adicionales y más detalladas podrían ser deseables en esos conflictos. Por consiguiente, acordaron la inclusión del párrafo 3 del artículo 3 común, según el cual “las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones” de los Convenios de Ginebra<sup>251</sup>.

---

**249** V. sección 2 del Boletín del secretario general de la ONU de 1999, en el que afirma que “las presentes disposiciones no constituyen una lista exhaustiva de principios y normas del derecho internacional humanitario por las que debe regirse el personal militar, y no menoscaban su aplicación, ni sustituyen a la legislación nacional a la que está sujeto el personal militar durante la operación”. V. también, por ej., Países Bajos, *Military Manual*, 2005, párr. 1231 (“Naturalmente, los diversos países que participan en esa operación bajo la bandera de la ONU están obligados por el derecho consuetudinario, los tratados y las convenciones que hayan firmado y ratificado.”), y Alemania, *Military Manual*, 2013, párr. 1405 (“El hecho de que se haya emitido o no un mandato de la ONU no afecta la cuestión de la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados. En cambio, las normas del derecho internacional humanitario son directamente aplicables si se aplican a los Estados que envían tropas y si existe un conflicto armado en el país donde se despliegan.”)

**250** Para mayor exhaustividad, v. sección B.

**251** Para mayor exhaustividad, v. sección K.

**517** Además de las obligaciones fundamentales establecidas en el artículo 3 común y la opción de los acuerdos especiales, las partes en un conflicto armado no internacional también pueden estar regidas por otros tratados del derecho humanitario<sup>252</sup>. Asimismo, están obligadas por el derecho humanitario consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales, así como por las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de su ámbito de aplicación. La cuestión de si, y en qué medida, se aplica el derecho de los derechos humanos a los grupos armados no estatales no está zanjada. Como mínimo, parece aceptarse que los grupos armados que ejercen control territorial y cumplen funciones similares a las de un gobierno tienen responsabilidades en virtud del derecho de los derechos humanos<sup>253</sup>.

---

**252** En particular, por el PA II, dependiendo de la ratificación y siempre y cuando un conflicto armado no internacional reúna los criterios para la aplicabilidad de ese Protocolo. Para mayor exhaustividad, v. el comentario del PA II. V. también los ejemplos de otros tratados que figuran en la nota al pie 5 de este comentario.

**253** Para una reseña de la práctica y los debates sobre esta cuestión, v., por ej., Sivakumaran, 2012, págs. 95-99; Jean-Marie Henckaerts y Cornelius Wiesener, “Human rights obligations of non-state armed groups: a possible contribution from customary international law?”, en Robert Kolb y Gloria Gaggioli (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, págs. 146-169; Andrew Clapham, “Focusing on Armed Non-State Actors”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, págs. 766-810, en particular 786-802; y Konstantinos Mastorodimos, *Armed Non-State Actors in International Humanitarian and Human Rights Law: Foundation and Framework of Obligations, and Rules on Accountability*, Ashgate, Farnham, 2016.



## E. APARTADO (1): PERSONAS PROTEGIDAS

### 1. INTRODUCCIÓN

**518** El apartado (1) abarca a todas “[l]as personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”. El artículo no amplía estas nociones y esta parte del artículo no suscitó demasiado debate en la Conferencia Diplomática de 1949. La protección conferida en este apartado requiere que la persona esté en poder de una parte en el conflicto (v. sección E.4)<sup>254</sup>.

**519** La protección de las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades es central para el derecho humanitario. Por consiguiente, las personas protegidas por el artículo 3 común están descritas por medio de delimitaciones explícitas: “personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa [Cursiva añadida.]”. Las partes en un conflicto armado no internacional tienen la obligación categórica de tratar a esas personas con humanidad, en todas las circunstancias y sin distinción alguna de índole desfavorable.

**520** Sin embargo, fuera del artículo 3 común, el derecho humanitario contiene un número de disposiciones que benefician a las personas durante el tiempo en que participen directamente en las hostilidades. Incluyen la prohibición general del uso de métodos y medios de guerra que sean de tal índole que podrían causar males superfluos o sufrimientos innecesarios, y las prohibiciones de métodos y medios de guerra específicos<sup>255</sup>.

---

**254** En cuanto a las personas protegidas por el apartado (2) sobre los heridos y los enfermos, v. sección I.4.

**255** Se ha determinado que estas normas se aplican en conflictos armados no internacionales en virtud del derecho internacional consuetudinario; v. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), en particular las normas 46, 64–65, 70, 72–74, 77–80 y 85–86.

## 2. PERSONAS QUE NO PARTICIPEN DIRECTAMENTE EN LAS HOSTILIDADES

**521** El artículo 3 común protege a las “[p]ersonas que no participen directamente en las hostilidades”. Se trata, ante todo, de la población civil, que por lo general no participa directamente en las hostilidades<sup>256</sup>. Por consiguiente, los civiles reciben la protección del artículo 3 común, salvo que participen directamente en las hostilidades y mientras dure su participación. Están protegidos cuando no participan y apenas dejan de participar en las hostilidades, incluso cuando quedan “fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”<sup>257</sup>. La población civil también incluye a los antiguos miembros de las fuerzas armadas que han sido desmovilizados o desvinculados<sup>258</sup>.

**522** En segundo lugar, entre las personas que no participan directamente en las hostilidades, se cuentan los miembros no combatientes de las fuerzas armadas, en particular el personal sanitario y religioso. Dado que debe estar asignado estrictamente a tareas sanitarias o religiosas, en general no participa directamente en las hostilidades<sup>259</sup>.

---

256 V. también CPI, Elementos de los crímenes (2002), elementos comunes a todos los crímenes que figuran en el artículo 8(2)(c) del Estatuto de la CPI de 1998 (donde se establece que las personas protegidas por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra son “personas [que] hayan estado fuera de combate o [que] hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades”).

257 Para más información sobre las personas fuera de combate, v. sección E.3.b. El hecho de que las consideraciones sobre las personas fuera de combate se aplican a los civiles que participan directamente en las hostilidades derivan del nexo entre “las personas fuera de combate” y las “personas que no participan directamente en las hostilidades”. La versión francesa y la versión española son más claras ya que repiten el término “personas” (“Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris (...) les personnes qui ont été mises hors de combat ...”; “Las personas que no participen directamente en las hostilidades (...) las personas puestas fuera de combate”). V. también Kleffner, 2015, págs. 442-443.

258 Acerca de la desvinculación de miembros de grupos armados no estatales, v. CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, págs. 72-73.

259 V. también CPI, Elementos de los crímenes (2002), elementos comunes a todos los crímenes que figuran en el artículo 8(2)(c) del Estatuto de la CPI de 1998 (donde se describe a las personas protegidas por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra como “esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades”).

**523** En tercer lugar, como se establece en el artículo 3 común, entre las personas que no participan directamente en las hostilidades, se incluyen “los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate”. Esta categoría se analiza con mayor exhaustividad en la sección E.3.

**524** La noción de participación directa en las hostilidades no está definida en el artículo 3 común ni tampoco figura en ninguna otra disposición de los Convenios de Ginebra de 1949 o en tratados anteriores<sup>260</sup>. Sin embargo, la diferenciación entre las personas que participan directamente en las hostilidades y las personas que han dejado de hacerlo es un elemento fundamental del derecho humanitario.

**525** La noción de participación en las hostilidades figura en los Protocolos adicionales de 1977, que establecen que los civiles gozan de protección contra los peligros procedentes de las operaciones militares “salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”<sup>261</sup>. Se ha aceptado, en general, que los calificativos “active” (activa) y “direct” (directa) que se emplean en los textos en inglés del artículo 3 común y los Protocolos adicionales, respectivamente, para calificar la participación en las hostilidades remiten al mismo concepto<sup>262</sup>.

---

**260** Pero V. el art. 15 del CG IV, que dispone la posibilidad de establecer zonas neutralizadas para alojar, entre otras personas, a “las personas civiles que no participen en las hostilidades y que no realicen trabajo alguno de índole militar durante su estancia en esas zonas”.

**261** V. PA I, art. 51(3), y PA II, art. 13(3). V. también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 6.

**262** V., por ej., TPIR, Akayesu case, fallo en primera instancia, 1998, párr. 629, y CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, pág. 43. La versión igualmente auténtica de la versión francesa del artículo 3 común se refiere a las “personnes qui ne participent pas *directement* aux hostilités”.

[Cursiva añadida.]

**526** El propósito de la referencia a la participación directa en las hostilidades que figura en los Protocolos es determinar cuándo un civil se convierte en un objetivo lícito conforme al derecho humanitario durante la conducción de las hostilidades. El alcance y la aplicación de la noción de participación directa en las hostilidades es objeto de debate en el marco de las normas de la conducción de las hostilidades<sup>263</sup>.

**527** Más allá de la posición que una parte en conflicto adopte acerca de la noción de participación directa en las hostilidades a los fines de sus decisiones de ataque, apenas una persona deja de participar directamente en las hostilidades, por ejemplo, cuando cae en poder del enemigo, esa persona queda bajo la protección del artículo 3 común y debe ser tratada con humanidad.

**528** Por consiguiente, ninguna forma de maltrato, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, puede justificarse por el hecho de que una persona haya participado directamente en las hostilidades en el pasado. En el derecho humanitario, no hay espacio para la venganza.

### 3. MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS QUE HAYAN DEPUERTO LAS ARMAS Y PERSONAS PUESTAS FUERA DE COMBATE

#### *a. Miembros de las fuerzas armadas*

**529** El término “miembros de las fuerzas armadas” no está definido ni en el artículo 3 común ni en los Convenios de Ginebra más en general<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> A los fines del principio de distinción en la conducción de las hostilidades, el CICR ha ofrecido recomendaciones sobre la interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades; v. CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Para un análisis de esta publicación, v., por ej., Michael N. Schmitt, “The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis”, *Harvard National Security Journal*, vol. 1, 2010, págs. 5-44; *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Philip Alston, Doc. ONU A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, págs. 19-21; y “Forum: The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n.º 3, 2010, págs. 637-916. Para mayor exhaustividad, v. los comentarios del art. 51 de PA I y del art. 13 del PA II.

<sup>264</sup> Solo en 1977 se incluyó una definición de fuerzas armadas en el derecho humanitario convencional relativo a los conflictos armados internacionales; v. PA I, art. 43.

**530** En el contexto del artículo 3 común, el término “fuerzas armadas” hace referencia a las fuerzas armadas tanto de las partes estatales en el conflicto como de las no estatales. Esto se deduce de la redacción del artículo 3 común, que dispone que “cada una de las Partes en conflicto” debe conferir protección a “las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas”<sup>265</sup>. Además, el artículo 3 común, en inglés, no se refiere a “the armed forces” (las fuerzas armadas), lo que podría sugerir solo las fuerzas armadas estatales, sino a “armed forces” (fuerzas armadas)<sup>266</sup>. Por último, el artículo 3 común se basa en un equilibrio de obligaciones entre todas las partes en conflicto y requiere que tanto los miembros de las fuerzas armadas estatales como los de los grupos armados no estatales sean tratados con humanidad tan pronto como depongan las armas o queden puestos fuera de combate por algún otro motivo<sup>267</sup>.

**531** Sin embargo, el requisito del trato humano no implica inmunidad de los combatientes para los miembros de grupos armados no estatales, ya que este concepto no es aplicable como tal en los conflictos armados no internacionales. Esas personas pueden ser enjuiciadas en virtud del derecho interno por su participación en las hostilidades, incluso por actos que no sean ilícitos en virtud del derecho humanitario. El último párrafo del artículo 3 común confirma que la aplicación de este artículo no afecta la condición jurídica de las partes en conflicto.

**532** En primer lugar, las fuerzas armadas estatales están formadas por las fuerzas armadas regulares de un Estado. Sin embargo, la noción de fuerzas armadas también incluye a otras unidades o grupos armados organizados que estén bajo el mando responsable de la parte estatal en un conflicto armado no internacional<sup>268</sup>.

---

265 V. también CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, pág. 28.

266 V. también la versión francesa, igualmente auténtica, del artículo 3 común, donde se hace referencia a “les membres de forces armées” y no a “les membres des forces armées”.  
[Cursiva añadida.]

267 V. también Sassòli, 2006, pág. 977.

268 Puede tratarse de entidades que tal vez no quepan en la definición de las fuerzas armadas conforme al derecho interno, pero que estén incorporadas en ellas formalmente o asuman de facto funciones de las fuerzas armadas regulares, como la guardia nacional, el personal aduanero, la policía u otras fuerzas similares. V., por ej., Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párr. 4462; CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, págs. 30-31; y Sivakumaran, 2012, pág. 180.



**533** Las fuerzas armadas estatales por lo general están formadas por personal con una función de combate y personal con funciones que no son de combate, en particular el personal sanitario y religioso. Como se mencionó, el personal sanitario y religioso por lo general no participa directamente en las hostilidades y, mientras cumpla funciones que no sean de combate, está protegido por el artículo 3 común<sup>269</sup>.

**534** Las partes no estatales en un conflicto armado no internacional no tienen fuerzas armadas en el sentido establecido en el derecho interno<sup>270</sup>. Sin embargo, la existencia de un conflicto armado no internacional requiere la participación de fuerzas combatientes en nombre de la parte no estatal en el conflicto que sean capaces de mantener violencia armada en forma sostenida, lo que exige cierto nivel de organización<sup>271</sup>. Esos grupos armados organizados constituyen las “fuerzas armadas” de una parte no estatal en el conflicto en el sentido del artículo 3 común<sup>272</sup>.

#### *b. Hayan depuesto las armas o puestas fuera de combate*

**535** El artículo 3 común se refiere a “los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas”, separadamente de “las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”. Lo que distingue a los miembros de las fuerzas armadas “que hayan depuesto las armas” de “las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa” es que el cese de su participación en el conflicto no es consecuencia de factores externos que estén fuera de su control, sino que implica una decisión de su parte de rendirse<sup>273</sup>. Sin embargo, el resultado de esa decisión es el mismo que si hubiesen sido puestas fuera de combate por factores externos:

---

269 V. párr. 522 de este comentario.

270 Aunque, en ocasiones, pueden incluir fuerzas armadas disidentes de un Estado; v. PA II, art. 1(1).

271 V. sección C.2.b.

272 V. CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 49; CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, págs. 27-36; y los comentarios de los arts. 1(1) y 13 del PA II.

273 Durante la Conferencia Diplomática de 1949, la formulación finalmente adoptada, “que hayan depuesto las armas”, se prefirió sobre la formulación propuesta, “y quienes se rindan”; v. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, págs. 84, 90 y 100.

ya no participan en el conflicto. El hecho de que una persona a título individual deponga las armas le confiere protección en virtud del artículo 3 común; no es necesario que lo hagan las fuerzas armadas en su conjunto<sup>274</sup>.

**536** La noción de “fuera de combate” no está definida en el artículo 3 común ni en los Convenios de Ginebra más en general.

**537** Sin embargo, a los fines de la conducción de las hostilidades, el efecto y los requisitos de estar fuera de combate están definidos en el Protocolo adicional I:

1. Ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba reconocerse que está fuera de combate.
2. Está fuera de combate toda persona:
  - (a) que esté en poder de una Parte adversa;
  - (b) que exprese claramente su intención de rendirse; o
  - (c) que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse;y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse<sup>275</sup>.

Esta norma forma parte del derecho consuetudinario aplicable en conflictos armados no internacionales<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> En la versión francesa del artículo 3 común, igualmente auténtica, la frase “members of armed forces who have laid down their arms” (“les membres de forces armées qui ont déposé les armes”) puede entenderse como una referencia a los miembros individuales de fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o como un requisito de que las fuerzas armadas en su conjunto hayan depuesto las armas para que sus miembros reciban las protecciones del artículo 3 común. Sin embargo, las deliberaciones mantenidas en la Conferencia Diplomática de 1949 dejan en claro que lo que se quiso decir fue la primera interpretación. La adopción de la versión inglesa en tiempo presente, donde se usa “who have laid down their arms”, donde “who” solo puede referirse a personas, fue deliberada. Se rechazó una propuesta de reemplazar “who” por “which”, “a fin de indicar que las fuerzas armadas en su conjunto deben deponer las armas”. V. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 100.

<sup>275</sup> PA I, art. 41.

<sup>276</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 47.

**538** La parte final de esta definición (“siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse”) explica por qué una persona fuera de combate no debe ser atacada. Cuando una persona se abstiene de todo acto hostil y no intenta evadirse, deja de haber razones para causarle daño. Por ende, estas condiciones podrían hallarse pertinentes para el artículo 3 común, cuando se trata de determinar el momento a partir del cual un miembro de las fuerzas armadas (o un civil que esté participando directamente en las hostilidades) debe ser considerado puesto fuera de combate y, por lo tanto, protegido en virtud del artículo 3 común.

**539** En particular, las personas que se ponen fuera de combate expresando claramente la intención de rendirse están “deponiendo las armas” en el sentido del artículo 3 común y caben dentro de la protección del artículo<sup>277</sup>. El artículo 3 común luego observa los siguientes factores que potencialmente podrían poner a una persona fuera de combate: “por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”. Es frecuente que los miembros de fuerzas armadas durante conflictos armados no internacionales sufran enfermedades o heridas, del mismo modo que pueden ser objeto de detención, a la que recurren tanto las partes estatales como las no estatales en el conflicto<sup>278</sup>. Otras causas para quedar fuera de combate son, por ejemplo, quedar náufragos, arrojarse en paracaídas de una aeronave en peligro o caer de algún otro modo en poder de una parte en conflicto (por ejemplo, en un puesto de control), aunque no pueda considerarse que esa situación se equipara a una detención. El añadido de “por cualquier otra causa” indica que la noción de “fuera de combate” en el artículo 3 común no debe interpretarse en un sentido restringido<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> También puede decirse que las personas que han sido desmovilizadas o desvinculadas “han depuesto las armas”, pero si ello ha ocurrido antes de que cayeran en poder del enemigo, esas personas quedan bajo la protección del artículo 3 común al caer en poder del enemigo porque en ese momento “no participan directamente en las hostilidades”; v. también párr. 521.

<sup>278</sup> En la Conferencia Diplomática, se prefirió el término “detención” en el artículo 3 común sobre el término “cautiverio”. Una delegación expresó la opinión de que este último término “implicaba el estatuto de un prisionero de guerra y era incompatible con la idea de guerra civil” y, por consiguiente, sugirió el uso del término “detención”, mientras que otra delegación no vio “dificultad alguna en el empleo del término “cautiverio”, que significa que la policía o tropas adversas “tomen en custodia”; v. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, págs. 94 y 100. Acerca de la detención fuera de un proceso penal, v. sección H.

<sup>279</sup> Esta fue también la interpretación de los redactores de los elementos de los crímenes de la CPI, de 2002; v. Dörmann, pág. 389.

#### 4. EL ARTÍCULO 3 COMÚN Y LA CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES

**540** El artículo 3 común no aborda la conducción de las hostilidades. Las protecciones sustanciales que confiere el artículo 3 común en sí mismas, por ejemplo, la prohibición de la tortura y de la toma de rehenes, implican cierto grado de control sobre las personas de que se trate: están en poder de una parte en el conflicto. Esto incluye a los civiles que viven en zonas controladas por una parte en el conflicto, pero no se refiere a las acciones de las partes regidas por las normas sobre la conducción de las hostilidades. Esta interpretación está respaldada por los trabajos preparatorios de los Convenios de Ginebra, así como por manuales militares y jurisprudencia<sup>280</sup>. También tiene sustento en bibliografía académica<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> V., por ej., *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, págs. 407-410 (declaraciones de Estados Unidos, Canadá, México, Francia y Suiza sobre el significado de “en poder de” en el art. 32 del CG IV, disposición que se compara explícitamente con el artículo 3 común en esos debates); Reino Unido, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, pág. 215; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 11.137 (Argentina)*, Informe, 1997, párr. 176 (“De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora.”)

<sup>281</sup> V. Meron, 1991, pág. 84; Pejic, 2011, págs. 203, 205-206 y 219 (el artículo 3 común protege a las personas “en poder de” o “capturadas”; aborda la “protección de las personas en manos del enemigo”); Melzer, 2008, pág. 216 (con respecto a la prohibición del homicidio); Yukata Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pág. 299 (el artículo 3 común se aplica a las personas “capturadas en conflictos armados”; solo puede cometerse homicidio en contextos de mantenimiento de la ley y el orden, y no de hostilidades); Knuckey, pág. 456 (con respecto a la prohibición del homicidio); y Dinstein, pág. 134.

**541** La única protección que ha dado lugar a dudas al respecto es la prohibición del homicidio de la que, en algunos casos, se ha hallado que se aplica a los ataques ilícitos en la conducción de las hostilidades<sup>282</sup>. Algunos autores sostienen que el artículo 3 común contiene cierta regulación de la conducción de las hostilidades<sup>283</sup>. Si este fuera el caso, la prohibición del homicidio debería interpretarse a la luz de las normas específicas sobre la conducción de las hostilidades, en particular las normas sobre distinción, proporcionalidad y precauciones. El acto de dar muerte a una persona de conformidad con las normas sobre conducción de las hostilidades no constituiría homicidio en virtud del artículo 3 común.

---

**282** TPIY, *Strugar case*, fallo en primera instancia, 2005, donde se trata un ataque de artillería contra el casco antiguo de Dubrovnik habitado por personas que no participaban directamente en las hostilidades. El Tribunal halló que estaban reunidos los cargos de crímenes de guerra de homicidio y tratos crueles, así como los ataques contra civiles; v. párrs. 234-240, 260-261 y 277-283, con referencias a jurisprudencia anterior. Compárese también con CPI, *Katanga case*, fallo en primera instancia, 2014, párrs. 856-879. V. también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 26 de febrero de 1999, párr. 41; Consejo de Derechos Humanos, *Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya*, Doc. ONU A/HRC/17/44, 12 de enero de 2012, párr. 146; y ONU, *Report of the Secretary-General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka*, 31 de marzo de 2011, párrs. 193, 206 y 242.

**283** V., por ej., Bond, pág. 348; William H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford University Press, 2012, pág. 433; Cassese, pág. 107; y Rogers, pág. 301. Puede hallarse una posición intermedia en Bothe, Partsch y Solf, pág. 667, nota al pie 1.

**542** En opinión del CICR, se desprende del contexto de los Convenios de Ginebra de 1949 en el que está insertado el artículo 3 común que no fue pensado para regir la conducción de las hostilidades<sup>284</sup>. El artículo 3 común, tal como fue adoptado finalmente, fue evolucionando de proyectos en los que se proponía la aplicación de los principios de los Convenios de Ginebra –o de las disposiciones de los Convenios– a los conflictos armados no internacionales. La principal preocupación de los Convenios es la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales en poder de una parte en conflicto, pero no la regulación de la conducción de las hostilidades en sí. Por consiguiente, lo mismo debería aplicarse al artículo 3 común, que fue aprobado para extender la esencia de los Convenios a los conflictos armados no internacionales<sup>285</sup>.

**543** Es una realidad de los conflictos armados no internacionales que las hostilidades pueden causar la muerte o heridas a las personas que no participan directamente en las hostilidades, así sea porque esas personas son tomadas ilícitamente como objeto de los ataques o porque son víctimas incidentales de los ataques. Sin embargo, el artículo 3 común no es idóneo para determinar la licitud de la conducción de las hostilidades, que se rige por normas específicas del derecho humanitario. Para los conflictos armados no internacionales, esas normas pueden hallarse en el Protocolo adicional II y en el derecho internacional consuetudinario<sup>286</sup>.

---

**284** Esta fue también la interpretación que se sostuvo en 1977 durante la redacción de lo que luego fue el art. 13 del PA II, que prohíbe los ataques contra la población civil y los civiles que no participen directamente en las hostilidades; v. *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, vol. XV, pág. 363: “[E]l único derecho internacional general relativo a los conflictos armados no internacionales es el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que no contiene ninguna disposición relativa al asunto de este artículo del Protocolo II”. V. también Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párrs. 4365 y 4776; Draper, 1965, págs. 84–85 (los Convenios de Ginebra “adoptaron la solución de abstenerse de todo intento directo de legislar sobre la conducción de las hostilidades (...) las prohibiciones se refieren al trato fuera de los combates”); CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, pág. 28; Pejic, 2011, pág. 219; Gasser, pág. 478; Meron, 1991, pág. 84; Watkin, pág. 271, con la nota al pie 31; Zegveld, págs. 82–84; y Abresch, pág. 748, con la nota al pie 22.

**285** Para mayor exhaustividad, v. sección B.

**286** V., en particular, PA II, arts. 13–17, y Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), normas 1–2, 5–21, 42–48 y 53–54.

## 5. LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 3 COMÚN A TODOS LOS CIVILES Y A LAS PROPIAS FUERZAS ARMADAS DE UNA PARTE

**544** Si bien numerosas disposiciones de los Convenios, en particular de los Convenios III y IV, se limitan a la protección de las personas cuando están en poder del enemigo<sup>287</sup>, algunas disposiciones no son tan limitadas. En el Convenio I, este es el caso de la disposición que establece las protecciones centrales del Convenio: el artículo 12<sup>288</sup>.

**545** La redacción del artículo 3 común indica que se aplica a todas las personas que no participan directamente en las hostilidades “sin distinción alguna de índole desfavorable”<sup>289</sup>. No contiene ninguna limitación que exija que una persona que no participa en las hostilidades esté en poder del enemigo para estar protegida por el artículo.

**546** Es lógico que los civiles gocen de la protección del artículo 3 común independientemente de en poder de quién estén. En la práctica, en los conflictos armados no internacionales, suele ser imposible determinar si los miembros de la población en general que no participan directamente en las hostilidades apoyan a una parte en el conflicto u otra. A diferencia de los conflictos armados internacionales<sup>290</sup>, no se puede recurrir a criterios objetivos, como el de la nacionalidad<sup>291</sup>. Por lo tanto, limitar la protección del artículo 3 común a las personas que apoyan o de las que se percibe que apoyan a la parte adversa es difícil de reconciliar con el propósito protector del artículo 3 común.

---

287 V. CG III, art. 4, y CG IV, art. 4.

288 V. el comentario del art. 12, párrs. 1337, 1368 y 1370.

289 Acerca de la prohibición de las distinciones de índole desfavorable, v. sección F.2.

290 Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 4 del CG IV.

291 Para un análisis de la nacionalidad como criterio prohibido para hacer distinciones de índole desfavorable en virtud del artículo 3 común, v. sección F.2.b.

**547** Otra cuestión es si las fuerzas armadas de una parte en el conflicto se benefician de la aplicación del artículo 3 común por su propia parte<sup>292</sup>. Algunos ejemplos serían los miembros de las fuerzas armadas enjuiciados por presuntos crímenes, como crímenes de guerra o crímenes comunes en el contexto del conflicto armado, por su propia parte y los miembros de las fuerzas armadas que son objeto de abusos sexuales o de otra índole por su propia parte<sup>293</sup>. El hecho de que el juicio lo inicie la propia parte o de que el abuso lo cometa la propia parte no debería ser un argumento para negar a esas personas la protección del artículo 3 común. Esto está respaldado por el carácter fundamental del artículo 3 común que ha sido reconocido como una “vara mínima” en todos los conflictos armados y como un reflejo de las “consideraciones elementales de humanidad”<sup>294</sup>.

**548** Naturalmente, en muchos casos el recurso al artículo 3 común puede no ser necesario para que una parte en conflicto trate a sus propias fuerzas armadas con humanidad, sea porque la parte en conflicto siente que tiene la obligación natural de hacerlo, sea porque ello redundará en su propio beneficio o, porque, al menos en el caso de un Estado Parte, el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos exigen dar un trato equivalente al trato humano en el sentido del artículo 3 común.

**549** De todos modos, en la medida en que una situación específica tenga un nexo con un conflicto armado no internacional, como en los ejemplos mencionados anteriormente, todas las partes en conflicto deberán dar, como mínimo, un trato humano a sus propias fuerzas armadas sobre la base del artículo 3 común.

---

<sup>292</sup> Para mayor exhaustividad, v. Kleffner, 2013c y Sivakumaran, 2012, págs. 246–249.

<sup>293</sup> V. CPI, *Ntaganda case*, decisión sobre la confirmación de los cargos, 2014, párrs. 76–82, donde se confirman los cargos de violación y esclavitud sexual de niños soldados como crímenes de guerra presuntamente cometidos contra ellos por su propia parte en el conflicto; v. también *Katanga case*, decisión sobre la confirmación de los cargos, 2008, párr. 248, donde se observa que el uso de niños soldados en las hostilidades “puede ser cometido por un perpetrador contra individuos de su propia parte en el conflicto”. Pero TESL, *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párrs. 1451–1457, donde se sostiene que “el derecho de los conflictos armados no protege a los miembros de grupos armados de actos de violencia dirigidos en su contra por sus propias fuerzas”.

<sup>294</sup> V. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, fondo, fallo, 1986, párrs. 218–219.





## F. APARTADO (1): OBLIGACIONES FUNDAMENTALES ESTABLECIDAS POR EL ARTÍCULO 3 COMÚN

### 1. LA OBLIGACIÓN DE TRATAR CON HUMANIDAD

#### a. Introducción

**550** La obligación de tratar con humanidad es el pilar de las protecciones conferidas por el artículo 3 común. Está expresada en pocas palabras, pero es fundamental. De ella derivan las prohibiciones específicas establecidas por artículo 3 común en el apartado 1 del párrafo 1, y sirve para garantizar que todas las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades sean tratadas con humanidad tanto por las partes estatales como por las partes no estatales en conflictos armados no internacionales.

**551** En 1958, Jean Pictet escribió que el principio de trato humano “es, a decir verdad, el *leitmotiv* de los cuatro Convenios de Ginebra”<sup>295</sup>. Para los conflictos armados internacionales, el principio del trato humano fue codificado en los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907, los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I<sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, CICR, 1958, pág. 204.

<sup>296</sup> V. Reglamento de La Haya (1899) y (1907), art. 4; Convenio de Ginebra sobre los heridos y los enfermos (1929), art. 1; y Convenio de Ginebra sobre los prisioneros de guerra (1929), art. 2. Hoy en día, v., en particular, CG I, art. 12; CG II, art. 12, CG III, art. 13; CG IV, art. 27; y PA I, arts. 10 y 75.

Sin embargo, para los conflictos armados no internacionales, se lo codificó por primera vez en el artículo 3 común y luego fue reafirmado en el Protocolo adicional II<sup>297</sup>.

### *b. Trato humano*

**552** El trato humano de las personas protegidas por el artículo 3 común no es una mera recomendación o un llamado moral. Tal como evidencia el uso del futuro “serán tratadas”, es una obligación de las partes en conflicto conforme al derecho internacional.

**553** Pese a ello, el significado preciso de “trato humano” no está definido ni en el artículo 3 común ni en ninguna otra disposición del derecho humanitario convencional. Sin embargo, no es este un defecto de las disposiciones. El significado de trato humano depende del contexto y ha de considerarse en las circunstancias concretas de cada caso, tomando en cuenta elementos tanto objetivos como subjetivos, como el entorno, el estado mental y físico de la persona, su edad y sus antecedentes sociales, culturales, religiosos o políticos y sus experiencias pasadas. Por otro lado, se reconoce cada vez más que las mujeres, los hombres, las niñas y los niños son afectados de diferentes formas por los conflictos armados. La sensibilidad respecto de la condición, las capacidades y las necesidades inherentes de cada persona, teniendo en cuenta cómo difieren entre hombres y mujeres a raíz de las

---

<sup>297</sup> Las normas formales al respecto datan del Código de Lieber, que fue promulgado en el contexto de un conflicto armado no internacional, la guerra de secesión estadounidense; v. Código de Lieber (1863), arts. 4 y 76. V. también la Declaración de Bruselas (1874), art. 23. El art. 73 del Código de Lieber es un claro ejemplo de la importancia crucial que se otorga al trato humano: “Al ser capturados, todos los oficiales deben rendir sus armas al captor. Es posible que el jefe las devuelva al prisionero en algunos casos, para dar prueba de admiración por la valentía destacada o de *aprobación del trato humano dado a los prisioneros antes de su captura*” [Cursiva añadida.]. V. el art. 4 del PA II, la primera disposición del Título II del Protocolo, que se titula “Trato humano”. Conforme al art. 5(1) y (3) del PA II, la obligación de tratar con humanidad también se aplica a “las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas”, y a las personas “cuya libertad se encuentre restringida, en cualquier forma que sea, por motivos relacionados con el conflicto armado”.

estructuras sociales, económicas, culturales y políticas de la sociedad, contribuye a entender la noción de trato humano que figura en el artículo 3 común<sup>298</sup>.

**554** La inclusión de una definición general de trato humano en el artículo 3 común habría creado un marco que podría haber sido demasiado estrecho e inflexible y, por ende, incapaz de garantizar un trato humano en situaciones donde deben tomarse en cuenta circunstancias imprevistas o particulares, como condiciones climáticas, sensibilidades culturales o necesidades individuales. A la vez, el hecho de no dar ninguna orientación acerca del significado de trato humano podría haber dejado a las partes en conflictos armados con un margen demasiado amplio para hacer interpretaciones incompatibles con los objetivos de esta norma fundamental<sup>299</sup>. El enfoque elegido para el artículo 3 común fue hacer de la obligación de tratar con humanidad su eje central, ilustrándolo al mismo tiempo con ejemplos de actos prohibidos. Por consiguiente, el artículo 3 común exige categóricamente que las personas que no participan o que han dejado de participar directamente en las hostilidades sean tratadas con humanidad en todas las circunstancias, añadiendo “a este respecto” que “los atentados contra la vida y la integridad corporal, la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal y las condenas dictadas sin previo juicio se prohíben en cualquier tiempo y lugar”.

**555** La formulación “a este respecto” deja en claro que la obligación de tratar con humanidad es el aspecto central del artículo 3 común. El trato humano tiene un significado propio, más allá de las prohibiciones enumeradas. Estas prohibiciones no son más que ejemplos específicos de conductas que sin lugar a dudas constituyen violaciones de la obligación de tratar con humanidad<sup>300</sup>.

---

**298** Para más información sobre los impactos diferentes de los conflictos armados, v., por ej., Lindsey, 2001, o Lindsey, Coomaraswamy y Gardam, 2005, o información paralela en Consejo de Seguridad de la ONU, *Informe del Secretario General sobre las mujeres, la paz y la seguridad*, Doc. ONU S/2002/1154, 16 de octubre de 2002. Tanto las mujeres como los hombres deben participar activamente en la planificación y la ejecución de las actividades realizadas en su beneficio. Por lo tanto, es importante incorporar las perspectivas de hombres y mujeres de diferentes edades y antecedentes en la identificación y la evaluación de estas cuestiones. Para más información, v., por ej., Cecilia Tengroth y Kristina Lindvall, *IHL and gender – Swedish experiences*, Cruz Roja Sueca y Ministerio sueco de Relaciones Exteriores, Estocolmo, 2015, “Recommendations” y cap. 6 “Checklist – a gender perspective in the application of IHL”.

**299** V., por ej., TPIY, *Aleksovski case*, fallo en primera instancia, 1999, párr. 49; v. también Elder, pág. 61, y Sivakumaran, 2012, págs. 257–258.

**300** Esta postura fue reafirmada en el art. 4(1)–(2) del PA II. V. también Sivakumaran, 2012, págs. 257–258.

**556** Según el significado usual del término inglés “humane”, lo que se pide es un trato “compassionate and benevolent”<sup>301</sup> (es decir, compasivo y benevolente) de las personas protegidas por el artículo 3 común. Esto se ve reflejado en forma más directa en las versiones española y francesa del texto, en los que, según la formulación escogida para la obligación, las personas protegidas por el artículo 3 común “serán tratadas con humanidad” (“traitées avec humanité”, en francés).

**557** La práctica estatal ha abogado por un trato que respete la dignidad inherente a la persona como ser humano<sup>302</sup>. La misma interpretación del trato humano se refleja en la jurisprudencia internacional<sup>303</sup>. Las personas protegidas por el artículo 3 común nunca deben ser tratadas como menos que un ser humano y su dignidad humana inherente debe ser respetada y protegida.

**558** Además, las formas en que los Estados han incorporado la obligación de tratar con humanidad en sus manuales militares, códigos de conducta y normativas dan más indicaciones acerca de lo que conlleva la obligación, en particular con respecto a las personas privadas de libertad. Estos documentos no solo enumeran prácticas incompatibles con la noción de trato humano, sino que también ofrecen ejemplo de lo que implica el requisito de tratar con humanidad. Algunos ejemplos son: trato con el debido respeto por el sexo de la persona<sup>304</sup>, respeto por las convicciones y

---

**301** *Concise Oxford English Dictionary*, décima segunda edición, Oxford University Press, 2011, pág. 693, donde se añade el elemento de “inflicting the minimum of pain” (“que inflija el menor dolor posible”).

**302** V., por ej., Colombia, *Caso Constitucional N.º C-291/07*, sentencia, 2007, sección III-D-5: “La garantía general de trato humano provee el principio guía general subyacente a las convenciones de Ginebra, en el sentido de que su objeto mismo es la tarea humanitaria de proteger al individuo en tanto persona, salvaguardando los derechos que de allí se derivan”. V. también Estados Unidos, *Naval Handbook*, 2007, párrs. 11.1-11.2: “Trato humano ... Todos los detenidos deberán: ... f. ser respetados como seres humanos”.

**303** V., por ej., TPIY, *Aleksovski case*, fallo en primera instancia, 1999, párr. 49.

**304** V., por ej., Australia, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2006, párrs. 9.48 y 9.49; Canadá, *Code of Conduct*, 2007, pág. 2-9, párr. 5; Djibouti, *Manual on International Humanitarian Law*, 2004, pág. 23; Turquía, *LOAC Manual*, 2001, pág. 49; y Sri Lanka, *Military Manual*, 2003, párr. 1603.

las prácticas religiosas<sup>305</sup>, provisión de alimentos adecuados y de agua potable<sup>306</sup>, así como de vestimenta<sup>307</sup>, protección de la salud y la higiene<sup>308</sup>, provisión de la atención médica adecuada<sup>309</sup>, protección contra la violencia y los peligros de los conflictos armados<sup>310</sup> y contactos necesarios con el mundo externo<sup>311</sup>.

---

305 V., por ej., Australia, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2006, párr. 9.58; Chad, *IHL Manual*, 1996, pág. 28 (versión anterior a que Chad ratificara el PA II); Estados Unidos, *Naval Handbook*, 2007, párr. 11.2, Nepal, *Army Handbook*, 2011, pág. 6; Sri Lanka, *Military Manual*, 2003, párr. 1222; Reino Unido, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, pág. 2-5, y Turquía, *LOAC Manual*, 2001, pág. 158.

306 V., por ej., Chad, *IHL Manual*, 1996, pág. 28; Estados Unidos, *Naval Handbook*, 2007, párr. 11.2; Reino Unido, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, págs. 2-4; Sri Lanka, *Military Manual*, 2003, párr. 1221; Turquía, *LOAC Manual*, 2001, pág. 158.

307 V., por ej., Estados Unidos, *Naval Handbook*, 2007, párr. 11.2; y Reino Unido, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, págs. 2-5.

308 V., por ej., Chad, *IHL Manual*, 1996, pág. 28; Reino Unido, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, págs. 2-4; Sri Lanka, *Military Manual*, 2003, párr. 1228; Turquía, *LOAC Manual*, 2001, pág. 158.

309 V., por ej., Canadá, *Prisoner of War Handling Manual*, 2004, pág. 1B-4; Chad, *IHL Manual*, 1996, pág. 28; Estados Unidos, *Naval Handbook*, 2007, párr. 11.2, Reino Unido, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, págs. 2-5; Sri Lanka, *Military Manual*, 2003, párr. 1228; Turquía, *LOAC Manual*, 2001, págs. 159-160.

310 V., por ej., Chad, *IHL Manual*, 1996, pág. 28; Sri Lanka, *Military Manual*, 2003, párr. 1228; Turquía, *LOAC Manual*, 2001, pág. 158.

311 V., por ej., Chad, *IHL Manual*, 1996, pág. 28; Estados Unidos, Departamento de Defensa, *DoD Detainee Program*, Directiva N.º 2310.01E, 19 de agosto de 2014, sección 3(b)(1) "Policy"; Nepal, *Army Handbook*, 2011, pág. 3; Reino Unido, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, págs. 2-5; Sri Lanka, *Military Manual*, 2003, párr. 1228; Turquía, *LOAC Manual*, 2001, págs. 159-160. V. también *Copenhagen Process: Principles and Guidelines* (2012), párrs. 2, 9 y 10.

### c. En todas las circunstancias

**559** Según el artículo 3 común, la obligación de tratar con humanidad se aplica “en todas las circunstancias”, fórmula que también aparece en otras disposiciones del derecho humanitario convencional<sup>312</sup>.

**560** La fórmula destaca que la obligación de tratar con humanidad es absoluta y no conoce excepciones. Ninguna circunstancia justifica un desvío de la obligación<sup>313</sup>. De todos modos, como se señaló más arriba, la aplicación de la obligación, por ejemplo, la provisión de alimentos adecuados o de atención sanitaria, podría diferir en función de las circunstancias específicas del conflicto armado<sup>314</sup>, el trato dado a una persona protegida por el artículo 3 común nunca debe ser menos que humano, como el nivel mínimo de trato que ha de darse a todos los seres humanos<sup>315</sup>.

**561** La frase “en todas las circunstancias” también se ha interpretado como una confirmación de que no puede esgrimirse el argumento de la necesidad militar para justificar el incumplimiento de la obligación de tratar con humanidad que establece el artículo 3 común<sup>316</sup>. Algunas disposiciones del derecho humanitario incorporan

**312** En relación con el trato, el respeto y la protección de categorías específicas de personas “en todas las circunstancias”, v., por ej., CG I, arts. 12 y 24; CG III, art. 14; CG IV, art. 27; PA I, arts. 10(2) y 75(1); y PA II, arts. 4(1) y 7(2). La fórmula también aparece en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra y en el art. 1(1) del PA I, que obliga a las Altas Partes Contratantes a respetar y hacer respetar los Convenios o el Protocolo “en todas las circunstancias”. En el contexto de la conducción de las hostilidades, la obligación de observar las normas que garantizan la protección de los civiles contra los peligros derivados de las operaciones militares “en todas las circunstancias” figura en el art. 51(1) del PA I y en el art. 13 del PA II.

**313** V., por ej., Estados Unidos, *Manual on Detainee Operations*, 2014, con respecto a las personas detenidas, pág. I-1: “El trato inhumano de los detenidos está prohibido por el Código Uniforme de Justicia Militar, el derecho internacional y el derecho interno, y la política del Departamento de Defensa. *Por consiguiente, no hay excepciones o desvíos respecto de requisito de tratar con humanidad*” [Cursiva añadida.]. V. también Estados Unidos, *Naval Handbook*, 2007, párrs. 11.1–11.2.

**314** V., por ej., Côte d’Ivoire, *Teaching Manual*, 2007, Libro IV, pág. 14; Estados Unidos, *Naval Handbook*, 2007, párr. 11.1; Reino Unido, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, págs. 2–5 y 2–8. V. también Elder, pág. 60.

**315** V., por ej., TPIY, *Aleksovski case*, fallo en primera instancia, 1999, párrs. 168, 173 y 18, y en el contexto de un conflicto armado internacional, Comisión de Reclamaciones Eritrea–Etiopía, *Prisoners of War, Eritrea’s Claim*, laudo parcial, 2003, párrs. 58, 65, 68 y 138.

**316** V. Kleffner, 2013a, págs. 326–327, donde se comenta la expresión “en todas las circunstancias” en el art. 12 del Convenio de Ginebra I.

explícitamente las consideraciones de necesidad militar y las contrapesan con las de las exigencias de humanidad. Cuando alguna disposición no lo hace, se ha de suponer que el equilibrio entre la necesidad militar y la humanidad ya ha sido incorporado en la norma y que, por ende, no puede recurrirse al argumento de la necesidad militar para justificar un incumplimiento<sup>317</sup>. La obligación de tratar con humanidad que establece el artículo 3 común no está sujeta a ninguna calificación explícita basada en la necesidad militar. Por consiguiente, el argumento de la necesidad militar no justifica actos ni omisiones que incumplan el requisito del trato humano.

**562** La frase “en todas las circunstancias” también refuerza el carácter no recíproco del derecho humanitario, incluido el artículo 3 común. Una parte en un conflicto armado está regida por sus obligaciones en materia de derecho humanitario independientemente de la conducta de la parte adversa. La inobservancia de sus obligaciones por una parte en un conflicto armado no exime a la otra parte de sus obligaciones<sup>318</sup>. Esta interpretación está respaldada por la historia de la redacción del artículo 3 común. Como se analiza en la sección B, los proyectos previos de este artículo establecían la reciprocidad como un requisito para que el derecho humanitario fuera aplicable entre las partes en un conflicto armado no

---

**317** Según el Tribunal Militar de Estados Unidos en Núremberg en el *Hostages case*, fallo, 1948, págs. 66–67, “la necesidad o la conveniencia no justifican una violación de normas positivas”. V. también Kalshoven y Zegveld, págs. 32–33 y 84; O’Connell, págs. 36–38; y Rogers, págs. 7–10.

**318** V. Condorelli y Boisson de Chazournes, pág. 19; Moir, pág. 60; y Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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 internacionales (Protocolo I)*, párrs. 49–51, donde se comenta la frase “en todas las circunstancias” que figura en el artículo 1 del PA I. V. también TPIY, Kupreškić case, fallo en primera instancia, 2000, párr. 517:

[E]l argumento *tu quoque* es débil en principio. Considera que el derecho humanitario se basa en un intercambio bilateral estrecho de principios y obligaciones. Sin embargo, lo mayor parte de este ordenamiento jurídico establece obligaciones absolutas, en particular obligaciones que son incondicionales o, en otras palabras, que no se basan en la reciprocidad.

V. al respecto el art. 60(5) de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que impide a los Estados suspender o terminar la aplicación de un tratado como consecuencia de la violación de alguna disposición “relativa a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.



internacional<sup>319</sup>. Sin embargo, el requisito de reciprocidad no se incluyó en el texto y se expresó lo contrario mediante la frase “en todas las circunstancias”.

**563** En el contexto de los conflictos armados no internacionales, el derecho internacional no contiene ninguna norma sobre el recurso a la fuerza en el sentido del *jus ad bellum*. La frase “en todas las circunstancias” reafirma que la licitud del recurso de la propia parte a la fuerza o la ilicitud del recurso del adversario a la fuerza no justifica ninguna violación del derecho que rige la forma en que se utilice esa fuerza<sup>320</sup>. Si bien la legislación nacional de un Estado por lo general prohíbe los actos violentos contra las autoridades gubernamentales o entre personas en su territorio, los Estados por lo general tienen derecho a usar la fuerza para restablecer el imperio de la ley, así como la seguridad y el orden públicos<sup>321</sup>. Independientemente de este derecho, una vez que una situación de violencia alcanza el umbral de un conflicto armado no internacional, todas las partes en conflicto deben cumplir las obligaciones que les imponen el derecho humanitario tanto convencional como consuetudinario. El hecho de si una parte estatal o no estatal en un conflicto armado no internacional tiene derecho a participar o no en ese conflicto conforme a la legislación nacional no tiene relevancia alguna respecto de sus obligaciones en materia de derecho humanitario. El derecho humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales se elaboró precisamente para regir esas situaciones de violencia, en particular para proteger a todas las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades.

---

319 V. por ej., el proyecto del art. 2(4) del proyecto de convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, adoptado por la XVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Estocolmo en 1948 y utilizado como base para las negociaciones mantenidas en la Conferencia Diplomática de 1949:

En todos los casos de conflicto armado sin carácter internacional que puedan surgir en el territorio de una o más Altas Partes Contratantes, *cada Parte en el conflicto* deberá aplicar las disposiciones del presente Convenio, *siempre que la parte adversa actúe análogamente en obediencia de estas*. El Convenio se aplicará en todas las circunstancias, independientemente del estatuto jurídico de las Partes en el conflicto y ser perjuicio de este.

*Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, págs. 51-52. Para mayor exhaustividad, v. sección B.

320 V. Bugnion, pág. 173, en relación con la frase “en todas las circunstancias” que figura en el artículo 1 común.

321 Para mayor exhaustividad, v. Bugnion, págs. 169-170. Para consultar una reseña del debate sobre si el art. 51 de la Carta de la ONU de 1945 también incluye un derecho de los Estados a usar la fuerza en defensa propia contra actores no estatales que operen desde el territorio de otro Estado, v. Tams.

Si la aplicabilidad del derecho humanitario dependiera de la licitud o de la ilicitud del recurso a la fuerza, el derecho humanitario no podría cumplir ese fin<sup>322</sup>.

**564** Por último, es importante señalar que la frase “en todas las circunstancias” no debe dar a entender que el artículo 3 común, como disposición convencional, se aplica en todos los conflictos armados, es decir, en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. Esa interpretación sería incoherente con el ámbito de aplicación específico del artículo 3 común, que se limita a los conflictos armados sin carácter internacional. De todos modos, las normas fundamentales del derecho internacional establecidas en el artículo 3 común hoy se reconocen como la “vara mínima” que rige en todos los conflictos armados como un reflejo de las “consideraciones elementales de humanidad”<sup>323</sup>. Sin embargo, existen normas más detalladas de derecho convencional que prescriben, durante los conflictos armados internacionales, el trato humano de personas comparables, en su vulnerabilidad, a las protegidas por el artículo 3 común<sup>324</sup>.

## 2. LA PROHIBICIÓN DE LAS DISTINCIONES DE ÍNDOLE DESFAVORABLE

### a. Introducción

**565** Las personas protegidas por el artículo 3 común, párrafo (1), apartado (1), deben ser tratadas con humanidad en todas las circunstancias, “sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo”.

---

322 Para mayor exhaustividad, v. Bugnion, págs. 186 y 197, y Sassòli, Bouvier y Quintin, págs. 114-121.

323 CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, fondo, fallo, 1986, párrs. 218-219.

324 En relación con la obligación de tratar con humanidad a heridos, enfermos y náufragos, v. el art. 12(2) de los CG I y II; en relación con los prisioneros de guerra, v. el art. 13(1) del CG II; en relación con las personas civiles protegidas, v. el art. 27(1) del CG IV; y en relación con las personas que están en poder de una parte en conflicto y que no se benefician de un trato más favorable conforme a los Convenios de Ginebra o al PA I, v. el art. 75(1) del PA I.

**566** Esta obligación es reafirmada por el Protocolo adicional II<sup>325</sup>.

**567** La insistencia en que determinadas normas del derecho humanitario sean aplicadas sin distinción alguna puede rastrearse en los orígenes de la codificación del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales<sup>326</sup>. El artículo 4 del Convenio de Ginebra de 1929 sobre los prisioneros de guerra formuló las consideraciones que sustentan la prohibición de las distinciones de índole desfavorable en el derecho humanitario: “Las diferencias de trato entre los prisioneros solo están permitidas si se basan en el rango militar, el estado de salud física o mental, las capacidades profesionales o el sexo de quienes se beneficien de ellas.” Por consiguiente, las diferencias en el trato no están prohibidas *per se* y pueden ser requeridas por el derecho humanitario. La cláusula que figura en el artículo 3 común refleja este enfoque. Toda forma de diferenciación que no esté justificada por situaciones y necesidades sustancialmente diferentes está prohibida<sup>327</sup>.

### *b. Distinción de índole desfavorable*

**568** El artículo 3 común requiere tratar con humanidad “sin distinción alguna de índole desfavorable”. Esta frase refuerza el carácter absoluto de la obligación de tratar con humanidad conforme al artículo 3 común.

---

<sup>325</sup> El art. 2(1) del PA II extiende la prohibición de las distinciones de índole desfavorable a la aplicación del Protocolo en su conjunto. Con respecto al trato humano “sin distinción alguna de índole desfavorable” de las personas que no participan o que hayan dejado de participar directamente en las hostilidades, v. el art. 4(1) del PA II. Para mayor exhaustividad, v. los comentarios de los arts. 2 y 4 del PA II.

<sup>326</sup> V. Convenio de Ginebra (1864), art. 6; Convenio de Ginebra (1906), art. 1; Convenio de La Haya (X) (1907), art. 1; y Convenio de Ginebra sobre los heridos y los enfermos (1929), art. 1. Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 12, sección F.1.c.

<sup>327</sup> En el caso de los conflictos armados internacionales, la prohibición de las distinciones de índole desfavorable está establecida para los heridos, los enfermos y los náufragos en el art. 12 de los CG I y II y en el art. 9 del PA I; para los prisioneros de guerra, en el art. 16 del CG III; para la totalidad de las poblaciones de los países en conflicto, en el art. 13 del CG IV; para las personas protegidas, en el art. 27 del CG IV; y para las personas en poder de una parte en conflicto y que no se beneficien de un trato más favorable, en los Convenios de Ginebra o en el Protocolo adicional I; en el art. 75 de ese Protocolo.

**569** El artículo 3 común enumera “la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna” como criterios prohibidos para hacer una distinción de índole desfavorable entre las personas protegidas. Tal como deja en claro la adición de la frase final “o cualquier otro criterio análogo”, esta lista no es exhaustiva, sino meramente ilustrativa. Por lo tanto, también está prohibida toda distinción de índole desfavorable basada en otros criterios, como la edad, el estado de salud, el nivel de educación o las conexiones familiares de una persona protegida por el artículo 3 común.

**570** En el artículo 2(1) del Protocolo adicional II, se agregaron explícitamente otros criterios prohibidos para hacer distinciones de índole desfavorable: idioma, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social y, una vez más, la frase final “o cualquier otro criterio análogo”<sup>328</sup>. Estos criterios también serían “otros criterios análogos” prohibidos por el artículo 3 común.

**571** A diferencia de otras disposiciones del derecho humanitario<sup>329</sup>, el artículo 3 común no enumera la “nacionalidad” como criterio prohibido<sup>330</sup>. Esto podría verse tan solo como un reflejo de la consideración de que, en los conflictos armados no internacionales, la cuestión de la nacionalidad se plantea con menor frecuencia que en los conflictos armados internacionales. Pero esto no es necesariamente así; personas de diferentes nacionalidades pueden participar en conflictos armados no internacionales o estar afectadas por estos. Sin dejar de reconocer esta cuestión, el grupo de trabajo que preparó el proyecto del texto final del artículo 3 común en la Conferencia Diplomática de 1949 decidió de todos modos no incluir la nacionalidad

---

328 V. PA II, art. 2(1). Estos criterios son muy similares a los que figuran en el art. 2(1) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Para una explicación de estos criterios, v., por ej., Nowak, págs. 47-57. En relación con los criterios prohibidos para hacer distinciones de índole desfavorable, v. CG I y II, art. 12; CG III, art. 16; CG IV, art. 27(3); y PA I, arts. 9(1) y 75(1).

329 En relación con los conflictos armados internacionales, v. CG I y II, art. 12, y CG III, art. 16.

330 El art. 2(1) del PA II, al igual que los arts. 9(1) y 75(1) del PA I y el art. 2(1) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 se refiere al “origen nacional”, por lo que introduce un concepto relacionado con la nacionalidad, aunque no la nacionalidad como tal; v., por ej., Sivakumaran, 2012, pág. 259. Sin embargo, en el contexto del Pacto Internacional, se ha interpretado que el criterio de origen nacional se superpone con los de raza, color y origen étnico, y no como una referencia a la nacionalidad como tal, por lo que la nacionalidad cae bajo “cualquier otra condición social”; para una reseña del debate, v., por ej., Nowak, págs. 54-55, con más referencias.

como criterio, dado que podría ser perfectamente lícito para un Gobierno tratar a los insurgentes que sean nacionales suyos de una forma diferente a los extranjeros que participan en una guerra civil. Estos últimos podrían ser vistos como culpables de una infracción más grave que los nacionales de que se trate o, inversamente, podrían ser tratados con menor severidad o directamente ser deportados<sup>331</sup>.

**572** El hecho de no incluir la “nacionalidad” en la lista posiblemente tome en consideración el derecho de los Estados a imponer sanciones conforme al derecho nacional a las personas que participan en un conflicto armado no internacional. Sin embargo, ello no incide en la obligación que establece el artículo 3 común de tratar con humanidad sin distinción alguna de índole desfavorable. El artículo 3 común es de carácter estrictamente humanitario. No limita el derecho de un Estado a suprimir un conflicto armado no internacional o a penalizar la participación en un conflicto de esa naturaleza. Se centra exclusivamente en garantizar que cada persona que no participe o que haya dejado de participar en las hostilidades sea tratada con humanidad. En la evaluación judicial interna de un conflicto armado no internacional, la nacionalidad puede verse como una circunstancia agravante o atenuante, pero no se puede considerar que afecte de algún modo la obligación de trato humano que establece el derecho humanitario. Someter a extranjeros que participan en un conflicto armado no internacional a un trato inhumano es incompatible con el artículo 3 común<sup>332</sup>. Si bien, por las razones antes expuestas, la

---

331 V. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 94.

332 Se aplican consideraciones similares al criterio de “opiniones políticas o de otra índole” explícitamente mencionado en el art. 2(1) del PA II como un criterio prohibido para hacer distinciones de índole desfavorable y que puede incluirse en la prohibición establecida en el artículo 3 común de las distinciones de índole desfavorable basadas en “otros criterios análogos”. Las “opiniones políticas o de otra índole” de una persona protegida por el artículo 3 común, que pueden llevarla, por ejemplo, a participar directamente en un conflicto armado no internacional o a apoyar a alguna de las partes en conflicto, pueden tener consecuencias en el derecho interno. Sin embargo, ello no tiene ninguna relevancia para la obligación absoluta de las partes en conflicto, conforme al artículo 3 común, de tratar a esas personas con humanidad. A diferencia de la nacionalidad, la cuestión de las opiniones políticas o de otra índole no fue debatida específicamente en la Conferencia Diplomática de 1949.

Conferencia Diplomática de 1949 no incluyó la nacionalidad en la lista de criterios prohibidos, se debe entender que cabe en el concepto de “otros criterios análogos” que figura en el artículo 3 común<sup>333</sup>.

**573** Para ser totalmente eficaz, debe interpretarse que la prohibición de las distinciones de índole desfavorable que figura en el artículo 3 común abarca no solo las medidas dirigidas a ciertas personas protegidas por el artículo 3 común contra los tratos desfavorables, sino también las medidas neutrales que tienen el efecto de afectar adversamente a determinadas personas. En el caso de las personas que caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 común, no importa si son directamente seleccionadas para el trato inhumano o si su trato inhumano es una consecuencia indirecta de políticas generales<sup>334</sup>. Al adoptar políticas generales, una parte en un conflicto armado no internacional deberá tomar en consideración las posibles consecuencias de esas políticas en todas las personas protegidas por el artículo 3 común afectadas por ellas.

---

<sup>333</sup> Al no incluir la nacionalidad en la lista de criterios prohibidos, el artículo 3 común es similar al art. 27(3) del CG IV que prohíbe las distinciones de índole desfavorable contra las personas protegidas. Considerando que la aplicabilidad de algunas disposiciones del CG IV depende de hecho de la nacionalidad de la persona, la Conferencia Diplomática de 1949 omitió la nacionalidad de la lista de criterios que figura en el art. 27(3): “el término ‘nacionalidad’ fue omitido del artículo 25 [aprobado luego como artículo 27] porque el internamiento o las medidas que restringen la libertad personal fueron aplicadas a extranjeros enemigos precisamente sobre la base del criterio de la nacionalidad”; v. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-A, pág. 641. Sin embargo, como en el caso del artículo 3 común, la obligación absoluta de tratar con humanidad que figura en el art. 27(1) del CG IV existe independientemente de estas consideraciones. Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 27 del CG IV.

<sup>334</sup> Un ejemplo de ello sería la distribución de raciones de alimentos estandarizadas a las personas privadas de libertad. Aunque sean del valor nutricional adecuado, esas raciones podrían ser inadecuadas o culturalmente intolerables para algunas personas.

### c. *Distinción de índole no desfavorable*

**574** Como se señaló más arriba, el artículo 3 común, al igual que otras disposiciones del derecho humanitario, no prohíbe las distinciones en sí.

**575** No prohíbe las distinciones de índole no desfavorable, es decir, las distinciones justificadas por las situaciones y las necesidades sustancialmente diferentes de las personas protegidas por el artículo 3 común.

**576** Esto permite un trato diferenciado que, de hecho, sirva a los fines de brindar un trato humano a la persona de que se trate. Si bien la obligación jurídica de tratar con humanidad que establece el artículo 3 común es absoluta, las formas de lograr ese trato deben adaptarse a las necesidades específicas de la persona<sup>335</sup>. El trato humano conferido a una persona no necesariamente será suficiente para constituir trato humano para otra persona. Por lo tanto, el artículo 3 común no prohíbe el trato diferenciado que realmente sea necesario para conseguir un trato humano<sup>336</sup>.

**577** El artículo 3 común no menciona específicamente los posibles criterios que justificarían un trato diferencial entre las personas a las que brinda protección. Sin embargo, esos criterios pueden hallarse en muchas otras disposiciones del derecho humanitario. En particular, el estado de salud, la edad y el sexo de una persona suelen ser reconocidos para justificar, y de hecho requerir, un trato diferencial<sup>337</sup>.

---

**335** En el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, esto suele llamarse igualdad sustancial y no formal. En *Thlimmenos v. Greece*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo, con respecto al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que “[e]l derecho a no ser discriminado contra el disfrute de los derechos garantizados por la Convención también resulta infringido cuando los Estados, sin un objeto ni una justificación razonable, no tratan de forma diferente a las personas cuyas situaciones son significativamente diferentes” (fallo, 2000, párr. 44).

**336** V., por ej., Pejic, 2001, pág. 186.

**337** V., para los conflictos armados no internacionales, el art. 4(3) del PA II “Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten”. Para los conflictos armados internacionales, v., por ej., CG I y II, art. 12(3)-(4); CG III, art. 16; CG IV, art. 27(2)-(3); y PA I, arts. 76 y 77-78. V. también las disposiciones que regulan el pronunciamiento y la ejecución de la pena de muerte sobre personas menores de 18 años de edad, las embarazadas y las madres de niños de corta edad: PA II, art. 6(4); CG IV, art. 68(4); y PA I, arts. 77(5) y 76(3). V. también Rona y McGuire, pág. 195.

A fin de garantizar la supervivencia de una persona, por ejemplo, la gravedad de sus heridas o enfermedad puede exigir dar prioridad a la atención de esa persona sobre la de otras que tengan heridas o enfermedades menos graves<sup>338</sup>. La edad de una persona privada de libertad puede exigir que se le dé el trato humano adecuado, por ejemplo, en lo relativo al tipo de alimentos o de atención médica provistos; las mujeres embarazadas o lactantes en lugares de detención también pueden necesitar alimentación o atención médica adaptadas o ajustes en la organización y el equipamiento de su alojamiento.

**578** Los criterios para una distinción no desfavorable también podrían hallarse en una evaluación de cómo el contexto social, económico, cultural o político de una sociedad forma roles o patrones con estatus, necesidades y capacidades específicos que difieren entre hombres y mujeres de diferentes edades y orígenes. La consideración de esos criterios no es una violación de la prohibición de hacer distinciones de índole desfavorable, sino que más bien contribuye a la realización del trato humano de todas las personas protegidas por el artículo 3 común<sup>339</sup>.

**579** Una parte en un conflicto armado no internacional siempre puede elegir conferir un trato por encima del estándar del trato humano. Sin embargo, no existe ninguna obligación jurídica al respecto en el artículo 3 común.

**580** En todo caso, el trato por encima del estándar del trato humano que se confiera a determinadas personas en ninguna circunstancia debe dar lugar a un trato menos humano de las demás personas protegidas por el artículo 3 común, párrafo (1), apartado (1).

---

<sup>338</sup> Para más información, v. sección I.6.

<sup>339</sup> Al permitir y de hecho requerir una distinción que no sea desfavorable sino favorable para las personas de que se trate, de modo tal que se beneficien plenamente de un trato humano, el derecho humanitario se asemeja al derecho de los derechos humanos en su enfoque de la no discriminación; v., por ej., ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación general n.º18: No discriminación*, 10 de noviembre de 1989, párrs. 7-8 y 13.





## G. APARTADO (1): ACTOS PROHIBIDOS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 3 COMÚN

### 1. INTRODUCCIÓN

**581** Este apartado comienza con la siguiente oración: “A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas”(…) y luego se enumera una serie de actos prohibidos. Las primeras palabras de esta oración “a este respecto” reafirman que las prohibiciones establecidas en este apartado apuntan a garantizar el trato humano de todas las personas que caen en su ámbito de protección.

**582** Además, las palabras “are and shall remain prohibited”, que se emplean en el texto auténtico inglés, reafirman que las prohibiciones son absolutas y no admiten excepciones. La versión española optó por el presente “se prohíben”.

**583** La frase “en cualquier tiempo y lugar” se refiere al ámbito de aplicación geográfico y temporal del artículo 3 común<sup>340</sup>. La referencia a “las personas arriba mencionadas” remite a las personas protegidas por este apartado<sup>341</sup>.

### 2. ATENTADOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL, ESPECIALMENTE EL HOMICIDIO EN TODAS SUS FORMAS, LAS MUTILACIONES, LOS TRATOS CRUELES, LA TORTURA Y LOS SUPPLICIOS

#### *a. Atentados contra la vida y la integridad corporal*

##### **i. Introducción**

**584** Los atentados contra la vida y la integridad corporal encabezan la lista de actos específicamente prohibidos por el artículo 3 común. La posición destacada que se da a esta prohibición subraya la importancia fundamental que tiene para garantizar el trato humano.

---

<sup>340</sup> Para mayor exhaustividad, v. secciones C.3 y C.4.

<sup>341</sup> Para mayor exhaustividad, v. sección E.

**585** El artículo 3 común protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades<sup>342</sup>. Por lo tanto, es evidente por qué el artículo prohíbe los atentados contra su vida e integridad corporal. Esos atentados no tienen ninguna relevancia para las operaciones o la capacidad militar del enemigo. No existe ninguna necesidad militar de atentar contra la vida de esas personas<sup>343</sup>. El hecho de causar innecesariamente la muerte a una persona o de atentar contra su integridad física o mental es irreconciliable con la obligación de dar un trato humano que establece el artículo 3 común.

**586** La prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal está reafirmada en el artículo 4(2)(a) del Protocolo adicional II.

**587** El artículo 3 común ilustra la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal con una lista de actos prohibidos donde se enumeran “especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios” [Cursiva añadida.]. Esto significa que los actos omitidos de la lista de ejemplos específicos pueden caer dentro de la prohibición más general. Por ejemplo, un acto que no llegue a ser tortura ni trato cruel puede estar prohibido de todos modos como atentado contra la vida.

---

<sup>342</sup> Para mayor exhaustividad, v. sección E.

<sup>343</sup> Tal como se formula sucintamente en el preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868, aunque en el contexto de conflictos armados internacionales, “...la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo; (...) a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres”.

**588** Los tratados de derechos humanos internacionales y regionales, dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación, exigen el respeto del derecho a la vida<sup>344</sup> y del derecho a la integridad corporal<sup>345</sup>. En general, estos instrumentos excluyen esos derechos de la suspensión en situación de emergencia pública<sup>346</sup>.

## ii. Valores protegidos: la vida y la integridad corporal

**589** El primer valor protegido por la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal es la vida humana. Esta prohibición subraya la importancia universal del respeto por la vida de las personas que se benefician de la protección del artículo 3 común. Cuando no se respeta su vida, el fin último de la disposición, el trato humano, es imposible de alcanzar<sup>347</sup>.

**590** El segundo valor protegido por esta prohibición es la “persona” humana. En el texto en inglés, el artículo 3 común no indica si abarca solo la integridad física de la persona o también su integridad mental. En el texto en francés, también auténtico, la redacción es más específica (“atteintes portées à la vie et à l’intégrité corporelle”), al igual que en español (“atentados contra la vida y la integridad corporal”), lo que sugiere que la integridad mental de la persona

---

344 V., por ejemplo, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 6; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 4; y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 4.

345 Algunos instrumentos de derechos humanos protegen explícitamente el derecho a la integridad de la persona, mientras que otros instrumentos solo lo abordan mediante prohibiciones más específicas de la tortura o de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. V. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 7; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 5; y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 4.

346 V., por ej., Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 4; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 5; y Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 27. Cabe observar, sin embargo, que conforme al art. 15(2) del Convenio Europeo, las suspensiones del derecho a la vida no están prohibidas “para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra”; compárese también, en este contexto, con el art. 2(2)(c) del Convenio Europeo. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, no contiene ninguna cláusula de suspensión.

347 V. Nowak, pág. 121, con más referencias, donde se destaca en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos: “El derecho a la vida ha sido correctamente caracterizado como el derecho humano supremo, (...) dado que sin la garantía efectiva de ese derecho, todos los demás derechos del ser humano quedarían vaciados de sentido”.

está excluida del ámbito de protección de la prohibición de los atentados contra la persona en el artículo 3 común. El artículo 4(2) del Protocolo adicional prohíbe expresamente “los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas” [Cursiva añadida.]. Por un lado, esto puede interpretarse como una clarificación de que los atentados contra la persona incluyen los atentados contra la integridad mental de una persona o, por otro lado, se puede interpretar que se trata de una indicación de que los atentados contra la integridad mental fueron excluidos deliberadamente de la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal establecida por el artículo 3 común<sup>348</sup>. Sin embargo, hoy en día se reconoce que la prohibición de la tortura y de los tratos crueles que contiene el artículo 3 común –ejemplos específicos de la prohibición de los atentados contra la persona– abarca los actos que atentan contra la integridad mental de la persona<sup>349</sup>.

### **iii. Comportamiento prohibido: atentados contra la vida y la integridad corporal**

**591** El artículo 3 común prohíbe los “atentados” contra la vida y la integridad corporal de las personas protegidas por él; no define el significado de “atentados”.

**592** La prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal abarca, evidentemente, los atentados que provocan la muerte o heridas a una persona protegida por el artículo 3 común. Sin embargo, la transgresión de la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal no depende de si se llega a producir la muerte de la víctima. En muchos casos, un atentado contra la vida que no conduce a la muerte de la víctima dará lugar a, por lo menos, algún tipo de lesión física o mental, por lo que ese acto cabe en la prohibición de los atentados contra la vida.

**593** Considerando el propósito de la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal –garantizar el trato humano de las personas que no participan o que han dejado de participar directamente en las hostilidades–, se ha de interpretar que la prohibición también abarca las omisiones en ciertas circunstancias. Por ejemplo, dejar que las personas bajo la responsabilidad de uno mueran de inanición por no proporcionarles alimentos o dejar que esas personas mueran o continúen sufriendo a raíz de heridas o enfermedades por no darles atención médica cuando se tiene la posibilidad de hacerlo son actos irreconciliables con el requisito del trato humano<sup>350</sup>.

---

348 V. Sandoz, Swinarski y Zimmermann, párr. 4532, así como Zimmermann y Geiss, párr. 888.

349 Para mayor exhaustividad, v. secciones G.2.d y G.2.e.

350 Acerca de la cuestión de la omisión, v. el comentario del art. 50, párr. 2954.

**594** Como queda claro a partir del reconocimiento de las “ejecuciones” en el inciso d), apartado 1 del párrafo 1, el artículo 3 común no prohíbe la pena de muerte contra las personas que caen dentro de su ámbito de protección. Sin embargo, exige que se dicte una condena y que la ejecución se lleve a cabo solo después de un juicio “ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”<sup>351</sup>. Una condena de muerte o una ejecución que no respeten estos requisitos estrictos no solo constituirían una violación del inciso d) del apartado (1), sino también un atentado ilícito contra la vida en el sentido del inciso a) del apartado<sup>352</sup>.

**595** El artículo 3 común no contiene una prohibición específica de las penas corporales. Sin embargo, se incluye una prohibición explícita en el artículo 4(2)(a) del Protocolo adicional II, que prohíbe “los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles, tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal” [Cursiva añadida.]. Esto puede interpretarse como una indicación de que las penas corporales requerían una prohibición explícita en el Protocolo adicional II y que no están prohibidos por el artículo 3 común<sup>353</sup>. Sin embargo, el artículo 3 común contiene la prohibición específica de los tratos crueles, categoría bajo la cual el artículo 4(2)(a) del Protocolo adicional II menciona las penas corporales como un ejemplo. Además, siempre que cumplan los requisitos específicos de, por ejemplo,

---

351 Para mayor exhaustividad, v. sección G.5.

352 Desde la perspectiva de los conflictos armados internacionales, v. Dörmann, 2003, págs. 40-41, donde se observa, con respecto al crimen de guerra de “homicidio intencional” previsto en el art. 8(2)(a)(i) del Estatuto de la CPI de 1998, que los siguientes comportamientos han sido considerados crímenes de guerra: “[E]l homicidio en ausencia de un proceso (equitativo) ... . La decisión y la ejecución ilícitas de una pena de muerte, es decir contrarias especialmente a los arts. 100-2, 107 del CG III con respecto a los prisioneros de guerra, y arts. 68, 71, 74, 75 del CG IV con respecto a los civiles..., también constituyen casos de homicidio intencional”.

353 La historia de la redacción del art. 4 del PA II podría respaldar esta conclusión: a diferencia de las otras partes del art. 4(2)(a) del Protocolo, la inclusión de la referencia a las penas corporales dio lugar a un debate en la Conferencia Diplomática de 1974-1977, en el que algunas delegaciones prefirieron una prohibición de “toda forma de lesión corporal”. Sostenían que las penas corporales incluirían el encarcelamiento y observaron que las penas corporales eran “un medio de castigo reconocido en muchas legislaciones nacionales”; v., en particular, *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974-1977*, vol. VIII, págs. 421-429, párrs. 5 y 12, y vol. X, págs. 49-50, párrs. 146-147, y págs. 103-104.

la mutilación o la tortura, las penas corporales también estarían prohibidas a través de las prohibiciones contenidas en el artículo 3 común<sup>354</sup>.

### *b. Homicidio*

**596** El primer ejemplo específico de “atentado contra la vida y la integridad corporal” que se menciona en el artículo 3 común es el “homicidio en todas sus formas”. La prohibición del homicidio está reafirmada en el artículo 4(2) (a) del Protocolo adicional II. También forma parte del derecho internacional consuetudinario<sup>355</sup>.

**597** Ni el artículo 3 común ni otras disposiciones del derecho humanitario definen el término “homicidio”. Se ha afirmado que “el homicidio es un crimen claramente comprendido y bien definido en la legislación nacional de cada Estado. Este acto prohibido no requiere ninguna otra explicación”<sup>356</sup>. Sin embargo, las nociones de homicidio varían en cada legislación nacional, por influencia de la tradición de derecho penal de cada país<sup>357</sup>. Por lo tanto, conviene observar que el artículo 3 común prohíbe el homicidio “en todas sus formas”. Esto indica que la prohibición del homicidio en el artículo 3 común no debe interpretarse con un sentido estrecho.

**598** Las violaciones del artículo 3 común, incluido el “homicidio” de personas que no participan o que han dejado de participar directamente en las hostilidades, han sido sistemáticamente perseguidas conforme al artículo 3 del Estatuto del TPIY de 1993 (violaciones de las leyes y las costumbres de la guerra)<sup>358</sup>. Según el TPIY, “no se puede trazar una línea entre el “homicidio intencional” y el “homicidio” que afecte su contenido”<sup>359</sup>; la única diferencia radica en que “conforme al artículo 3 del Estatuto, el delito no tiene que haber sido dirigido contra una “persona protegida”, sino contra una persona “que no esté participando directamente en

354 En el contexto de los conflictos armados internacionales, una prohibición explícita de las penas corporales de las personas protegidas ya se había incluido en el art. 46 del Convenio de Ginebra de 1929 sobre los prisioneros de guerra, y luego en el art. 87 del CG III, en el art. 32 del CG IV y en el art. 75(2)(a)(iii) del PA I.

355 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 89.

356 V. Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), pág. 48, donde se comenta sobre el “homicidio” como un crimen contra la humanidad.

357 Para una reseña de algunos sistemas, v., por ej., Horder.

358 V., por ej., TPIY, *Mucić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 316.

359 *Ibid.* párr. 422.

las hostilidades”<sup>360</sup>. Este enfoque fue reafirmado en los Elementos de los Crímenes de la CPI, de 2001, el que, para los crímenes de guerra de “homicidio intencional” en conflictos armados no internacionales y “homicidio” en conflictos armados no internacionales, adoptó elementos prácticamente idénticos, salvo en lo que respecta a las víctimas de los crímenes.<sup>361</sup> Por consiguiente, la jurisprudencia internacional sobre “homicidio intencional” puede consultarse en relación con el significado de “homicidio” y viceversa<sup>362</sup>.

**599** Sobre la base de lo anterior, es posible delimitar los siguientes elementos de la prohibición del “homicidio” conforme al artículo 3 común:

- está prohibido matar o causar la muerte de una persona protegida por el artículo 3 común (1)<sup>363</sup>;
- está prohibido como “homicidio” matar o causar la muerte deliberadamente de esas personas, así como matar o causarles la muerte en forma culposa. La muerte accidental o como consecuencia imprevista de una negligencia o una omisión de una persona no cae en la prohibición del “homicidio”<sup>364</sup>.

**360** TPIY, *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 233.

**361** V. Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(a)(i) y (c)(i).

**362** Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 50, sección D.1.

**363** V., por ej., TPIY, *Mucić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 424; *Jelisić case*, fallo en primera instancia, 1999, párr. 35; *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 153; *Kordić and Čerkez case*, fallo en apelación, 2004, párrs. 36-37; *Blagojević and Jokić case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 556; *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 241; *Krajišnik case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 715; *Mrksić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 486; *Dragomir Milošević case*, fallo en apelación, 2009, párr. 108; *Milutinović* fallo en primera instancia, 2009, párrs. 137-138; *Gotovina case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 1725; *Đorđević case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 1708; *Perišić case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 102; TPIR, *Ndindiliyimana case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 2143; *Nyiramasuhuko case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 6165; *Nizeyimana case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 1552; TESL, *Brima case*, fallo en primera instancia, 2007, párrs. 688-690; *Fofana and Kondewa case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 146; *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 142; *Taylor case*, fallo en primera instancia, 2012, párrs. 412-413; y CPI, *Bemba case*, fallo en primera instancia, 2016, párrs. 91-97. Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 50, sección D.1.

**364** V., por ej., TPIY, *Mucić case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 437 y 439; *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 153; *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 229; *Naletilić and Martinović case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 248; *Stakić case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 587; *Brdanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 386; y *Kordić and Čerkez case*, fallo en apelación, 2004, párr. 36. V también Dörmann, 2016, págs. 329-331, donde se comenta el art. 8(2)(a)(i) del Estatuto de la CPI de 1998. Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 50, sección D.1.b.



En muchas situaciones, como la privación de libertad, las personas protegidas por el artículo 3 común están bajo el control total de una parte en conflicto y, por lo tanto, dependen de ella para sobrevivir. La creación o la tolerancia de condiciones insalubres de detención podrían considerarse entonces actos culposos o intencionales u omisiones<sup>365</sup>;

- ambos actos y omisiones están prohibidos<sup>366</sup>. Por ejemplo, el hecho de no proporcionar alimentos y atención médica suficientes a las personas protegidas por el artículo 3 común que están bajo la responsabilidad de uno cuando se tiene la posibilidad de hacerlo, y se conduce así a su muerte por inanición, también puede caer en la prohibición del homicidio conforme al artículo 3 común<sup>367</sup>.

---

365 V. Dörmann, 2003, pág. 43, donde se hace referencia, *inter alia*, a Reino Unido, Tribunal Militar en Brunswick, *Gerike case* (también conocido como *The Velpke Children's Home case*), 1946, págs. 76-81, en el que varios acusados de haber cometido un crimen de guerra fueron hallados culpables “en la medida en que en Velpke, Alemania, entre los meses de mayo y diciembre de 1944, en violación de las leyes y costumbres de la guerra, estuvieron involucrados en el homicidio por negligencia deliberada de un número de niños de origen polaco”.

366 Esto es independiente de la cuestión de si la violación de la prohibición dará lugar a responsabilidad penal internacional. La responsabilidad penal internacional por omisión ha sido reconocida por cortes y tribunales internacionales. V., por ej., TPIY, *Mucić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 424; *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 153; *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 229; *Blagojević and Jokić case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 556; *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 241; *Krajišnik case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 715; *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 486; *Dragomir Milošević case*, fallo en apelación, 2009, párr. 108; *Milutinović case*, fallo en primera instancia, 2009, párrs. 137-138; *Đorđević case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 1708; *Gotovina case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 1725; *Perišić case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 102; TPIR, *Nyiramasuhuko case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 6165; *Nizeyimana case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 1552; TESL, *Brima case*, fallo en primera instancia, 2007, párrs. 688-690; *Fofana and Kondewa case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 146; *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 142; y *Taylor case*, fallo en primera instancia, 2012, párrs. 412-413.

367 V. el comentario sobre la infracción grave de “homicidio intencional” en el art. 50, sección D.1. Las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya hallaron a un acusado culpable de la infracción grave de homicidio intencional porque un grupo de detenidos murió “como resultado de omisiones que con toda probabilidad condujeron a su muerte y como consecuencia de las condiciones de detención que les fueron impuestas”; v. *Kaing case*, fallo en primera instancia, 2010, párr. 437.

**600** Sin embargo, el concepto de homicidio en el artículo 3 común no se aplica a las muertes causadas durante las hostilidades<sup>368</sup>. La licitud de estas muertes debe determinarse sobre la base de las normas específicas sobre la conducción de las hostilidades, en particular las normas sobre distinción, proporcionalidad y precauciones.

### *c. Mutilaciones*

**601** El segundo ejemplo específico de “atentado contra la vida y la integridad corporal” es la mutilación. Esta prohibición es una norma de larga data del derecho humanitario<sup>369</sup>. También está incluida en otras disposiciones de los Convenios de Ginebra III y IV y reafirmada en los Protocolos adicionales de 1977<sup>370</sup>. Esta prohibición ahora forma parte del derecho internacional consuetudinario<sup>371</sup>. No existe ninguna indicación en el derecho o derivada de la práctica acerca de que el término “mutilación” tenga un significado diferente en los conflictos armados internacionales o en los no internacionales<sup>372</sup>.

#### **i. Definición de mutilación**

**602** Ni en los Convenios de Ginebra ni en los Protocolos adicionales se incluye una definición específica de “mutilación”. Los Convenios y los Protocolos emplean los términos “mutilación física” y “mutilación”<sup>373</sup>. En su sentido corriente, “mutilar” significa “herir o dañar gravemente, por lo general hasta el punto de desfigurar”<sup>374</sup>. Es decir que el término mutilación remite a un acto de violencia física. Por lo tanto, se debe entender que los términos “mutilación” y “mutilación física” son sinónimos<sup>375</sup>.

<sup>368</sup> Para mayor exhaustividad, v. sección E.4. V. también Knuckey, págs. 452-456.

<sup>369</sup> V., por ej., Código de Lieber (1863), arts. 16 y 44 (donde se prohíben las amputaciones) y 56 (donde se prohíben las mutilaciones).

<sup>370</sup> V. CG III, art. 13(1); CG, art. 32; PA I, arts. 11(2)(a) y 75(2)(a)(iv); y PA II, art. 4(2)(a).

<sup>371</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 92.

<sup>372</sup> V. Dörmann, 2003, págs. 231 y 484.

<sup>373</sup> Los Convenios y los Protocolos emplean el término “mutilación”. Las excepciones son el art. 13(1) del Convenio de Ginebra II y el art. 11(2)(a) del PA I, donde se utiliza el término “mutilaciones físicas”.

<sup>374</sup> *Concise Oxford English Dictionary*, décima segunda edición, Oxford University Press, 2011, pág. 945.

<sup>375</sup> V. Dörmann, 2012, págs. 230 y 397, y Zimmermann, págs. 489-490.

**603** Los Elementos de los Crímenes de la CPI establecen que la mutilación consiste “en particular, en desfigurar o incapacitar permanentemente a una persona o haberle extirpado un órgano o amputado un miembro”<sup>376</sup>. Se sigue esta definición en la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>377</sup>. Sin embargo, a la fecha, no parece existir jurisprudencia nacional o internacional para seguir interpretando los términos “mutilación”, “desfiguración permanente”, “incapacitación” o “extirpación” como se los emplea en los Elementos de los Crímenes.

**604** El término “permanentemente” empleado en los Elementos de los Crímenes para calificar los actos de desfigurar o incapacitar debe entenderse en su sentido corriente, es decir “que dura o permanece intacto indefinidamente, o que ese es su propósito, que no es temporal”<sup>378</sup>. Esto implica que no sería necesario que la herida durara para siempre<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(b)(x)-1, (c)(i)-2 y (e)(xi)-1. Para un comentario sobre estos elementos, v. Dörmann, 2012, págs. 229-233, 396-397 y 482-484. V. también La Haya, 2001, págs. 164-166 y 208-209.

<sup>377</sup> V. TESL, *Brima case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 724, y *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 180, y fallo en apelación, 2009, párr. 1198.

<sup>378</sup> *Concise Oxford English Dictionary*, décima segunda edición, Oxford University Press, 2011, pág. 1068.

<sup>379</sup> V. también Estados Unidos, *Manual for Military Commissions*, 2010, parte IV, párr. 5(14)(c), donde se considera que el crimen de mutilación es completo “aunque exista una posibilidad de que la víctima eventualmente se recupere del uso del miembro u órgano, o de que la desfiguración pueda curarse con cirugía”.

**605** El término “desfigurar” que se emplea en los Elementos de los Crímenes también debería interpretarse en su sentido corriente, es decir, arruinar la apariencia de una persona<sup>380</sup>. Para “arruinar la apariencia” se requiere cierto grado de severidad<sup>381</sup>.

**606** Las prácticas documentadas en los conflictos armados contemporáneos ilustran conductas que califican como mutilaciones. Incluyen actos como amputación de manos o pies,<sup>382</sup> mutilación de otras partes del cuerpo<sup>383</sup>, mutilación de órganos sexuales<sup>384</sup> o cortes en el cuerpo de una persona<sup>385</sup>. Otros ejemplos son extirpar ojos, arrancar dientes, herir órganos internos o arrojar ácido en el rostro para dejarle cicatrices<sup>386</sup>.

---

**380** *Concise Oxford English Dictionary*, décima segunda edición, Oxford University Press, 2011, pág. 410 (“desfigurar” se define como “arruinar la apariencia de”).

**381** V. TESL, *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 179 (“la mutilación es una forma particularmente atroz de violencia prohibida”); TPIR, *Kayishema and Ruzindana case*, fallo en primera instancia, 1999, párr. 108 (donde la mutilación se califica como un “daño corporal grave”), y fallo en apelación, 2001, párr. 361 (algunos tipos de lesiones son más graves que otros, por ejemplo, la mutilación); *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 706-707 (la mutilación inflige “daño corporal grave”); y Canadá, Corte Suprema, División Penal, Provincia de Québec, *Munyaneza case*, fallo, 2009, párr. 88 (la mutilación se reconoce como un acto que “causa daños físicos severos”). V. también Estados Unidos, *Manual for Military Commissions*, 2010, Part IV, párr. 5(14)(c):

No es necesario que una desfiguración mutile un miembro entero para caer dentro del artículo, ni que sea de un tipo particular, pero sí debe ser de tal índole que afee el semblante de la víctima en forma perceptible y material. La desfiguración, la disminución del vigor, la destrucción o la incapacitación de un miembro u órganos debe ser una lesión grave de un carácter sustancialmente permanente.

**382** V., por ej., TESL, *Koroma case*, acusación, 2003, párr. 31.

**383** V., por ej., TPIR, *Kajelijeli case*, fallo en primera instancia, 2003, párrs. 935-936, y Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, septiembre de 1996.

**384** V., por ej., TPIR, *Bagosora case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 2266; *Kajelijeli case*, fallo en primera instancia, 2003, párrs. 935-936; y TPIY, *Tadić case*, fallo en primera instancia, 1997, párrs. 45 y 237; Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Informe de la misión a Colombia de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias (1-7 de noviembre de 2001)*, Doc. ONU E/CN.4/2002/83/Add.3, párr. 42; y Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, septiembre de 1996.

**385** V., por ej., TESL, *Koroma case*, acusación, 2003, párr. 31.

**386** V. Estados Unidos, *Manual for Military Commissions*, 2010, parte IV, párr. 5(14)(c).

## ii. Excepción

**607** La mutilación puede justificarse solo por factores estrictamente médicos, en particular si podría contribuir a mejorar el estado de salud de la persona de que se trate; por ejemplo, la amputación de un miembro gangrenoso. Si bien esta excepción no está explícitamente mencionada en el artículo 3 común, toda otra interpretación sería incoherente con el objeto del artículo, ya que entraría en conflicto con la obligación atender a los heridos y los enfermos. Esta conclusión está respaldada por la referencia al Convenio de Ginebra III y al Protocolo adicional I, que explícitamente mencionan esta excepción<sup>387</sup>.

**608** Los Elementos de los Crímenes de la CPI, en relación con los elementos adoptados para el crimen de guerra de mutilación, también establecen una excepción cuando la conducta “haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona o personas [o] se haya llevado a cabo en su interés”<sup>388</sup>. La excepción está confirmada en la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>389</sup>.

**609** Esta es la única excepción. El consentimiento nunca puede justificar un acto de mutilación. Esto está afirmado explícitamente en el artículo 11(2) del Protocolo adicional I. También está reflejado en los Elementos de los Crímenes de la CPI, que especifican que el consentimiento de la víctima no es una defensa<sup>390</sup>.

**610** Además, las personas protegidas por el artículo 3 común no pueden ser sometidas a mutilación como parte de un castigo en virtud del derecho interno, ya que esa excepción no está prevista en el artículo 3 común ni en el derecho humanitario en general.

---

<sup>387</sup> V. CG III, art. 13(1), y PA I, art. 11(1)-(2).

<sup>388</sup> CPI, Elementos de los crímenes (2002), art. 8(2)(c)(i)-2, Elemento 2. V. también La Haye, 2001, pág. 209.

<sup>389</sup> V. TESL, *Brima case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 725, y *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 181.

<sup>390</sup> V. CPI, Elementos de los Crímenes (2002), nota 46 relativa al art. 8(2)(b)(x)-1, Elemento 3, y nota 69 relativa al art. 8(2)(e)(xi)-1, Elemento 3. La omisión de esta nota en relación con el art. 8(2)(c)(i) podría ser un “error de edición”, según Dörmann, 2003, pág. 396.

### iii. Mutilación de cadáveres

**611** La prohibición de las mutilaciones que contiene el artículo 3 común se aplica solo a las personas vivas y no se extiende a la mutilación de cadáveres. La protección contra la desfiguración *permanente* o la pérdida de un órgano o apéndice necesariamente supone que la víctima es un ser humano vivo cuando se comete el acto prohibido. Por lo tanto, el objeto de la prohibición de la mutilación contenida en el artículo 3 común no se refiere a las personas muertas. Sin embargo, la mutilación de cadáveres está prohibida conforme al artículo 3 común ya que constituye un atentado contra la dignidad personal<sup>391</sup>. Es también una prohibición establecida por el derecho internacional consuetudinario<sup>392</sup>.

### d. Tratos crueles

#### i. Introducción

**612** El tercer ejemplo específico de atentado contra la vida y la integridad corporal prohibido es el de los tratos crueles. Esta prohibición es una norma de larga data del derecho humanitario<sup>393</sup>. Está incluida también en los Convenios de Ginebra III y IV y reafirmada en el Protocolo adicional II<sup>394</sup>. La prohibición ahora forma parte del derecho internacional consuetudinario<sup>395</sup>. Varios tratados de derechos humanos regionales e internacionales, en sus ámbitos de aplicación respectivos, incluyen la prohibición de los tratos crueles entre las prohibiciones que no pueden suspenderse<sup>396</sup>.

**613** Además de los tratos crueles, el artículo 3 común prohíbe la tortura y los atentados contra la dignidad personal; a veces, se hace referencia a todos esos términos con la expresión de “malos tratos”. Estas prohibiciones son similares, aunque no idénticas, y se abordan por separado a continuación en el orden en que figuran en el artículo 3 común.

---

391 V. sección G.4.

392 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 113.

393 V., por ej., Código de Lieber (1863), art. 16; v. también los arts. 11 y 56.

394 V. CG III, art. 87; CG IV, art. 118; y PA II, art. 4(2)(a).

395 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 90.

396 V. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 7; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 5(2); y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 5.

**614** Sin embargo, la distinción entre los términos “tratos crueles”, “tortura” y “atentados” no tiene consecuencias en lo que respecta a su prohibición, y el orden en que figuran en el texto de ninguna manera sugiere una escala ascendente o descendente del efecto prohibitorio. El artículo 3 común prohíbe absolutamente todas estas formas de malos tratos en todas las circunstancias en conflictos armados no internacionales<sup>397</sup>. Ningún motivo, así sea político, económico, cultural o religioso, puede justificar ninguna forma de trato prohibido; tampoco pueden justificarse esos tratos con el argumento de la seguridad nacional, incluidas la lucha contra el terrorismo y la insurgencia. El hecho de autorizar la tortura u otras formas de malos tratos con el justificativo de las circunstancias imperantes es contrario al carácter absoluto de las prohibiciones, diluye el efecto prohibitorio del artículo 3 común y aumenta el riesgo de violaciones ulteriores. En realidad, esa es una puerta proverbial que debe estar siempre cerrada: el uso de esas formas de malos tratos en cualquier circunstancia tiende a inducir la búsqueda de justificativos para adoptar una conducta prohibida, lo que vuelve casi inevitable la escalada de esas prácticas (el argumento llamado de “bola de nieve”). Asimismo, puede socavar el respeto del artículo 3 común por las partes en conflicto, ya que puede ser una señal para ellas de que esas prohibiciones son limitadas, cuando son absolutas conforme al artículo 3 común (v. también la frase “[a] este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas...”).

## ii. Definición de tratos crueles

**615** Los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales no definen los tratos crueles<sup>398</sup>.

---

<sup>397</sup> Análogamente, el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe categóricamente todas las formas de malos tratados; esta prohibición también se aplica en situaciones de emergencia, como las guerras o las amenazas de guerra. V. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 4; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 15; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 27; y Convención contra la tortura (1984), art. 2(2).

<sup>398</sup> Los instrumentos de derechos humanos no definen los tratos crueles, si bien se establece un nexo en dos instrumentos entre la prohibición de los tratos crueles y el respeto de la dignidad inherente a la persona humana. V. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 5(2) (“Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”), y la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (1981), art. 5 (“Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano.”).

**616** El TPIY concluyó que la prohibición de los tratos crueles que contiene el artículo 3 común “es un medio para un fin; el fin de garantizar que las personas que no participen directamente en las hostilidades sean tratadas con humanidad en todas las circunstancias”<sup>399</sup>. Por consiguiente, el TPIY definió los tratos crueles de la siguiente manera:

tratos que causan sufrimientos mentales o físicos graves o que constituyen un atentado grave contra la dignidad humana, lo que equivale al crimen de tratos inhumanos en el marco de las disposiciones sobre infracciones graves de los Convenios de Ginebra<sup>400</sup>.

**617** Por lo tanto, el Tribunal no establece una diferencia entre “tratos crueles”, según están prohibidos en el artículo 3 común, y “tratos inhumanos” como una infracción grave de los Convenios de Ginebra<sup>401</sup>. Los Elementos de los crímenes de la CPI siguen el mismo enfoque<sup>402</sup>. Por consiguiente, los términos “tratos crueles” y “tratos inhumanos” puede utilizarse indistintamente. Para mayor exhaustividad sobre el “trato inhumano” como infracción grave en los conflictos armados internacionales, v. el comentario del artículo 50, sección D.3.

---

<sup>399</sup> TPIY, *Tadić case*, fallo en primera instancia, 1997, párr. 723.

<sup>400</sup> TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 551. V. también *Naletilić and Martinović case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 246; *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 256; *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párrs. 154-155; *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 231; *Orić case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 351; *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 126; *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 514; *Lukić and Lukić case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 957; y *Tolimir case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 853. La política del CICR sobre la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes del 9 de junio de 2011 adopta la misma definición; v. *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 882, junio de 2011, págs. 547-562, nota al pie 1.

<sup>401</sup> V. TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 550-552 (“trato cruel es el trato que es inhumano”); v. también *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 265, y *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 186.

<sup>402</sup> V. Elementos de los crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(a)(ii)-2 (Crimen de guerra de tratos inhumanos) y (c)(i)-3 (Crimen de guerra de tratos crueles). Los elementos de los crímenes para el crimen de guerra de tratos crueles establecen en su parte 1: “Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas”. Para un comentario, v. Dörmann, 2003, págs. 398-401; v. también págs. 63-70 (tratos inhumanos).



**618** Para ser calificado como “tratos crueles” (o inhumanos), un acto debe causar sufrimientos físicos o mentales graves. A diferencia de la tortura, no se requiere que los tratos crueles persigan un fin específico. En lo que respecta a la gravedad de los sufrimientos mentales o físicos, el TPIY considera que “determinar si una conducta constituye tratos crueles es una cuestión de hecho que ha de definirse caso por caso”<sup>403</sup>. Esta interpretación refleja la de los tratados y organismos de derechos humanos<sup>404</sup>.

**619** A fin de evaluar la gravedad de los sufrimientos, han de considerarse las circunstancias particulares de cada caso, tanto los elementos objetivos relacionados con la severidad del daño como los elementos subjetivos relacionados con el estado de la víctima. Por lo general, los tratos crueles no adoptan la forma de un acto aislado. Pueden ser cometidos en un solo acto, pero también pueden resultar de una combinación o de una acumulación de varios actos que, considerados individualmente, pueden no constituir tratos crueles<sup>405</sup>. Según el TPIY, se consideran “la naturaleza del acto u omisión, el contexto en el que tiene lugar, su duración o repetición, los efectos físicos, mentales y morales del acto en la víctima y las circunstancias personales de la víctima, incluidos la edad, el sexo y la salud”<sup>406</sup>. No es necesario que el sufrimiento causado por los tratos crueles sea duradero, en la medida en que sea “real y grave”<sup>407</sup>. Pero el hecho de que el trato tenga efectos duraderos puede ser relevante para determinar la gravedad del acto<sup>408</sup>.

**403** TPIY, *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 232, confirmado en *Orić case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 352; *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 517; *Lukić and Lukić case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 957; y *Tolimir case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 854.

**404** Para mayor exhaustividad, v. Droege, 2007, págs. 521–522, y Doswald-Beck, 2011, págs. 196–199.

**405** V. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dougoz v. Greece*, fallo, 2001, párr. 46; *Iovchev v. Bulgaria*, fallo, 2006, párr. 137; y Comité de la ONU contra la tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la convención: Israel*, Doc. ONU A/52/44, 10 de septiembre de 1997, párr. 257.

**406** TPIY, *Krnojelac case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 131; v. también *Hadžihasanović case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 33; *Orić case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 352; *Martić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 80; *Delić case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 51; *Lukić and Lukić case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 957; y *Tolimir case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 854. No todos los fallos enumerados mencionan la lista completa de factores que deben tomarse en cuenta.

**407** TPIY, *Krnojelac case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 131. V. también *Martić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 80, y *Lukić and Lukić case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 957.

**408** V. TPIY, *Vasiljević case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 235.

**620** Algunos actos específicos que han sido considerados crueles por el TPIY son: falta de atención médica adecuada<sup>409</sup>, condiciones de vida inhumanas en un centro de detención<sup>410</sup>, golpes<sup>411</sup>, intento de homicidio<sup>412</sup>, uso de detenidos para cavar trincheras en el frente en circunstancias peligrosas<sup>413</sup> y uso de escudos humanos<sup>414</sup>.

**621** Algunos ejemplos de tratos crueles recogidos de decisiones de organismos de derechos humanos y de principios de derechos humanos son: algunos métodos de castigo, en particular, los castigos corporales<sup>415</sup>, algunos métodos de ejecución<sup>416</sup>, imposición de la pena de muerte luego de un proceso inequitativo<sup>417</sup>, esterilización involuntaria<sup>418</sup>, humillación por motivos de género, como encadenar a mujeres

- 
- 409 V. TPIY, *Mrkšić case* fallo en primera instancia, 2007, párr. 517; v. también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Tibi case*, fallo, 2004, párr. 157, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Koval v. Ukraine*, fallo, 2006, párr. 82.
- 410 V. TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 554-558 y 1112-1119, confirmado en *Orić case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 352. V. también *Hadžihasanović case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 35. Acerca de las condiciones de detención, v. Droege, 2007, págs. 535-541, y Doswald-Beck, 2011, págs. 205-214.
- 411 V. TPIY, *Jelisić case*, fallo en primera instancia, 1999, párrs. 42-45, confirmado en *Orić case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 352; v. también *Hadžihasanović case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 35.
- 412 V. TPIY, *Vasiljević case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 239, confirmado en *Orić case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 352.
- 413 V. TPIY, *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 713, confirmado en *Orić case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 352.
- 414 V. TPIY, *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000 párr. 716, confirmado en *Orić case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 352.
- 415 El derecho internacional humanitario prohíbe absolutamente el uso de los castigos corporales. V. CG III, arts. 87(3), 89 y 108; CG IV, arts. 32 y 118-119; PA I, art. 74; y PA II, art. 4. V. también, Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Osbourne v. Jamaica*, opiniones, 2000, párr. 9.1; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, fallo, 2005, párrs. 67-89; y Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Doebbler v. Sudan*, decisión, 2003, párrs. 42-44.
- 416 V. Comité de la ONU contra la tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Estados Unidos de América*, Doc. ONU CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006, párr. 31.
- 417 V. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Öcalan v. Turkey*, fallo, 2005, párrs. 168-175, y Comité de la ONU contra la tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Guatemala*, Doc. ONU, CAT/C/GTM/CO/4, 25 de julio de 2006, párr. 22.
- 418 V. Comité de la ONU contra la tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la convención: Perú*, Doc. de la ONU CAT/C/PER/CO/4, 25 de julio de 2006, párr. 23.

detenidas mientras dan a luz<sup>419</sup>, y uso de dispositivos de electrochoque para refrenar a personas en custodia<sup>420</sup>. Estos actos también serían infracciones conforme al artículo 3 común.

**622** Como se indica en la definición de tratos crueles, no es necesario que el sufrimiento sea físico. El sufrimiento mental puede ser también de tal naturaleza que constituya tratos crueles<sup>421</sup>. Esta interpretación de los tratos crueles deriva, asimismo, del nexo inseparable entre la prohibición de los tratos crueles y el requisito absoluto de trato humano, que no se limita a la preservación de la integridad física de la persona. Por ejemplo, usar a una persona como escudo humano puede infligirle sufrimientos mentales que constituyan tratos crueles<sup>422</sup>. Otros ejemplos de decisiones del TPIY son amenazas contra la vida<sup>423</sup>, ser obligado a enterrar a un compañero de detención<sup>424</sup> y golpes y disparos al azar contra prisioneros<sup>425</sup>. Algunos organismos de derechos humanos han hallado que las siguientes instancias de sufrimiento mental constituyen tratos crueles: amenazas de tortura<sup>426</sup>, presenciar malos tratos<sup>427</sup>, violaciones<sup>428</sup> o ejecuciones<sup>429</sup> contra terceros.

419 V. Comité de la ONU contra la tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Estados Unidos de América*, Doc. ONU, CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006, párr. 33.

420 V. *ibíd.* párr. 35.

421 V., por ej.; TPIY, *Naletilić and Martinović case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 369; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Loayza Tamayo vs. Perú*, fallo, 1997, párr. 57; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ireland v. UK*, fallo, 1978, párr. 167; y Comité de la ONU contra la tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Estados Unidos de América*, Doc. ONU, CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006, párr. 13.

422 V. TPIY, *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 716, confirmado en *Orić case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 352.

423 V. TPIY, *Limaj* fallo en primera instancia, 2005, párr. 655.

424 V. *ibíd.* párrs. 313 y 657.

425 V. TPIY, *Naletilić and Martinović case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 394.

426 V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, fallo, 1999, párr. 165; *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, fallo, 2004, párr. 167; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 11.710 (Colombia)*, informe, 2001, párr. 34. Acerca de una conclusión según la cual una amenaza de tortura no necesariamente constituye un trato cruel, v. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hüsnüye Tekin v. Turkey*, fallo, 2005, párr. 48.

427 V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, fallo, 2005, párr. 78.

428 V. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 11.565 (México)*, informe, 2000, párr. 53.

429 V. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 11.520 (México)*, informe, 1998, párr. 76.

**623** Al respecto, es importante observar que el elemento de “ataque grave contra la dignidad humana” no fue incluido en la definición de tratos crueles de los Elementos de los Crímenes de la CPI<sup>430</sup>. Este elemento, establecido en decisiones del TPIY y mantenido consistentemente, fue dejado de lado por la Comisión Preparatoria que elaboró los Elementos de los Crímenes por considerar que los atentados contra la dignidad humana estarían cubiertos por el crimen de guerra de “atentados contra la dignidad personal”<sup>431</sup>.

### *e. Tortura*

#### **i. Introducción**

**624** El de la tortura es el último ejemplo específico de atentado contra la vida y la integridad corporal prohibido que se enumera en el artículo 3 común. Esta prohibición es una norma de larga data del derecho humanitario<sup>432</sup>. Está incluida también en otras disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra y reafirmada en los Protocolos adicionales de 1977<sup>433</sup>. Se considera ahora que esta prohibición forma parte del derecho internacional consuetudinario<sup>434</sup>. Los tratados de derechos humanos regionales e internacionales, en sus respectivos ámbitos de aplicación, incluyen la prohibición de la tortura en la lista de prohibiciones que no pueden suspenderse<sup>435</sup>. No existe indicación alguna en el derecho o derivada de la práctica acerca de que el término “tortura” tenga un significado diferente en los conflictos armados internacionales y en los no internacionales<sup>436</sup>.

---

<sup>430</sup> V. Elementos de los crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(c)(i)-3.

<sup>431</sup> V. Dörmann, 2003, págs. 63-64.

<sup>432</sup> V., por ej., Lieber Code (1863), art. 16.

<sup>433</sup> Además del artículo 3 común, la prohibición de la tortura figura en las siguientes disposiciones: art. 12 del CG I; art. 12 del CG II; arts. 17 y 87 del CG III; art. 32 del CG IV; art. 75(2)(a)(ii) del PA I; y art. 4(2)(a) del PA II.

<sup>434</sup> V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 90.

<sup>435</sup> V. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 7; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 5(2); y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 5. V. también las convenciones específicas contra la tortura; la Convención contra la tortura (1984) y la Convención interamericana contra la tortura (1985).

<sup>436</sup> V. Dörmann, 2003, pág. 401.

**625** La versión española del artículo 3 común prohíbe “la tortura y los suplicios” (al igual que el texto auténtico francés, que prohíbe la “torture et supplices”), mientras que el texto auténtico inglés prohíbe la “torture”. Sin embargo, el uso del término “suplicios” en español (y “supplices” en francés) no crea ningún tipo adicional de trato prohibido que no estaría cubierto por el término inglés “torture”<sup>437</sup>.

## ii. Definición de tortura

**626** Los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales no definen la tortura. La primera definición en el derecho internacional convencional figura en el artículo 1(1) de la Convención contra la tortura de 1984. Esta definición incluye el requisito de que la tortura sea cometida “por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Sin embargo, el derecho humanitario no requiere la participación de un funcionario público en el acto de la tortura. (v. párrafo 645).

**627** Por consiguiente, el TPIY define la tortura a los fines del derecho humanitario como el hecho de infligir, por acción u omisión, dolor o sufrimiento severos, así sean físicos o mentales, para obtener información o una confesión, castigar, intimidar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona, o discriminar, por el motivo que sea, a la víctima o a una tercera persona<sup>438</sup>.

**628** Consecuentemente, la diferencia entre tortura y tratos crueles es que, para la tortura, el umbral de dolor o sufrimiento es más alto (debe ser “severo” antes que “grave”), y el hecho de infligir dolor o sufrimiento debe tener un propósito o un motivo específicos.

---

<sup>437</sup> Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, un “suplicio” es un “dolor físico o moral intenso”, definición muy similar a la que ofrece para “tortura”: “grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo”. En el caso del francés, el diccionario *Le Grand Robert & Collins français-anglais*, 2008, traduce “supplice” como “form of torture, torture”.

<sup>438</sup> El TPIY inicialmente enumeró los fines de la tortura en una lista cerrada: v. *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 497. En ese momento, la Sala de Primera Instancia quedó conforme con que esos fines fueran parte del derecho internacional consuetudinario y no necesitó examinar otros posibles fines para el caso particular que la ocupaba; v. *ibíd.* párr. 485. Luego el TPIY reconoció que la lista de fines no era exclusiva: v., por ej.; *Brdanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 487; *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 235; y *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 513.

– Dolor o sufrimiento severos

**629** El umbral de dolor o sufrimiento requerido por el TPIY para la tortura es más alto que para los tratos crueles: “severos” en lugar de “graves”. Por otro lado, los Elementos de los Crímenes de la CPI requieren que el dolor o sufrimiento sean “graves” tanto para la tortura como para los tratos crueles<sup>439</sup>. La diferencia entre ambos reside en los propósitos que persiga el trato. Esta opción fue un término medio al que se llegó sobre la base de la jurisprudencia del TPIY<sup>440</sup>.

**630** Algunos autores han cuestionado la necesidad de establecer una jerarquía de sufrimiento para los tratos crueles y la tortura<sup>441</sup>. Para ellos, el único elemento que distingue la tortura de los tratos crueles es el propósito específico que se requiere para la tortura. Un argumento a favor de esa postura es la dificultad que implica definir el umbral de intensidad entre sufrimiento grave y sufrimiento severo. Además, es algo absurdo imaginar un trato más “severo” que un trato “cruel”<sup>442</sup>.

**631** Las formulaciones empleadas en los diferentes tratados no zanján esta cuestión<sup>443</sup>. El artículo 16 de la Convención contra la tortura habla de “actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que *no lleguen* a ser tortura” [Cursiva añadida.], lo que podría implicar una intensidad más alta de sufrimiento para la tortura que para los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, también podría significar que el propósito específico requerido para la tortura constituye el elemento agravante, y al parecer la cuestión quedó abierta durante la redacción de la Convención<sup>444</sup>.

<sup>439</sup> V. Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(c)(i)-3 (crimen de guerra de tratos crueles) y (c)(i)-4 (crimen de guerra de tortura).

<sup>440</sup> V. Dörmann, 2003, pág. 63.

<sup>441</sup> V. Evans; Rodley, 2002; y Nowak, 2005, pág. 678, y 2006, pág. 822. V. también Nowak y McArthur, págs. 74 y 558, donde se hace referencia a la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Greek case*, informe, 1969, pág. 186 (“el término “tortura” suele emplearse para describir un trato inhumano, que persigue un fin (...) y que es generalmente una forma agravada de trato inhumano”), según confirmó el TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 442. V. también Rodley y Pollard, págs. 123-124.

<sup>442</sup> V. Evans, págs. 33-49, en particular pág. 49.

<sup>443</sup> V., in particular, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 7; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 5(2); y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 5.

<sup>444</sup> Burgers y Danelius, pág. 150, donde se hace referencia solo al fin como rasgo distintivo; v. también el informe en Rodley, 2002.

**632** Incluso después de la adopción de los Elementos de los Crímenes de la CPI, el TPIY ha continuado aplicando un umbral diferenciado de dolor o sufrimiento para distinguir entre la tortura y los tratos crueles<sup>445</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también requiere un nivel más alto de dolor y en el cual el propósito perseguido al infligirlo es un factor relevante<sup>446</sup>, y a veces determinante<sup>447</sup>. La Comisión y la Corte Interamericanas, al igual que el TPIY, requieren una intensidad más elevada de dolor para la tortura que para los tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como un propósito<sup>448</sup>. El CICR también trabaja sobre la base de un umbral de dolor diferente<sup>449</sup>. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, por otro lado, no intenta distinguir entre ambos<sup>450</sup>.

**633** La principal consecuencia de utilizar el único criterio del propósito para distinguir entre tortura y tratos crueles es que, en las situaciones en las que los tratos crueles se infligen con un propósito específico, estos automáticamente llegan a ser tortura. Considerando la muy amplia definición de “propósito”, que incluye intenciones tan variadas como intimidar o coaccionar<sup>451</sup>, esto dejaría un margen

**445** V. TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 468; *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 142; *Krnjelac case*, fallo en primera instancia, 2002, párrs. 180-181; *Brđanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 483; *Martić case*, fallo en primera instancia, 2007, párrs. 75 y 80; *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párrs. 126-127; *Haradinaj case*, fallo del nuevo juicio, 2012, párr. 422; y *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párrs. 231 y 235. Para un ejemplo de trato cruel no considerado suficientemente severo para llegar a ser tortura, v. TPIY, *Naletilić and Martinović case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 369.

**446** V. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ireland v. UK*, fallo, 1978, párr. 167; *Aksoy v. Turkey*, fallo, 1996, párr. 64; *Selmouni v. France*, fallo, 1999, párrs. 96-105; *Salman v. Turkey*, fondo, fallo, 2000, párr. 114; Comisión Europea de Derechos Humanos, *Corsacov v. Moldova*, fallo, 2006, párr. 63; y *Menesheva v. Russia*, fallo, 2006, párr. 60.

**447** V. Comisión Europea de Derechos Humanos, *Kismir v. Turkey*, fallo, 2005, párrs. 129-132.

**448** V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, fallo, 2005, párrs. 50, 68 y 87.

**449** V. la política del CICR sobre la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes contra personas privadas de libertad, del 9 de junio de 2011, reproducida en *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 882, junio de 2011, págs. 547-562, nota el pie 1.

**450** El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación general n.º 20 sobre el art. 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, se refiere a “la índole, el propósito y la severidad” del trato (*Observación general n.º 20, artículo 7 (Prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes)*, 10 de marzo de 1992, párr. 4); Rodley, 2002, señala que es imposible inferir ningún criterio general de la jurisprudencia previa del Comité.

**451** V. TPIY, *Kvočka case*, fallo en apelación, 2005, párr. 140, y TPIR, *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 682.

extremadamente pequeño para los tratos crueles entre la tortura y los atentados contra la dignidad personal. Como se señaló más arriba, la jurisprudencia no descartó la intensidad del sufrimiento como un elemento para distinguir la tortura de los tratos crueles, pero no excluyó que esto pueda cambiar en el futuro, sobre todo si la CPI sigue la clara redacción de los Elementos de los Crímenes. Pero, si lo hiciera, no debería ser al precio de elevar el umbral de severidad requerida para que el trato sea considerado cruel.

**634** A fin de determinar la severidad del dolor o el sufrimiento, se deben considerar las circunstancias particulares de cada caso, tanto los elementos objetivos relacionados con la severidad del daño como los elementos subjetivos relacionados con el estado de la víctima<sup>452</sup>. De modo que la evaluación debe considerar diversos elementos fácticos, como el entorno, la duración, el aislamiento, el estado físico y mental de la víctima, las creencias y las sensibilidades culturales, el género, la edad, los antecedentes sociales, culturales, religiosos o políticos, o las experiencias pasadas<sup>453</sup>.

**635** Los factores específicos son “la naturaleza y el contexto en que se infligió el dolor”<sup>454</sup>, “la premeditación y la institucionalización de los malos tratos”, “el estado físico de la víctima”, “la forma y el método utilizado” y “la posición de inferioridad de la víctima”<sup>455</sup>. Al igual que con todas las formas de malos tratos, “en algunas circunstancias, el sufrimiento puede verse exacerbado por las condiciones

452 V. TPIY, *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 143, y *Brđanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 483.

453 V. TPIY, *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 514; *Krnojelac case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 182; *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 237; *Haradinaj case*, fallo del nuevo juicio, 2012, párr. 417; *Naletilić and Martinović case*, fallo en apelación, 2006, párr. 300; *Brđanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párrs. 483-484; *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 143; y *Martić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 75.

454 TPIY, *Krnojelac case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 182, confirmado por el TPIY, *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 514. V. también *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 237; *Haradinaj case*, fallo del nuevo juicio, 2012, párr. 417; y *Martić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 75 (donde solo se menciona la “naturaleza”).

455 TPIY, *Krnojelac case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 182. V. también *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 514; *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 237; *Haradinaj case*, fallo del nuevo juicio, 2012 párr. 417; *Naletilić and Martinović case*, fallo en apelación, 2006, párr. 300; *Brđanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 484; y *Martić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 75.



sociales y culturales y se deberían tomar en cuenta los antecedentes sociales, culturales y religiosos específicos de las víctimas al determinar la severidad de la presunta conducta<sup>456</sup>.

**636** Al igual que los tratos crueles, la tortura por lo general no adopta la forma de un acto aislado. Puede ser cometida en un solo acto, pero también puede resultar de una combinación o de una acumulación de varios actos que, considerados individualmente, pueden no constituir tortura. La duración, la repetición y la variedad de formas de maltrato deben evaluarse en conjunto<sup>457</sup>. Sin embargo, “la definición de tortura no contiene ningún requisito rígido en cuanto a la duración”<sup>458</sup>. Tampoco es necesario que cause una lesión permanente<sup>459</sup>. Por lo tanto, “no es necesario que la evidencia del sufrimiento sea visible luego de la comisión del crimen”<sup>460</sup>.

**637** Algunos actos alcanzan el umbral de severidad *per se*, ya que necesariamente implican dolor o sufrimiento severos<sup>461</sup>. Es el caso, en particular, de la violación<sup>462</sup>. Al respecto, el TPIY ha afirmado:

<sup>456</sup> TPIY, *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 237.

<sup>457</sup> V. TPIY, *Krnojelac case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 182, y *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 237.

<sup>458</sup> TPIY, *Naletilić and Martinović case*, fallo en apelación, 2006, párr. 300.

<sup>459</sup> V. TPIY, *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párrs. 148-149; *Brđanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 484; *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 236; *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 514; y *Haradinaj case*, fallo del nuevo juicio, 2012, párr. 417. V. también *Brđanin case*, fallo en apelación, 2007, párr. 249 (“la tortura física puede abarcar actos que inflijan dolor o sufrimientos físicos menos severos que “dolor o sufrimiento extremos” o “dolor (...) equivalente en intensidad al dolor que acompaña las lesiones físicas graves, como una insuficiencia orgánica, un trastorno de las funciones corporales o incluso la muerte”).

<sup>460</sup> TPIY, *Brđanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 484; v. también *Kunarac case*, fallo en apelación, 2002, párr. 150, y *Stanišić and Župljanin*, fallo en primera instancia, 2013, párr. 48.

<sup>461</sup> V. TPIY, *Naletilić and Martinović case*, fallo en apelación, 2006, párr. 299, y *Brđanin case*, fallo en apelación, 2007, párr. 251.

<sup>462</sup> V. TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 495-497; *Kunarac case*, fallo en apelación, 2002, párr. 151; TPIR, *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 682; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aydin v. Turkey*, fallo, 1997, párrs. 82-86; Comité de la ONU contra la tortura, T.A. v. *Sweden*, decisiones, 2005, párrs. 2.4 y 7.3; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 10.970 (Perú)*, informe, 1996, pág. 185. V. también Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la tortura*, Doc. de la ONU E/CN.4/1986/15, 19 de febrero de 1986, párr. 119.

Algunos actos, como la violación, parecen alcanzar por definición el umbral de severidad. Al igual que la tortura, la violación es un atentado contra la dignidad personal y se la utiliza con propósitos como la intimidación, la degradación, la humillación y la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona. Se puede decir que el dolor o el sufrimiento severos, requeridos por la definición del crimen de tortura, pueden establecerse una vez que se ha probado la violación, dado que el acto de violación necesariamente implica tal dolor o sufrimiento<sup>463</sup>.

**638** Otros ejemplos de tortura derivados de decisiones internacionales son: choques eléctricos<sup>464</sup>, quemaduras<sup>465</sup>, separación de la articulación de las rodillas<sup>466</sup>, obligar a arrodillarse sobre instrumentos cortantes<sup>467</sup>, sofocación con agua o bajo agua<sup>468</sup>, enterrar vivo<sup>469</sup>, suspensión<sup>470</sup>, flagelos y golpes severos<sup>471</sup>, sobre todo

---

<sup>463</sup> TPIY, *Brdanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 485. V. también *Stanišić and Župljanin case*, fallo en primera instancia, 2013, párr. 48.

<sup>464</sup> V. Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, *Case of the Major War Criminals*, fallo, 1948, en Röling y Rüter, págs. 406–407; Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Rodríguez v. Uruguay*, opiniones, 1994, párrs. 2.1 y 12.1; *Tshitenge Muteba v. Zaire*, opiniones, 1984, párrs. 8.2 y 12; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Çakici v. Turkey*, fallo, 1999, párr. 93; y Comité de la ONU contra la tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la convención: Suiza*, Doc. ONU CAT/C/CR/34/CHE, 21 de junio de 2005, párr. 4(b)(i).

<sup>465</sup> V. Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, *Case of the Major War Criminals*, fallo, 1948, en Röling y Rüter, pág. 407.

<sup>466</sup> V. *ibíd.*

<sup>467</sup> V. *ibíd.*

<sup>468</sup> V. *ibíd.*, pág. 406 (el llamado “tratamiento del agua”); v. también Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Rodríguez v. Uruguay*, opiniones, 1994, párrs. 2.1 y 12.1.

<sup>469</sup> V. Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Eduardo Bleier v. Uruguay*, opiniones, 1980, párrs. 2.3 y 12.

<sup>470</sup> V. Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, *Case of the Major War Criminals*, fallo, 1948, en Röling y Rüter, págs. 406–407 (a veces combinado con flagelos); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aksoy v. Turkey*, fallo, 1996, párr. 64; and Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Torres Ramírez v. Uruguay*, opiniones, 1980, párr. 2.

<sup>471</sup> V. Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, *Case of the Major War Criminals*, fallo, 1948, en Röling/Rüter, pág. 408, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Selmouni v. France*, fallo, 1999, párr. 101.

golpes en la planta del pie<sup>472</sup>, simulacros de ejecuciones<sup>473</sup>, simulacros de entierros<sup>474</sup>, amenazas de disparar o matar<sup>475</sup>, exposición de detenidos en interrogatorio a frío intenso durante largos periodos<sup>476</sup>, golpes seguidos de detención por tres días, sin recibir agua ni alimentos, y sin la posibilidad de usar un baño<sup>477</sup>, una combinación de mantener sujetado en condiciones muy dolorosas, mantener encapuchado en condiciones especiales, obligar a escuchar música a alto volumen por periodos prolongados, amenazas, incluidas amenazas de muerte, sacudones violentos y uso de aire frío hasta congelar<sup>478</sup>.

**639** El dolor y el sufrimiento mental por sí solos pueden ser tan severos como para constituir tortura<sup>479</sup>. El Convenio de Ginebra III y el Protocolo adicional I explícitamente establecen que la tortura tanto mental como física está prohibida<sup>480</sup>. Los métodos de tortura psicológica, así como los efectos psicológicos de la tortura, pueden causar sufrimientos tan severos como la tortura física y sus efectos físicos<sup>481</sup>. El TPIY ha considerado que ser obligado a presenciar cómo se infligen malos tratos a un familiar<sup>482</sup>, o ser obligado a presenciar cómo se infligen ataques sexuales graves a un conocido, constituyó tortura para el observador coaccionado<sup>483</sup>.

---

472 V. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aksoy v. Turkey*, fallo, 1996, párr. 64.

473 V. Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, *Case of the Major War Criminals*, fallo, 1948, en Röling/Rüter, pág. 408; Comisión Europea de Derechos Humanos, *Greek case*, informe, 1969, págs. 462-465; y Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Tshitenge Muteba v. Zaire*, opiniones, 1984, págs. 182-188, párrs. 8.2 y 12.

474 V. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 7823 (Bolivia)*, resolución, 1982, pág. 42.

475 V. Comisión Europea de Derechos Humanos, *Greek case*, informe, 1969, págs. 462-465.

476 V. Comité de la ONU contra la Tortura, *Informe sobre México preparado por el Comité, en el marco del artículo 20 de la Convención, y respuesta del Gobierno de México*, Doc. ONU CAT/C/75, 26 de mayo de 2003, párr. 165.

477 V. Comité de la ONU contra la Tortura, *Danilo Dimitrijević v. Serbia and Montenegro*, decisiones, 2005, párrs. 2.1, 2.2, 7.1 y 7.2.

478 V. Comité de la ONU contra la Tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Israel*, Doc. ONU A/52/44, 10 de septiembre de 1997, párrs. 253-260.

479 V. TPIY, *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 149; v. también *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 236; *Haradinaj case*, fallo del nuevo juicio, 2012, párr. 417; y *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 514.

480 V. CG III, art. 17 y PA I, art. 75(2)(a)(ii).

481 V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, fallo, 2003, párr. 93. Para más exhaustividad al respecto, v. Reyes.

482 V. TPIY, *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 149.

483 V. TPIY, *Furundžija case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 267.

Análogamente, ha sostenido la misma opinión con respecto a las amenazas de muerte que causan sufrimiento mental severo y con el hecho de informar falsamente a la víctima que se ha dado muerte a su padre<sup>484</sup>, u obligar a las víctimas a recoger los cadáveres de otros miembros de su grupo étnico, en particular, los de sus vecinos y amigos<sup>485</sup>.

– Propósito específico

**640** Un elemento constitutivo de la tortura es que se la cometa con un propósito o motivo específico. La Convención contra la Tortura brinda los siguientes ejemplos: (a) obtener información o una confesión, (b) castigar, intimidar o coaccionar a la víctima o a terceras personas, y (c) discriminar, por la razón que sea, a la víctima o a terceras personas<sup>486</sup>. El TPIY considera que estos propósitos forman parte del derecho internacional consuetudinario<sup>487</sup>.

**641** Estos propósitos son ilustrativos y no constituyen una lista exhaustiva. Así lo confirma la redacción inglesa del artículo 1 de la Convención contra la Tortura, en la que se emplea la expresión “such purposes as”.<sup>488</sup> En la versión española, se emplea la expresión “con el fin de”. La lista no exhaustiva establecida en la Convención contra la Tortura también se refleja en los Elementos de los Crímenes de la CPI<sup>489</sup>. El TPIY también considera que la lista no es exhaustiva<sup>490</sup>.

**642** En la práctica, esto conduce a un significado extremadamente amplio de propósito indebido. En realidad, “intimidar o coaccionar” a la víctima o a un tercero” y “cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación” son nociones tan amplias que la mayoría de los actos que causan sufrimiento severo a una persona específica, sobre todo en detención, serán causados por algunos de estos propósitos

---

484 V. TPIY, *Naletilić and Martinović case*, fallo en primera instancia, 2003, párrs. 294-295.

485 V. TPIY, *Brdanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 511.

486 V. Convención contra la tortura (1984), art.1.

487 V. TPIY, *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 485. En este caso, el Tribunal no tenía que examinar si el derecho internacional consuetudinario incluía otros propósitos. V. también *Krnjelac case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 185.

488 V. también TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 470, y TPIR, *Musema case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 285.

489 V. Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(a)(ii) y (c)(i): “Que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo”.

490 V., por ej., TPIY, *Brdanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 487; *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 235; y *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 513.

o por un propósito muy similar a este. Sin embargo, el propósito, más allá del tipo que sea, debe tener “algo en común con los propósitos expresamente enumerados”<sup>491</sup>. Por consiguiente, el TPIY estimó que la “humillación”, que consideraba cercana a la noción de intimidación, también era uno de los posibles propósitos de la tortura<sup>492</sup>.

**643** Como resultado, el TPIY afirmó que estos propósitos estarían presentes en el caso de violación durante el interrogatorio de un detenido: “Recorre a la violación el interrogador mismo u otras personas que participan en el interrogatorio de un detenido, como medio de castigar, intimidar, coaccionar o humillar a la víctima, o de obtener información o una confesión de ella o de un tercero”<sup>493</sup>.

**644** El TPIY también ha determinado que un propósito prohibido “no necesariamente tiene que ser el único ni el principal propósito de infligir dolor o sufrimiento severos” para que considere que constituye tortura<sup>494</sup>.

– Participación de un funcionario público

**645** La definición de tortura en el derecho humanitario no requiere la participación de un funcionario público en el acto. Por otro lado, la Convención contra la Tortura, de 1984, establece que el dolor o sufrimiento deben ser “infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”<sup>495</sup>. En sus decisiones previas, el TPIY determinó que esta definición era parte del derecho internacional consuetudinario aplicable en conflictos armados<sup>496</sup>. Sin embargo, el Tribunal concluyó luego que la definición de tortura en el derecho humanitario no contenía los mismos elementos.

<sup>491</sup> Burgers y Danelius, pág. 118.

<sup>492</sup> V. TPIY, *Furundžija case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 162. V. también *Naletilić and Martinović case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 337.

<sup>493</sup> TPIY, *Furundžija case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 163.

<sup>494</sup> TPIY, *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 153. V. también *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 470; *Krnjelac case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 184; *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 486, y fallo en apelación, 2002, párr. 155; *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 128, y fallo del nuevo juicio, 2012, párr. 418; *Limaj case* fallo en primera instancia, 2005, párr. 239; *Martić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 77; *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 515; *Brdanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 487; y *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 486, y fallo en apelación, 2002, párr. 155.

<sup>495</sup> Convención contra la tortura (1984), art. 1.

<sup>496</sup> V. TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 459, y *Furundžija case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 162, y fallo en apelación, 2000, párr. 111.

En particular, “la presencia de un funcionario público o de cualquier otra persona con autoridad pública en el proceso de tortura” no se consideraba necesaria para que el crimen fuera calificado como tortura conforme al derecho humanitario<sup>497</sup>. Este razonamiento corresponde al ámbito de aplicación del artículo 3 común, que prohíbe la tortura no solo cuando es cometida por las fuerzas armadas estatales, sino también cuando es cometida por grupos armados no estatales.

### 3. TOMA DE REHENES

#### a. Introducción

**646** Hasta la Segunda Guerra Mundial, la toma de rehenes era considerada lícita, aunque en condiciones muy estrictas<sup>498</sup>. Sin embargo, en respuesta a abusos vinculados con rehenes durante la Segunda Guerra Mundial, los Convenios de Ginebra de 1949 establecieron la total ilicitud de esa práctica<sup>499</sup>. Los dos Protocolos adicionales reafirmaron esta prohibición categórica<sup>500</sup>. La prohibición forma parte ahora del derecho internacional consuetudinario<sup>501</sup>.

#### b. Definición de toma de rehenes

**647** Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales no ofrecen una definición de toma de rehenes. En un contexto jurídico diferente, la Convención Internacional contra la toma de rehenes, de 1979, define “toma de rehenes” como la situación en que una persona se apodera de otra (el rehén), la detiene y la amenaza con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén<sup>502</sup>.

---

<sup>497</sup> TPIY, *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 496, confirmado en el fallo en apelación, 2002, párr. 148. V. también *Simić case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 82; *Brdanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 488; *Kvočka case*, fallo en apelación, 2005, párr. 284; *Limaj case*, fallo en primera instancia, 2005, párr. 240; *Mrkšić case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 514; *Haradinaj case*, fallo del nuevo juicio, 2012, párr. 419; y *Stanišić and Župljanin*, fallo en primera instancia, 2013, párr. 49.

<sup>498</sup>V. Estados Unidos, Tribunal Militar en Núremberg, *Hostages case*, fallo, 1948, págs. 1249-1251.

<sup>499</sup>Para mayor información sobre la historia de la prohibición de la toma de rehenes, v. el comentario del art. 34 del CG IV.

<sup>500</sup>PA I, art. 75(2)(c); PA II, art. 4(2)(c).

<sup>501</sup>Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 96.

<sup>502</sup>Convención Internacional contra la toma de rehenes (1979), art. 1.

**648** Esta definición ofrece la base para los elementos del crimen de guerra de toma de rehenes del Estatuto de la CPI de 1998, pero con el agregado de la frase “o mantenido como rehén”, además de capturado o detenido<sup>503</sup>. Sobre esta base, la Sala de Apelaciones del TESL concluyó que “los medios precisos por los cuales la persona cae en poder del autor no es una característica que defina el crimen”<sup>504</sup>.

**649** La definición amplia establecida en los Elementos de los Crímenes de la CPI también es válida para la prohibición subyacente de la toma de rehenes contenida en el artículo 3 común y en el artículo 34 del Convenio de Ginebra IV. En realidad, el grupo de expertos que redactó los Elementos de los Crímenes opinaba que no podía haber diferencia entre la toma de rehenes en los conflictos armados internacionales y la toma de rehenes en los conflictos armados no internacionales<sup>505</sup>.

**650** Consecuentemente, a los fines del artículo 3 común, la toma de rehenes puede definirse como el acto de capturar, detener o mantener retenida a una persona (el rehén), acompañado de la amenaza de matar, herir o mantener detenida a esa persona para obligar a un tercero a un acto o a una omisión como condición explícita o implícita para la liberación, la seguridad o el bienestar del rehén.

**651** Hoy en día, se suele recurrir a la toma de rehenes para pedir un rescate, para obtener intercambios de prisioneros o para cobrarse “impuestos de la guerra”<sup>506</sup>.

---

503 El art. 8(2)(a)(viii) de los Elementos de los Crímenes de la CPI, de 2002, relativo al crimen de guerra de toma de rehenes, establece:

1. Que el autor haya capturado, detenido o mantenido en calidad de rehén a una o más personas.
2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o mantener detenida a esa persona o personas.
3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas.
4. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949 [es decir, que estuvieran fuera de combate, fueran civiles, personal sanitario o religioso que no participara directamente en las hostilidades].

Para un comentario de estos elementos, v. Dörmann, 2003, págs. 406-407; v. también págs. 124-127.

504 TESL, *Sesay case*, fallo en apelación, 2009, párr. 598.

505 Dörmann, 2003, pág. 406.

506 Para consultar ejemplos de la práctica actual, v. Herrmann y Palmieri, págs. 142-145, y Sivakumaran, 2012, págs. 269-271.

En general se hace referencia a esas prácticas con los términos de secuestro, pero, más allá del término que se emplee, la clasificación jurídica es la misma<sup>507</sup>. Siempre que estén reunidas todas las condiciones requeridas, esas prácticas son tomas de rehenes y están prohibidas por el artículo 3 común.

### **i. El rehén**

**652** La prohibición de la toma de rehenes que establece el artículo 3 común se aplica a todas las personas que están abarcadas por el ámbito de protección del artículo<sup>508</sup>. En el caso *Sesay*, la Sala de Primera Instancia del TESL sostuvo que “la o las personas retenidas como rehenes no deben estar participando directamente en las hostilidades en el momento en que se comete la presunta violación”<sup>509</sup>. En opinión de la Sala de Primera Instancia, “el término ‘rehén’ debe interpretarse en su sentido más amplio”<sup>510</sup>. En este caso, los procesados estaban acusados del secuestro de varios centenares de miembros de las fuerzas de la paz de la misión de la ONU en Sierra Leona y de utilizarlos como rehenes<sup>511</sup>.

**653** Los rehenes suelen ser personas –como civiles que no representan ninguna amenaza contra la seguridad– que son capturadas y detenidas ilícitamente. Sin embargo, la detención ilícita no es una condición previa para la toma de rehenes. Es posible que personas cuya detención sea lícita, como en el caso de los civiles que representan una amenaza contra la seguridad, sean utilizadas como rehenes, lo que entonces avalaría que la situación sea calificada como toma de rehenes. No es necesario que la intención de tomar a las personas detenidas como rehenes esté presente desde el inicio de la detención; esa intención puede surgir en el transcurso de la detención<sup>512</sup>. Así lo confirmó la Sala de Apelaciones del TESL en 2009:

---

**507** Para una definición de secuestro, v. ECOSOC, Res. 2002/16, Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, 24 de julio de 2002, párr. 1 (“detener ilícitamente a una persona o personas en contra de su voluntad con la finalidad de exigir por su liberación un provecho ilícito o cualquier utilidad de tipo económico u otro beneficio de orden material, o a fin de obligar a alguien a que haga o deje de hacer algo”). El término “secuestro” no está definido en el derecho interenacional. En su sentido corriente, hace referencia a tomar a una persona ilegalmente por la fuerza o mediante engaño; v. *Concise Oxford English Dictionary*, décima segunda edición, Oxford University Press, 2011, pág. 2, para la definición del término en inglés.

**508** Para mayor exhaustividad, v. sección E.

**509** TESL, *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 241.

**510** *Ibíd*, con referencia a Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, CICR, 1958, art. 34, pág. 230, citado con aprobación por el TPIY, *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 187.

**511** TESL, *Sesay case*, cargo corregido enmendado consolidado, 2006, acusación 18.

**512** V. también Sivakumaran, 2010a, pág. 1033, y 2012, pág. 269.



Con arreglo a derecho, la intención requerida [para la toma de rehenes] puede estar presente en el momento en que se detiene a la persona o puede formarse en algún momento posterior, mientras las personas están retenidas. En el primer caso, el crimen se completa en el momento de la detención inicial (suponiendo que estén reunidos todos los demás elementos del crimen); en el segundo, la situación se transforma en el crimen de toma de rehenes en el momento en que se cristaliza la intención (una vez más, suponiendo que estén reunidos todos los demás elementos del crimen)<sup>513</sup>.

**654** Esto es significativo porque decisiones previas del TPIY parecieron indicar que la privación ilícita de la libertad era parte de la definición de toma de rehenes<sup>514</sup>. Sin embargo, estas decisiones también puede interpretarse en el sentido de que la privación de la libertad era ilícita *porque* era una toma de rehenes. Lo que tal vez sea más importante destacar es que el TPIY no examinó la misma cuestión que el TESL, es decir, si una detención inicial que no persigue el propósito de una toma de rehenes puede transformarse en una toma de rehenes si el propósito ilícito surge en algún momento posterior.

## ii. Amenazas contra el rehén

**655** Como se definió más arriba, la toma de rehenes implica amenazas de matar, herir o mantener detenido al rehén. Las amenazas de herir a los rehenes abarcan amenazas contra su bienestar tanto físico como mental. Esta interpretación deriva de la prohibición de los atentados contra el bienestar tanto físico como mental de los detenidos<sup>515</sup>. Por consiguiente, el TPIY sostuvo que “[e]l elemento adicional

<sup>513</sup> TESL, *Sesay case*, fallo en apelación, 2009, párr. 597.

<sup>514</sup> V. TPIY, *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párrs. 158 (“los rehenes civiles son personas que han sido ilícitamente privadas de libertad, con frecuencia en forma arbitraria y, a veces, bajo amenaza de muerte. Sin embargo, como afirma la defensa, la detención puede ser lícita en algunas circunstancias, *inter alia* para proteger a los civiles o cuando razones de seguridad así lo exigen”) y 187 (“La definición de rehenes debe interpretarse en forma similar a la de civiles tomados como rehenes en el sentido de infracciones graves conforme al art. 2 del Estatuto [1993 TPIY], es decir: personas privadas ilícitamente de libertad, con frecuencia deliberadamente y, a veces, bajo amenaza de muerte”); y *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 314 (“una persona comete el crimen de toma de rehenes cuando amenaza a civiles, que están detenidos ilícitamente, a someterlos a trato inhumano o a la muerte como medio de lograr el cumplimiento de una condición”).

<sup>515</sup> V. sección G.2.a. y PA II, art. 4(2)(a). Además, esta posición es coherente con el hecho de que las amenazas de adoptar esa conducta también son ilícitas; v. PA II, art. 4(2)(h).

que debe probarse para establecer el crimen de tomar rehenes ilícitamente es la formulación de una amenaza condicional en relación con el bienestar físico y mental de civiles”<sup>516</sup>.

**656** La amenaza en sí misma debe ser ilícita en el derecho humanitario. Por lo tanto, una amenaza de continuar la detención de una persona no siempre constituiría una toma de rehenes. Por ejemplo, como parte de la negociación de un intercambio de prisioneros, no infringiría la prohibición de tomar rehenes para amenazar con continuar la detención de una persona cuya liberación no se requiera legalmente. Sin embargo, sería ilícito proferir esa amenaza si la detención fuera arbitraria<sup>517</sup>. El mero hecho de la detención de un combatiente por un grupo armado no estatal no puede verse como una toma de rehenes conforme al artículo 3 común.

### iii. Intención de obligar a un tercero

**657** Se procede a la toma de rehenes para “obligar” a un tercero. Por lo tanto, se debe proferir una amenaza condicional a modo de “medida de coacción con el propósito de lograr el cumplimiento de una condición”<sup>518</sup>. Como se indica en la definición de toma de rehenes, la amenaza puede ser explícita o implícita<sup>519</sup>.

**658** En el caso *Sesay*, la Sala de Primera Instancia del TESL sostuvo que “el crimen de toma de rehenes requiere que la amenaza sea comunicada a un tercero, con la intención de obligarlo a un acto o a una omisión como condición para la seguridad o la liberación de los cautivos”<sup>520</sup>. En este caso, la Sala de Primera Instancia halló que los acusados habían amenazado en repetidas ocasiones a los miembros de la fuerza de mantenimiento de la paz capturados<sup>521</sup>, pero no encontró ninguna prueba de que la amenaza hubiera sido comunicada a un tercero, ni evidencias de una amenaza implícita de que los miembros de la fuerza de mantenimiento de la paz serían dañados, ni la comunicación de una condición implícita para la seguridad o la liberación de los miembros de la fuerza de mantenimiento de la paz<sup>522</sup>.

---

<sup>516</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 313.

<sup>517</sup> Sobre la prohibición consuetudinaria de la detención arbitraria, v. Henckaerts y Doswald-Beck, norma 99 y su interpretación, págs. 344-352).

<sup>518</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 313; TESL, *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 243, y fallo en apelación, 2009, párr. 583.

<sup>519</sup> V. TESL, *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 1964.

<sup>520</sup> *Ibíd.*

<sup>521</sup> *Ibíd.* párr. 1963.

<sup>522</sup> *Ibíd.* párrs. 1965-1968.

Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TESL consideró que “[n]o se desprende del requisito de que la amenaza deba proferirse con la intención de coaccionar que la amenaza deba ser comunicada a un tercero” y concluyó que “alcanza con que la amenaza sea comunicada al detenido en forma individual”<sup>523</sup>.

#### iv. Propósito de la toma de rehenes

**659** Tal como se refleja en la definición, la toma de rehenes se realiza con el fin de obligar a un tercero a un acto o a una omisión, lo cual implica una noción muy amplia. El TPIY afirmó que la toma de rehenes se realiza para “obtener una concesión o una ventaja”, lo cual es igualmente amplio<sup>524</sup>.

**660** En el caso *Sesay*, por ejemplo, los acusados, miembros del Frente Revolucionario Unido (FRU), habían detenido a miembros de las fuerzas de mantenimiento de la paz que, después de haber capturado al líder del FRU, fueron usados como rehenes para obligar a la liberación de este<sup>525</sup>.

**661** Otro propósito de la toma de rehenes pueden ser volver inmunes contra las operaciones militares determinadas zonas u objetivos militares utilizando a civiles cautivos como escudos humanos<sup>526</sup>. En esos casos, la toma de rehenes también puede infringir la prohibición de los tratos crueles o la prohibición de los castigos colectivos<sup>527</sup>. Sin embargo, el análisis de cada violación específica debe realizarse por separado.

**662** La toma de rehenes está prohibida independientemente de la conducta que el autor de la toma quiera imponer. Por lo tanto, la toma de rehenes no es lícita ni siquiera cuando su propósito es obligar a un tercero a cesar con una conducta ilícita. Las violaciones del artículo 3 común no son una forma legítima de hacer respetar el derecho humanitario<sup>528</sup>.

523 TESL, *Sesay case*, fallo en apelación, 2009, párrs. 582-583.

524 TPIY, *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, párr. 158; v. también párr. 187 (“para ser caracterizados como rehenes, los detenidos tienen que haber sido utilizados para obtener alguna ventaja o para garantizar que un beligerante, otra persona o grupo de personas realice determinada acción”); *Blaškić case*, fallo en apelación, 2004, párr. 639 (“el uso de una amenaza referida a detenidos de modo de obtener una concesión o una ventaja”); *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 319.

525 TESL, *Sesay case*, fallo en apelación, 2009, párrs. 596-601.

526 V. también Gasser y Dörmann, párr. 535(3).

527 Para la calificación del uso de “escudos humanos” como trato cruel, v. párrs. 620 y 622.

Para la prohibición de los castigos colectivos, v. PA II, art. 4(2)(b); v. también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 103.

528 Sobre el concepto de represalias de los beligerantes en conflictos armados no internacionales, v. sección M.6.

## 4. ATENTADOS CONTRA LA DIGNIDAD PERSONAL, ESPECIALMENTE LOS TRATOS HUMILLANTES Y DEGRADANTES

### a. Introducción

**663** La prohibición de los atentados contra la dignidad personal apareció por primera vez en el artículo 3 común. Fue reafirmada en los Protocolos adicionales y hoy se la considera parte del derecho internacional consuetudinario<sup>529</sup>. Los tratados de derechos humanos internacionales y regionales, en sus ámbitos de aplicación respectivos, incluyen la prohibición de los “tratos inhumanos y degradantes” entre las prohibiciones que no pueden suspenderse<sup>530</sup>. Como se señaló más arriba, el término “atentado contra la dignidad personal” puede referirse a tratos crueles y tortura, pero también tiene sus características propias.

### b. Definición de atentados contra la dignidad personal

**664** Los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales no definen el término “atentados contra la dignidad personal”. El TPIY requiere que “el acusado haya cometido o participado intencionalmente en el acto u omisión del que generalmente se consideraría que causaría humillación o degradación graves o que de alguna manera sería un atentado grave contra la dignidad humana”<sup>531</sup>. Ha sostenido que esa determinación debería basarse no solo en criterios subjetivos relativos a la sensibilidad de la víctima, sino también en criterios objetivos relativos a la gravedad del acto<sup>532</sup>. En relación a la gravedad del acto, el Tribunal sostuvo que la humillación de la víctima debe ser tan intensa que cualquier persona razonable se sentiría ultrajada por ella<sup>533</sup>.

<sup>529</sup> PA I, art. 75(2)(b); PA II, art. 4(2)(e) Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 90.

<sup>530</sup> Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 7; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 5(2); Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 5. V. también Convención contra la tortura (1984); Convención Interamericana contra la tortura (1985); y Convenio Europeo para la prevención de la tortura (1987).

<sup>531</sup> TPIY, *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 514, y fallo en apelación, 2002, párrs. 161 y 163. V. también *Haradinaj case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 132 (donde se utiliza “severo” en lugar de “grave”); TPIR, *Bagosora case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 2250; *Renzaho case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 809; *Nyiramasuhuko case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 6178; TESL, *Taylor case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 431; *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 175; y *Brima case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 716.

<sup>532</sup> V. TPIY, *Aleksovski case*, fallo en primera instancia, 1999, párr. 56, y *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 504, y fallo en apelación, 2002, párrs. 162-163.

<sup>533</sup> *Ibíd.*

**665** Al igual que los tratos crueles y la tortura, los atentados contra la dignidad personal por lo general no adoptan la forma de un acto aislado. El crimen puede cometerse en un solo acto, pero también puede resultar de una combinación o una acumulación de varios actos que, tomados individualmente, pueden no constituir un atentado contra la dignidad personal. Según el TPIY:

[L]a gravedad de un acto y sus consecuencias pueden derivar de la naturaleza del acto *per se* o de la repetición de un acto o de la combinación de diferentes actos que, tomados individualmente, no constituirían un crimen en el sentido del artículo 3 del Estatuto [del TPIY]. La forma, la severidad y la duración de la violencia, la intensidad y la duración del sufrimiento físico o mental deben servir como base para determinar si los crímenes fueron cometidos<sup>534</sup>.

**666** Si bien la humillación y la degradación deben ser “reales y graves”, no es necesario que sean duraderas<sup>535</sup>. No se requieren propósitos prohibidos como los que caracterizan el crimen de tortura<sup>536</sup>.

**667** Los Elementos de los Crímenes de la CPI definen los elementos materiales de los atentados contra la dignidad personal como un acto en el que “el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad” y “que el trato humillante, degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal”<sup>537</sup>. Si bien esta definición es tautológica, da la indicación de que la violación no requiere dolor mental o físico severo (como sí lo hace la tortura), pero tiene que ser significativo para ser distinguido de un mero insulto<sup>538</sup>. Esta interpretación también deriva del significado corriente del término “outrage”<sup>539</sup>.

534 TPIY, *Aleksovski case*, fallo en primera instancia, 1999, párr. 57.

535 V. TPIY, *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 501, y *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 168. V. también TESL, *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 176.

536 TPIY, *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 226.

537 Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(c)(ii).

538 Acerca de la opinión según la cual la prohibición en el derecho internacional humanitario es más amplia que la prohibición en el derecho penal internacional, v. Sivakumaran, 2012, pág. 264.

539 *Concise Oxford English Dictionary*, décima segunda edición, Oxford University Press, 2011, pág. 1017 (“an extremely strong reaction of anger or indignation; violate or infringe (a law or principle) flagrantly” – “una reacción extremadamente fuerte de rabia o indignación; violar o infringir (una ley o principio) flagrantemente”).

**668** Según los Elementos de los Crímenes de la CPI, la prohibición de los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, abarca los cometidos contra las personas fallecidas<sup>540</sup>. Esta aclaración es importante porque, en conflictos armados recientes, se ha visto que no es inusual, incluso hoy, que los restos humanos sean tratados de forma degradante y humillante. El TPIR y el TPIY, por ejemplo, han documentado la mutilación de cadáveres<sup>541</sup>.

**669** Los Elementos de los Crímenes de la CPI especifican, además, que la víctima no necesariamente tiene que estar personalmente consciente de la humillación<sup>542</sup>. Esta última observación se hizo para abarcar la humillación deliberada de personas inconscientes o de personal con discapacidades mentales. Los Elementos de los Crímenes señalan también que se deben considerar aspectos relevantes del origen cultural de la persona, para abarcar, por ejemplo, tratos que son humillantes para una persona de determinada nacionalidad, cultura o religión, y que podrían no serlo para otras<sup>543</sup>.

**670** Ninguno de los tribunales penales internacionales ha intentado distinguir entre “humillante” y “degradante”. Si bien el artículo 3 común emplea ambos términos en yuxtaposición, sugiriendo que podrían referirse a conceptos diferentes, su significado corriente es casi idéntico<sup>544</sup>. La cuestión de si se podría pensar en algún trato que constituya un atentado contra la dignidad personal que sería humillante, pero no degradante (o viceversa), es en última instancia irrelevante, ya que ambos actos están prohibidos por el artículo 3 común. Lo mismo podría decirse de los “atentados contra la dignidad personal” en relación con los dos otros conceptos. Pese al uso de “especialmente” en la disposición, es difícil imaginar “atentados” que no sean humillantes o degradantes.

**540** Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(c)(ii), nota al pie 57. V. también Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Comité Asesor, cuarto periodo de sesiones, 25-29 de enero de 2010, *Study on best practices on the issue of missing persons*, Doc. ONU A/HRC/AC/4/CRPÁG.2/Rev.1, 25 de enero de 2010, párrs. 66-71, y TPIY, *Tadić case*, fallo en primera instancia, 1997, párr. 748.

**541** V. TPIR, *Niyitegeka case*, fallo en primera instancia, 2003, párr. 303, y TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 849. Otros ejemplos de atentados contra la dignidad personal incluyen tomar partes del cuerpo como trofeos y exponer un cadáver a la exhibición y la denigración públicas.

**542** Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(c)(ii), fn. 57.

**543** *Ibid.*

**544** *Concise Oxford English Dictionary*, décima segunda edición, Oxford University Press, 2011, pág. 377, donde se define el término “degrading” (degradante) como “lo que causa una pérdida del respeto propio; humillante”.

**671** Asimismo, se plantea la cuestión de si el sufrimiento físico o mental debe alcanzar un umbral más alto para constituir tratos crueles. El hecho de que las disposiciones sobre las infracciones graves penalicen el trato inhumano (o cruel), pero no los atentados contra la dignidad personal, podrían sugerirlo. Sin embargo, las definiciones del TPIY de tratos crueles o inhumanos y de atentados contra la dignidad personal se superponen, ya que ambas incluyen la frase “ataques graves contra la dignidad humana”. En realidad, las dos nociones se superponen necesariamente en cierta medida. En función de las circunstancias, los tratos que se consideran degradantes o humillantes podrían convertirse en tratos crueles si se los repite a lo largo de cierto periodo de tiempo o si se los comete contra una persona en una situación particularmente vulnerable. Los tratos humillantes o degradantes también constituirían tortura si se los cometiera con un propósito específico y causarían dolor o sufrimiento severos.

**672** Algunos actos específicos que han sido considerados tratos degradantes por los tribunales penales internacionales son los siguientes: desnudez forzada públicamente<sup>545</sup>; violación y violencia sexual<sup>546</sup>; “esclavitud sexual, incluido el secuestro de mujeres y niñas como ‘esposas de la selva’, una forma conyugal de la esclavitud sexual”<sup>547</sup>; el uso de detenidos como escudos humanos o para cavar trincheras<sup>548</sup>; condiciones inapropiadas de confinamiento; ser forzado a realizar actos serviles; ser forzado a realizar funciones orgánicas en la propia ropa; o ser sometido al temor constante de ser sujeto a violencia física, mental o sexual<sup>549</sup>.

**673** Algunos ejemplos de tratos degradantes tomados de decisiones de organismos de derechos humanos son los siguientes: trato o castigo de una persona que “la humilla groseramente ante otros o la lleva a actuar contra su voluntad o su conciencia”<sup>550</sup>; no permitir que un prisionero se cambie su ropa sucia<sup>551</sup>; y cortar el cabello o la barba de una persona como castigo<sup>552</sup>.

---

545 TPIY, *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párrs. 766-774.

546 TPIY, *Furundžija case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 270-275; TPIR, *Ndindiliyimana case*, sfallo en primera instancia, 2011, párr. 2158.

547 TESL, *Taylor case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 432.

548 TPIY, *Aleksovski case*, fallo en primera instancia, 1999, párr. 229.

549 TPIY, *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 173.

550 Comisión Europea de Derechos Humanos, *Greek case*, informe, 1969, pág. 186.

551 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hurtado v. Switzerland*, fallo, 1994, párr. 12.

552 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Yankov v. Bulgaria*, fallo, 2003, párrs. 114 y 121.

## 5. REQUISITO DE UN TRIBUNAL LEGÍTIMAMENTE CONSTITUIDO, CON GARANTÍAS JUDICIALES RECONOCIDAS COMO INDISPENSABLES

### a. Introducción

**674** El artículo 3 común prohíbe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Esta disposición fue desarrollada en el Protocolo adicional II y forma parte del derecho internacional consuetudinario<sup>553</sup>.

**675** Esta disposición prohíbe la justicia “sumaria” o los juicios de cualquier tribunal que no puedan ser calificados como justos y legítimos. Sin embargo, no establece inmunidad contra los juicios por cualquier infracción; no impide que una persona que presuntamente ha cometido una infracción sea arrestada, enjuiciada, sentenciada y castigada conforme a derecho.

**676** El artículo 3 común se refiere, en inglés a “the passing of sentences” (en español, “las condenas dictadas”). El término “sentence” se define en inglés como “[t]he judgement that a court formally pronounces after finding a criminal defendant guilty; the punishment imposed on a criminal wrongdoer” (juicio que pronuncia formalmente un tribunal luego de hallar culpable al acusado de una infracción; castigo impuesto a un delincuente penal)<sup>554</sup>. Esto significa que la garantía de un proceso equitativo establecida en el artículo 3 común se aplica al enjuiciamiento y el castigo de personas acusadas de infracciones penales.

**677** En cuanto a “las ejecuciones”, que no están prohibidas por el artículo 3 común, otros tratados pueden tener un impacto para los Estados Partes. En primer lugar, el Protocolo adicional II limita el derecho a imponer la pena de muerte, y ejecutarla, a personas menores de dieciocho años de edad en el momento en que cometieron la infracción y a las mujeres embarazadas o madres de niños de corta edad, respectivamente<sup>555</sup>. El derecho humanitario no prohíbe la imposición de penas de muerte o la ejecución de penas de muerte contra otras personas.

---

<sup>553</sup> PA II, art. 6(2); Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 100. V. también PA I, art. 75.

<sup>554</sup> Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, décima edición, Thomson Reuters, 2014, págs. 1569-1570.

<sup>555</sup> PA II, art. 6(4). En relación con los conflictos armados internacionales, V. el art. 68(4) del CG IV y arts. 76(3) y 77(5) del PA I.



Sin embargo, establece normas estrictas en relación con los conflictos armados internacionales en cuanto al procedimiento según el cual puede dictarse y ejecutarse una pena de muerte<sup>556</sup>. Además, varios tratados prohíben la pena de muerte en general para los Estados Partes<sup>557</sup>. Numerosos países han abolido la pena de muerte, incluso por crímenes militares<sup>558</sup>.

### *b. Tribunales legítimamente constituidos*

**678** El requisito de que se constituya un tribunal legítimamente fue reemplazado en el artículo 6(2) del Protocolo adicional II por el requisito de un tribunal “que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad”. Esta formulación fue tomada del artículo 84 del Convenio de Ginebra III. Se centra más en la capacidad del tribunal de llevar adelante un proceso equitativo que en la forma en que se lo ha constituido. Así, se toma en consideración la realidad de los conflictos armados no internacionales (v. también los apartados 692–693). Los Elementos de los Crímenes de la CPI también definen los “tribunales regularmente constituidos” como los tribunales que ofrecen “las garantías esenciales de independencia e imparcialidad”<sup>559</sup>. Según estos textos, los requisitos de independencia e imparcialidad son las piedras angulares para interpretar el significado de este término.

---

556 V. CG III, arts 100–101 y 107, y CG IV, arts. 68, 71 y 74–75.

557 Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1989); Protocolo de la Convención Americana sobre derechos humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990); y Protocolos 6 (1983) y 13 (2002) del Convenio Europeo de derechos humanos.

558 El art. 2(1) del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 1989, permite que los Estados formulen una reserva al Protocolo “en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por una infracción sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra”. Se formularon ocho reservas a este artículo, tres de las cuales fueron retiradas y cinco siguen en vigor. El Protocolo de 1990 de la Convención Americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte permite reservas similares. Dos Estados formularon reservas al respecto, y ambas están en vigor. Para más información sobre la pena de muerte, v., por ej., Hans Nelen y Jacques Claessen (eds.), *Beyond the Death Penalty: Reflections on Punishment*, Intersentia, Cambridge, 2012; Sarat, Austin y Jürgen Martschukat (eds.), *Is the Death Penalty Dying? European and American Perspectives*, Cambridge University Press, 2011; William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, tercera edición, Cambridge University Press, 2002, y “The Right to Life”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, págs. 365–385; y Elizabeth Wicks, *The Right to Life and Conflicting Interests*, Oxford University Press, 2010.

559 Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(c)(iv).

**679** El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 1966, y otros tratados de derechos humanos establecen el derecho a un proceso equitativo. Estos tratados especifican que, para que un juicio sea justo, debe ser realizado por un tribunal que sea “independiente” e “imparcial”<sup>560</sup>. Diversos organismos de derechos humanos han afirmado que los principios fundamentales de proceso equitativo y el requisito de que los tribunales sean independientes e imparciales nunca pueden suprimirse<sup>561</sup>. La interpretación dada a estos términos por dichos organismos también es pertinente en el contexto del artículo 3 común, al menos para los tribunales dirigidos por las autoridades estatales.

**680** Para que un tribunal sea independiente, debe poder cumplir sus funciones sin interferencia de cualquier otro poder del gobierno, especialmente del ejecutivo<sup>562</sup>. Por lo tanto, los jueces deben tener garantías de seguridad en el cargo<sup>563</sup>. El requisito de independencia no necesariamente impide que el tribunal esté integrado por personas del poder ejecutivo del gobierno, por ejemplo, miembros de las fuerzas armadas, en la medida en que se apliquen los procedimientos para garantizar que cumplan sus funciones judiciales en forma independiente e imparcial.

**560** Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(1); Convención sobre los derechos del niño (1989), art. 40(2)(b); Convenio Europeo de derechos humanos (1950), art. 6(1); Convención Americana sobre derechos humanos (1969), art. 8(1); y Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (1981), arts. 7 y 26.

**561** V. Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación general n.º 29. Estados de emergencia (artículo 4)*, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párrs. 11 y 16; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Civil Liberties Organisation and others v. Nigeria*, decisión, 2001, párr. 27; Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, Doc. de la OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párrs. 245-247; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las garantías judiciales*, opinión consultiva, 1987, párrs. 29-30.

**562** V., por ej., Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for Free Speech v. Nigeria*, decisión, 1999, párrs. 15-16; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Belilos case*, fallo, 1988, párr. 64; *Findlay v. UK*, fallo, 1997, párrs. 73-77; y Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Bahamonde v. Equatorial Guinea*, opiniones, 1993, párr. 9.4.

**563** Para mayor exhaustividad, v. Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación general n.º 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, Doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 19, y Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (1985). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos subrayó la necesidad de libertad de toda interferencia del ejecutivo y de la seguridad en el cargo de los jueces; v. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 1992-1993*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.83 doc. 14, 12 de marzo de 1993, pág. 207, y *Caso 11.006 (Perú)*, informe, 1995, sección VI(2)(a). V. también Corte Suprema de Canadá, *Ell case*, fallo, 2003, párrs. 18-32, y Estados Unidos, Corte Suprema, *Hamdan case*, fallo, 2006, pág. 632.

**681** El requisito de imparcialidad tiene dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo. En primer lugar, para que el tribunal sea imparcial, los jueces que lo integren no deben permitir que su juicio sea influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de forma que promueva indebidamente los intereses de una parte<sup>564</sup>. En segundo lugar, el tribunal debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir que debe parecer imparcial a un observador razonable<sup>565</sup>. Estos dos aspectos del requisito de imparcialidad también han sido aplicados por el TPIY y el TPIR<sup>566</sup>.

**682** Los requisitos de independencia de la judicatura, especialmente respecto del poder ejecutivo, y de la imparcialidad subjetiva y objetiva se aplican por igual a los tribunales civiles, militares y especiales. El enjuiciamiento de civiles por tribunales militares o especiales debe ser excepcional y tener un lugar en condiciones en que puedan observarse genuinamente las plenas garantías del proceso equitativo que requiere el artículo 3 común<sup>567</sup>.

---

<sup>564</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación general n.º 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, Doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 21; *Karttunen v. Finland*, opiniones, 1992, párr. 7.2; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Incal v. Turkey*, fallo, 1998, párr. 65. V. también Australia, Tribunal Militar en Rabaul, *Ohashi case*, fallo, 1946.

<sup>565</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación general n.º 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, Doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 21; v. también Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Constitutional Rights Project v. Nigeria*, decisión, 1995, párr. 8; *Malawi African Association and others v. Mauritania*, decisión, 2000, párr. 98; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Piersack v. Belgium*, fallo, 1982, párrs. 28–34; *De Cubber case*, fallo, 1984, párrs. 24–26; *Findlay v. UK*, fallo, 1997, párr. 73; y Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, *Caso 10.970 (Perú)*, informe, 1996, sección V(B)(3)(c).

<sup>566</sup> V., por ej., TPIY, *Furundžija case*, fallo en apelación, 2000, párrs. 189–191; *Mucić case*, fallo en apelación, 2001, párrs. 682–684; y *Galić*, fallo en apelación, 2006, párrs. 37–41; TPIR, *Akayesu case*, fallo en apelación, 2001, párrs. 203–207; *Rutaganda case*, fallo en apelación, 2003, párrs. 39–41; y *Nahimana case*, fallo en apelación, 2007, párrs. 47–50.

<sup>567</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación general n.º 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, Doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 22. En numerosos casos, se halló que esos tribunales no fueron satisfactorios. V., por ej., Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Espinoza de Polay v. Peru*, opiniones, 1997, párr. 8; Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Constitutional Rights Project v. Nigeria*, decisión, 1995, párr. 8; *Civil Liberties Organisation and others v. Nigeria*, decisión, 2001, párrs. 25, 27 y 43–44; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Findlay v. UK*, fallo, 1997, párrs. 73–77; *Çiraklar v. Turkey*, fallo, 1998, párr. 38; *Mehdi Zana v. Turkey*, fallo, 2001, párrs. 22–23; *Şahiner v. Turkey*, fallo, 2001, párrs. 45–47; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 11.084 (Perú)*, informe, 1994, sección V(3); y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castillo Petruzzi and others v. Peru*, fallo, 1999, párrs. 132–133. Para mayor exhaustividad, v. Doswald-Beck, 2011, págs. 341–349.

### c. Garantías judiciales indispensables

**683** En la Conferencia Diplomática de 1949, se debatió si se incluía una lista de garantías en el artículo 3 común o si se hacía referencia al resto de los Convenios y las garantías contenidas en ellos. No se retuvo una propuesta de referencia a las garantías judiciales de los Convenios, incluido el artículo 105 del Convenio de Ginebra III<sup>568</sup>. Al final, se adoptó la formulación “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados” sin una lista de garantías específicas. Sin embargo, los delegados dejaron la interpretación totalmente abierta, dado que la frase establece que las garantías deben ser “reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. La formulación “reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados” fue reemplazada en los Elementos de los Crímenes de la CPI por “reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional”<sup>569</sup>, y así es como debería interpretarse en la actualidad.

**684** Si bien el artículo 3 común no contiene una lista de garantías judiciales específicas, el artículo 6 del Protocolo adicional II sí, y el requisito de un proceso equitativo establecido en el artículo 3 común hoy debe interpretarse a la luz de estas disposiciones y de su equivalente en el derecho consuetudinario<sup>570</sup>. Como se desprende de la frase “en particular” del artículo 6, esta lista no es exhaustiva, pero describe las garantías mínimas de un proceso equitativo generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional actual<sup>571</sup>. Las garantías judiciales enumeradas en el artículo 6 del Protocolo adicional II hoy se consideran parte del derecho consuetudinario<sup>572</sup>.

---

**568** *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, págs. 83-84.

**569** Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(c)(iv).

**570** V. también Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párr. 4597.

**571** Esta lista está respaldada por varios instrumentos de derecho de los derechos humanos. V., en particular, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 6; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 8; y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 7.

**572** V. Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, práctica relativa a la norma 100, disponible en [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul).

**685** Por consiguiente, las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables hoy en día incluyen, como mínimo:

- la obligación de informar al acusado sin demora de la naturaleza y la causa de la presunta infracción<sup>573</sup>;
- el requisito de que el acusado tenga los necesarios derechos y medios de defensa<sup>574</sup>;
- el derecho a no ser condenado por una infracción si no es sobre la base de la responsabilidad penal individual<sup>575</sup>;
- el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay crimen ni castigo si no existe una ley previa que establezca ese crimen) y la prohibición de aplicar una pena mayor que la aplicable en el momento de cometerse la infracción<sup>576</sup>;
- el derecho a la presunción de inocencia<sup>577</sup>;
- el derecho a hallarse presente en el momento del juicio<sup>578</sup>;

---

573 PA II, art. 6(2)(a). V. también PA I, art. 75(4)(a); Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(3)(a); Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 6(3)(a); y Convención Americana sobre Derechos Humanos(1969), art. 8(2)(b).

574 PA II, art. 6(2)(a). V. también PA I, art. 75(4)(a); Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(3); Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 6(3); Convención Americana sobre Derechos Humanos(1969), art. 8(2); y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 7(c).

575 PA II, art. 6(2)(b). V. también PA I, art. 75(4)(b).

576 PA II, art. 6(2)(c). V. también PA I, art. 75(4)(c); Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 15; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 7; Convención Americana sobre Derechos Humanos(1969), art. 9; y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 7(2).

577 PA II, art. 6(2)(d). V. también PA I, art. 75(4)(d); Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(2); Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 6(2); Convención Americana sobre Derechos Humanos(1969), art. 8(2); y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 7(1)(b).

578 PA II, art. 6(2)(e). V. también PA I, art. 75(4)(e), y Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(3)(d). Sobre la cuestión del juicio *in absentia*, v. el comentario del art. 49, párr. 2871.

- el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable<sup>579</sup>;
- el derecho a ser informado del derecho a interponer recursos judiciales y de otro tipo, así como de los plazos para ejercerlos<sup>580</sup>.

Para mayor exhaustividad sobre las garantías judiciales, v. el comentario del artículo 6 del Protocolo adicional II.

**686** En el artículo 75 del Protocolo adicional II, se ofrece una lista similar, que también ha sido hallada relevante en este contexto<sup>581</sup>. Ambas listas se inspiraron en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos<sup>582</sup>. El artículo 75 contiene tres garantías adicionales:

- 
- 579** PA II, art. 6(2)(f). V. también PA I, art. 75(4)(f); Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(3)(g); y Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 8(2)(g) y (3). Este derecho no está explícitamente establecido en el 1950 Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1959, pero ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como uno de los elementos del juicio conforme al art. 6(1); v., por ej., *Pishchalnikov v. Russia*, fallo, 2009, párr. 71.
- 580** PA II, art. 6(3). V. también PA I, art. 75(4)(j). Instrumentos de derechos humanos que garantizan un derecho de apelación; v. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(5); Convención sobre los derechos del niño (1989), art. 40(2)(b)(v); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 8(2)(h); Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 7(1)(a); y Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1984), art. 2(1). “La influencia del derecho de los derechos humanos en esta cuestión es tal que cabe afirmar que el derecho de recurso propiamente dicho, y no solo el derecho a ser informado de los recursos existentes, se ha convertido en un elemento básico del derecho a un proceso equitativo en el contexto de un conflicto armado.” (Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 100, págs. 401-422).
- 581** V., por ej., Estados Unidos, Corte Suprema, *Hamdan case*, fallo, 2006, págs. 632-634. (La Corte examinó el art. 75 del PA I y observó que, pese a que Estados Unidos no había ratificado el Protocolo, el gobierno de Estados Unidos no tenía problemas con el art. 75, y el que art. 75 establece muchos de los requisitos mínimos. Además, Estados Unidos es Parte en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 1966, que contiene muchos de esos mismos requisitos del proceso equitativo. La Corte determinó que las comisiones militares habían infringido los principios básicos según los cuales un acusado debe tener acceso a la evidencia en su contra y debe hallarse presente al momento del juicio) V. también Sandoz, Swinarski y Zimmermann, *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 internacionales (Protocolo I)*, párr. 3084, y CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 18.
- 582** Sobre la pertinencia del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, v., por ej., Reino Unido, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, párr. 15.30.5, y Estados Unidos, Corte Suprema, *Hamdan case*, fallo, 2006, págs. 632-634.

- el derecho a presentar e interrogar testigos<sup>583</sup>;
- el derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente<sup>584</sup>;
- el derecho a no ser enjuiciado ni castigado más de una vez por la misma parte por el mismo acto o por el mismo cargo (*non bis in idem*)<sup>585</sup>.

**687** Las dos primeras garantías adicionales no fueron incluidas en el Protocolo adicional II en respuesta al deseo de algunos delegados de mantener la lista lo más breve posible<sup>586</sup>. Sin embargo, con razón puede sostenerse que deberían aplicarse en los conflictos armados no internacionales en la medida en que son esenciales para un proceso equitativo y aparecen en los principales tratados de derechos humanos. La tercera garantía, el principio de *non bis in idem*, no fue incluida, porque “este principio no podría aplicarse entre los tribunales del gobierno y los tribunales de los rebeldes”<sup>587</sup>. Por consiguiente, puede argumentarse, *a contrario*, que debería aplicarse como una prohibición de una doble incriminación de juicio o castigo por la misma parte, del mismo modo que este principio está formulado en el artículo 75 del Protocolo adicional I. Un segundo juicio por la misma parte, por el mismo acto o por el mismo cargo, después de que se haya absuelto o condenado a la persona de que se trate, debería considerarse inequitativo.

**688** Como ya se ha observado, las listas que figuran en ambos Protocolos adicionales son ilustrativas y no exhaustivas. Su efecto acumulativo es garantizar que el acusado reciba un proceso equitativo. Cada derecho debería aplicarse de tal forma de garantizar un proceso equitativo. Además, los instrumentos de derechos humanos incluyen el derecho a ser juzgado “sin dilaciones indebidas” o “dentro de un plazo razonable”<sup>588</sup>.

583 PA I, art. 75(4)(g). V. también Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(3)(e); Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 6(3)(d); y Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 8(2)(f).

584 PA I, art. 75(4)(i). V. también Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(1); Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 6(1); y Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 8(5).

585 V. CG III, art. 86; CG IV, art. 117(3); y PA I, art. 75(4)(h). V. también Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(7); Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1984), art. 4; y Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 8(4).

586 Bothe, Partsch y Solf, pág. 745.

587 *Ibid.*

588 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 14(3)(c); Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 6(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 8(1); Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7(1)(d).

Este principio también está establecido en el artículo 103 del Convenio de Ginebra III, pero no en el artículo 6 del Protocolo adicional II ni en el artículo 75 del Protocolo adicional I. Sin embargo, las dilaciones indebidas también podrían empañar un proceso en el contexto de un conflicto armado no internacional y, por ende, deberían tomarse en consideración para evaluar la equidad de ese proceso.

#### *d. Tribunales constituidos por grupos armados no estatales*

**689** Se sabe que, en la práctica, grupos armados no estatales han constituido tribunales para enjuiciar a sus propios miembros por infracciones penales relacionadas con el conflicto armado<sup>589</sup>. Si bien el establecimiento de esos tribunales puede plantear cuestiones de legitimidad, el juicio por ese medio puede ser una alternativa a la justicia sumaria y una forma de que los grupos armados mantengan “la ley y el orden” y se haga respetar el derecho humanitario<sup>590</sup>. Con frecuencia se insta a los grupos armados a garantizar el respeto del derecho humanitario; por ejemplo, lo ha hecho el Consejo de Seguridad de la ONU<sup>591</sup>.

**690** La aplicación de la doctrina de la responsabilidad de los jefes militares a los conflictos armados no internacionales refuerza esta posición<sup>592</sup>. Según esta doctrina, los jefes de los grupos armados serían penalmente responsables si sabían, o tuvieran razones para saber, que sus subordinados cometieron crímenes de guerra y no tomaron todas las medidas necesarias y razonables en su poder para castigar a los responsables<sup>593</sup>. La CPI consideró la disponibilidad de un sistema judicial a través del cual un jefe de un grupo armado no estatal pudiera castigar los crímenes de guerra como un elemento importante en la aplicación de esta doctrina en la práctica<sup>594</sup>.

---

589 V. ejemplos de prácticas provistos por Sivakumaran, 2009, págs. 490-495, y 2012, págs. 550-555; Somer, págs. 678-682; y Willms, págs. 22-24.

590 Sivakumaran, 2009, págs. 490 y 497, y 2012, pág. 550.

591 V., por ej., Consejo de Seguridad de la ONU, res. 1479 (2003) sobre Côte d'Ivoire, párr. 8; res. 1509 (2003) sobre Liberia, párr. 10; res. 1962 (2010) sobre Côte d'Ivoire, párr. 9; res. 1933 (2010) sobre Côte d'Ivoire, párr. 13; res. 2041 (2012) sobre Afganistán, párr. 32; y res. 2139 (2014) sobre Siria, párr. 3.

592 Sivakumaran, 2009, pág. 497, y 2012, pág. 557; Sassòli, 2010, pág. 35; Somer, pág. 685.

593 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 52.

594 CPI, *Bemba case*, decisión sobre la confirmación de los cargos, 2009, párr. 501, y fallo en primera instancia, 2016, párrs. 205-209.



**691** Aunque su legitimidad no sea reconocida por el Estado, estos tribunales están sujetos al requisito del proceso equitativo en el artículo 3 común. Esto se desprende del párrafo 1 del artículo 3 común, que establece que “cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar”.

**692** El artículo 3 común requiere un “tribunal legítimamente constituido”. Si esto se refiriera exclusivamente a los tribunales estatales constituidos conforme al derecho interno, los grupos armados no estatales no podrían cumplir este requisito. La aplicación de esa norma del artículo 3 común a “cada una de las Partes en conflicto” quedaría entonces sin efecto. Por lo tanto, a fin de dar efecto a esta disposición, se puede argumentar que los tribunales están legítimamente constituidos en la medida en que estén constituidos de conformidad con las “leyes” del grupo armado<sup>595</sup>. Alternativamente, los grupos armados podrían utilizar los tribunales existentes y aplicar la legislación en vigor.

**693** Esta dificultad de interpretación que plantea el artículo 3 común fue reconocida en la Conferencia Diplomática de 1974-1977. Por ello, el requisito de un tribunal legítimamente constituido fue reemplazado en el Protocolo adicional II por el requisito de un tribunal que ofrezca “garantías esenciales de independencia e imparcialidad”. La fórmula que figura en el Protocolo adicional II fue tomada del artículo 84 del Convenio de Ginebra III y no halló oposición en los delegados en la Conferencia<sup>596</sup>.

---

595 V. Bond, pág. 372; Sivakumaran, 2009, págs. 499-500, y 2012, pág. 306; Somer, págs. 687-689; y Willms, pág. 6. El *Manual on the Law of Armed Conflict*, del Reino Unido, de 2004, observa que “el uso del término ‘ley’ sin más [en el art. 6(2)(c) del PA II] (...) también podría ser lo suficientemente amplio como para abarcar las leyes promulgadas por una autoridad insurgente” (párr. 15.42, nota al pie 94). Según Bothe/Partsch/Solf, pág. 746, “no hay argumentos para sostener el concepto de que los rebeldes no puedan cambiar el orden jurídico existente en el territorio en el que ejercen su poder real”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que “en algunas circunstancias, un tribunal que pertenece al sistema judicial de una entidad no reconocida por el derecho internacional puede ser considerado como un tribunal ‘establecido por ley’, siempre y cuando forme parte de un sistema judicial que funcione sobre ‘una base jurídica y constitucional’ que refleje una tradición jurídica compatible con el Convenio, a fin de permitir que los individuos gocen de las garantías del Convenio” (*Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, fallo, 2004, párr. 460).

596 Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párr. 4600.

**694** No debería realizarse ningún juicio, ni por las autoridades estatales ni por grupos armados no estatales, si no fuera posible dar estas garantías. Si un grupo armado puede celebrar juicios con estas garantías o no es una cuestión de hecho y debe determinarse caso por caso<sup>597</sup>. Si no puede ofrecerse un proceso equitativo, es posible considerar otras formas de detención, especialmente el internamiento por razones de seguridad (v. sección H). En tal caso, se debe respetar la prohibición de la detención arbitraria<sup>598</sup>.

**695** Este análisis se ofrece a los fines de determinar el cumplimiento por un grupo armado de los requisitos establecidos por el artículo 3 común. Nada de lo establecido en el artículo implica que un Estado deba reconocer o dar efecto jurídico a los resultados de un juicio o de otro procedimiento judicial conducido por una parte no estatal en el conflicto. Esta interpretación es coherente con el párrafo final del artículo 3 común con respecto al estatuto jurídico de las partes.

## 6. VIOLENCIA SEXUAL

### a. Introducción

**696** Si bien el artículo 3 común no prohíbe explícitamente la violencia sexual, sí lo hace implícitamente, dado que establece una obligación de trato humano y prohíbe los atentados contra la vida y la integridad corporal, lo que incluye las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los atentados contra la dignidad personal.

**697** El término “violencia sexual” se emplea para describir todo acto de índole sexual cometido contra una persona en circunstancias de coacción<sup>599</sup>. Por circunstancias de coacción se entiende la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder<sup>600</sup>. También se incluyen las situaciones en las que el autor se aprovecha de un entorno de coacción o de la incapacidad de una

---

597 V. en general Sivakumaran, 2009; Somer; y Willms.

598 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 99.

599 V. TPIR, *Akayesu* fallo en primera instancia, 1998, párr. 688. Para una reseña de este concepto en los conflictos armados, v., por ej., Durham; Gardam y Jarvis; Haeri y Puechguirbal; Brammertz y Jarvis; y Viseur Sellers y Rosenthal.

600 V. Elementos de los Crímenes de la CPI (2002), art. 8(2)(e)(vi)-6; v. también los arts. 7(1)(g)-6 y 8(2)(b)(xxii)-6, y OMS, *World report on violence and health*, Ginebra, 2002, págs. 149-181.

persona de dar su libre consentimiento<sup>601</sup>. La fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción pueden dirigirse contra la víctima o contra otra persona<sup>602</sup>. La violencia sexual abarca, asimismo, los actos de índole sexual que una persona es llevada a realizar por las circunstancias descritas más arriba<sup>603</sup>.

**698** La violencia sexual incluye actos como violación, prostitución forzada<sup>604</sup>, atentados al pudor<sup>605</sup>, esclavitud sexual, embarazo forzado y esterilización forzada<sup>606</sup>. Otros ejemplos tomados de decisiones de los tribunales penales internacionales incluyen la desnudez pública forzada<sup>607</sup>, el acoso sexual, como obligar a una persona a desnudarse<sup>608</sup>, y la mutilación de órganos sexuales<sup>609</sup>. Se ha considerado también que la violencia sexual abarca actos como matrimonio forzado, exámenes forzados para determinar la virginidad, explotación sexual, como obtener servicios sexuales a cambios de alimento o de protección, abortos forzados<sup>610</sup>, y trata para explotación sexual<sup>611</sup>.

---

**601** Los Elementos de los Crímenes de la CPI observan, en las notas al pie, que el crimen de guerra de violación se aplica también al crimen de guerra de violencia sexual: “Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad”.

**602** V. Elementos de los Crímenes de la CPI (2002) art. 8(2)(e)(vi)-6.

**603** *Ibíd.* V. también TPIY, *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 1066.

**604** V. PA II, art. (4)(2)(e). V. también CG IV, art. 27, y PA I, art. 75(2)(b). La violación y la prostitución forzada figuran como crímenes de guerra en el art. 8(2)(e)(vi) del Estatuto de la CPI de 1998, en el art. 4(e) del Estatuto del TPIR de 1994, en la sección 6(1)(e)(vi) del reglamento n.º 2000/15 de UNTAET y en el art. 3(e) del Estatuto del TESL de 2002.

**605** V. PA II, art. (4)(2)(e). V. también CG IV, art. 27, y PA I, art. 75(2)(b). Los atentados al pudor figuran como crimen de guerra en el art. 4(e) del Estatuto del TPIR de 1994 y en el art. 3(e) del Estatuto del TESL de 2002.

**606** La esclavitud sexual, el embarazo forzado y la esterilización forzada figuran como crímenes de guerra en el art. 8(2)(e)(vi) del Estatuto de la CPI de 1998 y en la sección 6(1)(e)(vi) reglamento n.º 2000/15 de UNTAET.

**607** TPIR, *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 688. V. también TPIY, *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párrs. 766-774.

**608** TPIR, *Akayesu* fallo en primera instancia, 1998, párr. 693. V. también Bastick, Grimm y Kunz, pág. 19.

**609** V. TPIR, *Bagosora case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 976.

**610** Acerca de todos estos ejemplos, v. Bastick, Grimm y Kunz, pág. 19; OMS, *World report on violence and health*, Ginebra, 2002, pág. 149 y OMS, *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, Ginebra, 2003, pág. 7.

**611** La trata para explotación sexual con frecuencia caería dentro de la definición de prostitución forzada, pero puede implicar, por ejemplo, la explotación sexual de personas para someterlas a pornografía. V. Comité Permanente entre Organismos, *Guidelines for Integrating Gender-based Violence Interventions in Humanitarian Action*, pág. 6. V. también Protocolo para prevenir la trata de personas (2000), art. 3.

**699** Como se explica más abajo, la jurisprudencia y los estatutos de los tribunales penales internacionales muestran que la violencia sexual puede equipararse a uno o varios de los actos prohibidos enumerados en el artículo 3 común. Con frecuencia, esos actos no corresponderán a solo una de las categorías de actos prohibidos que figuran en el artículo 3, pero puede constituir, por ejemplo, tanto “atentados contra la vida y la integridad corporal” como “atentados contra la dignidad personal”. Además, la violencia sexual puede ocurrir como una sucesión de actos prohibidos, por ejemplo, violación seguida de homicidio o de desnudez pública forzada<sup>612</sup>.

**700** El artículo 27(2) del Convenio de Ginebra IV establece específicamente la protección de las mujeres contra la violación, la prostitución forzada y los atentados al pudor<sup>613</sup>. Sin embargo, hoy en día se reconoce que la prohibición de la violencia sexual abarca la violencia no solo contra las mujeres y las niñas, sino también contra toda persona, incluidos los hombres y los niños.<sup>614</sup> Tanto el artículo (4)(2)(e) del Protocolo adicional II y el artículo 75(2)(b) del Protocolo adicional I prohíben los actos de violencia sexual independientemente del sexo de la víctima<sup>615</sup>. Lo mismo ocurre en el derecho internacional consuetudinario<sup>616</sup>. Los estatutos de los tribunales penales internacionales también definen los crímenes de violencia sexual en términos neutrales por lo que respecta al género<sup>617</sup>. Si bien la mayoría de las víctimas de violencia sexual en conflictos armados son mujeres y niñas, también suelen serlo hombres y niños, sobre todo cuando están retenidos en centros de detención<sup>618</sup>.

## *b. La prohibición de la violencia sexual según el artículo 3 común*

### **i. La violencia sexual y el requisito de trato humano**

**701** La violencia sexual está prohibida por el artículo 3 común, ya que es una infracción de la obligación de trato humano debido a las personas que no participan

<sup>612</sup> V., por ej., TPIR, *Bagosora case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 933.

<sup>613</sup> V. también PA I, art. 76(1).

<sup>614</sup> Con la excepción del embarazo forzado, el aborto forzado y el examen forzado para determinar la virginidad que, por su naturaleza, solo pueden cometerse contra mujeres y niñas.

<sup>615</sup> Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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 internacionales (Protocolo I)*, párr. 3049.

<sup>616</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 93, pág. 369.

<sup>617</sup> V. Estatuto del TPIR (1994), art. 4(e); Estatuto de la CPI (1998), art. 8(2)(e)(vi); reglamento de UNTAET n.º 2000/15, sección 6(1)(e)(vi); y Estatuto del TESL (2002), art. 3(e).

<sup>618</sup> V. Lindsey, pág. 29; Solangon y Patel, págs. 417-442; y Sivakumaran, 2010b.

directamente en las hostilidades. La violación, la prostitución forzada y los atentados contra el pudor se enumeran como ejemplos de trato considerado inhumano en el artículo 27 del Convenio de Ginebra IV. Por lo tanto, esos actos también pueden considerarse inhumanos en el contexto del artículo 3 común<sup>619</sup>.

## **ii. La violencia sexual y la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura**

**702** La violencia sexual con frecuencia caerá dentro de la prohibición de los “atentados contra la vida y la integridad corporal” y se ha hallado que constituye tortura, mutilación o tratos crueles.

**703** El TPIY y el TPIR han sostenido que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura. Ambos tribunales, al igual que algunos organismos de derechos humanos, hallaron que la violación *per se* alcanzaba el umbral de severidad para ser tortura, ya que necesariamente implica dolor y sufrimiento severos<sup>620</sup>. Por ejemplo, en el caso *Kunarac*, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo que “[l]a violencia sexual necesariamente causa dolor y sufrimiento severos, así sean físicos o mentales, y por ello se justifica su caracterización como un acto de tortura”<sup>621</sup>. El TPIY consideró también que ser forzado a observar ataques sexuales contra un conocido también era tortura para el observador forzado<sup>622</sup>.

<sup>619</sup> En el contexto de crímenes contra la humanidad, se ha hallado que los actos inhumanos incluyen la violencia sexual; v., por ej., TPIR, *Muvunyi case*, fallo en primera instancia, 2006, párr. 528; *Kamuhanda case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 710; y TESL, *Brima case*, fallo en apelación, 2008, párr. 184.

<sup>620</sup> V. TPIY, *Brdanin case*, fallo en primera instancia, 2004, párr. 485; *Stanišić and Župljanin case*, fallo en primera instancia, 2013, párr. 48; *Delalić case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 495; *Kunarac case*, fallo en apelación, 2002, párr. 151; y TPIR, *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 682. Para consultar ejemplos tomados del derecho de los derechos humanos, v. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aydin v. Turkey*, fallo, 1997, párrs. 82–86; Comité de la ONU contra la Tortura, *T.A. v. Sweden*, decisiones, 2005, párrs. 2.4 y 7.3; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 10.970 (Perú)*, informe, 1996, pág. 185; y *Informe del relator especial sobre la tortura*, Doc. ONU E/CN.4/1986/15, 19 de febrero de 1986, párr. 119.

<sup>621</sup> TPIY, *Kunarac case*, fallo en apelación, 2002, párr. 150.

<sup>622</sup> TPIY, *Furundžija case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 267. V. también *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 149. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos halló que ser forzado a presenciar la violación de terceros constituye un trato cruel; v. *Caso 11.565 (México)*, informe, 1999, párr. 53.

**704** Asimismo, se ha sostenido que ciertos actos de violencia sexual constituyen mutilaciones o tratos crueles o inhumanos. En el caso Prlić, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo que “toda violencia sexual infligida a la integridad física y moral de una persona por medio de amenaza, intimidación o fuerza, de tal forma que degrade o humille a la víctima, puede constituir trato inhumano”<sup>623</sup>. Se ha hallado también que la esterilización involuntaria constituye trato cruel<sup>624</sup>. Un ejemplo de mutilación en el contexto de violencia sexual es la mutilación de órganos sexuales<sup>625</sup>.

### iii. La violencia sexual y la prohibición de los atentados contra la dignidad personal

**705** La prohibición de los “atentados contra la dignidad personal” que contiene el artículo 3 común abarca los actos de violencia sexual. Esta interpretación ha sido confirmada por la posterior inclusión de algunos actos de violencia sexual como atentados contra la dignidad personal en el artículo (4)(2)(e) del Protocolo adicional II y en los estatutos de tribunales penales internacionales. El artículo (4)(2)(e) del Protocolo adicional II enumera los “atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”<sup>626</sup>. Los Estatutos del TPIR y el TESL también enumeran la violación, la prostitución forzada y toda forma de atentado al pudor como atentados contra la dignidad personal conforme al artículo 3 común<sup>627</sup>.

---

**623** TPIY, *Prlić case*, fallo en primera instancia, 2013, párr. 116. No existe diferencia entre la noción de “trato inhumano” cometido en un conflicto armado internacional y la noción de “trato cruel” prohibido conforme el art. 3 común; v. el comentario del art. 50, párr. 2982.

**624** Comité de la ONU contra la Tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la convención: Perú*, Doc. ONU CAT/C/PER/CO/4, 25 de julio de 2006, párr. 23.

**625** V., por ej., TPIR, *Bagosora case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 2266; *Kajelijeli case*, fallo en primera instancia, 2003, párrs. 935–936; TPIY, *Tadić case*, fallo en primera instancia, 1997, párrs. 45 y 237; Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, Doc. de la ONU E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002, párr. 42; y Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, Nueva York, septiembre de 1996.

**626** Esta formulación del PA II fue tomada directamente del art. 27 del CG IV. V. *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Report to Committee I on the proceedings of Working Group B, pág. 104.

**627** V. Estatuto del TPIR (1994), art. 4(e), y Estatuto del TESL (2002), art. 3(e).

**706** Los tribunales internacionales han sostenido, en numerosas ocasiones, que la violencia sexual corresponde a la categoría de atentados contra la dignidad personal, incluidos los tratos humillantes y degradantes. Algunos ejemplos de violencia sexual considerada trato humillante o degradante son los siguientes: violación<sup>628</sup>, desnudez pública forzada<sup>629</sup>, esclavitud sexual, incluido el secuestro de mujeres y niñas como “esposas de los bosques”, una forma conyugal de esclavitud sexual<sup>630</sup>, atentado contra el pudor<sup>631</sup>, o hacer padecer el temor constante a ser sometido a violencia física, mental o sexual<sup>632</sup>. En el caso *Bagosora*, la Sala de Primera Instancia del TPIR halló al acusado culpable de atentados contra la dignidad personal por violación como infracción del artículo 3 común y del Protocolo adicional II<sup>633</sup>.

**707** Por último, también es importante observar que algunos actos de violencia sexual se han reconocido como crímenes de guerra distintos en conflictos armados internacionales y no internacionales, y fueron incluidos como tales en el Estatuto de la CPI<sup>634</sup>.

## 7. NO DEVOLUCIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 3 COMÚN

**708** Dados los derechos fundamentales que protege, debería interpretarse que el artículo 3 común también prohíbe que las partes en conflicto transfieran personas en su poder a otra autoridad cuando esas personas correrían el peligro de sufrir una violación de esos derechos fundamentales al ser transferidas. La prohibición de esas transferencias se conoce como “no devolución”.

---

628 TPIY, *Furundžija case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 270-275; TPIR, *Ndindiliyimana case*, fallo en primera instancia, 2011, párr. 2158.

629 TPIY, *Kunarac case*, fallo en primera instancia, 2001, párrs. 766-774.

630 SCSL, *Taylor case*, fallo en primera instancia, 2012, párr. 432.

631 TPIY, *Furundžija case*, fallo en primera instancia, 1998, párr. 272.

632 TPIY, *Kvočka case*, fallo en primera instancia, 2001, párr. 173.

633 TPIR, *Bagosora case*, fallo en primera instancia, 2008, párr. 2254.

634 Estatuto de la CPI (1998), art. 8(2)(e)(vi)1-6: crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave del art. 3 común. Acerca de la primera condena dictada por la CPI por el crimen de guerra de violación, v. *Bemba case*, fallo en primera instancia, 2016, párrs. 98-112 y 631-638. V. también reglamento de UNTAET n.º 2000/15, sección 6(1)(e)(vi).

**709** El principio de no devolución, en su sentido tradicional, prohíbe la transferencia de una persona de un Estado a otro de la manera que sea, si existen motivos suficientes para creer que esa persona correría el peligro de sufrir una violación de algunos derechos fundamentales en la jurisdicción de ese Estado. Esto se reconoce especialmente en relación con la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la privación arbitraria de la vida (incluso como resultado de una pena de muerte pronunciada sin las garantías fundamentales del debido proceso), o la persecución por motivos vinculados con la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a determinado grupo social o político. El principio de no devolución está expresado, con algunas variaciones en cuanto a su ámbito de aplicación, en numerosos instrumentos jurídicos internacionales, incluidos el derecho humanitario, el derecho de los refugiados, el derecho internacional de los derechos humanos y algunos tratados sobre extradición<sup>635</sup>. Además es, en esencia, un principio del derecho internacional consuetudinario<sup>636</sup>.

**710** El artículo 3 común no contiene una prohibición explícita de la devolución. Sin embargo, en opinión del CICR, las prohibiciones categóricas que figuran en el artículo 3 común también prohibirían la transferencia de personas a lugares

---

**635** El CG III prohíbe la transferencia de prisioneros de guerra a Estados que no desean o no puedan aplicar el CG III (art. 12) y establece que “[n]ingún prisionero de guerra herido o enfermo candidato a la repatriación, de conformidad con el párrafo primero del presente Artículo, podrá ser repatriado, durante las hostilidades, contra su voluntad” (art. 109(3)); el CG IV prohíbe la transferencia de personas protegidas a Estados que no desean o no puedan aplicar el CG IV y establece que “[e]n ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas” (art. 45). Otros tratados que prohíben específicamente la devolución son: Convención sobre los refugiados (1951), art. 33; OUA, Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África (1969), art. II(3); Convención contra la tortura (1984), art. 3; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), art. 16(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 22(8); Convención Interamericana contra la tortura (1985), art. 13(4); y Carta de la UE de derechos fundamentales (2000), art. 19(2). V. también *Bangkok Principles on Status and Treatment of Refugees* (2001), art. III (1). Este comentario no aborda las obligaciones de un Estado de no devolver en masa a personas que intentan ingresar en su territorio para huir de una situación de conflicto armado.

**636** ACNUR, “The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93”, 31 de enero de 1994; ACNUR, “Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol”, 26 de enero de 2007, párrs. 15 y 21. V. también Lauterpacht y Bethlehem, págs. 87-177, y Hathaway, págs. 503-536.



o autoridades donde haya motivos razonables para creer que correrían el peligro de ser sometidas a atentados contra la vida y la integridad corporal, como homicidio o tortura y otras formas de malos tratos<sup>637</sup>. Si bien se ha sostenido que los argumentos a favor de la interpretación según la cual la obligación de no devolución forma parte del derecho humanitario aplicable en conflictos armados no internacionales son “extremadamente frágiles”<sup>638</sup>, algunos expertos gubernamentales han observado, en cambio, que esa obligación “ya está implícita en el DIH existente”<sup>639</sup>. En realidad, del mismo modo que los Convenios de Ginebra prohíben eludir la protección debida a las personas protegidas en conflictos armados internacionales transfiriéndolas a una Alta Parte Contratante que no cumpla sus disposiciones<sup>640</sup>, el derecho humanitario aplicable en conflictos armados no internacionales no debería ser eludido transfiriendo personas a otra parte en el conflicto o a otro Estado u organización internacional que no sean partes en el conflicto<sup>641</sup>. Posiblemente, esto también pueda decirse respecto de todas las garantías fundamentales que contiene el artículo 3 común, incluido el trato humano, así como la prohibición de tomar rehenes y de dictar sentencias sin ofrecer todas las garantías judiciales<sup>642</sup>. Para el último caso, sin embargo, y considerando la interpretación más restrictiva de la jurisprudencia en derechos humanos, la prohibición de la devolución probablemente se limite, a lo sumo, a los juicios que son manifiestamente inequitativos<sup>643</sup>.

---

637 V. Gisel.

638 Françoise J. Hampson, “The Scope of the Obligation Not to Return Fighters under the Law of Armed Conflict”, en Cantor, David James y Jean-François Durieux (eds.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, págs. 373–385, en particular 385.

639 CICR, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, CICR, Ginebra, noviembre de 2013, pág. 23.

640 V. especialmente CG III, art. 12; CG IV, art. 45; y art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

641 Durante las consultas a expertos realizadas por el CICR, “[n]umerosos expertos coincidieron en que el artículo 3 común prohibiría como mínimo a una parte en un CANI [conflicto armado no internacional] eludir las normas del artículo mediante la transferencia deliberado de un detenido a otra parte que las infringiría”. CICR, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, CICR, Ginebra, noviembre de 2013, pág. 23. V. también TPYI, *Mrkšić case*, fallo en apelación, 2009, párrs. 70–71.

642 V. “Copenhagen Process: Principles and Guidelines (2012), Commentary”, párr. 15.4 (“En situaciones de transferencia, es importante garantizar que el detenido que es transferido no sea sometido a un riesgo real de sufrir violaciones que infrinjan las obligaciones del derecho internacional relativas al trato humano y al debido proceso.”)

643 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, fallo, 2005, párr. 90; Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Yin Fong v. Australia*, opiniones, 2009, párr. 9.7.

**711** En cierta medida, esta es la lógica del artículo 5(4) del Protocolo adicional II, que requiere que las autoridades que decidan liberar a una persona adopten “las medidas necesarias para garantizar la seguridad de [esa] persona”. Este principio también se invocó y se puso en práctica en relación con el retorno de prisioneros de guerra de conformidad con el artículo 118 del Convenio de Ginebra III, aunque el texto de ese artículo no hace referencia a la no devolución<sup>644</sup>. Por último, aunque no por ello menos importante, el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra contiene la obligación de “hacer respetar” los Convenios<sup>645</sup>. Si una parte en conflicto transfiere a un detenido a otra autoridad, bajo cuya custodia el detenido correría el peligro de ser sometido a una violación de sus derechos fundamentales establecidos en el artículo 3 común, esa parte en conflicto no habría hecho todo lo posible para hacer respetar el artículo 3 común<sup>646</sup>.

---

644 Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, CICR, 1960, págs. 547-548:

No puede hacerse ninguna excepción a esta norma [que la Potencia detenedora debe repatriar a los prisioneros de guerra sin demora luego del cese de las hostilidades activas] a menos que existan razones serias para temer que un prisionero de guerra que se opone a ser repatriado pueda, luego de su repatriación, ser sometido a medidas injustas que afecten su vida o su libertad, especialmente por motivos vinculados con la raza, la clase social, las opiniones políticas o religiosas, y que consecuentemente la repatriación sería contraria a los principios generales del derecho internacional para la protección del ser humano. Cada caso debe examinarse individualmente.

V. también CICR, *Annual Report 1987*, CICR, Ginebra, 1988, pág. 77; CICR, *Annual Report 1991*, CICR, Ginebra, 1992, págs. 111-112; CICR, *Annual Report 1992*, CICR, Ginebra, 1993, págs.

141-142; CICR, *Annual Report 2000*, CICR, Ginebra, 2001, pág. 201. V. también Alain Aeschlimann, “La protección de los detenidos: la acción del CICR tras las rejas”, *International Review of the Red Cross*, n.º 857, marzo de 2005, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6e3lt2.htm>, y Meron, 2000, págs. 253-256.

645 CICR, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, CICR, Ginebra, noviembre de 2013, pág. 24 (donde se recuerda que algunos expertos consideraron las obligaciones relativas a las transferencias como “parte de las obligaciones de los Estados establecidas en el artículo 1 común de tomar las medidas necesarias para garantizar que otros Estados respeten el DIH”); Horowitz, págs. 50-51. Reuven (Ruvi) Ziegler desarrolla este argumento para la transferencia de detenidos por Estados no beligerantes a Estados partes en conflictos armados no internacionales en “Non-Refoulement between ‘Common Article 1’ and ‘Common Article 3’”, en Cantor, David James, y Jean-François Durieux (eds.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, págs. 386-408.

646 V. Gisel, págs. 118-120.

**712** La interpretación según la cual el artículo 3 común prohibiría la devolución está respaldada por el hecho de que la prohibición absoluta de la tortura, los tratos crueles y los atentados contra la dignidad personal que contiene el artículo 3 común debe interpretarse “a la luz de las disposiciones paralelas que contiene el derecho de los derechos humanos”<sup>647</sup>. En realidad, la lógica del artículo 3 común es la misma: si las prohibiciones absolutas en el derecho de los derechos humanos significan que las autoridades no solo deben abstenerse de someter a las personas a ese trato, sino también de transferirlas a lugares donde serán sometidas a ese trato, ninguna razón justificaría lo contrario en el derecho humanitario<sup>648</sup>. Además, en la jurisprudencia internacional y del Comité de Derechos humanos de la ONU, también se ha hallado que el principio de no devolución es un componente integral de la protección de ciertos derechos –el derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a la privación arbitraria de la vida–, aunque no estén establecidos en una disposición aparte<sup>649</sup>.

---

<sup>647</sup> Droege, 2008, pág. 675. V. también Bellinger y Padmanabhan, pág. 236, y Horowitz, pág. 57.

<sup>648</sup> Droege, 2008, pág. 675. V. también Sanderson, págs. 798–799, y Byers.

<sup>649</sup> Acerca de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, v. párrs. 613–614. Sobre el art. 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 1966, v. Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación general n.º 20, artículo 7 (Prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes)*, 10 de marzo de 1992, párr. 9, y *Observación general n.º 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Doc. de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 12, y jurisprudencia. Sobre el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1959, v. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering v. UK*, fallo, 1989, párrs. 88–91; *Chahal v. UK*, fallo, 1996, párr. 74; y *El Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, fallo, 2012, párr. 212. Las transferencias que pueden dar lugar a una cadena de devoluciones también están prohibidas: v. *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, fallo, 2012, párrs. 146–147, entre otros. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha sostenido que los Estados Partes en el Convenio que hayan ratificado su Protocolo 13 de 2002 por el que se prohíbe la pena de muerte no pueden devolver a personas a Estados en los que corran el riesgo de ser sometidas a la pena de muerte, independientemente de si el proceso ha sido equitativo o no: v. *Al-Saadoon and Mufdhi v. UK*, fallo, 2010, párrs. 115–120 y 137. V. también Comité de la ONU de los Derechos del Niño, *Observación general n.º 6 (2005). Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párr. 28, en el que se establece que, dado el alto riesgo de daño irreparable en el marco de los derechos humanos fundamentales, en particular el derecho a la vida, los Estados no deben trasladar a menores cuando “exista un riesgo real de reclutamiento de menores para las fuerzas armadas, no solo a título de combatiente, sino también con la finalidad de ofrecer servicios sexuales a los miembros de las fuerzas armadas, o si existe peligro real de participación directa o indirecta en las hostilidades, sea como combatiente o realizando cualesquiera otras funciones militares”.

**713** Por lo que respecta a quién está regido por la prohibición de la devolución, la lógica del artículo 3 común requiere no solo que las partes estatales en conflictos armados no internacionales, sino también las no estatales se rijan por él. Lo que desencadena la aplicación del principio de no devolución es la transferencia del control de la parte no estatal al control de otra autoridad (estatal o no estatal). Por ejemplo, el artículo 3 común prohibiría que una parte no estatal en un conflicto devolviera a una persona al territorio controlado por un adversario o por una parte no estatal aliada si existiera el riesgo de que esa persona fuera sometida a malos tratos en ese territorio o estando en poder de ese grupo, respectivamente.

**714** Cuando tropas o autoridades extranjeras se hallan deteniendo o ejerciendo autoridad y control sobre personas, el principio de no devolución se aplicará a toda transferencia de personas de esas autoridades al territorio o al control de otro Estado (con frecuencia, el Estado anfitrión) o a una organización internacional<sup>650</sup>. Si las tropas extranjeras están bajo el mando y el control de una organización internacional, la prohibición de la devolución deriva del derecho consuetudinario, que es vinculante para las organizaciones internacionales, y de la continua aplicabilidad de las obligaciones del derecho humanitario y del derecho de los derechos humanos de los Estados que aportan tropas a las organizaciones internacionales, incluso cuando estas operen en el exterior<sup>651</sup>. Sin embargo, algunos Estados que han participado en transferencias por sus fuerzas en el exterior no han aceptado la aplicación del principio de no devolución en estas situaciones<sup>652</sup>.

---

**650** Droege, 2008, págs. 683-687. V. también Departamento de la ONU de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, *Interim Standard Operating Procedures: Detention in United Nations Peace Operations*, 24 de enero de 2010, párr. 80.

**651** Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación general n.º 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 10; *Observaciones finales: Bélgica*, Doc. ONU CCPR/CO/81/BEL, 12 de agosto de 2004, párr. 6; *Comments by the Government of Germany to the Concluding Observations*, Doc. ONU CCPR/CO/80/DEU/Add.1, 5 de enero de 2005; *Observaciones finales: Polonia*, Doc. ONU CCPR/CO/82/POL, 2 de diciembre de 2004, párr. 3; *Consideration of periodic reports: Italy*, Doc. ONU CCPR/C/SR.1680, 24 de septiembre de 1998, párr. 22; *Consideration of periodic reports: Belgium*, Doc. ONU CCPR/C/SR.1707, 27 de octubre de 1998, párr. 22; y *Consideration of periodic reports: Canada*, Doc. ONU CPR/C/SR.1738, 7 de marzo de 1999, párrs. 29 y 32-33. V. también Boletín del secretario general de la ONU (1999), sección 2. Las obligaciones de derechos humanos del Estado anfitrión también pueden aplicarse.; v. Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observaciones finales: Kosovo (República de Serbia)*, Doc. ONU CCPR/C/UNK/CO/1, 14 de agosto de 2006.

**652** V. Gillard, págs. 712-715, y Bellinger y Padmanabhan, pág. 237.

Esta posición ha recibido críticas de organismos de derechos humanos<sup>653</sup>. En opinión del CICR, el principio de no devolución se aplica independientemente del cruce de una frontera. Lo que importa a los fines del principio de no devolución conforme al artículo 3 común es la transferencia de control sobre una persona<sup>654</sup>.

**715** De la prohibición de la devolución se desprende que una parte en conflicto que planifique devolver o transferir a una persona al control de otra autoridad debe evaluar cuidadosamente y de buena fe si existen motivos razonables para creer que esa persona sería sometida a tortura, otras formas de malos tratos, privación arbitraria de la vida o persecución luego de la transferencia. Si existen motivos razonables para creerlo, la persona no debe ser transferida a menos que se adopten medidas eficaces para eliminar ese riesgo. La evaluación debería abarcar las políticas y las prácticas de las autoridades receptoras y las circunstancias personales y los temores subjetivos del detenido en forma individual<sup>655</sup>, sobre la base de entrevistas con el detenido, el propio conocimiento de la Potencia detenedora acerca de

---

653 V. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Al-Saadoon and Mufdhi v. UK*, fallo, 2010, párr. 143; Comité contra la Tortura, *Conclusions and Recommendations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland - Dependent Territories*, Doc. ONU CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004, párr. 5(e); Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observaciones finales: Estados Unidos de América*, Doc. ONU CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 16.

654 Si bien ningún tratado lo establece explícitamente, esta interpretación es coherente con el objeto de la prohibición de la devolución. En vista del acento que ponen los Principios de Copenhague en las operaciones militares internacionales, su párrafo 15 aborda sobre todo las transferencias sin cruce de fronteras, lo que es confirmado por la referencia al “Estado anfitrión” en su comentario; v. *Copenhagen Process: Principles and Guidelines* (2012), párr. 15(2). Algunos participantes en las consultas a expertos organizadas por el CICR también “sintieron que toda obligación de no devolución existente debería prevalecer sobre cualquier pedido de transferencia formulado por un Estado anfitrión”, si bien otros observaron, por el contrario, que podría ser difícil justificarlo en algunas circunstancias; v. CICR, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, CICR, Ginebra, noviembre de 2013, pág. 33. V. las referencias en la nota 652 más arriba.

655 CICR, *Meeting of all States on Strengthening Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of their Liberty: Chair's Conclusion*, 27-29 de abril de 2015, pág. 12.

las prácticas de detención de la autoridad receptora e información de fuentes independientes<sup>656</sup>.

**716** En conflictos armados no internacionales recientes, algunos Estados y organizaciones internacionales acordaron y pusieron en práctica diversas formas de seguimiento posterior a las transferencias<sup>657</sup>. En la mayoría de los casos, se procuró que la duración del seguimiento fuera proporcional al periodo durante el cual se había evaluado que el detenido correría el peligro de ser sometido a un trato ilícito. Estos mecanismos de seguimiento posterior a las transferencias permitieron, en particular, el acceso de la autoridad que transfería a los detenidos transferidos, de modo que pudiera efectuar el seguimiento de sus condiciones y basar futuras decisiones sobre las transferencias en las conclusiones de sus evaluaciones, lo que en algunos casos condujo a la suspensión de las transferencias<sup>658</sup>. Los Estados y las organizaciones internacionales correspondientes también imaginaron varias formas de fortalecer su capacidad con respecto a las operaciones de detención, en particular, el trato de los detenidos. De ser efectivas, esas medidas también corresponderían a la obligación de los Estados de hacer respetar establecida en el artículo 1 común.

---

**656** CICR, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, CICR, Ginebra, noviembre de 2013, pág. 25. Si bien algunos expertos sugirieron que las circunstancias podrían limitar la necesidad de realizar evaluaciones individuales, esa necesidad se ha determinado hace largo tiempo en relación con la transferencia de prisioneros de guerra pese a la ausencia de una disposición expresa al respecto; (Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, CICR, 1960, pág. 547. V. también Droegge, 2008, págs. 679-680; Gillard, págs. 731-738; y Gisel, págs. 125-127. Para una opinión parcialmente diferente, v. Horowitz, pág. 64.

**657** Durante las consultas organizadas por el CICR, “[a]lgunos expertos estatales consideraron que el seguimiento posterior a una transferencia era una obligación jurídica, mientras que otros sostuvieron que era solo una buena práctica”; CICR, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, CICR, Ginebra, noviembre de 2013, pág. 26. Se hallan ejemplos de acuerdos concertados en relación con mecanismos de seguimiento posterior a las transferencias en Gisel, págs. 128-130, texto en relación con las notas al pie 60-78.

**658** V. Horowitz, págs. 57 y 61-64; *U.S. Monitoring of Detainee Transfers in Afghanistan: International Standards and Lessons from the UK & Canada*, Human Rights Institute, Columbia Law School, diciembre de 2010; y Reino Unido, Corte Suprema de Justicia, *R (on the application of Maya Evans) v. Secretary of State for Defence*, fallo, 2010, párrs. 287-327.



## H. DETENCIÓN FUERA DE UN PROCESO PENAL

**717** La detención es un hecho habitual en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, y la practican los Estados y las partes no estatales por igual<sup>659</sup>. En lo que respecta a la detención relacionada con un proceso penal, el artículo 3 común impone la obligación de un proceso equitativo (v. sección G.5).

**718** Esta sección trata de la detención fuera de un proceso penal, lo que también se conoce como internamiento. El término “internamiento” hace referencia a la detención por razones de seguridad en situaciones de conflicto armado, es decir, la detención no penal de una persona sobre la base de la amenaza grave que su actividad plantea a la seguridad de la autoridad detenedora en relación con un conflicto armado<sup>660</sup>.

**719** En los conflictos armados internacionales, los Convenios de Ginebra III y IV regulan esa detención con considerable exhaustividad<sup>661</sup>. En los conflictos armados no internacionales, ni el artículo 3 común ni el Protocolo adicional II contienen un marco similar para el internamiento<sup>662</sup>. Sin embargo, conforme al

---

659 V., por ej., XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2015, res. 1, Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad, preámbulo párr. 1 (“*teniendo presente que, en los conflictos armados, es común y previsible que se recurra a la privación de libertad...*”); y el Proceso de Copenhague, “Principles and Guidelines” (2012), preámbulo, párr. III (“Los participantes reconocieron que la detención es un medio necesario, lícito y legítimo para lograr los objetivos de las operaciones militares internacionales”). V. también CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 2011, pág. 17; y Dörmann, pág. 349.

660 No toda privación de libertad incidental a la conducción de las operaciones militares, por ejemplo, el hecho de hacer detener a una persona en un puesto de control o imponer restricciones al movimiento durante una requisita, será un internamiento. Pero cuando la privación de libertad llega a cierto umbral temporal o está motivada por una decisión de detener a una persona por la grave amenaza contra la seguridad que representa, el riesgo de arbitrariedad debe ser mitigado por la claridad de los fundamentos para el internamiento y los procedimientos requeridos.

661 V., en particular, CG III, art. 21, y CG IV, arts. 42 y 78.

662 El art. 5 del PA II se refiere al trato de “las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas”, pero no regula los fundamentos y los procedimientos de esa privación de la libertad.



derecho internacional consuetudinario, es un requisito que ninguna detención debe ser arbitraria<sup>663</sup>. Por consiguiente, se deben ofrecer algunos fundamentos y procedimientos para proceder a la detención. El derecho internacional actual, empero, no establece el contenido exacto de esos fundamentos y procedimientos.

**720** La falta de normas suficientes en el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales se ha convertido en un tema jurídico y de protección. El artículo 3 común se refiere a la detención en general, pero solo para indicar que las personas detenidas tienen derecho a recibir protección. El artículo no se pronuncia, sin embargo, sobre los fundamentos y las garantías procesales de las personas internadas en conflictos armados no internacionales, aun cuando, como se mencionó, el internamiento es practicado tanto por los Estados como por grupos armados no estatales. El Protocolo adicional II menciona explícitamente el internamiento, por lo que confirma que es una forma de privación de la libertad inherente a los conflictos armados no internacionales, pero no se refiere ni a los fundamentos del internamiento ni a los derechos procesales.

**721** El CICR ha considerado las “razones imperiosas de seguridad” como el criterio jurídico mínimo que debe fundar las decisiones de internamiento en conflictos armados no internacionales. Ese criterio se eligió debido a que destaca el carácter excepcional del internamiento y ya es comúnmente utilizado si los Estados recurren a la detención no penal por razones de seguridad. Además, parece ser apropiado en conflictos armados no internacionales con un elemento extraterritorial, en el que la fuerza o las fuerzas extranjeras detienen a no nacionales en el territorio de un Estado anfitrión, ya que la formulación está basada en el criterio para el internamiento aplicable en los territorios ocupados establecido por el Convenio de Ginebra IV<sup>664</sup>. Refleja, asimismo, una característica básica del derecho humanitario:

---

663 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 99. V. también Proceso de Copenhague, “Principles and Guidelines” (2012), comentario, párr. 4.4:

Un componente importante de las detenciones lícitas es que no deben ser arbitrarias. A los fines de los *Copenhagen Process: Principles and Guidelines*, el término “arbitrario” hace referencia a la necesidad de garantizar que toda detención siga siendo justificada por el derecho, de modo que pueda demostrarse que la detención sigue siendo razonable y lícita en todas las circunstancias. Para justificar la detención, es preciso que la decisión de detener se base en el derecho y en razones válidas que sean razonables y necesarias a la luz de todas las circunstancias. Además, la detención no puede ser un castigo colectivo. Por lo tanto, la detención debe perseguir un objetivo lícito y siempre legítimo, como un objetivo de seguridad o de justicia penal.

664 V. CG IV, art. 78.

la necesidad de hallar un equilibrio entre las consideraciones de humanidad, por un lado, y la necesidad militar, por otro lado.

**722** En un esfuerzo por abordar la incertidumbre que resulta del silencio del derecho humanitario convencional acerca de los procedimientos para la privación de la libertad en conflictos armados no internacionales, en 2005 el CICR publicó directrices institucionales tituladas “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”<sup>665</sup>. Estas directrices se basan en el derecho y diferentes normativas y su objetivo es que se las implemente de tal forma que se tomen en consideración las circunstancias específicas de cada caso. El CICR ha utilizado estas directrices en su diálogo operacional con los Estados, fuerzas internacionales y regionales, y otros actores.

**723** En lo que respecta al proceso de examen para determinar la legalidad del internamiento, las doce directrices específicas establecen que, entre otras cosas, la persona debe ser informada a la mayor brevedad y en un idioma que comprenda sobre las razones del internamiento. A la vez, la persona internada tiene derecho a impugnar, en el menor plazo posible, la licitud de su detención<sup>666</sup>. El examen de la legalidad debe ser efectuado por un organismo independiente e imparcial<sup>667</sup>. Se ha de observar que, en la práctica, la impugnación efectiva presupondrá el cumplimiento de varias etapas procesales y prácticas, como: i) dar a los internados pruebas suficientes que respalden las denuncias en su contra; ii) garantizar que se apliquen procedimientos para permitir que los internados busquen y obtengan pruebas adicionales; y iii) asegurarse de que los internados comprendan las diferentes etapas del proceso de examen del internamiento y del proceso en su conjunto. Cuando el examen del internamiento sea de carácter más administrativo que judicial,

---

665 V. CICR, “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, 2007. Estas directrices abordan el internamiento o detención administrativa, que define como “la privación de libertad de una persona ordenada por las autoridades administrativas –no las judiciales–, sin que pese ninguna inculpación penal sobre la persona internada u objeto de detención administrativa”. No tratan de la detención preventiva de una persona retenida con una inculpación penal ni el internamiento de prisioneros de guerra en conflictos armados internacionales, para los que existe un marco jurídico aparte establecido en el CG III.

666 Sobre las fuentes jurídicas y los fundamentos de la formulación de este principio, v. Pejic, págs. 385–386.

667 Sobre las fuentes jurídicas y los fundamentos de la formulación de este principio, v. *ibíd.* págs. 386–387.

requerirá particular atención el requisito de asegurar la independencia y la imparcialidad del órgano de examen. Toda vez que sea posible, deberá facilitarse a la persona internada la asistencia jurídica, pero también pueden considerarse otros medios de brindar asistencia jurídica experta.

**724** Las directrices establecen, además, el derecho a un examen periódico de la legalidad de la continuidad del internamiento. Los exámenes periódicos obligan a la autoridad detenedora a definir si el detenido sigue planteando una amenaza a la seguridad y ordenar su libertad de no ser el caso. Las garantías que se aplican al examen inicial deben aplicarse también a los exámenes periódicos.

**725** Sin embargo, al momento de redactar este texto, la cuestión de qué criterios y garantías se requieren en los conflictos armados no internacionales para evitar la arbitrariedad es aún objeto de debate y necesita mayor clarificación, en parte a raíz de cuestiones irresueltas sobre la interrelación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos<sup>668</sup>.

**726** En conflictos armados no internacionales que tienen lugar en el territorio de un Estado entre las fuerzas armadas estatales y uno o más grupos armados no estatales, el derecho interno, basado en las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y derecho humanitario, es el marco jurídico para el posible internamiento, por el Estado, de personas cuya actividad se considere una amenaza grave para la seguridad.

---

<sup>668</sup>Estas cuestiones, junto con otras, se debatieron en un proceso de consulta sobre el fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de conflictos armados, facilitado por el CICR en cumplimiento de la resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2011. V., por ej., *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, CICR, Ginebra, noviembre de 2013, págs. 10-11; *Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, Concluding Report*, documento preparado por el CICR para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, junio de 2015, págs. 2 y 20-21; XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, res. 2, Fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario, párr. 8; y “Copenhagen Process: Principles and Guidelines” (2012), preámbulo, párr. IV (“Los participantes recordaron y reiteraron las obligaciones pertinentes de los Estados, las organizaciones internacionales, los actores no estatales y los particulares conforme al derecho internacional aplicable, y reconocieron, en particular, los retos de consensuar una descripción precisa de la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.”)

**727** Sin embargo, es aún objeto de debate la cuestión de si el derecho humanitario establece la autoridad o el poder inherentes para detener<sup>669</sup>. Esta cuestión ha suscitado controversias, sobre todo en los conflictos armados no internacionales con un elemento extraterritorial, es decir, los conflictos en que las fuerzas armadas de uno o más Estados, o de una organización internacional o regional, luchan junto a las fuerzas armadas de un Estado anfitrión, en su territorio, contra uno o más grupos armados no estatales.

**728** Una opinión sostiene que la base jurídica para privar de libertad en un conflicto armado no internacional tiene que ser explícita, como sucede con los Convenios de Ginebra III y IV para los conflictos armados internacionales<sup>670</sup>. Otra opinión, que el CICR respalda, es que tanto el derecho internacional consuetudinario como el convencional contienen un poder inherente para detener en conflictos armados no internacionales<sup>671</sup>. Sin embargo, la autoridad adicional relativa a los fundamentos y los procedimientos de la privación de libertad en conflictos armados no internacionales debe establecerse en todos los casos, en consonancia con el principio de legalidad<sup>672</sup>.

---

669 V., por ej., “Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict”, Chatham House y Comité Internacional de la Cruz Roja, Londres, 22-23 de septiembre de 2008, *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 876, diciembre de 2009, págs. 859-881.

670 V., por ej., Suprema Corte del Reino Unido y Gales, *Serdar Mohammed and others v. Ministry of Defence*, fallo, 2014, párrs. 239-294; y Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, fallo en apelación, 2015, párrs. 164-253.

671 V. XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2015, res. 1, Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad, preámbulo, párr. 1; CICR, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, nota de opinión, noviembre de 2014, pág. 7; y Jann K. Kleffner, “Operational Detention and The Treatment of Detainees”, en Terry D. Gill y Dieter Fleck (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, segunda edición, Oxford University Press, 2015, párr. 26.03.

672 V. CICR, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, nota de opinión, noviembre de 2014, pág. 8.



# I. APARTADO (2): RECOGIDA Y ASISTENCIA DE LOS HERIDOS Y LOS ENFERMOS

## 1. INTRODUCCIÓN

**729** El artículo 3 común extiende la protección jurídica específica a los heridos y los enfermos en tierra (así como a los náufragos en virtud del artículo 3 del Convenio de Ginebra II) en tiempo de conflicto armado no internacional. Contiene dos obligaciones principales al respecto: los heridos y los enfermos deben ser a) recogidos y b) asistidos. Pese a su concisión, cuando se lo interpreta conjuntamente con las demás obligaciones y protecciones contenidas en el artículo 3 común, este sienta las bases para una protección amplia de los heridos y los enfermos en conflictos armados no internacionales.

**730** En conflictos armados no internacionales, los efectos indirectos de los conflictos armados en la salud pública pueden “constituir una amenaza mucho mayor en materia de salud para las personas afectadas que las lesiones violentas”<sup>673</sup>. Un conflicto armado puede impedir el acceso a las instalaciones de salud y los medicamentos, así sea para el tratamiento de enfermedades graves o crónicas; también puede favorecer la propagación de enfermedades infecciosas, contribuir a la malnutrición, obstaculizar la prestación efectiva de medicina preventiva, como las campañas de vacunación, e interrumpir la atención materna y pediátrica<sup>674</sup>.

**731** La recogida y la asistencia de los heridos y los enfermos necesariamente implica respetarlos y protegerlos. Esto se desprende también de la obligación general contenida en el párrafo (1) de tratarlos con humanidad, con la prohibición explícita de algunos actos. Por lo tanto, la obligación de respetar y proteger a los heridos y los enfermos ha sido reconocida *de facto* desde la aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>675</sup>. Además, las obligaciones de recoger y asistir también implican necesariamente el respeto y la protección del personal, las instalaciones y los medios de transporte sanitarios<sup>676</sup>. Ello se debe a que el respeto y la protección del personal, las instalaciones y los medios de transporte sanitarios son esenciales para el cumplimiento efectivo de las obligaciones de recoger y asistir a los heridos y los enfermos.

---

673 Müller, pág. 213.

674 *Ibíd.*, CICR, *Health Care in Danger: A Sixteen Country Study*, CICR, Ginebra, 2011, pág. 3.

675 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, CICR, 1952, pág. 57.

676 *Report of the Conference of Government Experts of 1971*, vol. VII, págs. 30–31.

**732** El Protocolo adicional II contiene disposiciones más exhaustivas respecto de los heridos y los enfermos, en particular, protecciones explícitas para el personal, las instalaciones y los medios de transporte sanitarios<sup>677</sup>. Las protecciones establecidas en ese instrumento se consideran implícitas en las obligaciones básicas de recoger y asistir a los heridos y los enfermos: en la medida en que son esenciales para la aplicación de esas obligaciones, son inseparables de ellas<sup>678</sup>. De todos modos, se halló útil explicitarlas en el Protocolo adicional II. En general, se considera que esas normas forman parte del derecho internacional consuetudinario<sup>679</sup>. Los Convenios contienen obligaciones similares para los conflictos armados internacionales<sup>680</sup>.

## 2. RESEÑA HISTÓRICA

**733** Las obligaciones de recoger y asistir a los heridos y los enfermos han sido parte del régimen jurídico que protege a los heridos y los enfermos desde sus inicios en 1864. Esto es absolutamente lógico dado que la propuesta de Henri Dunant de adoptar un convenio internacional para mejorar la suerte de los soldados heridos y enfermos fue inspirada por las espantosas condiciones de las que fue testigo en el campo de batalla de Solferino, en el que yacían sin asistencia unos 40.000 soldados caídos de origen austríaco, francés e italiano<sup>681</sup>. La disposición fue ampliada en los Convenios de Ginebra de 1906, 1929 y 1949<sup>682</sup>. Sin embargo, los principios básicos según los cuales los heridos, los enfermos y los náufragos no deben ser atacados ni abandonados a su sufrimiento sin atención médica han permanecido intactos.

<sup>677</sup> V. PA II, arts. 7-12.

<sup>678</sup> Los trabajos preparatorios del PA II muestran que la protección del personal, las instalaciones y los medios de transporte sanitarios se consideran implícitos en el artículo 3 común. V. *Report of the Conference of Government Experts of 1971*, vol. V, págs. 53-55. V. también Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párr. 4634.

<sup>679</sup> V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), normas 25, 26, 28, 29, 30, 59, 109, 110 y 111.

<sup>680</sup> V. CG I, arts. 12 y 15; CG II, arts. 12 y 18; y CG IV, art. 16.

<sup>681</sup> Dunant, pág. 126.

<sup>682</sup> Convenio de Ginebra (1864), art. 6; Convenio de Ginebra (1906), arts. 1 y 3; Convenio de Ginebra sobre los heridos y los enfermos (1929), art. 3. En 1899, los principios del Convenio de Ginebra fueron adaptados a la guerra marítima y a los soldados heridos, enfermos y náufragos en el mar, en virtud del Convenio de La Haya (III). En 1907, el Convenio de La Haya (X) suplantó el Convenio de La Haya (III) adaptando a la guerra marítima los principios del Convenio de La Haya de 1906 (V. el art. 25). Para más información sobre los antecedentes históricos, v. los comentarios sobre el art. 12 de los CG I y II, sección B.

**734** En 1949, las obligaciones de recoger y asistir a los heridos y los enfermos se extendieron a los civiles a través del Convenio de Ginebra IV, así como a los conflictos armados no internacionales a través del artículo 3 común.

### 3. DISCUSIÓN

#### *a. Destinatarios de las obligaciones*

**735** Las obligaciones de recoger y asistir a los heridos y los enfermos se aplica a cada parte en conflicto, así sea estatal o no estatal. Esto se desprende también del artículo 3 común (1), que establece: “cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar”. Cabe observar que los códigos de conducta de numerosos grupos armados reflejan su comprensión de que les incumben las obligaciones de respetar y proteger, así como las de recoger y asistir a los heridos y los enfermos<sup>683</sup>. Además, la mayoría de los manuales militares no hacen distinción en relación con la protección de los heridos y los enfermos en función del carácter de un conflicto<sup>684</sup>.

---

**683** V., por ej., Ejército de Liberación Nacional (ELN), Colombia, Nuestros principios sobre doctrina militar, 1996, principio 2 (“[El ELN] dará trato humano a los enemigos que se hayan rendido o que hayan resultado heridos en combate, respetará su dignidad y les dará la ayuda necesaria para su condición.”); Frente Islámico de Liberación Mora/Fuerzas Armadas Islámicas del Bangsamoro, Filipinas, orden general n.º 2 (orden que enmienda los arts. 34 y 36 del código de conducta de las Fuerzas Armadas Islámicas del Bangsamoro y para otros fines), 2006, art. 34(4) (“Los combatientes enemigos heridos – Nunca traicionar ni ser desleal o vengativo. No mutilar (...)” (Al-Hadith)) y (6) (“Prisioneros de guerra o cautivos – Ser amable en todo momento con los cautivos o los prisioneros de guerra. Recoger y asistir a los combatientes heridos.” (Al Insan: 5:9)); Consejo Nacional Transicional, Libia, *Guidelines on the Law of Armed Conflict*, 2011, pág. 3, normas sobre el trato de los detenidos (“Dar atención médica inmediata/primeros auxilios a todo aquel que lo necesite. Se debe buscar, recoger y ayudar a los heridos en el campo de batalla de ambos lados. Los muertos también deben ser recogidos, tratados con respeto y sepultados.”); y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), Colombia, *Beligerancia*, Suplemento, 2000, pág. 13 (“Las FARC-EP tienen como norma de obligado cumplimiento respetar la vida, suministrar auxilio médico, alimentación y un trato humanitario y digno a los prisioneros de guerra vencidos en combate.” (“Las FARC-EP se rigen por normas que las obligan a respetar la vida de los prisioneros de guerra derrotados en combate, darles alimentos y atención médica, y tratarlos con humanidad y dignidad.”)); disponibles en: <http://theirwords.org/>.

**684** V. CICR, *Customary International Humanitarian Law*, práctica relativa a las normas 109 y 110, disponible en: [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul).



## *b. Ámbito de aplicación*

### **i. Categorías de personas abarcadas**

**736** Este apartado se aplica a los heridos y los enfermos, así sean miembros de las fuerzas armadas o civiles. Las obligaciones de recoger y asistir deben aplicarse por igual a los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas de la propia parte como a los de las fuerzas armadas enemigas, así como a los civiles heridos y enfermos. Como mínimo, las personas que estén heridas o enfermas a raíz del conflicto armado, por ejemplo, debido a las operaciones militares o a restos explosivos de guerra, así como las personas cuyo estado de salud o acceso a la atención médica se vean afectados por el conflicto, deben considerarse dentro del ámbito de protección de los heridos y los enfermos establecido en el artículo 3 común. Se deberá decir que el estado de salud de una persona o su acceso a la atención médica está afectado por el conflicto cuando, por ejemplo, una instalación médica de la que depende su tratamiento ha sido destruida, o cuando no tiene acceso a personal médico o instalaciones de salud de los que depende, a raíz del conflicto, o cuando no tiene acceso a medicamentos vitales para su tratamiento por razones relacionadas con el conflicto.

### **ii. Los heridos y los enfermos**

**737** Los Convenios de Ginebra en general y el artículo 3 común en particular no especifican cuándo una persona se considera jurídicamente “herida” o “enferma”. Partiendo del significado habitual de los términos, normalmente se consideraría que una persona está herida o enferma si padece una herida o una enfermedad. La redacción es lo suficientemente abierta para adaptarse a una gama más o menos amplia de estados de salud graves, así sean físicos o mentales. Se ha reconocido ampliamente que, para calificar como herida o enferma a los fines del derecho humanitario, una persona debe reunir acumulativamente dos criterios: en primer lugar, la persona debe necesitar asistencia o atención médica; y en segundo lugar, la persona debe abstenerse de todo acto hostil. Todo lo cual se refleja en la definición contenida en el artículo 8(a) del Protocolo adicional I <sup>685</sup>.

**738** La definición contenida en el artículo 8(a) del Protocolo adicional I refleja una comprensión contemporánea de los términos “herido” y “enfermo”, que ofrece un punto inicial útil para comprender el alcance de las obligaciones que figuran en el artículo 3 común. Sería ilógico aplicar una definición de “herido” o “enfermo” en los conflictos armados internacionales y otra en los conflictos armados no internacionales; por consiguiente, resulta apropiado utilizar la definición contenida

---

685 Kleffner, 2013a, págs. 324-325.

en el artículo 8(a) del Protocolo adicional I a los fines del artículo 3 común<sup>686</sup>. Además, se pensaron definiciones similares a las del artículo 8(a) y (b) del Protocolo adicional I para incluirlas en el Protocolo adicional II<sup>687</sup>. La decisión de no incluirlas en el texto final del Protocolo adicional II se debió al deseo de acortar el texto en general. Sin embargo, las definiciones en sí y su aplicabilidad en los conflictos armados no internacionales no fueron objeto de controversias<sup>688</sup>.

**739** Por consiguiente, la condición de herida o enferma de una persona se basa en su estado médico y en su conducta. Las definiciones de “herido” y “enfermo” establecidas por el derecho humanitario son más amplias y más estrechas a la vez que el significado que esos términos habitualmente tienen<sup>689</sup>. Son más amplias porque abarcan una gama de condiciones médicas, además de las heridas o las enfermedades que no volverían a una persona herida o enferma en el sentido coloquial de esos términos. A la vez, son más estrechas porque la abstención de todo acto de hostilidad forma parte del requisito establecido por el derecho humanitario para ser considerado herido o enfermo.

**740** Cabe recordar que, a los fines jurídicos (en oposición a los fines médicos y la determinación del tratamiento médico adecuado), es indistinto si una persona está “herida” o “enferma” en el sentido coloquial de los términos, pero estos términos también abarcan a todas las demás personas que necesiten atención médica inmediata.

**741** A los fines jurídicos, el criterio decisivo, además de abstenerse de todo acto de hostilidad, es si una persona necesita asistencia o atención médica. Es a esta necesidad particular, y a la vulnerabilidad específica que acarrea, a la que el régimen jurídico que protege a los heridos y los enfermos se propone responder.

---

**686**V. también Bothe, Partsch y Solf, págs. 655–656, y Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párr. 4631.

**687***Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, vol. IV, pág. 40, art. 11(a). Artículo 3 del Convenio de Ginebra II también incluye a los naufragos entre las personas que deben ser recogidas y asistidas.

**688***Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, vol. IV, págs. 39–43, y vol. XII, págs. 259–272. V. Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párr. 4631, y Sivakumaran, 2012, pág. 190.

**689**Sivakumaran, 2012, pág. 274.

En realidad, esa lectura también está en consonancia con la formulación de la primera oración del artículo 8(a) del Protocolo adicional I, que no especifica ningún grado de severidad de las heridas o de la enfermedad, sino que más bien se refiere a las personas “que tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos” y, a modo de ejemplo, enumera diversas condiciones. Por lo tanto, en lo que respecta a las condiciones médicas pertinentes, los términos “herido” y “enfermo” han de interpretarse en forma amplia para aplicarlos a toda persona que necesite asistencia o cuidados médicos sin requisitos cualitativos en cuanto a la gravedad de la condición médica. Tampoco se establece una distinción entre una enfermedad grave y una enfermedad crónica; el único factor relevante es la necesidad de asistencia o cuidados médicos<sup>690</sup>. De ello se desprende que las víctimas de violencia sexual o de otros crímenes también pueden caer dentro de la definición de “heridos y enfermos”, en tanto son personas que pueden necesitar atención médica. El estado mental o psicológico, incluido el trastorno por estrés postraumático, también califica, siempre que requiera asistencia o cuidados médicos.

**742** La segunda oración del artículo 8(a) del Protocolo adicional I también deja en claro que “los heridos y los enfermos” incluyen a “las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encintas”. Todos estos casos son tan solo ejemplos; el criterio decisivo siempre es si la persona necesita asistencia o cuidados médicos.

**743** Asimismo, es importante tener en cuenta si la necesidad de cuidados surge de una condición médica previa al conflicto o si está vinculada con este, aunque no necesariamente causada por él<sup>691</sup>. La definición “no se restringe a las personas afectadas por el conflicto que estén heridas o enfermas por razones relacionadas con él, sino que abarca a todas las personas que necesiten atención médica inmediata”<sup>692</sup>.

---

<sup>690</sup>El art. 8(a) del PA I hace referencia a la necesidad de atención médica “debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental”. El hecho de que una persona esté “herida o enferma” en el sentido del artículo 3 común no impide que esa persona pueda calificar, al mismo tiempo, como persona con discapacidad conforme a la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando esta Convención sea aplicable.

<sup>691</sup>Durante los conflictos armados, numerosas muertes son causadas por enfermedades que pueden prevenirse y tratarse, pero que no son atendidas por razones relacionadas con el conflicto. Esto sucedió en República Democrática del Congo, por ejemplo. V. ECOSOC, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under arts. 16 and 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Concluding observations: DRC*, Doc. ONU E/C.12/COD/CO/4, 16 de diciembre de 2009, párr. 34.

<sup>692</sup>Müller, pág. 205. V. también párr. 736.

**744** Además de la condición médica requerida, una persona debe abstenerse de todo acto de hostilidad para calificar como “herida” o “enferma” en el sentido jurídico. Por ende, contrariamente a la interpretación coloquial de los términos, una persona que continúa participando en las hostilidades no califica como herida o enferma en el sentido jurídico, por más grave que sea su estado de salud. La mayoría de los civiles en general reunirán este requisito. Esta condición para calificar como heridos o enfermos es particularmente pertinente para los combatientes<sup>693</sup>, aunque sea un criterio general.

**745** Puede considerarse, de los combatientes que están heridos o enfermos, pero que continúan cumpliendo funciones normales en sus fuerzas armadas, que participan en actos hostiles. Por ejemplo, un combatiente que tiene una afección médica menor o que se está recuperando de una herida sufrida en combate, pero que de todos modos sigue conduciendo un camión de municiones o limpiando armas, no goza de la protección conferida a los heridos y los enfermos. De todos modos, esa persona recibiría la atención médica necesaria de sus propias fuerzas armadas. Si un combatiente recibe atención en un puesto de primeros auxilios o en un hospital debido, por ejemplo, a neumonía o a heridas que requieren atención o supervisión médica, y no está participando en ningún acto hostil, no puede ser atacado y debe ser protegido. En la práctica, las partes que atacan deben poder distinguir, ante todo, entre los combatientes heridos o enfermos y sus compañeros físicamente capaces por el hecho de que están recibiendo atención en una instalación médica. Esas personas tienen derecho a recibir la atención médica que exija su estado. Lo cual puede ser más difícil de determinar durante los combates, pero algunos factores, como encontrarse en lo que parece ser un punto de recogida de heridos, no llevar armas o ser incapaz de moverse sin la ayuda de otros compañeros, sugieren que el combatiente ya no está participando en un acto hostil.

**746** Durante las hostilidades, cuando un combatiente resulta herido en combate, puede haber un momento en que un atacante debe dejar de atacar a esa persona y comenzar a respetarla y protegerla. En condiciones de combate, en el preciso momento en que un combatiente es herido, puede ser sumamente difícil determinar, con cierto grado de certeza, si esa persona está herida o enferma en el sentido jurídico y, en particular, si está absteniéndose de todo acto hostil. En el contexto de las hostilidades en curso, la condición de un combatiente puede cambiar en cuestión de segundos: puede pasar de ser un objetivo lícito a una persona herida y, por lo tanto, protegida.

---

<sup>693</sup> En este comentario, el término “combatiente” hace referencia a los miembros de las fuerzas armadas de grupos armados no estatales, así como a los combatientes miembros de las fuerzas armadas estatales.

En esas situaciones, habida cuenta del escaso tiempo en que debe efectuarse la evaluación inicial, el acento ha de ponerse, ante todo, en si existen signos visibles de que la persona haya sido herida y, por lo tanto, está absteniéndose de todo acto de hostilidad.

**747** El criterio relevante es si un combatiente razonable, en las circunstancias del caso, consideraría que la persona en cuestión se está absteniendo de actos hostiles. Por ejemplo, un combatiente que está participando en un combate y que acaba de sufrir una herida de bala en la parte inferior de una pierna puede seguir llevando su arma. Incluso suponiendo que se tratara de un arma relativamente ligera, el combatiente puede cesar todos los actos hostiles. La fuerza atacante debe estar alerta ante un posible desistimiento de un combatiente herido de seguir combatiendo y adaptar su ataque en consecuencia. En esas situaciones, la decisión de continuar el combate depende de una evaluación de buena fe de si la persona está herida y se abstiene de todo acto de hostilidad. La ausencia visible de todo acto hostil por parte de un combatiente herido o enfermo debería poner fin a todos los actos de hostilidad contra esa persona. Sin embargo, en algunos casos, puede ser difícil determinar, en el campo de batalla, si una persona herida está absteniéndose de todo acto hostil.

**748** Una persona que continúa luchando, aunque esté gravemente herida, no calificará como herida en el sentido jurídico. No existe una obligación de abstenerse de atacar a una persona que está herida o enferma en el sentido coloquial y que sigue participando en las hostilidades. Las partes en conflicto pueden dar orientación a sus fuerzas armadas para ayudarlos a evaluar esas situaciones a través de un documento interno, como las “reglas de enfrentamiento”, que deben cumplir el derecho humanitario.

**749** Como se afirmó más arriba, los heridos y los enfermos deben ser respetados y protegidos. Esta es una noción central del artículo 3 común y está reforzada por los términos expresos del artículo 7 del Protocolo adicional II<sup>694</sup>. En este contexto, la obligación de respetar a los heridos y los enfermos implica, como mínimo, que se los debe preservar de los ataques y que no se les debe dar muerte ni maltratar. Además, deben ser protegidos, lo que significa que todas las partes tienen la obligación de salir en su defensa para intentar detener o evitar daños contra ellos, sea de terceras partes, de los efectos de las hostilidades en curso o de otras fuentes. Por ejemplo, la obligación de proteger puede implicar la adopción de medidas para facilitar la labor del personal médico, por ejemplo, para facilitar el paso de los insumos médicos<sup>695</sup>.

---

<sup>694</sup> *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974-1977*, vol. XI, págs. 209-210.

<sup>695</sup> CICR, *Safeguarding the Provision of Health Care: Operational Practices and Relevant International Humanitarian Law Concerning Armed Groups*, CICR, Ginebra, 2015, pág. 23.

### c. La obligación de recoger a los heridos y los enfermos

**750** Las partes en conflicto tienen la obligación de recoger y asistir a los heridos y los enfermos. Congruentemente con los objetivos humanitarios del artículo 3 común y del derecho humanitario más en general, el término “recoger” debe interpretarse en forma amplia y abarca la obligación de buscar a los heridos y los enfermos y evacuarlos hacia un sitio más seguro<sup>696</sup>. En caso de no hacerlo, muchos quedarían abandonados en la zona de hostilidades, lo que contradice el objeto y el fin de este apartado. La finalidad de la disposición es evacuar a los heridos y los enfermos de la zona de peligro inmediato y permitirles recibir la atención médica necesaria lo más pronto posible y en condiciones mejores y más seguras. No tendría sentido buscar y recoger a los heridos y los enfermos si no existiera la correspondiente obligación de evacuarlos hacia un sitio más seguro. En el derecho internacional consuetudinario, la obligación de evacuación existe junto con las obligaciones de buscar y recoger<sup>697</sup>.

**751** La obligación de recoger a los heridos y los enfermos, así como las obligaciones de buscarlos y evacuarlos son obligaciones de conducta. Por ello, se las debe ejercer con la diligencia debida. La diligencia debida es un principio relativo, y el contenido preciso de lo que se requiere depende de las circunstancias<sup>698</sup>. Por consiguiente, habrá que determinar en cada caso cuándo es razonable comenzar las actividades de búsqueda, recogida y evacuación, y con qué medios y medidas.

**752** La obligación de recoger a los heridos y los enfermos es una obligación continua, es decir que se aplica para toda la duración del conflicto armado no internacional. El artículo 8 del Protocolo adicional II requiere que las partes adopten todas las medidas posibles para buscar, recoger y asistir a los heridos, los enfermos y los náufragos “siempre que las circunstancias lo permitan”. El mismo requisito existe en el derecho internacional consuetudinario<sup>699</sup>. Cuando exista una indicación de que puede haber personas heridas y enfermas en la zona, y siempre que las

---

<sup>696</sup>Existen obligaciones similares para los conflictos armados internacionales en el art. 15 del CG I y en el art. 16 del CG IV.

<sup>697</sup>Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 109.

<sup>698</sup>Riccardo Pisillo Mazzeschi, “The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States”, *German Yearbook of International Law*, vol. 35, 1992, págs. 9-51, en particular 44; Timo Koivurova, “Due Diligence”, versión de febrero de 2010, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011, <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.

<sup>699</sup>Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 109. V. también Mali, *Army Service Regulations*, 1979, art. 36; Marruecos, *Disciplinary Regulations*, 1974, art. 25(4); y Países Bajos, *Military Handbook*, 2003, págs. 7-44.

circunstancias lo permitan, las partes deben iniciar las actividades de búsqueda, recogida y evacuación. Es evidente que, particularmente después de un combate, existe una alta probabilidad de que haya heridos y enfermos. Si bien, en el artículo 3 común, no se menciona la frase “particularmente después de un combate”, sí se la menciona en el artículo 8 del Protocolo adicional II<sup>700</sup>. Puede inferirse que, a menos que haya claras indicaciones de lo contrario, una aplicación de buena fe del artículo 3 común requiere que se realicen actividades de búsqueda, recogida y evacuación después de cada combate.

**753** El artículo 3 común no requiere que las actividades de búsqueda, recogida y evacuación pongan vidas en riesgo. Por ejemplo, si las condiciones de seguridad no son adecuadas, esas actividades podrían quedar imposibilitadas por un tiempo<sup>701</sup>. Por lo tanto, la obligación no requiere que las actividades de búsqueda, recogida y evacuación necesariamente tengan lugar durante el curso de un combate. Sin embargo, puede haber excepciones. Por ejemplo, si durante un combate en el terreno, se hace evidente que hay heridos en la zona y que una parte en conflicto tiene la posibilidad de recogerlos y evacuarlos por aire, o por otro medio, sin que su personal corra grandes riesgos, una aplicación de buena fe del artículo requeriría proceder a la evacuación. Análogamente, si se dispone de recursos humanos y materiales significativos, se requerirá su despliegue según sea razonable. En cambio, si los recursos son escasos, el Convenio no requiere que las partes hagan lo imposible, pero sí deben hacer lo que sea factible dadas las circunstancias, tomando en consideración todos los recursos disponibles.

**754** Dado que la atención médica rápida suele salvar vidas, es crucial que se proceda a buscar y recoger a los heridos y los enfermos lo más pronto posible<sup>702</sup>. Por lo tanto, es inherente a la obligación que las actividades de búsqueda y recogida deben comenzar apenas las circunstancias lo permitan. Se alienta enérgicamente a las partes a que concluyan acuerdos especiales que permitan una pausa en los enfrentamientos para realizar esas actividades<sup>703</sup>.

---

<sup>700</sup> También está implícito en el art. 15 del CG I.

<sup>701</sup> Al respecto, por ejemplo, el *Código de Conducta de Canadá*, de 2007, págs. 2-12, párr. 3, afirma que “se entiende, sin embargo, que esta obligación solo se aplica cuando la zona se ha vuelto segura”.

<sup>702</sup> Atul Gawande, “Casualties of War – Military Care for the Wounded from Iraq and Afghanistan”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 351, 2004, págs. 2471-2475.

<sup>703</sup> Para mayor exhaustividad, v. sección K.

**755** Si bien está claro que las partes en un conflicto armado no internacional son responsables de buscar y recoger a los heridos y los enfermos, el artículo 3 común no especifica quién debe efectuar esas actividades. El caso típico que prevé el artículo implica que las actividades de búsqueda, recogida y evacuación son efectuadas por la parte o las partes en el conflicto que han participado en el combate en el que las personas han resultado heridas. Sin embargo, en un conflicto con múltiples partes, también puede significar que una parte que no ha participado en un combate en particular deba asistir en la búsqueda y la recogida de los heridos y los enfermos.

**756** Si los recursos de una parte en conflicto no son suficientes para realizar actividades de búsqueda, recogida y evacuación, a fin de cumplir las obligaciones que le impone el artículo 3 común, esa parte puede convocar a organizaciones civiles o humanitarias para que la asistan en esos esfuerzos<sup>704</sup>. Análogamente, cuando las necesidades médicas de los heridos y los enfermos superan lo que una parte en conflicto puede brindar, esa parte debería intentar evacuarlos a un lugar donde se disponga de mayores facilidades sanitarias. Si una parte en conflicto no tienen la capacidad de buscar, recoger o evacuar a los heridos y los enfermos, debe comunicar toda la información pertinente para que otros puedan realizar esas tareas en forma segura. Las partes deberían facilitar el paso seguro y eficaz de los medios de transporte sanitarios para recoger y evacuar a los heridos, así como de cualquier otro material necesario, y proporcionar rutas y horarios de transporte que no sometan al personal o a los medios de transporte al riesgo de zonas minadas u otros obstáculos<sup>705</sup>. Por ejemplo, las partes deberían adoptar medidas para proteger a los trabajadores humanitarios de los efectos de las minas y de otros restos explosivos de guerra. Existen obligaciones convencionales específicas en los Protocolos de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

**757** Las obligaciones de recoger y asistir a los heridos y los enfermos conlleva como corolario una obligación de las partes adversas de permitir que se proceda sin demora a las evacuaciones y el transporte hacia instalaciones médicas. Por ejemplo, a fin de implementar estas obligaciones, se requieren procedimientos en los puestos de control para permitir la recogida, la evacuación y la asistencia

---

**704** Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 109. V. también CG I, art. 18.

**705** Para los Estados Partes en el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, cada parte en conflicto debe respetar las obligaciones pertinentes establecidas por el art. 12 de ese Protocolo (v., en particular, el art. 12(2)-(5)), y para los Estados Partes en el Protocolo V de 2003 de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, cada parte en conflicto debe respetar las obligaciones pertinentes establecidas por el art. 6 de ese Protocolo.



de los heridos y los enfermos lo más pronto posible y evitar demoras innecesarias a los transportes médicos. Los controles de seguridad deberían realizarse lo más rápidamente posible. Incluso las demoras breves, como las que duran menos de una hora, pueden ser fatales<sup>706</sup>. Cuando una parte considera necesario arrestar o detener a una persona herida o enferma que está siendo trasladada a una instalación médica, debe sopesar cualquier medida de seguridad con el estado de salud del paciente. En todo caso, esas medidas de seguridad no pueden impedir el acceso a la atención médica necesaria y apropiada, y la parte que proceda a un arresto debe garantizar la continuidad del tratamiento médico de la persona arrestada o detenida. Asimismo, si una persona que transporta a heridos y enfermos o que presta ayuda es arrestada o detenida, el transporte de los heridos y los enfermos a las instalaciones médicas o la prestación de la atención necesaria durante el transporte debería ser, de todos modos, garantizado.

**758** Análogamente, las partes que transportan a heridos y enfermos del adversario a instalaciones médicas deben hacerlo con la mayor celeridad posible y, en todo caso, no deben prolongar intencionalmente el recorrido para cualquier fin que no esté justificado por el estado de salud de la persona herida o enferma durante el traslado.

**759** Si una parte no puede o no desea evacuar a los heridos y los enfermos, debería conceder generosamente autorización para que lo hagan organizaciones humanitarias y, en ninguna circunstancia, debe retenerlos arbitrariamente<sup>707</sup>. La práctica demuestra que el CICR, en particular, ha participado con frecuencia en la evacuación de heridos y enfermos<sup>708</sup>.

**760** Si bien el artículo 3 común no menciona una obligación de recoger a los muertos, el artículo 8 del Protocolo adicional II incluye obligaciones de buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos.

---

<sup>706</sup> CICR, *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care*, pág. 8.

<sup>707</sup> Para mayor exhaustividad, v. sección J.

<sup>708</sup> Por ejemplo, durante los enfrentamientos en Budapest, en 1956 (*International Review of the Red Cross*, vol. 38, n.º 456, diciembre de 1956, pág. 720); durante la guerra civil en República Dominicana en 1961 (*International Review of the Red Cross*, vol. 47, n.º 558, junio de 1965, pág. 283); durante la guerra civil en Líbano en 1976 y 1981 (*International Review of the Red Cross*, vol. 58, n.º 692, agosto de 1976, págs. 477-478, y CICR, *Annual Report 1981*, CICR, Ginebra, 1982, págs. 52-53); y durante la guerra civil en Chad en 1979 (*International Review of the Red Cross*, vol. 61, n.º 716, abril de 1979, págs. 95-96). V. también CICR, *Communication to the Press No. 96/25, Russian Federation/Chechnya: ICRC calls on all parties to observe truce*, 10 de agosto de 1996.

Existen obligaciones análogas en el derecho internacional consuetudinario<sup>709</sup>. En el derecho internacional consuetudinario, las partes en conflicto también deben tomar todas las medidas posibles para identificar a las personas fallecidas y, cuando sea posible, entregar los cuerpos a los familiares para su inhumación, cremación o ritos funerarios correspondientes<sup>710</sup>. Esto solo puede hacerse si las personas fallecidas son buscadas y recogidas. En la práctica, los muertos pueden ser buscados y recogidos al mismo tiempo que los heridos y los enfermos, pese a que puede ser necesario adoptar procedimientos diferentes<sup>711</sup>. Dicho esto, se debe dar prioridad a los heridos y los enfermos para que reciban atención apropiada y oportuna.

#### *d. La obligación de asistir a los heridos y los enfermos*

**761** La obligación de asistir a los heridos y los enfermos requiere que las partes en conflicto adopten medidas activas para mejorar el estado de salud de los heridos y los enfermos. Al igual que otras obligaciones contenidas en el artículo 3 común, esta obligación se aplica por igual a las partes estatales y a las no estatales. Algunos grupos armados no estatales tienen la capacidad de brindar atención médica avanzada, mientras que otros tienen capacidades más rudimentarias. En todo caso, los grupos armados no estatales deben esforzarse por llegar a su máxima capacidad de brindar atención médica y se les debería permitir hacerlo. Al igual que las partes estatales, esos grupos deberían tomar las medidas necesarias para que sus fuerzas estén capacitadas en primeros auxilios. Análogamente, pueden recurrir, llegado el caso, a la ayuda médica provista por organizaciones humanitarias imparciales.

**762** La obligación de asistir a los heridos y los enfermos es una obligación de medios. Su contenido exacto depende de las circunstancias específicas de cada caso<sup>712</sup>. Evidentemente, una persona que está gravemente herida necesitará más atención médica que una persona con heridas leves<sup>713</sup>; una parte que disponga de insumos médicos más considerables deberá hacer más que una parte que solo

---

**709** Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), normas 112-116.

**710** *Ibid.*, normas 114, 115, 116 y la práctica correspondiente, disponible en: [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul).

**711** Por ejemplo, las ambulancias no deberían utilizarse para recoger a los muertos. V. también CICR, *La gestión de cadáveres, en situaciones de desastre*, págs. 7-8. La búsqueda y el registro de los cadáveres también ayuda a evitar que desaparezcan.

**712** CIJ, *Application of the Genocide Convention case*, fondo, fallo, 2007, párr. 430.

**713** Incluso en el caso de heridas fatales, la diligencia debida exige que sean tratadas, en particular para mitigar el dolor y el sufrimiento; v. Estados Unidos, *Law of War Deskbook*, 2010, pág. 51.

cuenta con medios limitados<sup>714</sup>; y si hay médicos presentes, puede esperarse un mayor nivel de atención médica que en circunstancias donde solo están presentes combatientes con capacitación más limitada<sup>715</sup>. Cabe destacar que la correspondiente disposición del Protocolo adicional II y el derecho consuetudinario establecen que se debe prestar atención médica “en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve”<sup>716</sup>. Por lo que respecta a la sustancia, los Convenios de Ginebra, el Protocolo adicional II y el derecho internacional consuetudinario prevén el mismo tipo y la misma calidad de atención médica.

**763** Los primeros auxilios suelen ser esenciales y, con frecuencia, vitales. Sin embargo, dado que es posible que haya que prestarlos en el campo de batalla después de un combate o durante este, está claro que el artículo 3 común no requiere el mismo tipo de tratamiento que el que se exige en condiciones más seguras, cuando los heridos y los enfermos han sido trasladados a una unidad médica. Si bien la atención médica acorde a los estándares médicos más altos posibles es lo más deseable, el artículo 3 común requiere solo lo que razonablemente se puede esperar dadas las circunstancias del caso, tomando en consideración factores como las condiciones de seguridad y los recursos disponibles.

**764** Con respecto al tipo y a la calidad de atención médica que debe darse conforme al artículo 3 común, la norma básica establece que los heridos y los enfermos deben recibir los cuidados médicos que exija su estado. Si bien no se lo menciona explícitamente en este artículo, esta noción está ampliamente aceptada y establecida explícitamente en el Protocolo adicional II y corresponde al derecho consuetudinario<sup>717</sup>. La orientación general sobre los estándares aplicables a la conducta médica profesional puede derivarse de instrumentos y reglamentos generales universalmente aplicables aprobados por la Asociación Médica Mundial

---

714 V., por ej., Lindsey, pág. 112: “Especialmente en conflictos armados, los recursos necesarios para efectuar donaciones de sangre segura pueden ser limitados”.

715 Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Prisioneros de guerra, Reclamación de Etiopía*, laudo parcial, 2003, párrs. 57 y 69-70.

716 PA II, art. 7(2), y Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 110.

717 *Ibíd.*

(AMM)<sup>718</sup>. Estos estándares pueden cambiar con el tiempo y es posible que haya diferencias según el país. Sin embargo, en lo que respecta a la calidad de la atención médica, la obligación exige el tipo de tratamiento que sería administrado por un profesional médico generalista en las circunstancias del caso y en vista del estado de salud de la persona<sup>719</sup>.

**765** En todos los casos, los cuidados deben prestarse de conformidad con la ética médica<sup>720</sup>. Esto requiere que los cuidados se decidan exclusivamente sobre la base de los principios del triaje<sup>721</sup>. Por consiguiente, sería una violación de la obligación de asistir a los heridos y los enfermos si alguna parte insistiera, por ejemplo, en que se dé prioridad a los combatientes con heridas leves sobre los civiles o cualquier otra persona que necesite atención médica de urgencia. En realidad, no se permite ningún fundamento para hacer distinción en el tratamiento salvo los criterios médicos<sup>722</sup>.

**766** Las mujeres, los hombres, los niños y las niñas de diferentes edades y medios pueden tener necesidades médicas diferentes, estar expuestos a diferentes riesgos que impiden la atención equitativa o afrontar estigmas sociales relacionados con el hecho de estar heridos o enfermos. Por consiguiente, es importante incluir las perspectivas de las mujeres y los hombres de diferentes edades y medios en

---

**718** Instrumentos referidos a la ética médica en tiempo de conflicto armado, en particular: *Regulaciones de la Asociación Médica Mundial en tiempos de conflicto* (aprobado por la X Asamblea Médica Mundial, La Habana, Cuba, octubre de 1956, según fue enmendado o revisado en 1957, 1983, 2004, 2006 y 2012); *Rules Governing the Care of Sick and Wounded, Particularly in Time of Conflict* (aprobado por la X Asamblea Médica Mundial, La Habana, Cuba, octubre de 1956, editado y enmendado en 1957 y 1983); *Standards of Professional Conduct regarding the Hippocratic Oath and its modern version, the Declaration of Geneva, y el International Code of Medical Ethics* complementario (aprobado por la III Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Londres, Inglaterra, octubre de 1949, según fue enmendado en 1968, 1983 y 2006). V. también CICR, *Asistencia de salud en peligro: Responsabilidades del personal de salud que trabaja en conflictos armados y en otras emergencias*, CICR, Ginebra, 2012, págs. 55–62.

**719** Existen numerosos estudios sobre el tipo de material y de técnicas que los profesionales de la salud deberían utilizar y sobre los procedimientos que deberían seguir; v., por ej., CICR, *Manual de cirugía de guerra*.

**720** Bothe, Partsch y Solf, pág. 108, párr. 2.3. V. también la referencia explícita a la deontología en el art. 16(1)–(2) del PA I.

**721** Acerca de los principios del triaje, v. CICR, *Primeros auxilios en conflictos armados y otras situaciones de violencia*, pág. 116.

**722** V. PA II, art. 7(2), y Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 110.

las evaluaciones de necesidades relativas a la atención médica, tomando en cuenta las posibles limitaciones, como el acceso físico, las restricciones financieras y socioculturales, así como las posibles soluciones<sup>723</sup>.

**767** Por último, los cuidados médicos en el sentido estricto, es decir, el tratamiento exclusivamente médico de una herida o una enfermedad en sí, no son suficientes para mejorar el estado de una persona herida o enferma. En realidad, no tendría sentido prestar atención médica si no se brindan también alimentos, vestimenta, alojamiento e higiene en forma apropiada. Esto sucede, en particular, cuando las personas gravemente heridas reciben tratamiento por un largo periodo de tiempo. A la luz de su objeto y fin, la obligación de asistir a los heridos y los enfermos establecida en el artículo 3 común debería interpretarse ampliamente, en el sentido de que concierne no solo a los cuidados médicos, sino también, como mínimo, a la provisión de alimentos, vestimenta, refugio e higiene, lo que ayuda a mejorar el estado de los heridos y los enfermos. En todo caso, privar de esos bienes básicos a los heridos y los enfermos la mayoría de las veces significaría un trato inhumano, en violación de la obligación general impuesta por el artículo 3 común<sup>724</sup>. La atención de los enfermos también puede conllevar la adopción de medidas preventivas para garantizar la salud básica de la población, incluidas campañas de vacunación contra enfermedades infecciosas.

#### *e. Obligaciones implícitas en la obligación de recoger y asistir a los heridos y los enfermos*

**768** A fin de proteger a los heridos y los enfermos, los encargados de buscarlos, recogerlos y asistirlos, así como sus transportes y su material, también deben ser protegidos. Por consiguiente, está implícito en el artículo 3 común que el personal médico debe ser respetado y protegido, del mismo modo que se entiende que “la protección del personal sanitario es una forma subsidiaria de protección concedida para garantizar la prestación de asistencia médica a los heridos y los enfermos”<sup>725</sup>.

---

723 V. Charlotte Lindsey-Curtet, Florence Tercier Holst-Roness y Letitia Anderson, *Responder a las necesidades de las mujeres afectadas por conflictos armados. Guía práctica del CICR*, CICR, Ginebra, 2004, pág. 83. Al planificar y prestar atención médica, es esencial ser sensibles a cómo las estructuras sociales, culturales, económicas y políticas crean roles o patrones que, a su vez, pueden dar lugar a una condición específica y generar necesidades y capacidades diferentes entre hombres y mujeres. La comprensión del impacto del género y de otras diversidades en las oportunidades que las personas tienen y sus interacciones con otros contribuirá al respeto y a la protección más efectiva de los heridos y los enfermos.

724 Para mayor exhaustividad, v. sección F.1.

725 *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, vol. XI, págs. 209–210. V. también el comentario del art. 24 y Henckaerts y Doswald-Beck, norma 25.

Esta protección se reconoce como parte del derecho internacional consuetudinario que rige los conflictos armados no internacionales y está codificada en el artículo 9 del Protocolo adicional II<sup>726</sup>. Resulta también del apartado (1) del artículo 3 común, ya que el personal médico que no participa directamente en las hostilidades está protegido por esta disposición. El acto de prestar asistencia de salud a un miembro de un grupo armado no estatal no puede interpretarse como un apoyo a la causa de ese grupo ni tampoco como una participación en un acto hostil. Por lo tanto, el personal médico no puede ser castigado por el mero hecho de prestar atención o cuidados a las personas heridas o enfermas de conformidad con la deontología médica<sup>727</sup>. El acoso o el castigo del personal médico que proceda a esos actos constituiría una violación de la obligación de asistir a los heridos y los enfermos, en la medida en que impedirían la prestación de asistencia.

**769** Análogamente, las unidades y los medios de transporte sanitarios no pueden ser atacados, ni siquiera cuando son utilizados para transportar a combatientes heridos<sup>728</sup>. Si se los utiliza para cometer actos hostiles, como transportar armas o combatientes en buen estado de salud, pierden su protección contra los ataques. Por lo tanto, las partes en conflicto deben tomar todas las medidas de precaución posibles para proteger las unidades, las instalaciones y los medios de transporte sanitarios de los peligros que causen las operaciones militares. Ello implica evitar utilizarlos de tal forma que pueda dar lugar a la pérdida de protección contra los ataques a fin de garantizar que puedan continuar recogiendo y asistiendo a los heridos y los enfermos. Si esas unidades han perdido su protección contra los ataques, las partes en conflicto deben dar la debida advertencia y pueden proceder

---

**726** Para conocer la definición que fue propuesta durante la Conferencia Diplomática, v. *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, vol. XIII, pág. 304. V. también Henckaerts y Doswald-Beck, norma 25, págs. 89 y ss, afirmado por Breau, págs. 177–178.

**727** V. también PA II, art. 10(1), y Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 26.

**728** La CPI incluye en la lista de crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales “dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional” y contra “los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares”; v. Estatuto de la CPI (1998), art. 8(2)(e)(ii) y (iv). V. también Dörmann, 2003, pág. 462. Cabe señalar que la Comisión de investigación sobre la República Árabe Siria consideró que “los ataques contra el personal y los locales médicos violan el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el derecho humanitario internacional consuetudinario, y constituyen crímenes de guerra”; v. Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la comisión internacional independiente de investigación sobre la República Árabe Siria*, 13 de agosto de 2014, Doc. ONU A/HRC/27/60, párr. 111.

a atacarlas solo si la advertencia no ha surtido efecto después de un plazo de tiempo razonable, tal como reconoce el artículo 11(2) del Protocolo adicional II<sup>729</sup>. Lo que constituye un plazo de tiempo razonable variará según las circunstancias; sin embargo, el plazo debe ser lo suficientemente extenso para permitir que cesen los actos ilícitos o para que los heridos y los enfermos, y el personal médico que estén presentes dentro de la unidad, sean trasladados a un lugar seguro. La advertencia también permite que la instalación médica responda a una acusación infundada. Sin embargo, el establecimiento de un plazo de tiempo puede dejarse de lado por completo si el uso indebido deja a las fuerzas atacantes en una situación en que sus vidas corren peligro inmediato, en cuyo caso pueden responder en defensa propia. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando un medio de transporte sanitario se acerca a un puesto de control y, al mismo tiempo, dispara contra los guardias de ese puesto<sup>730</sup>.

**770** Estas obligaciones implícitas también significan, por ejemplo, que las instalaciones o los medios de transporte sanitarios necesarios o utilizados para prestar asistencia médica no deben ser objeto de pillaje ni de destrucción. El pillaje de las instalaciones médicas impide la prestación de asistencia a los heridos y los enfermos y, por ende, viola este apartado. Esto sucede incluso cuando el pillaje de esas instalaciones se debe a la necesidad de una parte en conflicto de obtener insumos médicos. Por consiguiente, las partes pueden tener que adoptar medidas para garantizar que las instalaciones y los medios de transporte sanitarios no sean objeto de saqueo ni de pillaje por terceros.

**771** Además, el ingreso armado en instalaciones médicas para realizar operaciones de registro puede perturbar gravemente la prestación de asistencia médica. Por consiguiente, las operaciones militares de registro en instalaciones médicas pueden ser una medida excepcional y deben realizarse de tal forma que minimicen todo impacto negativo en la prestación de asistencia. Si una persona es arrestada, se debe garantizar la continuidad de su tratamiento. A fin de evitar la pérdida de protección de las instalaciones y los medios de transporte sanitarios contra los ataques, las partes no deben realizar ninguna acción que conduzca a esa pérdida.

---

729 V. también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), normas 28 y 29 y su interpretación, págs. 103 y ss.); *Sanremo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, (2006), sección 4.2.1; Estados Unidos, *Law of War Manual*, 2015, pág. 1045; Breau, págs. 177-178; y Kleffner, 2013a, pág. 338.

730 Kleffner, 2013a, pág. 338.

Algunos ejemplos de acciones que conducen a la pérdida de protección son: almacenar armas en hospitales (con la excepción de las armas que pertenezcan a los heridos y los enfermos que están recibiendo atención en el hospital y que son retenidas temporalmente mientras dure su atención) o usar ambulancias para transportar a combatientes en buen estado de salud, armas o municiones.

**772** Asimismo, es útil que quienes asistan a los heridos y los enfermos y sus instalaciones puedan ser identificados, de modo tal que no sean atacados. La señalización de las instalaciones médicas, con la debida autorización y control, por ejemplo, con los emblemas de la cruz roja, la media luna roja o el cristal rojo, puede facilitar su identificación por la parte adversaria y el público en general y, de esa forma, mejorar el acceso a la atención médica.

**773** El artículo 3 común nada dice respecto del uso de los emblemas distintivos en conflictos armados no internacionales. Sin embargo, el artículo 12 del Protocolo adicional II establece las condiciones para el uso lícito de los emblemas con fines de protección en conflictos armados no internacionales:

Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente.

**774** Durante las negociaciones que condujeron a la adopción del artículo 12, no se manifestó ninguna objeción a la noción de que el personal médico de los grupos armados no estatales pueda ostentar el emblema de la misma forma que pueden hacerlo los Estados<sup>731</sup>. Ello significa que los jefes del grupo deben estar en condiciones de autorizar y controlar el uso del emblema. El uso indebido de los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra está prohibido por el derecho internacional consuetudinario<sup>732</sup>. Por uso indebido se entiende todo uso de los emblemas con un fin que no sea aquel para el que fueron previstos<sup>733</sup>.

---

<sup>731</sup> *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, vol. XI, págs. 427–431.

<sup>732</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 59.

<sup>733</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 59, pág. 231.



Además, el emblema protector debe mantener su forma pura. Es decir que deben contener solo la cruz roja, la media luna roja o el cristal rojo sobre un fondo blanco, sin ninguna leyenda o signo adicional<sup>734</sup>.

**775** Según la práctica que conoce el CICR, el personal médico de algunos grupos armados no estatales lleva un brazalete con el emblema de la cruz roja o de la media luna roja, mientras que muchos otros no lo hacen. Las partes también pueden dar a conocer la presencia de instalaciones médicas comunicando las coordenadas de GPS de las instalaciones médicas a las otras partes.

**776** Más allá de que las fuerzas armadas estatales o los grupos armados no estatales elijan ostentar el emblema o no, es imperioso que respeten su uso por el adversario para permitir que los heridos y los enfermos puedan ser recogidos y asistidos. Por ello, cabe destacar que, tal como ocurre en los conflictos armados internacionales, el hecho de que el personal médico lleve armas ligeras exclusivamente para defensa propia o para defender a los heridos o los enfermos que tengan a su cuidado no implica una pérdida de protección contra los ataques<sup>735</sup>. Por consiguiente, el hecho de que el personal médico lleve ese tipo de armas con esos fines no exime a las partes en conflicto de la obligación de respetar, y de no atacar, al personal médico. De todos modos, para mantener su protección, el personal médico no puede cometer actos perjudiciales para el enemigo<sup>736</sup>.

**777** En algunos conflictos armados no internacionales, se ha adoptado un emblema alternativo a la cruz roja o la media luna roja a fin de designar al personal y las instalaciones que brindan asistencia médica únicamente a la población civil. Esto ha sucedido, por ejemplo, con la Misión Médica en Colombia<sup>737</sup>.

---

734 En la práctica, el CICR utiliza, con fines de protección, su “redondel” (una cruz roja rodeada por dos círculos concéntricos entre los cuales están escritas las palabras “COMITE INTERNATIONAL GENEVE”), lo cual goza de amplia aceptación. Sin embargo, esta práctica se aplica solo al CICR. V. CICR, *Study on the Use of the Emblems: Operational and Commercial and Other Non-operational Issues*, CICR, Ginebra, 2011, págs. 156-157. Disponible en español: *Estudio sobre el uso del emblema – Cuestiones operacionales, comerciales y no operacionales*, en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p4057.htm>.

735 V. el art. 22.

736 Para un análisis de la noción de actos perjudiciales para el enemigo cometidos por el personal médico, v. el comentario del art. 24, sección F; v. también el comentario sobre el art. 21, sección C.1, en relación con las unidades médicas.

737 V. Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, *Manual de Misión Médica*, Bogotá, 2013, Resolución 4481 de 2012, págs. 11-12.

En todo caso, aunque las instalaciones o los medios de transporte sanitarios no estén señalizados con un emblema o identificados por algún otro medio que indiquen protección, se los debe respetar y proteger tan pronto como se sepa de su existencia<sup>738</sup>.

**778** Por último, las partes en conflicto también pueden crear zonas, mediante acuerdos especiales, tal como se dispone en el artículo 3 común (3), en las que se preste asistencia a los heridos y los enfermos<sup>739</sup>. Se las debe crear con el consentimiento de todas las partes y deben estar desmilitarizadas. Se han establecido zonas de ese tipo en varios conflictos armados no internacionales<sup>740</sup>. Es importante recordar que, en todo caso, los heridos y los enfermos y el personal médico que preste asistencia en esas zonas están protegidos debido al hecho de estar heridos o enfermos o a su función como personal médico; la protección no es contingente de la creación de la zona en sí misma. Además, las personas que se encuentren fuera de esas zonas están protegidas conforme a las normas generales del derecho humanitario. Por lo tanto, aunque no se creen zonas de ese tipo, los heridos y los enfermos y el personal y las instalaciones sanitarios, así como los civiles que no participen directamente en las hostilidades, deben ser respetados y protegidos. Está prohibido dirigir ataques contra esas zonas<sup>741</sup>.

---

738 V. también Anexo I del PA I, art. 1(2).

739 V. también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), normas 35 y 36.

740 Por ejemplo, los conflictos en Camboya, Chad, Chipre, Líbano, Nicaragua y Sri Lanka. V. Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 35, págs. 133 y 22, nota al pie 6.

741 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 35.



## J. PÁRRAFO 2: OFRECIMIENTO DE SERVICIOS POR UN ORGANISMO HUMANITARIO IMPARCIAL COMO EL CICR

### 1. INTRODUCCIÓN

**779** El artículo 3 común, en su párrafo 2, confiere a los organismos humanitarios imparciales el derecho a ofrecer sus servicios a las partes en conflictos armados no internacionales. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) es mencionado explícitamente como un ejemplo de entidad autorizada a hacer valer esta disposición. Este derecho puede ser ejercido respecto de todas las partes en conflicto, incluidas las partes no estatales.

**780** Otras disposiciones del derecho humanitario que abordan esta cuestión califican la forma en que debe ejercerse este derecho: a fin de emprender las actividades propuestas, la organización humanitaria imparcial de que se trate debe tener el debido consentimiento. Desde 1949, el derecho internacional se ha desarrollado hasta el punto en que el consentimiento no puede ser retenido arbitrariamente por una de las partes en un conflicto armado no internacional (v. sección J.6.b).

**781** Mediante la adopción de este párrafo y de otras disposiciones conexas, las Altas Partes Contratantes han reconocido que el derecho a ofrecer servicios, en conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, debe tener fuertes cimientos en el derecho internacional<sup>742</sup>. Esta base jurídica amplia no sorprende; tan solo refleja el axioma según el cual, independientemente de la calificación jurídica que corresponda, todo conflicto armado genera necesidades humanitarias. Por lo tanto, independientemente de la calificación jurídica del conflicto armado, los Estados han reconocido que, en virtud del derecho internacional, el CICR y otros organismos humanitarios imparciales probablemente tendrán una función que cumplir para atender esas necesidades.

---

**742** Otras disposiciones relacionadas con esta cuestión son el art. común 9 (art. 10 del CG IV) para los conflictos armados internacionales y el art. 18 del PA II para los conflictos armados sin carácter internacional.

**782** La disposición y la capacidad de los organismos humanitarios imparciales de responder a las necesidades humanitarias de las personas afectadas por un conflicto armado no internacional no restan valor al hecho de que, en virtud del derecho internacional, la responsabilidad principal de satisfacer esas necesidades corresponde a las partes en conflicto. Las actividades de los organismos humanitarios imparciales solo deberían complementar, cuando sea necesario, los esfuerzos de las partes al respecto. Por ello, las organizaciones humanitarias imparciales no tienen la obligación jurídica de ofrecer sus servicios, tal como se desprende claramente de la expresión “podrá ofrecer” que figura en el artículo 3 común (2); pueden hacerlo a discreción.

**783** Por su parte, las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (en adelante, “las Sociedades Nacionales”) tienen la obligación de considerar seriamente toda solicitud proveniente de las autoridades públicas de su país para desplegar actividades humanitarias que correspondan a su mandato, siempre y cuando esas actividades puedan realizarse de conformidad con los Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (en adelante, “el Movimiento”). Esta obligación deriva de su condición especial y de su papel único de auxiliares de las autoridades públicas de su país en el ámbito humanitario, condición establecida en los Estatutos del Movimiento<sup>743</sup>. Los Principios Fundamentales están establecidos en el preámbulo de los Estatutos, adoptados por la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que reúne a los Estados Partes en los Convenios de Ginebra de 1949, así como a los componentes del Movimiento, y, por ende, se los puede considerar autorizados<sup>744</sup>.

**784** El derecho a ofrecer servicios, al que a veces se hace referencia como “el derecho de iniciativa humanitaria”, no debe confundirse con el llamado “derecho de intervención humanitaria” ni con la “responsabilidad de proteger” (R2P). Estos son dos conceptos distintos, que han suscitado mucho debate. Por ejemplo, en cuanto a si el derecho internacional permite la adopción de medidas como la amenaza o el uso de la fuerza cuando están motivadas por consideraciones humanitarias<sup>745</sup>.

---

743 Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1986), art. 4(3).

744 Los Principios Fundamentales fueron proclamados, por primera vez, por la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Viena, en 1965. Fueron incorporados en el preámbulo de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, adoptados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en 1986 y enmendados en 1995 y 2006.

745 Lowe, Vaughan y Antonios Tzanakopoulos, “Humanitarian Intervention”, versión de mayo de 2011, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, párr. 2, <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.

Análogamente, el análisis del artículo 3 común (2) no incide en el derecho de actuar del Consejo de Seguridad de la ONU, sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y en consonancia con el efecto de sus decisiones en virtud del derecho internacional, ya que se considera apto con respecto a las actividades humanitarias. Estas cuestiones se rigen por el derecho internacional en general y por el derecho relativo al uso de la fuerza (*jus ad bellum*) en particular. Por ende, deben mantenerse separadas del tema de las actividades humanitarias realizadas en el marco del artículo 3 común (2).

## 2. RESEÑA HISTÓRICA

**785** Existen ejemplos prácticos de actividades humanitarias realizadas en el contexto de un conflicto armado no internacional previos a la adopción del artículo 3 común<sup>746</sup>. En realidad, antes de 1949, ninguna disposición convencional general regulaba los conflictos armados no internacionales<sup>747</sup>. Por consiguiente, ningún derecho convencional reguló las condiciones según las cuales podrían proponerse y realizarse actividades humanitarias en conflictos armados no internacionales. Sin embargo, al inicio, la ausencia de un marco jurídico internacional en la materia no resultó ser un obstáculo para que el CICR (fundado en 1863) y las Sociedades Nacionales (fundadas posteriormente) desplegaran actividades en varios conflictos de esa naturaleza. No obstante, con el tiempo, la necesidad de contar con un marco normativo plasmado en un tratado para aclarar algunas cuestiones básicas se hizo cada vez más patente: en particular, ¿las organizaciones humanitarias estaban autorizadas, en virtud del derecho convencional, a ofrecer sus servicios en el contexto de conflictos armados sin carácter internacional?

---

<sup>746</sup> Para mayor exhaustividad, v. Bugnion, 2003a, págs. 244-296, cap. IX, “The International Committee of the Red Cross and Internal Conflicts” (1863-1945).

<sup>747</sup> V. también la sección A.

**786** Habida cuenta de estas consideraciones, la X Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en 1921, aprobó una resolución sobre el marco normativo aplicable al CICR y a las Sociedades Nacionales<sup>748</sup>. Hasta 1949, esta resolución siguió siendo el principal instrumento para regir el derecho a ofrecer servicios<sup>749</sup>.

**787** En las etapas de elaboración de los proyectos de artículos previas a la Conferencia Diplomática de 1949, no se halla ningún rastro de lo que luego fue el artículo 3 común (2). Durante la Conferencia, el primer grupo de trabajo empleó una formulación diferente con respecto al derecho a ofrecer servicios: la posibilidad de un organismo humanitario imparcial, tal como el CICR, de ofrecer sus servicios a una parte en un conflicto armado no internacional dependía de la ausencia de un acuerdo entre las partes acerca de la designación y el funcionamiento de Potencias protectoras<sup>750</sup>. De modo que, en el primer proyecto, las actividades de un organismo humanitario imparcial eran las que los Convenios de Ginebra asignaban a las Potencias protectoras<sup>751</sup>. Sin embargo, el segundo grupo de trabajo dejó de lado la referencia a la ausencia de Potencias protectoras en ambos proyectos y, en cambio, previó la posibilidad de que un organismo humanitario imparcial, tal como el CICR, ofreciera sus servicios “a las Partes en conflicto”<sup>752</sup>.

---

**748** X Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1921, resolución XIV, “Principles and Rules for Red Cross Disaster Relief, Principle I”; v. Bugnion, 2003a, págs. 260-262. Ya se había intentado, sin éxito, que se aprobara una resolución en la materia en la IX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Washington, en 1912; v. Bugnion, 2003a, págs. 248-250.

**749** V. Bugnion, 2003a, págs. 263-286. Cabe destacar, de este periodo, un proyecto de resolución propuesto por el CICR en la XVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Londres, en 1938. Esta resolución, que podría haber brindado un cimiento jurídico más sólido para que el CICR actuara en caso de conflicto armado no internacional, consolidando al mismo tiempo su papel en caso de “guerra civil”, no logró clarificar por completo el marco jurídico al respecto. V. *ibíd.* págs. 283-286.

**750** *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 122.

**751** *Ibíd.* pág. 124.

**752** *Ibíd.* págs. 125-126.

### 3. ORGANISMOS HUMANITARIOS IMPARCIALES

#### *a. Conceptos generales*

**788** Solo los organismos humanitarios imparciales están autorizados a ofrecer sus servicios en el sentido de esta disposición y con las consecuencias jurídicas que implica. El concepto de “organismo humanitario imparcial”, que también se utiliza en el artículo 9 común, no está definido en los Convenios de Ginebra. La versión francesa, también auténtica, de los Convenios de Ginebra emplea el término “organisme humanitaire impartial” tanto en el artículo 3 común (2) como en el artículo 9 común, lo que abona la conclusión de que las expresiones “imparcial humanitarian body” e “imparcial humanitarian organization” (ambas traducidas como “organismo humanitario imparcial” en las versiones españolas) pueden considerarse nociones sustancialmente idénticas.

**789** Cuando estos términos fueron incorporados en el texto del artículo 3 común, las Altas Partes Contratantes tenían en mente, sobre todo, al CICR y a las Sociedades Nacionales, como ejemplos de organismos con los que estaban familiarizadas. Desde 1949, el número y la diversidad de organizaciones que se consideran a sí mismas organizaciones humanitarias imparciales en el sentido del artículo 3 común, y que han sido reconocidas como tales por las partes en conflictos armados, han aumentado significativamente, al punto de incluir a algunas organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales.

**790** Para que una organización sea considerada “organización humanitaria”, no existe el requisito de que sus actividades sean solo de índole humanitaria<sup>753</sup>. Por consiguiente, una organización que se haya centrado solo en actividades de desarrollo antes del estallido de un conflicto armado puede convertirse luego, a los fines del artículo 3 común, en una organización humanitaria, sin por ello descartar la posibilidad de que la organización también realice actividades de otra naturaleza en otra parte.

**791** El artículo 3 común requiere que la entidad deseosa de ofrecer sus servicios sea un “organismo” humanitario imparcial. Por ende, una asociación no estructurada de individuos no podría considerarse un organismo a los fines de esta disposición, por más que sus actividades alivien el sufrimiento humano. Un particular que desee realizar actividades de caridad tampoco entraría en esta definición. Se requiere una estructura mínima para que el “organismo” pueda funcionar como organización humanitaria.

---

**753** Para un análisis de las actividades que se consideran “actividades humanitarias”, v. la sección J.4.c.



Además, en todo momento la organización debe poder cumplir los criterios profesionales de las actividades humanitarias<sup>754</sup>. De no hacerlo, existiría en la práctica el riesgo de que las autoridades a las que se hace el ofrecimiento de servicios dudaran del carácter imparcial y humanitario de la organización.

**792** Las organizaciones humanitarias necesitan medios financieros para mantener a su personal y sus actividades, y para adquirir los bienes y servicios necesarios. Por lo tanto, el hecho de que se necesite dinero de ningún modo puede considerarse como un elemento que prive a esas organizaciones de su carácter “humanitario”. Además, siempre que la organización actúe como organización humanitaria imparcial, puede mantener relaciones con un actor económico, como una empresa privada o estatal. Algunos ejemplos de esas relaciones son los siguientes: cuando actores económicos que tienen la capacidad de prestar servicios humanitarios, como una compañía de aviación utilizada para el transporte de socorros, vende lucrativamente sus servicios a organizaciones humanitarias imparciales; o cuando actores económicos prestan gratuitamente sus servicios a organizaciones humanitarias imparciales, por ejemplo, en el marco de un programa de responsabilidad social empresarial.

**793** Si bien existe una amplia variedad de instancias en las que los actores económicos pueden participar en actividades humanitarias, aun cuando presten servicios gratuitos en el marco de una actividad humanitaria particular, su perfil lucrativo impide calificarlas como organismos humanitarios imparciales de pleno derecho. Otros ejemplos de participación de actores económicos en actividades humanitarias son los siguientes: recibir el pago de otro actor (como las fuerzas armadas) por prestar servicios humanitarios; y prestar servicios humanitarios directamente, es decir, sin tener una relación con un organismo humanitario imparcial. Por consiguiente, los actores económicos no pueden invocar el derecho a ofrecer servicios en el sentido del artículo 3 común, puesto que no califican como organismos humanitarios imparciales.

---

754 V., por ejemplo, CICR, *Normativa profesional relativa a la labor de protección llevada a cabo por los agentes humanitarios y los defensores de los derechos humanos en los conflictos armados y otras situaciones de violencia, segunda edición*, CICR, Ginebra, 2013. Estas normas, adoptadas a través de un proceso de consultas dirigido por el CICR, reflejan las reflexiones y los acuerdos comunes de diversos organismos humanitarios y de derechos humanos (organismos de la ONU, componentes del Movimiento y organizaciones no gubernamentales). El CICR opina que las normas de protección ofrecidas por un organismo no deben ser inferiores a las establecidas en este documento.

**794** Los Convenios de Ginebra exigen que toda organización humanitaria que desee ofrecer sus servicios sobre la base del artículo 3 común sea “imparcial”. La imparcialidad hace referencia a la actitud que ha de adoptarse respecto de las personas afectadas por el conflicto armado al planificar y realizar las actividades humanitarias propuestas. La imparcialidad es uno de los Principios Fundamentales del Movimiento y exige no hacer ninguna distinción desfavorable basada en la nacionalidad, la raza, la religión, la condición social o el credo político, o cualquier otro criterio análogo<sup>755</sup>. Además, el Principio Fundamental de imparcialidad, al que se ha adherido la Corte Internacional de Justicia<sup>756</sup>, exige que los componentes del Movimiento se dediquen a “socorrer a los individuos en proporción con los sufrimientos, remediando sus necesidades y dando prioridad a las más urgentes”<sup>757</sup>. En virtud de las buenas prácticas, esta definición ha sido adoptada no solo por los componentes del Movimiento, sino también por actores que no forman parte de este.

**795** Para que una organización reúna los requisitos de un “organismo humanitario imparcial”, no alcanza con que declare unilateralmente que califica como tal: debe actuar imparcialmente en todo momento. En la realidad de las operaciones, es importante que las autoridades a las que se haga un ofrecimiento de servicios perciban que la organización es imparcial y humanitaria, y que confíen en que esa organización se conducirá de esa forma.

**796** El principio de imparcialidad se aplica en las etapas de planificación y de implementación de toda actividad humanitaria: solo las necesidades de las personas afectadas por el conflicto pueden determinar las propuestas, las prioridades y las decisiones de las organizaciones humanitarias a la hora de escoger las actividades que realizarán y dónde y cuándo las llevarán a cabo (por ejemplo, quién recibirá asistencia médica en primer lugar).

---

<sup>755</sup> Si bien la frase “o cualquier otro criterio análogo” no figura en el artículo 9 común, sí se la emplea en otras disposiciones de los Convenios de Ginebra. V., por ej., el art. 12(2) del CG I.

<sup>756</sup> CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, fondo, fallo, 1986, párr. 242.

<sup>757</sup> V. también el proyecto Esfera, *Carta Humanitaria y Normas mínimas para la respuesta humanitaria*, tercera edición, 2011, párr. 6, que establece:

Esta asistencia debe brindarse conforme al principio de imparcialidad, lo que significa que ha de proporcionarse únicamente según las necesidades y en proporción a estas. Ello se deriva del principio más general de no discriminación: nadie debe ser discriminado por motivos de edad, género, raza, color, etnia, orientación sexual, idioma, religión, discapacidad, estado de salud, opiniones políticas o de otra índole, ni por su nacionalidad u origen social.

**797** Para que una organización sea calificada como organismo humanitario imparcial en el sentido del artículo 3 común, no existe ningún requisito acerca del lugar donde tenga su sede, que puede estar fuera del territorio del Estado donde se libra el conflicto armado no internacional.

**798** El concepto de imparcialidad es distinto del de neutralidad. Si bien, en la realidad, la neutralidad suele ser esencial como actitud para poder trabajar en forma imparcial, el artículo 3 común no exige que las organizaciones que deseen caber dentro de la definición de esta disposición sean “neutrales”. En el contexto de las actividades humanitarias, “neutralidad” se refiere a la actitud que ha de adoptarse hacia las partes en conflicto. La neutralidad es también uno de los Principios Fundamentales del Movimiento, definido de la siguiente manera: “Con el fin de conservar la confianza de todos, el Movimiento se abstiene de tomar parte en las hostilidades y, en todo tiempo, en las controversias de orden político, racial, religioso o ideológico”.

**799** Cabe observar que, si bien es posible que otros actores que no califican como organismos humanitarios imparciales también pueden realizar actividades humanitarias, y que estas puedan aliviar el sufrimiento humano, esos actores no están contemplados por el artículo 3 común (2) ni están regidos por los principios que guían la conducta de organismos humanitarios imparciales.

### *b. El Comité Internacional de la Cruz Roja*

**800** El artículo 3 común menciona al CICR como un ejemplo (“tal como”) de una organización que reúne los requisitos de un organismo humanitario imparcial.

**801** El CICR es la única organización identificada con su nombre tanto en el artículo 3 común (2) como en el artículo 9 común respecto del derecho a ofrecer servicios. Para los redactores de los Convenios, el CICR epitomiza todo organismo humanitario imparcial. Inversamente, por ser un ejemplo de un organismo humanitario imparcial, los Estados que han conferido al CICR el derecho a ofrecer sus servicios han señalado que esa mención explícita está supeditada a que el CICR actúe en todo momento como organismo humanitario imparcial.

**802** En los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolo adicionales de 1977, hay un número considerable de disposiciones en las que las Altas Partes Contratantes han conferido explícitamente al CICR el derecho a ofrecer la realización de actividades humanitarias específicas en conflictos armados internacionales<sup>758</sup>.

---

<sup>758</sup> Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 9, párr. 1132.

En cambio, por lo que respecta al derecho aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional, solo el artículo 3 común menciona explícitamente al CICR sin vincularlo a actividades específicas. Paralelamente, los Estatutos del Movimiento ofrecen una base jurídica para que el CICR ofrezca sus servicios en ese tipo de conflictos, entre otras situaciones<sup>759</sup>.

#### 4. EL OFRECIMIENTO DE SERVICIOS

**803** En virtud del artículo 3 común, las Altas Partes Contratantes reconocen explícitamente que los organismos humanitarios imparciales tienen derecho, no la obligación, de ofrecer los servicios que consideren pertinentes para responder a las necesidades humanitarias generadas por un conflicto armado. Ese ofrecimiento puede hacerse incondicionalmente, más allá de cualquier solicitud o acercamiento previos de una o más de las partes en conflicto, y de cualquier otro factor que podría restringir el derecho de esos organismos a ofrecer sus servicios.

**804** Cuando se efectúa un ofrecimiento de servicios, no se lo puede considerar ni un acto hostil ni una interferencia ilícita en los asuntos internos de un Estado en general o en el conflicto en particular<sup>760</sup>. Tampoco se la puede considerar un reconocimiento de una parte en conflicto o un apoyo a esta. Por consiguiente, no puede prohibirse ni penalizarse un ofrecimiento de servicios y su aplicación, en virtud de una ley o de cualquier otra normativa. Nada impide que una parte en un conflicto armado no internacional invite al CICR o a otro organismo humanitario imparcial a realizar determinadas actividades humanitarias. Sin embargo, en virtud del derecho internacional, estas organizaciones no están obligadas a aceptar tal solicitud; queda a su discreción decidir sin dan respuesta positiva o no en el contexto de que se trate<sup>761</sup>. El artículo 3 común no exige que, al hacer un ofrecimiento de servicios a una parte en un conflicto armado no internacional, se deba hacer un ofrecimiento equivalente a la otra o las otras partes en el conflicto.

---

759 V. Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 1986, art. 5(2)(c)-(d) y (3). Para más información sobre el origen de los Estatutos, v. párr. 783.

760 V. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, fondo, fallo, 1986, párr. 242: “No caben dudas de que la prestación de ayuda estrictamente humanitaria a personas o fuerzas en otro país, más allá de sus objetivos o ideas políticas, no puede considerarse una intervención ilícita o de alguna otra forma contraria al derecho internacional”.

761 En cuanto a la condición especial de las Sociedades Nacionales al respecto, v. 783.

**805** El hecho de que el CICR u otro organismo humanitario imparcial hagan un ofrecimiento de servicios no tiene incidencia alguna en la condición jurídica internacional de la entidad a la que se haga el ofrecimiento. Se desprende claramente del artículo 3 común (4) que el hecho de que se haga un ofrecimiento de servicios a una parte no estatal en un conflicto armado de ninguna manera repercute en la condición de jurídica de esa parte. Análogamente, un ofrecimiento de servicios no puede interpretarse como un apoyo a las razones por las cuales la entidad a la que se hace el ofrecimiento está librando un conflicto armado.

**806** A fin de que el derecho convencional de ofrecer servicios se haga efectivo, las autoridades que representen a una parte en un conflicto armado no internacional deben asegurarse de que quienes deban adoptar la decisión al respecto estén disponibles para recibir el ofrecimiento.

## 5. LOS SERVICIOS OFRECIDOS

### *a. Actividades humanitarias*

**807** El artículo 3 común establece concisamente que, en caso de conflicto armado no internacional un organismo humanitario imparcial podrá ofrecer “sus servicios”. La noción de servicios no está definida en el artículo 3 común y tampoco se ofrece ningún ejemplo.

**808** El artículo 9 común, la disposición que consagra el derecho a ofrecer servicios aplicable en conflictos armados internacionales, permite que el CICR u otro organismo humanitario imparcial se ofrezca para emprender “actividades humanitarias” para la “protección” y el “socorro” (término que puede intercambiarse indistintamente con el de “asistencia”) de determinadas categorías de personas.

**809** Es probable que las necesidades humanitarias generadas por un conflicto armado sean más o menos las mismas, cualquiera sea la calificación jurídica del conflicto. Por consiguiente, de no mediar ninguna indicación en el sentido contrario, el término “servicios” que figura en el artículo 3 común debe interpretarse ampliamente, es decir que abarca todos los tipos de actividades humanitarias necesarias para atender las necesidades de todas las personas afectadas por el conflicto armado. La naturaleza del conflicto armado no debe incidir en las actividades humanitarias que pueden ofrecerse, así sean actividades de protección o de socorro/asistencia.

**810** Sin lugar a dudas, las actividades de protección humanitaria y de asistencia humanitaria persiguen el mismo objetivo: salvaguardar la vida y la dignidad de las personas afectadas por el conflicto armado. Por lo tanto, en la práctica, nunca se las debe considerar por separado ni que sean mutuamente excluyentes. La asistencia a las personas afectadas por un conflicto armado también las protege, y viceversa. Por ende, las actividades de “protección humanitaria” pueden ser, al mismo tiempo, “de socorro humanitario”. Vale decir que sería contrario a los fines del artículo 3 común que una parte en el conflicto permitiera un tipo de actividad (por ejemplo, de socorro humanitario) y no diera su consentimiento, por principio, para la realización de otra (en este ejemplo, de protección humanitaria).

**811** Una indicación de qué se entiende por “humanitario” se halla en la definición del Principio Fundamental de “humanidad”. Este principio, que también fue respaldado por la Corte Internacional de Justicia<sup>762</sup>, es el primero de los siete Principios Fundamentales del Movimiento.<sup>763</sup> Puede inferirse de la definición que son actividades humanitarias todas las actividades destinadas a “prevenir y aliviar el sufrimiento en todas las circunstancias” y a “proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana”<sup>764</sup>. El empleo del término “vida” en esta definición no impide que se pueda emprender actividades humanitarias para beneficio de las personas fallecidas, por ejemplo, en lo que respecta al trato digno de los restos humanos<sup>765</sup>.

**812** Por consiguiente, en el contexto de un conflicto armado, son humanitarias las actividades destinadas a preservar la vida, la seguridad, la dignidad y el bienestar físico y mental de las personas afectadas por un conflicto, o las que procuran restablecer el bienestar, si ha sido interrumpido. Esas actividades deben referirse a los seres humanos. Por lo tanto, y tal como establece el principio

---

<sup>762</sup> V. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, fondo, fallo, 1986, párr. 242.

<sup>763</sup> Para más información acerca del origen y el estatuto de los Principios Fundamentales, v. párr. 783.

<sup>764</sup> Un análisis más exhaustivo del principio de “humanidad” y otros términos relacionados se halla en Jean S. Pictet, “Commentary on the Fundamental Principles of the Red Cross (I)”, *International Review of the Red Cross*, vol. 19, n.º 210, junio de 1979, págs. 130-149.

<sup>765</sup> Otra definición del término “humanitario” figura en *Carta Humanitaria y Normas mínimas para la respuesta*, que define el “imperativo humanitario” como el imperativo según el cual “hay que actuar para prevenir y aliviar el sufrimiento humano causado por los desastres o los conflictos armados”. V. también *Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-Governmental Organisations (NGOs) in Disaster Relief*, 1994, pág. 3: “The humanitarian imperative comes first” (“Lo primordial es el imperativo humanitario”).

de imparcialidad, las actividades humanitarias y las formas de llevarlas a cabo no deben verse afectadas por consideraciones políticas o militares o por cualquier otra consideración relacionada con el comportamiento pasado de la persona, en particular los comportamientos que podrían ser punibles sobre la base del derecho penal o de otras normas disciplinarias. Las actividades humanitarias procuran salvar la vida, la integridad y la dignidad humanas, y no deben tener otra motivación más que cumplir ese objetivo. Por último, quienes se ofrecen a realizar actividades humanitarias han de centrarse solo en las necesidades de las personas afectadas por el conflicto.

**813** Aparte de estas consideraciones generales, las Altas Partes Contratantes no han especificado qué actividades pueden reunir los requisitos de las actividades humanitarias. Ello no sorprende, dado que sería difícil anticipar las necesidades humanitarias que podrían surgir a raíz de un conflicto armado en particular; además, dado que la naturaleza de los conflictos armados puede cambiar, las necesidades humanitarias que generen también pueden cambiar y, con ellas, los servicios que pueden ofrecerse sobre la base del artículo 3 común. Por otro lado, es imposible definir genéricamente, sobre todo cuando un conflicto armado se extiende a lo largo de años o incluso de décadas, qué actividades en un contexto en particular pueden salvaguardar la vida, la seguridad, la dignidad y el bienestar físico y mental de las personas afectadas.

### *b. Protección*

**814** En su sentido corriente, el término “protect”, en inglés, significa “keep safe from harm or injury” (“mantener a salvo de daños o lesiones”)<sup>766</sup>. Por su parte, el derecho humanitario tiene como uno de sus principales objetivos “proteger” a las personas en situaciones de conflicto armado contra los abusos de poder por las partes en conflicto.

**815** El artículo 3 común (2) no brinda ninguna orientación sobre qué actividades pueden desplegar los organismos humanitarios imparciales para lograr que las partes en un conflicto armado no internacional “protejan” a las personas cumpliendo el marco jurídico aplicable. Incluso los organismos humanitarios imparciales tienen opiniones diferentes acerca de qué son las actividades de protección.

---

<sup>766</sup> *Concise Oxford English Dictionary*, décima segunda edición, Oxford University Press, 2011, pág. 1153.

Para el CICR y el Comité Permanente entre Organismos<sup>767</sup>, el concepto de “protección” abarca todas las actividades tendentes a conseguir el pleno respeto de los derechos de las personas, de conformidad con la letra y el espíritu de la normativa pertinente (derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados)<sup>768</sup>.

**816** Por consiguiente, en el contexto del derecho humanitario, por “actividades de protección” se entiende todas las actividades destinadas a garantizar que las autoridades y otros actores pertinentes cumplan sus obligaciones tendentes a respetar los derechos de las personas<sup>769</sup>. Las actividades de protección abarcan las que procuran poner término a las violaciones del derecho humanitario o impedir que se repitan (por ejemplo, las gestiones ante las autoridades o la difusión del derecho), y las que procuran lograr que las autoridades cesen toda violación de las normas aplicables a ellas o les pongan fin.

**817** Al realizar sus actividades de protección en el contexto de un conflicto armado no internacional, el CICR procura garantizar que las normas aplicables del derecho humanitario y, cuando corresponda, de otro derecho aplicable sean observadas o aplicadas por todas las partes en conflicto. Algunas de esas actividades pueden ser visitar a personas privadas de libertad y entablar un diálogo fundado y confidencial con las autoridades acerca de sus obligaciones en virtud del

---

**767** El Comité Permanente entre Organismos (IASC) fue establecido en 1992 en respuesta a la resolución 46/182 de la Asamblea General de la ONU sobre el fortalecimiento de la asistencia humanitaria. Es un foro entre organismos para la coordinación, la elaboración de políticas y la participación en la adopción de decisiones de socios humanitarios clave tanto de la ONU como externos.

**768** CICR, *Normativa profesional relativa a la labor de protección llevada a cabo por los agentes humanitarios y los defensores de los derechos humanos en los conflictos armados y otras situaciones de violencia*, segunda edición, CICR, Ginebra, 2013, pág. 12. V. también Comité Permanente entre Organismos, *IASC Operational Guidelines on the Protection of Persons in Situations of Natural Disasters*, The Brookings – Bern Project on Internal Displacement, Berna, enero de 2011, pág. 5. Para mayor exhaustividad sobre el concepto de imparcialidad, v. los párrafos 794-797.

**769** Política de Protección del CICR, reproducida en *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 871, septiembre de 2008, págs. 751-775.



derecho internacional<sup>770</sup>. Más en general, el CICR puede proponer realizar cualquier actividad que considere necesaria para la supervisión de la aplicación de las normas del derecho humanitario y de otros marcos jurídicos que puedan ser pertinentes.

**818** Más allá de los Convenios de Ginebra, el término “protección” ha llegado a adquirir diferentes significados para los diferentes actores, y no todas esas actividades caben dentro del ámbito del artículo 3 común. En la práctica, esas diferencias complican el análisis conceptual. Por ejemplo, cuando un actor militar, como una unidad que participa en una misión de imposición de la paz autorizada por la ONU, ha recibido el mandato de “proteger” a la población civil, es posible que se realicen diferentes actividades y se apliquen diferentes enfoques, incluido el uso de la fuerza armada. El significado que cobra, en este último caso, el término de “protección” es muy diferente del enfoque que adopta un organismo imparcial humanitario al realizar “actividades de protección”.

### c. Socorro/asistencia

**819** En su sentido corriente, “socorro” significa “alivio o eliminación del dolor, la angustia o el peligro”<sup>771</sup>. Tal como se lo emplea en los Convenios de Ginebra, el término “socorro” se aplica, en general, a las actividades destinadas a atender las necesidades humanitarias que surgen en situaciones de emergencia. En el contexto del Protocolo adicional I, este término debe leerse en conjunto con el término más amplio de “asistencia” utilizado en el artículo 81(1), que también aspira a responder a las necesidades de largo plazo, recurrentes e incluso crónicas<sup>772</sup>.

---

<sup>770</sup> La labor del CICR se basa en la confidencialidad. Cabe observar que la confidencialidad no se relaciona solo con las actividades de protección del CICR, como las que realiza en el contexto de la detención. La confidencialidad es, en cambio, un requisito para la acción humanitaria en su conjunto. La confidencialidad permite que el CICR tenga acceso a las víctimas de conflictos armados y de otras situaciones de violencia, mantenga un diálogo bilateral con las autoridades pertinentes y proteja a sus beneficiarios, así como a su personal en el terreno. Para más información, v. CICR “The International Committee of the Red Cross’s (ICRC’s) confidential approach. Specific means employed by the ICRC to ensure respect for the law by State and non-State authorities”, doctrina, diciembre de 2012, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, n.º 887, otoño de 2012, págs. 1135-1144.

<sup>771</sup> *Concise Oxford English Dictionary*, décima segunda edición, Oxford University Press, 2011, pág. 1215.

<sup>772</sup> Política de asistencia del CICR, adoptada por la Asamblea del Comité Internacional de la Cruz Roja el 29 de abril de 2004 y reproducida en *International Review of the Red Cross*, vol. 86, n.º 855, septiembre de 2004, págs. 677-693. Disponible en español en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/66kjtt.htm>.

Al igual que el término de protección, los de socorro y asistencia no están definidos ni en los Convenios de Ginebra ni en los Protocolos adicionales. La ausencia de una definición genérica, o de una lista de actividades específicas que estarían englobadas en el término “asistencia”, está en consonancia con el hecho de que las necesidades de asistencia humanitaria pueden no ser las mismas en todos los contextos y evolucionar con el tiempo.

**820** Por “actividades de asistencia” se hace referencia a todas las actividades, servicios y distribución de artículos realizadas ante todo en los ámbitos de salud, agua, hábitat (creación de un entorno de vida sostenible) y seguridad económica (definida por el CICR como “la condición de aquellas personas, hogares o comunidades que son capaces de satisfacer sus necesidades esenciales y de solventar los gastos ineludibles de forma sostenible, conforme a los requerimientos fisiológicos, el medio ambiente y las pautas culturales propias de cada lugar”). La finalidad de esas actividades es lograr que las personas atrapadas en conflictos armados puedan sobrevivir y llevar una vida digna<sup>773</sup>. En la práctica, el tipo de actividades de asistencia diferirá en función de quiénes sean los beneficiarios y de la naturaleza de sus necesidades. Las actividades de asistencia en favor de las personas heridas en el campo de batalla, por ejemplo, no serán las mismas que las que se emprendan en favor de las personas privadas de libertad. Uno de los principios más importantes del derecho humanitario establece que, independientemente de la actividad de asistencia que se realice en favor de las personas que no participan o que han dejado de participar directamente en las hostilidades, esas actividades nunca han de considerarse como un factor para reforzar la capacidad militar del enemigo, en particular la prestación de ayuda médica a los combatientes heridos.

**821** Con respecto a las actividades tanto de protección como de asistencia, el CICR emplea modos de acción, como la persuasión, de forma bilateral y confidencial para inducir a las autoridades a cumplir su obligación de respetar las normas que les son aplicables, incluidas las que rigen la prestación de servicios esenciales<sup>774</sup>.

---

<sup>773</sup> Política de asistencia del CICR, adoptada por la Asamblea del Comité Internacional de la Cruz Roja el 29 de abril de 2004 y reproducida en *International Review of the Red Cross*, vol. 86, n.º 855, septiembre de 2004, págs. 677–693, en particular 678. V. ejemplos de actividades específicas englobadas por esos términos y realizadas por el CICR en *Health Activities: Caring for People Affected by Armed Conflict and Other Situations of Violence*, CICR, Ginebra, 2015, and *Economic Security*, CICR, Ginebra, 2013.

<sup>774</sup> Acerca de la confidencialidad como principal modalidad de trabajo del CICR también en el ámbito de las actividades de asistencia, v. párr. 817 y la nota al pie 770.

Cuando el CICR considera que sus esfuerzos no lograrán obtener una respuesta satisfactoria y oportuna de las autoridades, y que el problema es grave, puede decidir dar el apoyo necesario a la prestación directa de asistencia o bien sustituirla<sup>775</sup>. Cuando ello sucede, se debe recordar, de todos modos, que son las partes en conflicto las responsables principales de garantizar que se satisfagan las necesidades humanitarias<sup>776</sup>. Cuando, pese a los esfuerzos y en caso de violaciones graves y repetidas del derecho humanitario, no logra convencer a las autoridades de que asuman sus responsabilidades al respecto, el CICR puede recurrir a otros modos de acción, como, en determinadas condiciones, la denuncia pública.<sup>777</sup>

---

775 Política de asistencia del CICR, adoptada por la Asamblea del Comité Internacional de la Cruz Roja el 29 de abril de 2004 y reproducida en *International Review of the Red Cross*, vol. 86, n.º 855, septiembre de 2004, págs. 677-693, en particular 682.

776 El hecho de que el CICR u otro organismo humanitario imparcial realice actividades de asistencia y reemplace los esfuerzos de las autoridades, o los complemente, no significa que tenga la obligación jurídica de hacerlo. Esto está demostrado por el uso de los términos “podrá ofrecer” que figuran en el art. 3 común. La política de Asistencia del CICR, adoptada por la Asamblea del CICR el 29 de abril de 2004 y reproducida en *International Review of the Red Cross*, vol. 86, n.º 855, septiembre de 2004, págs. 677-693, en particular 683, especifica las circunstancias en las que el CICR aceptará actuar como sustituto para prestar servicios directamente a la población:

La decisión de sustituir a las autoridades y prestar un servicio directo a las personas afectadas depende de la urgencia y de la importancia de las necesidades. Este modo de acción puede utilizarse cuando:

- las necesidades son importantes, y las autoridades responsables no tienen la capacidad de satisfacerlas, o cuando no hay autoridad responsable;
- las necesidades son importantes, y las autoridades responsables no tienen la voluntad de satisfacerlas;
- las condiciones de seguridad o los riesgos de que una asistencia indirecta sea mal utilizada o mal percibida lo exigen;
- las actividades de asistencia favorecen la protección de las personas afectadas.

777 Para mayor exhaustividad, v. CICR, “Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 858, junio de 2005, págs. 393-400. Versión en español (“Las gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones del derecho internacional humanitario o de otras normas fundamentales que protegen a las personas en situación de violencia”) disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_0893.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0893.pdf).

#### *d. Beneficiarios*

**822** El artículo 3 común no especifica qué categorías de personas pueden ser beneficiarias de las actividades humanitarias propuestas. Habida cuenta del contexto de esta disposición, se ha de entender que pueden emprenderse actividades humanitarias particularmente para beneficio de todas las personas protegidas por el artículo 3 común, es decir, “[l]as personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”.

**823** Los conflictos armados afectan a otras personas además de las que están explícitamente mencionadas en la lista de personas protegidas por el artículo 3 común. Sin embargo, el artículo no afirma que las que figuran en la lista sean las únicas personas a las que el CICR u otro organismo humanitario imparcial puede ofrecer sus servicios. Por otro lado, para que las personas se beneficien de las actividades humanitarias, no es necesario que sean las víctimas de una infracción de una norma jurídica aplicable. Esta amplia interpretación acerca de quiénes pueden ser los beneficiarios de las actividades humanitarias está reflejada en artículo el 81(1) del Protocolo adicional I, que se refiere a las “víctimas de los conflictos armados”, y está confirmada por la práctica posterior en conflictos armados no internacionales: al recibir un ofrecimiento de servicios, las partes en conflicto por lo general no limitan su consentimiento a la realización de las actividades solo a las personas afectadas por el conflicto armado que califican como personas protegidas por el artículo 3 común. Por último, nada de ello impide que organismos humanitarios imparciales puedan ejercer otras actividades, como las del ámbito de la prevención (por ejemplo, sensibilización sobre el derecho internacional humanitario) para beneficio de los combatientes en buen estado de salud.

**824** Si bien no se lo menciona explícitamente en el artículo 3 común, el derecho a ofrecer servicios también puede referirse a las actividades en favor de las personas fallecidas<sup>778</sup>. Análogamente, si bien no se lo menciona explícitamente de ese modo, se desprende del propósito del artículo 3 común que el derecho a ofrecer servicios también puede ser ejercido, en función de las circunstancias, para proteger o salvaguardar el funcionamiento de bienes que benefician a los heridos y los enfermos, como los establecimientos de salud.

---

<sup>778</sup> Acerca de la protección conferida a las personas fallecidas sobre la base del art. 3 común, v. párr. 760.

## 6. DESTINATARIOS DE UN OFRECIMIENTO DE SERVICIOS

**825** El artículo 3 común permite a los organismos humanitarios imparciales ofrecer sus servicios a “las Partes en conflicto”. En el contexto de un conflicto armado no internacional, ello autoriza a esos organismos a ofrecer sus servicios tanto a una Alta Parte Contratante en los Convenios de Ginebra, cuando sea parte en el conflicto, como a un grupo armado no estatal que sea parte en el conflicto. Por consiguiente, un ofrecimiento de servicios basado en el artículo 3 común (2) no puede ser considerado una interferencia en el conflicto armado y no deberá afectar la condición jurídica de las partes en conflicto<sup>779</sup>.

**826** Si bien las partes en conflicto son las responsables principales de atender las necesidades humanitarias, el propósito de este párrafo es permitir que organismos humanitarios imparciales complementen a las partes cuando estas no cumplen sus obligaciones al respecto.

## 7. CONSENTIMIENTO

### *a. Requisito de consentimiento*

**827** El artículo 3 común establece que “[u]n organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto”, pero no especifica quién puede responder a ese ofrecimiento ni cómo lo haría. Al respecto, el artículo 3 común difiere del artículo 18(2) del Protocolo adicional II, que explícitamente menciona el requisito de obtener el consentimiento “de la Alta Parte contratante interesada” con respecto a un tipo particular de actividades humanitarias, las acciones de socorro<sup>780</sup>.

---

<sup>779</sup> V. párr. 805 y sección L.

<sup>780</sup> Análogamente, para los conflictos armados internacionales a los que se aplica el PA I, v. también el art. 70(1) y art. 81(1) de ese Protocolo. V. también “ICRC Q&A and lexicon on humanitarian access”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.º 893, marzo de 2014, págs. 359-375 y *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, informe preparado para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2015, págs. 26-30.

**828** Pese al silencio del artículo 3 común, se desprende claramente de la lógica en que se basa el derecho internacional en general<sup>781</sup>, y el derecho humanitario en particular, que, en principio, un organismo humanitario imparcial solo podrá realizar las actividades humanitarias propuestas si ha conseguido el debido consentimiento.

**829** El consentimiento puede manifestarse mediante una respuesta por escrito al organismo que ha hecho el ofrecimiento, pero también puede expresarse oralmente. En ausencia de una aprobación comunicada con claridad, un organismo humanitario imparcial puede asegurarse de que la parte en conflicto correspondiente consiente al menos implícitamente, por aquiescencia, en las actividades humanitarias propuestas debidamente notificadas a esa parte con antelación.

**830** Sin embargo, en circunstancias excepcionales, puede ser problemático pedir y obtener el consentimiento de una parte. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando hay incertidumbre acerca del gobierno que tiene el control o cuando las autoridades estatales han colapsado o dejado de funcionar.

**831** Además, puede haber casos en que las necesidades humanitarias sean particularmente importantes. Cuando no se da respuesta a esas necesidades, el imperativo humanitario requiere que organismos humanitarios imparciales, como el CICR, emprendan actividades humanitarias.

---

**781** Incluido el derecho soberano de los Estados a regular el acceso a su territorio.

### *b. El consentimiento no puede retenerse arbitrariamente*

**832** Los Convenios de Ginebra no ofrecen ninguna orientación acerca de si existen circunstancias en las que una parte en un conflicto armado no internacional puede lícitamente negarse a dar su consentimiento a un ofrecimiento de servicios por un organismo humanitario imparcial. En 1949, al menos con respecto al consentimiento de la Alta Parte Contratante correspondiente, la interpretación del requisito de obtener el consentimiento de las partes en conflicto se estableció en el contexto de la soberanía prácticamente total de los Estados: la Alta Parte Contratante a la que se hacía un ofrecimiento de servicios no veía que su plena discreción estuviera cercenada por ninguna norma del derecho internacional. Sin embargo, ya en esa época, se entendía que, cuando una parte en conflicto rechazaba un ofrecimiento de servicios, tendría una gran responsabilidad moral por toda consecuencia o efecto que conllevara una violación de sus propias obligaciones humanitarias hacia los beneficiarios<sup>782</sup>.

**833** Desde 1949, el derecho internacional en general y el derecho humanitario en particular han evolucionado considerablemente hasta el punto en que una parte en un conflicto armado sin carácter internacional, así sea una Alta Parte Contratante o un grupo armado no estatal a los que un organismo humanitario imparcial hace un ofrecimiento de servicios, no tiene total libertad para decidir cómo responder ante un ofrecimiento de ese tipo. Ahora se acepta que existen circunstancias en las que una parte en un conflicto armado sin carácter internacional está obligada, en virtud del derecho internacional, a dar su consentimiento a un ofrecimiento de servicios hecho por un organismo humanitario imparcial.

---

<sup>782</sup> Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, CICR, 1952, pág. 58: “La parte en conflicto que [cuando se necesita ayuda adicional] rechaza ofrecimientos de servicios caritativos del exterior incurrirá en una gran responsabilidad moral”.

**834** En particular, el derecho internacional, tal como demuestra la práctica estatal relativa a la aplicación de los Convenios de Ginebra, ahora ha evolucionado a tal punto que el consentimiento no puede negarse con fundamentos arbitrarios<sup>783</sup>. Por consiguiente, todo impedimento a las actividades humanitarias debe fundarse en motivos válidos, y la parte en conflicto cuyo consentimiento se pide, debe evaluar todo ofrecimiento de servicios de buena fe<sup>784</sup> y de conformidad con sus obligaciones jurídicas internacionales en relación con las necesidades humanitarias de las personas afectadas por el conflicto armado no internacional.

---

**783** La misma evolución ha tenido lugar en el derecho internacional humanitario consuetudinario; v. Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 55, págs. 216-222: “[U]na organización humanitaria no puede actuar sin el consentimiento de la parte interesada. Ahora bien, ese consentimiento no puede negarse por razones arbitrarias”. Esta afirmación se realiza en el marco de una norma relativa al “socorro humanitario a las personas civiles necesitadas”. Lógicamente, la misma norma se aplica respecto de los ofrecimientos de proteger o asistir a los heridos, los enfermos y los náufragos, y respecto de los ofrecimientos de servicios para proteger o asistir a los prisioneros de guerra. No hay razón para que estos ofrecimientos de servicios estén regulados en forma diferente. Si no, se llegaría a una situación manifiestamente absurda y poco razonable: para una parte en conflicto estaría prohibido rechazar arbitrariamente un ofrecimiento de servicios para los civiles, pero podría hacerlo si el ofrecimiento de servicios fuera para beneficiar a otras categorías de personas afectadas por el conflicto armado. V. también *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974-1977*, vol. XII, pág. 336, cuando el representante de la República Federal de Alemania (apoyado, en este punto, por varios delegados más) afirmó con respecto a la expresión “con el consentimiento de la Alta Parte contratante interesada, acciones de socorro”: “Esa expresión no implicaba que las partes interesadas tuvieran libertad absoluta e ilimitada para negar su consentimiento a las acciones de socorro. Una parte que niegue su consentimiento debe hacerlo con motivos válidos, no arbitrarios ni caprichosos”. V. también Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (1998), principio 25(2): “Su aceptación no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria”. V. también Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 124(B), pág. 500-504. Para consultar dos ejemplos recientes, v. Consejo de Seguridad, res. 2139 sobre Siria, 22 de febrero de 2014, párr. preambular 10: “*Condenando* al mismo tiempo todos los casos de denegación del acceso de la ayuda humanitaria y *recordando* que la denegación arbitraria del acceso humanitario y la privación de objetos indispensables para la supervivencia de los civiles, incluso obstaculizando deliberadamente el suministro de socorro y el acceso, puede constituir una violación del derecho internacional humanitario”; y la res. 2216 sobre Yemen, 14 de abril de 2015, párr. preambular 10, que contiene una expresión idéntica a la de “*recordando*”.

**784** CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, informe preparado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2011, pág. 29.



Por ende, cuando una parte en un conflicto armado no internacional no desea o no puede satisfacer las necesidades humanitarias básicas, el derecho internacional le exige aceptar un ofrecimiento de servicios por parte de un organismo humanitario imparcial. Si las necesidades humanitarias no pueden satisfacerse de otra forma, la negativa a aceptar un ofrecimiento de servicios sería arbitraria y, por lo tanto, constituiría una violación del derecho internacional.

**835** El derecho internacional no ofrece orientación autorizada acerca de cómo interpretar el criterio de “arbitrariedad”<sup>785</sup>. Esa determinación ha de efectuarse según el contexto. De todos modos, existen casos en los que claramente una negativa a dar consentimiento no será considerada arbitraria. Por ejemplo, si la parte a la que se hace el ofrecimiento desea y puede satisfacer las necesidades humanitarias y efectivamente lo hace de forma imparcial. A la inversa, la negativa puede considerarse arbitraria si conlleva una violación de las obligaciones de la parte conforme al derecho humanitario u otros ámbitos del derecho internacional, como el derecho de los derechos humanos aplicable. Ello sucederá, por ejemplo, cuando la parte interesada no pueda o no desee prestar asistencia humanitaria a las personas afectadas por el conflicto armado, y sobre todo si no se satisfacen las necesidades básicas que les permitirían vivir con dignidad.

**836** Además, se debe recordar que está prohibido hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra<sup>786</sup>. Por consiguiente, cuando una falta de suministros persigue el objetivo de hacer padecer hambre a la población civil, o tiene ese resultado, no existe una razón válida para rechazar un ofrecimiento de prestar ayuda humanitaria a la población<sup>787</sup>. Tampoco existen razones válidas para rechazar ese ofrecimiento cuando, por ejemplo, la parte a la que se hace el ofrecimiento no es capaz de satisfacer por ella misma las necesidades humanitarias. Análogamente, la negativa a dar consentimiento con el objetivo, implícito o explícito, de exacerbar el sufrimiento de la población civil también sería arbitraria.

---

<sup>785</sup> V. también “ICRC Q&A and lexicon on humanitarian access”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.º 893, marzo de 2014, págs. 359-375, en particular 369.

<sup>786</sup> V. PA II, art. 14, y Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 53.

<sup>787</sup> CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, informe preparado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, pág. 29.

**837** La negativa a dar consentimiento también puede considerarse arbitraria cuando se basa en una distinción de índole desfavorable, es decir, cuando su objetivo es privar a personas de determinada nacionalidad, raza, creencias religiosas, clase u opinión política de la asistencia o la protección humanitaria que necesitan.

**838** La necesidad militar no es un argumento válido, en el derecho humanitario, para rechazar un ofrecimiento de servicios o para negar todas las actividades humanitarias propuestas por organismos humanitarios imparciales.

**839** En todo momento, el consentimiento de una parte en un conflicto armado no internacional para emprender actividades humanitarias no incide en la facultad de esa parte de imponer medidas de control. Algunas de esas medidas pueden ser: verificar la naturaleza de la asistencia; establecer acuerdos técnicos para la prestación de la asistencia; y restringir temporalmente las actividades por razones de necesidad militar imperiosa<sup>788</sup>. Si las medidas de verificación resultan en la conclusión de que la actividad no es imparcial o no es humanitaria, es posible negar el acceso. Sin embargo, la definición y la aplicación de esos controles o restricciones no pueden ser de tal índole que, a todos los fines prácticos, equivalgan a una negativa del consentimiento. En otras palabras, el derecho de control reconocido por el derecho humanitario no debería demorar indebidamente las actividades humanitarias o imposibilitar su ejecución. Al respecto, se puede invocar la necesidad militar imperiosa en circunstancias excepcionales solo para regular, pero no para prohibir, el acceso humanitario, y se puede restringir la libertad de movimiento del personal humanitario solo temporal y geográficamente<sup>789</sup>. Las razones de necesidad militar imperiosa pueden ser, por ejemplo, evitar las interferencias con una operación militar en curso o pendiente.

---

788 V. PA I, art. 70(3); v. también Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 55, pág. 219.

789 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 56.

*c. Obligación de permitir y autorizar el paso rápido y sin obstáculos*

**840** A diferencia del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales<sup>790</sup>, ninguna norma convencional aborda específicamente si las Altas Partes Contratantes, además de las que son parte en un conflicto armado no internacional, tienen la obligación de permitir y facilitar el paso rápido y sin obstáculos de los socorros, el material y el personal de asistencia. Es posible sostener que, al menos tentativamente, esto puede considerarse obligatorio en función del componente de diligencia debida que contiene el artículo 1 común (“hacer respetar”). En todo caso, cuando una organización humanitaria solo puede llegar a sus beneficiarios cruzando el territorio de un Estado en particular, el espíritu humanitario en que se basan los Convenios sugeriría una expectativa legítima de que el Estado no abuse de sus derechos soberanos de una forma tal que cause perjuicios a los beneficiarios. Si esos Estados se negaran a permitir y facilitar la prestación de ayuda, en efecto impedirían atender las necesidades humanitarias y, por ende, despojarían de sentido al consentimiento dado por las partes en conflicto.

---

<sup>790</sup>V. PA I, art. 70(2)-(3), y el comentario del art. 9, párr. 1168.

## K. PÁRRAFO 3: ACUERDOS ESPECIALES

### 1. INTRODUCCIÓN

**841** El párrafo 3 del artículo 3 común invita a las partes en conflicto a concluir acuerdos para aplicar, además del artículo 3 común, “las otras disposiciones” de los Convenios de Ginebra que no son formalmente aplicables en un conflicto armado sin carácter internacional. Este párrafo refleja de por sí el carácter más bien rudimentario del derecho humanitario convencional aplicable en esos conflictos. Es importante recordar, al respecto, que el derecho internacional humanitario consuetudinario se aplica incluso en ausencia de un acuerdo especial entre las partes en un conflicto armado no internacional.

**842** Los acuerdos especiales pueden “proveer una relación sencilla del derecho aplicable al contexto, o bien una extensa lista de las disposiciones del DIH diferentes del derecho ya aplicable, y lograr un compromiso claro de las partes de acatar este derecho”<sup>791</sup>. Los beneficios de negociar acuerdos especiales “van más allá de los términos formales plasmados en el documento. El hecho mismo de que las partes en un conflicto se pongan en contacto para negociar el acuerdo puede ser de gran valor”<sup>792</sup>.

**843** La Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales también alienta a las partes en conflictos armados no internacionales a “poner en vigor, mediante acuerdos especiales, todas las demás disposiciones de [esa] Convención o parte de ellas”.<sup>793</sup> La posibilidad de concluir acuerdos especiales en conflictos armados internacionales está establecida en el artículo 6 común (artículo 7 del Convenio de Ginebra IV).

---

**791** CICR, *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*, pág. 16.

**792** *Ibíd.* pág. 17; v. también Bell, pág. 20.

**793** Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1954), artículo 19(2). El párrafo 4 de ese artículo confirma, además, que la conclusión de esos acuerdos no afecta el estatuto jurídico de las partes.

## 2. RESEÑA HISTÓRICA

**844** Una de las primeras propuestas para la aplicación del derecho humanitario a los conflictos armados sin carácter internacional, que se formuló mientras se preparaban los proyectos de convenios para la Conferencia Diplomática de 1949, consistió en que las partes en esos conflictos fueran “invitadas a declarar su disposición a aplicar los principios del Convenio”<sup>794</sup>. Esta propuesta contiene el origen del concepto de recurrir a un acuerdo especial para poner en vigor todas las disposiciones de los Convenios para las partes en conflictos armados sin carácter internacional. Esta posibilidad ocupó un lugar preponderante en casi todas las reiteraciones de lo que en su momento fue el proyecto de artículo 2(4) propuesto durante la Conferencia Diplomática<sup>795</sup> y que fue finalmente retenido como el párrafo 3 del artículo 3 común.

**845** Un ejemplo histórico del uso de esos acuerdos en conflictos armados sin carácter internacional, que no se basa en ninguna disposición convencional (puesto que no existía ninguna en ese entonces), ocurrió durante la Guerra Civil Española (1936-1939), cuando las partes firmaron acuerdos paralelos en cuyo marco el CICR aceptaba prestar servicios humanitarios durante el conflicto<sup>796</sup>.

## 3. DISCUSIÓN

**846** El artículo 3(3) común establece que “las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio”. Una lectura ceñida del texto indicaría que el párrafo parece sugerir que solo un acuerdo que explícitamente ponga en vigor las demás disposiciones de uno o más de los cuatro Convenios de Ginebra puede considerarse un acuerdo especial y que los acuerdos que trascienden las disposiciones de los Convenios de Ginebra no pueden considerarse acuerdos especiales.

---

<sup>794</sup> *Report of the Preliminary Conference of National Societies of 1946*, pág. 15.

<sup>795</sup> *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, págs. 120-127. V. también Siordet, págs. 198-200.

<sup>796</sup> “Comité International: Guerre civile en Espagne”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 67, n.º 409, 1936, págs. 758-759. Si bien todas las partes aceptaron la prestación de servicios humanitarios del CICR, en otros aspectos los acuerdos difieren levemente uno de otro.

Sin embargo, como la finalidad de la disposición es alentar a las partes en un conflicto armado a acordar un conjunto de normas más amplio para proteger a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades, los acuerdos especiales que dispongan la aplicación del derecho internacional humanitario consuetudinario, o que prevean un conjunto de normas más amplio que el que establecen los Convenios de Ginebra, en particular, las del Protocolo adicional I, pueden considerarse acuerdos especiales conforme al artículo 3 común. Por otro lado, los acuerdos donde se afirme que las partes no emplearán determinado tipo de arma, o que confirmen o establezcan normas sobre la conducción de las hostilidades, también pueden constituir acuerdos especiales.

**847** Los acuerdos pueden ser de carácter meramente declaratorio, en el sentido de que pueden reconocer obligaciones del derecho convencional o consuetudinario que ya sean aplicables, o bien pueden establecer disposiciones más detalladas para aplicar obligaciones existentes o nuevas. Lo que importa es que las disposiciones que se pongan en vigor entre las partes sirvan para proteger a las víctimas del conflicto armado. En realidad, diversos tipos de acuerdos pueden considerarse acuerdos especiales a los fines de este artículo. Además, en la práctica, grupos armados no estatales y otros actores han recurrido a diferentes medios para expresar un compromiso de respetar diversas normas del derecho humanitario<sup>797</sup>.

**848** Las partes “harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o ...”. Por consiguiente, en lugar de tan solo señalar a las partes la posibilidad de concluir acuerdos de ese tipo, la disposición las alienta a hacer importantes esfuerzos para poner en vigor las obligaciones tendentes a proteger a las víctimas y limitar el sufrimiento causado por el conflicto armado. El carácter apremiante de esta exhortación está confirmado por la versión francesa del artículo, que utiliza la expresión “s’efforceront”.

**849** El caso más claro de un acuerdo especial conforme el artículo 3 común es un acuerdo firmado entre un grupo armado no estatal y el Estado contra el cual libra hostilidades, o entre dos grupos armados no estatales que luchan entre ellos. Un ejemplo son los acuerdos establecidos entre las partes en los conflictos armados en ex Yugoslavia, en los años 1990, para poner en vigor numerosas disposiciones de los Convenios de Ginebra y algunas disposiciones de los Protocolos adicionales<sup>798</sup>.

---

797 V. párrs. 855-857.

798 Memorando de Entendimiento sobre la aplicación del DIH entre Croacia y la República Federal Socialista de Yugoslavia (1991); Jakovljevic, págs. 108-110.

Otros ejemplos son el Acuerdo de Intercambio Humanitario entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Gobierno de Colombia, concluido en 2001<sup>799</sup>; el Acuerdo Humanitario de Cese de las Hostilidades sobre el Conflicto en Darfur, concluido en 2004<sup>800</sup>; el Código de Conducta para el Cese de las Hostilidades entre el Gobierno de Nepal y el CPN (maoísta), concluido en 2006<sup>801</sup>; y el Acuerdo Integral sobre el Respeto de los Derechos Humanos y el DIH en Filipinas, concluido en 1998<sup>802</sup>. Estos acuerdos se concertaron en el contexto de conflictos armados en curso y su finalidad fue regular las hostilidades, permitir la prestación de asistencia humanitaria o aliviar los efectos negativos del conflicto en la población, entre otras cosas.

**850** Un acuerdo de paz, un acuerdo de cese de hostilidades u otro acuerdo también pueden constituir acuerdos especiales a los fines del artículo 3 común, o un medio para aplicar ese artículo, si contienen cláusulas para crear otras obligaciones derivadas de los Convenios de Ginebra o sus Protocolos adicionales. Al respecto, cabe recordar que los “acuerdos de paz” concluidos con miras a poner término a las hostilidades pueden contener disposiciones derivadas de otros tratados de derecho humanitario, como la concesión de una amnistía a los combatientes que hayan realizado sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra, la liberación de todas las personas capturadas o el compromiso de buscar a las personas desaparecidas<sup>803</sup>. Si contienen disposiciones derivadas del derecho humanitario, o si implementan obligaciones del derecho humanitario que ya incumben a las partes, esos acuerdos, o las disposiciones pertinentes, según corresponda, pueden constituir acuerdos especiales conforme al artículo 3 común.

---

799 Acuerdo de Intercambio Humanitario Gobierno- FARC, 2 de junio de 2001, disponible en <https://www.c-r.org/accord>.

800 Acuerdo Humanitario de Cese de las Hostilidades de N'Djamena sobre el Conflicto en Darfur, (2004); v. también el Protocolo de N'Djamena sobre el Establecimiento de Asistencia Humanitaria en Darfur (2004).

801 Código de Conducta para el Cese de las Hostilidades entre el Gobierno de Nepal y el CPN (maoísta), Gokarna, 25 de mayo de 2006.

802 Acuerdo Integral sobre el Respeto de los Derechos Humanos y del CICR en Filipinas (1998).

803 PA II, artículo 6(5): “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. V. también el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario (2005), norma 159. V., por ejemplo, Acuerdo de Cotonou sobre Liberia (1993). V., sin embargo, Acuerdo Global sobre Derechos Humanos en Guatemala (1994), artículo IX (2) (“Estas declaraciones de las Partes no constituyen un acuerdo especial, en los términos del artículo 3 (común), numeral 2, párrafo 2, de los Convenios de Ginebra de 1949.”).

Esto es particularmente importante, dado que las hostilidades no siempre cesan apenas se concluye un acuerdo de paz.

**851** Análogamente, un acuerdo puede contener obligaciones derivadas del derecho de los derechos humanos y ayudar a aplicar el derecho humanitario. Por ejemplo, puede proponerse dar mayor precisión a la obligación de celebrar juicios imparciales o basarse en el derecho internacional de los derechos humanos de alguna otra manera<sup>804</sup>. En algunos casos, una norma puede ser idéntica en el derecho de los derechos humanos y en el derecho humanitario, de modo que es irrelevante si las partes en el acuerdo han considerado que la norma deriva de un ordenamiento jurídico o del otro. Una vez más, toda disposición incluida en un acuerdo para aplicar o poner en vigor el derecho humanitario puede constituir un acuerdo especial a los fines del artículo 3 común.

**852** Los acuerdos especiales pueden adoptar diferentes formas y formatos. Las declaraciones paralelas o “acuerdos triangulares” entre cada parte en el conflicto y una tercera parte, como una organización estatal o una organización internacional, también pueden ser acuerdos especiales, en función de las circunstancias. Lo que cuenta es la expresión del consentimiento de las partes de respetar o aplicar el derecho humanitario u obligaciones específicas. Esto puede hacerse a través de declaraciones paralelas negociadas conjuntamente y que contengan términos que expresen la disposición de las partes a estar obligadas por ellas<sup>805</sup>. Así se considere o no un acuerdo especial en el sentido del artículo 3 común, cuando una parte en un conflicto concluye un acuerdo con una organización humanitaria para permitirle realizar actividades humanitarias, ese acuerdo puede ayudar a la parte a aplicar las obligaciones que tiene en virtud del derecho humanitario o a poner en vigor otras disposiciones de los Convenios.

---

**804** Marco Sassòli, “Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian Law and International Human Rights Law”, artículo presentado en la Conferencia sobre Grupos Armados, Vancouver, 13-15 de noviembre de 2003, pág. 10. Sobre la confirmación de la inclusión de las obligaciones del derecho de los derechos humanos en acuerdos, v. Sivakumaran, 2012, págs. 131-132. V. también Acuerdo Integral sobre el Respeto de los Derechos Humanos y el DIH en Filipinas (1998).

**805** Esto sucedió con uno de los ejemplos históricos de acuerdo especial en un conflicto armado no internacional que más suelen citarse. Se trató de un acuerdo entre el CICR y cada una de las partes en la Guerra Civil Española. Un ejemplo más reciente es el de las declaraciones unilaterales paralelas que formularon el Gobierno de la República Democrática del Congo y el grupo armado no estatal M23 en diciembre de 2013. V. Consejo de Seguridad de la ONU, *Informe del Secretario General sobre la aplicación del Marco para la Paz, la Seguridad y la Cooperación en la República Democrática del Congo y la Región*, 23 de diciembre de 2013, Doc. ONU S/2013/773, párrs. 3-11.



**853** Si el acuerdo se hace por escrito, probablemente sea más fácil probar los términos precisos de los compromisos contraídos por las partes. Esto sucede con los acuerdos que aplican una amplia gama de obligaciones del derecho humanitario. Además, los acuerdos que establecen zonas de seguridad o zonas sanitarias, o que fijan garantías judiciales, por ejemplo, deben plasmarse por escrito<sup>806</sup>. Sin embargo, en algunas circunstancias y en torno a una cuestión de menor importancia, puede no ser esencial establecer un acuerdo por escrito, si se lo hace de una forma fiable. Por ejemplo, un compromiso claro de permitir el acceso para la prestación de ayuda humanitaria, acordado por todas las partes y ampliamente difundido o comunicado eficazmente de alguna otra forma, constituirá un acuerdo especial a los fines del artículo 3 común. Dicho esto, el acuerdo deberá ser lo suficientemente exhaustivo como para que las obligaciones y las expectativas estén claras<sup>807</sup>.

**854** Se ha de subrayar que, aunque hayan establecido un acuerdo relativo a un número más limitado de disposiciones adicionales, las partes están obligadas por todas las normas aplicables del derecho humanitario. Por otro lado, los acuerdos no pueden apartarse del derecho humanitario aplicable de modo tal que disminuyan la protección que confiere ese derecho. Esta conclusión deriva de una lectura directa del texto del artículo 3 común, que establece que “cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de respetar, como mínimo, las disposiciones” de ese artículo<sup>808</sup>. Este enfoque también se adopta en el artículo 6 común (artículo 7 del Convenio de Ginebra IV), que especifica que los acuerdos especiales concluidos en conflictos armados internacionales no pueden perjudicar la situación de las personas protegidas por los Convenios ni restringir los derechos que en estos se les otorgan.

**855** Cabe observar, por otro lado, que las partes en conflictos armados no internacionales suelen concluir acuerdos con otras partes en el conflicto, con sus aliados y con organizaciones internacionales. Muchos de estos acuerdos, aunque no todos, pueden constituir acuerdos especiales en el sentido del artículo 3 común.

---

<sup>806</sup> V., por ejemplo, los comentarios sobre el artículo 23 del CGI y el artículo 14 del CG IV.

<sup>807</sup> Además de los beneficios que aportan los acuerdos exhaustivos en general, vale la pena recordar que “no basta con conocer el DIH (...) para influir directamente en el comportamiento de los combatientes”; CICR, *El origen del comportamiento en la guerra*, pág. 11.

<sup>808</sup> Además, las partes no pueden apartarse de las obligaciones que impone el derecho internacional humanitario consuetudinario, ni de las disposiciones del PA II, de ser aplicable, ni de otros tratados del derecho humanitario aplicables en conflictos armados no internacionales.

El propósito de esta disposición es alentar a las partes en conflictos armados sin carácter internacional a acordar un conjunto de normas más exhaustivo para proteger a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades, así como para aplicar mejor las obligaciones existentes. Los acuerdos que disponen la aplicación del derecho internacional humanitario consuetudinario, o que abarcan un conjunto de normas más amplio que el que establecen los Convenios de Ginebra, y que se concluyen entre aliados, y no entre partes en el conflicto, no son acuerdos especiales en el sentido del artículo 3 común, pero de todos modos pueden ser un medio eficaz y bienvenido para hacer respetar el derecho humanitario.

**856** Grupos armados no estatales y Gobiernos también han firmado declaraciones o acuerdos con organizaciones internacionales con competencias especiales a fin de comprometer al grupo o al Estado a mejorar su cumplimiento del respeto de una cuestión específica. Algunos de esos acuerdos pueden interpretarse como un tipo de declaración unilateral, mientras que otros pueden ser acuerdos entre dos o más partes<sup>809</sup>. Por ejemplo, una facción del Ejército de Liberación del Sudán firmó un “plan de acción” con UNICEF, en cuyo marco se comprometió a “poner fin al reclutamiento y a liberar a todos los niños menores de 18 años”<sup>810</sup>. La Oficina de la ONU del Representante Especial del Secretario General para los niños y los conflictos armados ha firmado “planes de acción” de ese tipo con varios otros grupos armados no estatales y con Estados para prevenir o terminar con el uso o el reclutamiento de niños en conflictos armados<sup>811</sup>.

---

**809** CICR, *Improving Compliance with International Humanitarian Law*, ICRC Expert Seminars, octubre de 2003, pág. 21; Roberts y Sivakumaran, pág. 142.

**810** Consejo de Seguridad de la ONU, Informe anual acerca de las actividades del Grupo de Trabajo del Consejo de Seguridad sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados, elaborado en cumplimiento de la resolución 1612 (2005) (1 de julio de 2007 a 30 de junio 2008), anexo a Doc. ONU S/2008/455, 11 de julio de 2008, párr. 11(c). Análogamente, en junio de 2007, se firmó un acuerdo tripartito entre el Gobierno de la República Centroafricana, la *Union des forces démocratiques pour le rassemblement* (UDFR) y UNICEF en el que “UDFR acordó separar y liberar a todos los niños asociados con su grupo armado, y facilitar su reintegración”; v. también Asamblea General de la ONU, *Informe del secretario general sobre los niños y los conflictos armados*, Doc. ONU A/63/785-S/2009/158, 26 de marzo de 2009. Los dos últimos documentos están citados en Bellal y Casey-Maslen, pág. 190.

**811** Asamblea General de la ONU, *Informe del secretario general sobre los niños y los conflictos armados*, Doc. ONU A/66/782-S/2012/261, 26 de abril de 2012; *Informe del secretario general de la ONU sobre los niños y los conflictos armados*, Doc. ONU A/67/845-S/2013/245, 15 de mayo de 2013 (reeditado en julio de 2013). V. también Oficina del Representante Especial del Secretario General para los niños y los conflictos armados, planes de acción con fuerzas armadas y grupos armados, <https://childrenandarmedconflict.un.org/es/nuestro-trabajo/planes-de-accion/>.

Análogamente, grupos armados no estatales han firmado actas de compromiso con una organización no gubernamental, Llamamiento de Ginebra, en las que expresaron su compromiso de respetar el derecho humanitario en ámbitos específicos<sup>812</sup>. Por consiguiente, no es necesario un compromiso expreso entre las partes en conflicto para dejar en claro las obligaciones que esas partes tienen en virtud del derecho humanitario.

**857** En realidad, no es infrecuente que los grupos armados no estatales se comprometan a respetar el derecho humanitario a través de diversos mecanismos. Algunos de estos mecanismos son los acuerdos especiales dispuestos en el artículo 3 común, así como las declaraciones unilaterales, los códigos de conducta o la firma de una “acta de compromiso” o de un “plan de acción”, por nombrar unos pocos<sup>813</sup>. Todos estos mecanismos ofrecen “la oportunidad para una parte en un conflicto de hacer un “compromiso expreso” de su voluntad o intención de respetar el DIH” y se los debe alentar<sup>814</sup>.

---

**812** Llamamiento de Ginebra tiene tres Escrituras (o actas) de Compromiso: Escritura de Compromiso para la adhesión a una prohibición total de las minas antipersonal y para la cooperación en la lucha contra las minas; Escritura de Compromiso para la protección de los niños contra los efectos de los conflictos armados; y Escritura de Compromiso para la prohibición de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado y para la eliminación de la discriminación de género, <http://www.genevacall.org/es/enfoque/escritura-compromiso/>.

**813** Para una lista de compromisos, v. Sivakumaran, 2012, págs. 143-151 y, más en general, págs. 107-152. V. también CICR, “A collection of codes of conduct issued by armed groups”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 882, junio de 2011. Para consultar ejemplos de declaraciones unilaterales, códigos de conducta y acuerdos especiales, v. <http://theirwords.org/>, base de datos que administra la organización no gubernamental Llamamiento de Ginebra. V. también Ewumbue-Monono, págs. 905-924; Veuthey, págs. 139-147; Roberts/Sivakumaran, págs. 107-152; y CICR, *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*, Ginebra, 2008. Estas referencias ofrecen algunos ejemplos prácticos de los tipos de temas en torno a los cuales se han concluido acuerdos especiales.

**814** CICR, *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*. El proyecto de artículo 38 del PA II, que fue borrado durante el acortamiento general del Protocolo en la Conferencia Diplomática, también disponía la formulación de declaraciones unilaterales; v. *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974-1977*, vol. IX, págs. 245-246 párrs. 45-50. V. también XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, resolución 1, Aprobación de la Declaración y el Plan de Acción, Anexo 2: Plan de Acción para los años 2000-2003; párr. 1.1.1: “Se insta a los grupos armados organizados, en los conflictos armados no internacionales, a que respeten el derecho internacional humanitario. Asimismo, se les insta a que declaren su intención de hacerlo, así como a que enseñen ese derecho a sus fuerzas”.

Especialmente cuando son exhaustivos y están acompañados de esfuerzos concretos y sinceros por cumplir los compromisos contraídos, los acuerdos pueden ser eficaces a la hora de fortalecer el respeto del derecho humanitario<sup>815</sup>. Sin embargo, la ausencia de esos compromisos no reduce las obligaciones de los grupos armados no estatales de acatar el derecho internacional convencional y consuetudinario.

**858** Cuando una parte ha asumido obligaciones adicionales en virtud del derecho humanitario, así sea a través de un acuerdo especial, una declaración unilateral u otro medio para expresar su compromiso, incluido un código de conducta, debe poder respetar las obligaciones que ha contraído. De este modo, los acuerdos no se convierten en palabras vacías que, en última instancia, pueden menoscabar el respeto del derecho humanitario.

**859** Una organización humanitaria imparcial, como el CICR, puede ofrecer sus servicios para facilitar la conclusión de acuerdos especiales o para ayudar a aplicarlos<sup>816</sup>. Si bien puede no existir la obligación general de concluir un acuerdo especial, en algunas circunstancias ese acuerdo puede ser un medio vital para respetar las obligaciones existentes en materia de derecho humanitario, como permitir que los heridos y los enfermos sean recogidos y asistidos, o averiguar el paradero de las personas desaparecidas. Asimismo, es importante observar que, cuando desean asignar a una tercera parte un papel específico de control o vigilancia, las partes en un acuerdo deben asegurarse de tener el consentimiento de esa entidad para cumplir ese papel.

**860** Por último, conviene recordar que la capacidad de concluir acuerdos especiales está estrechamente ligada a la observación que contiene el artículo 3(4) común, según la cual “la aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto”. Por consiguiente, no puede deducirse que el reconocimiento de la capacidad de concluir acuerdos especiales para poner en vigor obligaciones adicionales de los Convenios implique un reconocimiento de beligerancia o de algún modo signifique que la parte no estatal en el acuerdo posea plena personalidad jurídica internacional<sup>817</sup>.

---

**815** CICR, *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*; Sassòli 2010, pág. 30; Roberts y Sivakumaran, págs. 126-134.

**816** Por ejemplo, el CICR participó en la conclusión de los acuerdos de 1991-1992 en los conflictos en ex Yugoslavia. V. también el artículo 3(2) común sobre el derecho de un organismo humanitario imparcial de ofrecer sus servicios a las partes en conflicto.

**817** V. Van Steenberghe, págs. 51-65.

No es infrecuente que las partes en acuerdos especiales reiteren que el acuerdo no afecta su estatuto jurídico<sup>818</sup>. Si bien se considera que los acuerdos especiales no prevalecen sobre el derecho nacional como sí podrían prevalecer los tratados internacionales, no debe recurrirse al derecho nacional para obstaculizar la aplicación de un acuerdo especial negociado de buena fe por las partes en conflicto<sup>819</sup>.

---

818 Las “Actas de Compromiso” estándar de Llamamiento de Ginebra incluyen una disposición a tal efecto.

819 El artículo 3 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados especifica que la Convención no se aplica “a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional” (pero al mismo tiempo reconoce su existencia). Así constituyan o no tratados en virtud del derecho internacional, los acuerdos especiales concluidos entre partes en conflictos armados no internacionales sin duda crean obligaciones en materia de derecho internacional. El TPIY consideró que al menos uno de los acuerdos especiales entre las partes en el conflicto de su competencia era vinculante y, en palabras de un comentarista, “semejante a un tratado”. La Comisión Internacional de Encuesta sobre Darfur llegó a una conclusión similar con respecto a los acuerdos entre el Movimiento/Ejército de Liberación del Sudán y el Movimiento Justicia e Igualdad; v. Sivakumaran, 2012, pág. 109. Una sala de primera instancia del TPIY consideró un acuerdo especial como una fuente de obligaciones jurídicas para sostener una sentencia en un caso, pero en la instancia de apelación el Tribunal prefirió basar la misma obligación en el derecho internacional humanitario consuetudinario. V. *Galić case*, fallo en primera instancia, 2003, y fallo en apelación, 2006. Más frecuentemente, el Tribunal ha considerado esos acuerdos con fines probatorios; v. Vierucci, 2011, pág. 423. En algunos casos, los acuerdos entre grupos armados no estatales y Estados no se han considerado tratados en virtud del derecho internacional, pero sí que “son capaces de crear obligaciones vinculantes y derechos entre las partes en un acuerdo en el derecho local”; TESL, *Kallon y Kamara case*, decisión sobre falta de jurisdicción, 2004, párr. 49. Sin embargo, esta decisión ha sido criticada: Cassese, págs. 1134-1135. V. también Colombia, Corte Constitucional, *Caso Constitucional n.º C-225/95*, Sentencia, 1995, párr. 17. Para un análisis del estatuto de los acuerdos especiales, v. también Vierucci, 2015, págs. 515-517.

# L. PÁRRAFO 4: ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PARTES EN CONFLICTO

## 1. INTRODUCCIÓN

**861** Esta cláusula, que afirma que “[l]a aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”, es esencial. Aborda el temor de que la aplicación del Convenio, incluso en una medida muy limitada, en casos de conflicto sin carácter internacional pueda interferir con la supresión lícita de la actividad armada por el gobierno *de jure*. Esta cláusula deja absolutamente en claro que el objeto del Convenio es estrictamente humanitario, que no se entromete en modo alguno en los asuntos internos de los Estados y que apunta exclusivamente a hacer respetar las normas fundamentales de humanidad que todas las naciones consideran válidas en todo lugar y en todas las circunstancias.

## 2. RESEÑA HISTÓRICA

**862** La historia de la redacción de la disposición es clara. Se la sugirió por primera vez en la Conferencia de Expertos Gubernamentales convocada por el CICR en 1947 y fue reintroducida, con leves cambios, en todos los proyectos sucesivos<sup>820</sup>. Sin ella, ni el artículo 3 común ni cualquier otro artículo en su lugar podrían haber sido adoptados. Sin embargo, ha de recordarse que el ámbito del derecho humanitario que habría de aplicarse en conflictos armados no internacionales cambió dramáticamente desde el comienzo del proceso hasta el final. La propuesta original del párrafo 4 del proyecto de artículo 2 debatida en la Conferencia Diplomática de 1949 rezaba así:

En todos los casos de conflicto armado sin carácter internacional que puedan surgir en el territorio de una o más Altas Partes Contratantes, cada uno de los adversarios deberá aplicar las disposiciones del presente Convenio. El Convenio deberá ser aplicable en estas circunstancias, independientemente del estatuto jurídico de las partes en conflicto y sin perjuicio de aquel<sup>821</sup>.

---

**820** *Report of the Conference of Government Experts of 1947*, pág. 9.

**821** *V. Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, pág. 10.

**863** Por las razones explicadas anteriormente, en lugar de acordar aplicar la totalidad de los Convenios en conflictos armados no internacionales, los delegados en la Conferencia Diplomática se pusieron de acuerdo en adoptar el artículo 3 común tal como lo conocemos hoy en día<sup>822</sup>. Las afirmaciones de los delegados presentes en la Conferencia acerca de las consecuencias de aplicar el derecho humanitario a los conflictos armados no internacionales, en particular que “parecería dar el estatuto de beligerantes a insurgentes cuyo derecho a librar una guerra no podría ser reconocido”, han de interpretarse a la luz de esas razones<sup>823</sup>. Lo que planteaba problemas no era la aplicación de alguna norma del derecho humanitario en particular, sino, en su opinión, la aplicación de todo ese conjunto de normas<sup>824</sup>.

### 3. DISCUSIÓN

**864** Esta disposición confirma que la aplicación del artículo 3 común –o, tal vez, más precisamente, el reconocimiento de un Estado de que el artículo 3 común y las obligaciones del derecho internacional humanitario consuetudinario se aplican a los conflictos en los que participe un grupo armado no estatal– no constituye un reconocimiento por el gobierno *de jure* de que la parte adversa tenga algún tipo de estatuto o autoridad; no limita el derecho del gobierno a luchar contra un grupo armado no estatal utilizando todos los medios lícitos; y no afecta su derecho a enjuiciar, procesar y condenar a sus adversarios por los crímenes que hayan cometido, de conformidad con su propia legislación y en consonancia con cualquier otra obligación jurídica internacional que pudiera aplicarse a esos procedimientos<sup>825</sup>. Lo mismo puede decirse en relación con la concertación de acuerdos especiales. En realidad, la aplicación del artículo 3 común a un conflicto armado no internacional no confiere el estatuto de beligerante o una autoridad mayor al grupo armado no estatal.

---

822 Para mayor exhaustividad, v. sección B.

823 *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 10.

824 Lo que preocupaba a los Estados, en particular, era la aplicación del estatuto de prisionero de guerra; *ibíd.* págs. 10–11. El hecho de que la aplicación del derecho humanitario no incide en el estatuto jurídico de las partes debe interpretarse entonces en el sentido estrecho relativo al estatuto de los beligerantes y no en relación con la cuestión más amplia de la existencia o no de la personalidad jurídica internacional de los grupos armados no estatales. Acerca de este debate, v. Moir, págs. 65–66.

825 V., sin embargo, el art. 6(5) del PA II, que insta a las autoridades en el poder [...] a 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”. V. también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 159.

**865** Pese a la claridad de esta disposición, los Estados siguen teniendo reservas, a veces, acerca de la clasificación de determinadas situaciones como conflictos armados no internacionales, lo que en general se debe a la preocupación de que tal clasificación podría conferir, de algún modo, cierto estatuto o legitimidad a los grupos armados no estatales, así sea de orden jurídico o político<sup>826</sup>. Ello puede deberse, en parte, a la falta de voluntad para sentarse a negociar sobre una cuestión en particular con una parte no estatal en un conflicto que un gobierno ha calificado como terrorista, o para interactuar con una parte no estatal sobre cuestiones más amplias, como un acuerdo de paz. Es importante recalcar que no se trata necesariamente de una falta de voluntad de aplicar y respetar el derecho humanitario<sup>827</sup>. En realidad, si bien los Estados pueden negar la existencia de un conflicto armado no internacional por diversas razones, por ejemplo, la razón según la cual reconocer esa existencia legitimaría a la parte no estatal en el conflicto armado, el principio de que la aplicación del derecho humanitario no cambia el estatuto de las partes hoy en día goza de amplia aceptación<sup>828</sup>.

**866** Esta disposición confirma que, si bien el derecho humanitario establece derechos y obligaciones iguales para las partes en conflicto en lo que respecta al trato de las personas en su poder, no confiere legitimidad a los grupos armados no estatales que sean partes en un conflicto.

**867** Además, sirve para subrayar que, como el derecho internacional humanitario se aplica sobre la base de los hechos, así un Estado califique a los miembros de un grupo armado no estatal como “terroristas” o a sus acciones como “terrorismo”, el derecho humanitario se aplica toda vez que están reunidas las condiciones para su aplicación.

---

<sup>826</sup> Reino Unido, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, párr. 15.3.1; Fleck, págs. 589-591, párr. 1202.

<sup>827</sup> Sivakumaran, 2012, págs. 209 y 546-549.

<sup>828</sup> Se adoptó una disposición similar en el contexto de la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales y en otros tratados de derecho humanitario. V. Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1954), art. 19(4); Protocolo II de la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales según fue enmendado en 1996, art. 1(6); Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1999), art. 22(6); y enmienda del art. 1 de la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales (2001), art. 1(6). V. también la opinión de la Corte Constitucional de Colombia sobre la conformidad del Protocolo adicional II: *Caso Constitucional n.º C-225/95*, sentencia, 1995, párr. 15.



**868** La negativa a que grupos armados que un Estado ha calificado como “terroristas” puedan ser partes en un conflicto armado no internacional en el sentido del derecho humanitario conlleva el riesgo de que esos grupos armados no estatales pierdan el incentivo a acatar ese conjunto de normas. Ello, a la vez, reduce la capacidad del derecho humanitario de cumplir su propósito humanitario. El derecho humanitario procura proteger a los civiles y a todos los que no participen directamente en las hostilidades; en parte lo hace obligando a las partes a distinguir entre civiles y bienes de carácter civil, por un lado, y objetivos militares, por otro.

**869** Desde la introducción del artículo 3 común en 1949, nada ha modificado el hecho de que la aplicabilidad del derecho humanitario a situaciones de conflictos armados no internacionales no afecta el estatuto jurídico de los grupos armados no estatales ni refuerza su legitimidad. Esto sigue siendo tan esencial hoy como lo fue en aquel tiempo, ya que cualquier otra interpretación conduciría casi inevitablemente a los Estados a negar la aplicabilidad del artículo 3 común y, por esa vía, a socavar su objetivo humanitario.

# M. ASPECTOS PENALES Y CUMPLIMIENTO

## 1. INTRODUCCIÓN

**870** El artículo 3 común carece de los mecanismos de cumplimiento que fueron incluidos en los Convenios para los conflictos armados internacionales, como las Potencias protectoras, el procedimiento de conciliación y el procedimiento de encuesta. Es importante señalar que no establece la responsabilidad penal de las personas que infrinjan sus disposiciones. Sin embargo, el derecho internacional tanto convencional como consuetudinario ha evolucionado significativamente en las décadas pasadas y colmado algunas de esas lagunas.

## 2. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

**871** La Conferencia Diplomática de 1949 solo abordó brevemente la cuestión de la responsabilidad penal individual por violaciones del artículo 3 común. Unos pocos Estados expresaron el deseo de que el artículo 3 común incluyera la posibilidad de que los Estados consideraran las violaciones de este artículo como crímenes de guerra<sup>829</sup>. Estos Estados eran, principalmente, los que respaldaban la aplicación de la mayoría de las disposiciones de los Convenios de 1949 a los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, en aquel entonces, la mayoría de los Estados se opuso a esta propuesta<sup>830</sup>. La opinión de la mayoría era que, salvo el artículo 3, las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra no eran aplicables en conflictos armados no internacionales<sup>831</sup>. Análogamente, las discusiones sobre las infracciones graves durante la Conferencia Diplomática de 1949 muestran que no se pensaba en su aplicación en conflictos armados no internacionales<sup>832</sup>.

---

**829** Esta fue la opinión expresada por el delegado italiano; v. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, pág. 49.

**830** V. La Haye, 2008, pág. 133.

**831** V. la opinión expresada por el relator del Comité Especial, Sr. Bolla, durante las discusiones sobre el art. 3: "El Comité Especial emitió una opinión definitiva según la cual las disposiciones de los Convenios no eran aplicables, en principio, a la guerra civil, y que solo algunas disposiciones mencionadas expresamente serían aplicables a esos conflictos". *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II-B, págs. 36-37.

**832** V., por ej., el cuarto informe preparado por el Comité Especial del Comité Conjunto, donde se deja en claro que el régimen de infracciones graves solo es aplicable a las violaciones más graves en conflictos armados internacionales; *ibíd.* págs. 114-118.

**872** El procesamiento de personas por violaciones graves del artículo 3 común se dejó a discreción de los Estados sobre la base de sus códigos penales internos. Desde los años 1990, rara vez se procedió al procesamiento individual<sup>833</sup>. La adopción de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia, en 1993, y Ruanda, en 1994, marcó un hito en el reconocimiento de la responsabilidad penal individual en conflictos armados no internacionales, en particular por violaciones graves del artículo 3 común. Los debates mantenidos en el Consejo de Seguridad de la ONU y que condujeron al establecimiento de esos Tribunales ilustran el cambio en la práctica estatal, tal como algunos miembros del Consejo de Seguridad entendieron el artículo 3 del Estatuto del TPIY, acerca de las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, para abarcar:

todas las obligaciones en virtud de acuerdos de derecho humanitario en vigor en el territorio de la ex Yugoslavia en el momento en que se cometieron esos actos, incluido el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra de 1949, y los Protocolos adicionales de 1977 a esos Convenios<sup>834</sup>.

**873** La Sala de Apelaciones del TPIY interpretó que el artículo 3 del Estatuto del TPIY es “una cláusula general que abarca todas las violaciones del derecho humanitario” y que incluye específicamente las violaciones graves del artículo 3 común y de otras normas del derecho consuetudinario aplicables en conflictos armados no internacionales<sup>835</sup>. Consideró lo siguiente:

---

**833** Acerca de la ausencia de procesamientos internos por violaciones graves del art. 3 común, v. Perna, págs. 139-143.

**834** Declaración del representante de Estados Unidos en el Consejo de Seguridad de la ONU, *Acta taquigráfica provisional de la 3217ª sesión*, Doc. ONU S/PV.3217, 25 de mayo de 1993, pág. 15. V. también la declaración de Francia en la pág. 11 (“la expresión ‘leyes o usos de la guerra’ que se utiliza en el artículo 3 del Estatuto abarca en especial, a juicio de Francia, todas las obligaciones que se desprenden de los acuerdos en materia de derecho humanitario en vigor en el territorio de la ex Yugoslavia en la fecha en que fueron cometidos los presuntos delitos”), y por el Reino Unido, en la pág. 18.

**835** TPIY, *Tadić case*, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párr. 89.

[E] derecho internacional consuetudinario impone la responsabilidad penal por violaciones graves del artículo 3 común, complementado por otros principios y normas generales sobre la protección de las víctimas de conflictos internos, y por infracciones de ciertos principios y normas fundamentales sobre los métodos y medios de combate en disturbios civiles<sup>836</sup>.

**874** El Estatuto del TPIR es el primer instrumento internacional que penaliza las violaciones graves del artículo 3 común<sup>837</sup>. En 1998, pese a la oposición de un pequeño grupo de Estados<sup>838</sup>, una amplia mayoría de Estados respaldó la inclusión de crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales dentro del ámbito de jurisdicción de la CPI, en particular la inclusión de las violaciones graves

---

**836** *Ibíd.* párr. 134. Estas conclusiones fueron respaldadas por la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso *Akayesu*, en el que adoptó la opinión de que “está claro que los autores de semejantes y atroces violaciones deben incurrir en responsabilidad penal individual por sus actos. (...) Por consiguiente, la Sala concluye que la violación de esas normas implica, en virtud del derecho internacional consuetudinario, la responsabilidad individual de su autor”. *Akayesu case*, fallo en primera instancia, 1998, párrs. 616–617.

**837** V. Consejo de Seguridad de la ONU, *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994)*, Doc. ONU S/1995/134, 13 de febrero de 1995, párr. 12, en el que se afirma que “el Estatuto del [TPIR] penaliza por primera vez las violaciones del artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra”. Es interesante señalar que, cuando se adoptó el Estatuto del TPIR en 1994, el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en Ruanda informó lo siguiente: “Muchos de los hechos incriminados, tales como el homicidio, los asesinatos políticos, la ejecución de rehenes y otros actos inhumanos cometidos contra las poblaciones civiles o militares desarmados por las fuerzas armadas de ambas partes en el conflicto constituyen crímenes de guerra que violan abiertamente los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, ratificados por Ruanda, y su artículo 3 común”. V. Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ruanda*, Doc. ONU E/CN.4/1995/7, 28 de junio de 1994, párr. 54.

**838** V., por ej., la declaración de India ante la Comisión Plenaria de la ONU el 18 de junio de 1998, en la que afirma que “no podría existir una estructura homogénea de tratamiento de los conflictos armados internacionales y no internacionales en la medida en que existan Estados soberanos”. Comisión Plenaria de la ONU, *Summary record of the 5th meeting*, Doc. ONU, A/CONF.183/C.1/SR.5, 20 de noviembre de 1998, pág. 13.

del artículo 3 común<sup>839</sup>. Como resultado, el Estatuto de la CPI contiene una lista importante de crímenes de guerra aplicable en conflictos armados no internacionales, incluidas las violaciones graves del artículo 3 común<sup>840</sup>.

**875** Hoy en día, el principio de responsabilidad penal individual por crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales forma parte del derecho internacional consuetudinario. Un amplio número de leyes nacionales, incluida la legislación de implementación de la CPI y los códigos penales, así como numerosos manuales militares califican las violaciones graves del artículo 3 común como crímenes de guerra. Numerosas declaraciones unilaterales formuladas por los Estados en el Consejo de Seguridad o durante las negociaciones que condujeron a la adopción del Estatuto de la CPI muestran que, para la mayoría de los Estados, la práctica va acompañada de una fuerte creencia de que los autores de violaciones graves del artículo 3 común deben ser responsabilizados penalmente<sup>841</sup>.

---

**839** V., por ej., la declaración de Bangladesh del 18 de junio de 1998: “[Bangladesh] respaldó con fuerza la posición de dar pleno efecto al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. (...) [L]a distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales era cada vez más irrelevante, considerada desde el punto de vista de la paz y la seguridad internacionales”. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, *Summary record of the 7th plenary meeting*, Doc. ONU A/CONF.183/SR.7, 25 de enero de 1999, págs. 4-5. En otra ocasión, el representante de Estados Unidos afirmó: “Estados Unidos cree con firmeza que las violaciones graves de las normas consuetudinarias elementales reflejadas en el artículo 3 común deberían ser la pieza central de la cuestión de la competencia de la CPI con respecto a los conflictos armados no internacionales... Estados Unidos insta a que se incluya una sección (...) que abarque otras normas relativas a la conducción de las hostilidades en conflictos armados no internacionales”. Declaración de la delegación de Estados Unidos ante el Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 23 de marzo de 1998, [http://www.amicc.org/docs/USDel3\\_23\\_98.pdf](http://www.amicc.org/docs/USDel3_23_98.pdf). Para más ejemplos y análisis, v. La Haye, 2008, págs. 162-164.

**840** V. Estatuto de la CPI (1998), art. 8(2)(c), que abarca las violaciones graves del art. 3 común, y el art. 8(2)(e), que contiene una lista de otras violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables en conflictos armados sin carácter internacional.

**841** Para un estudio exhaustivo de este tema y el establecimiento de este principio como norma consuetudinaria, v. La Haye, 2008, págs. 131-251. V. también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), normas 151 y 156; Moir, págs. 233-235; y Sivakumaran, 2012, págs. 475-478.

**876** El reconocimiento de que las violaciones graves del artículo 3 común constituyen crímenes de guerra ha abierto nuevas oportunidades para que las cortes y tribunales tanto nacionales como internacionales procesen a los presuntos autores de esas violaciones. Diversos tribunales y cortes internacionales, como el TPIY, el TPIR, la CPI, el TESL y el Tribunal Especial Iraquí, fueron establecidos para procesar a los presuntos autores de violaciones graves del artículo 3 común, entre otros crímenes internacionales.

**877** Los presuntos autores de violaciones pueden ser procesados por los tribunales del Estado en cuyo territorio fueron cometidos los delitos, por el Estado de nacionalidad de la víctima o por el Estado de su propia nacionalidad. En conflictos armados no internacionales, estos tres posibles Estados serán, las más de las veces, el mismo, es decir, el Estado territorial. Los tribunales nacionales del Estado territorial, si están en funcionamiento, parecen ser el mejor foro para esos casos. Tienen acceso directo a las evidencias y los testigos, y conocen la geografía y las costumbres locales. Sus sentencias tienen un peso tanto real como simbólico: las víctimas pueden ver que se hace justicia, lo que puede incidir positivamente en la reconciliación, además de disuadir las futuras conductas criminales<sup>842</sup>. Sin embargo, los gobiernos no siempre persiguen esta solución; los que están en el poder podrían proteger a los presuntos criminales, ser ellos mismos los autores de los crímenes de guerra o votar leyes de amnistía. Incluso aunque tengan la voluntad de procesar a los presuntos autores de violaciones del derecho, los gobiernos pueden carecer de los recursos financieros, técnicos o humanos para llevar adelante procesos equitativos<sup>843</sup>.

**878** El régimen de infracciones graves no ha sido extendido a las violaciones graves del artículo 3 común. Por consiguiente, los Estados no están obligados, en virtud de los Convenios de Ginebra, a buscar a los presuntos autores de esas violaciones graves, independientemente de su nacionalidad, y hacerlos comparecer ante sus propios tribunales<sup>844</sup>. Sin embargo, está aceptado en el derecho consuetudinario

---

**842** Ha habido algunos procesamientos nacionales en países que han sufrido conflictos armados no internacionales, como Bosnia y Herzegovina, Croacia, Etiopía, Kosovo y Ruanda. Para una reseña de los procesamientos llevados a cabo a nivel nacional, v. La Haye, 2008, págs. 256-270. En relación con los múltiples procesamientos realizados en Bosnia y Herzegovina, v. <http://www.sudbih.gov.ba/?jezik=e>.

**843** V. La Haye, 2008, pág. 216; Morris, págs. 29-39 y Blewitt, págs. 298-300.

**844** V. la discusión al respecto en el comentario del art. 49, sección G.

que los Estados tienen derecho a otorgar jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra, incluidas las violaciones graves del artículo 3 común, a sus tribunales nacionales<sup>845</sup>.

**879** Además, los Estados tienen la obligación de investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas o en su territorio y, si corresponde, procesar a los sospechosos<sup>846</sup>. Esta obligación consuetudinaria es aplicable en conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

**880** Hasta 2015, solo se había informado de diecisiete casos ocurridos a lo largo de los sesenta años previos en los que tribunales o cortes nacionales habían ejercido jurisdicción universal sobre autores de crímenes de guerra<sup>847</sup>. Es interesante señalar que la amplia mayoría de esos casos surgió en los últimos veinte años y se refirió a hechos que tuvieron lugar en conflictos armados no internacionales. Este número limitado de procesamientos a nivel nacional sobre la base de la jurisdicción universal puede explicarse por diversos factores. La probabilidad de los procesamientos basados en la jurisdicción universal suele depender de la presencia del presunto autor de la violación en un país que desea y puede extender su jurisdicción sobre esa persona. Algunos procesamientos basados en la jurisdicción universal han tropezado con problemas de prueba insalvables. El acceso a las evidencias y los testigos, y la obtención de cooperación de las autoridades de los Estados donde los crímenes fueron cometidos, pueden ser dificultosos. La labor exigida por el procesamiento puede volverse riesgosa a raíz de la distancia entre los tribunales nacionales

---

**845** V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 157. Para una opinión contraria sobre el carácter consuetudinario de esta norma, v. John B. Bellinger III and William J. Haynes II, "A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study *Customary International Humanitarian Law*", *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866, junio de 2007, págs. 443-471; pero v. Jean-Marie Henckaerts, "Customary International Humanitarian Law: a Response to US Comments", *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n.º 866, junio de 2007, págs. 473-488.

**846** V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 158. Nótese también el preámbulo del Estatuto de la CPI, de 1998, en el que se recuerda que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

**847** Para una reseña de estos casos, v. CICR, *Preventing and repressing international crimes*, vol. II, págs. 123-131, y CICR, base de datos sobre aplicación del DIH a nivel nacional, disponible en: <https://www.icrc.org/ihl-nat>.

y un tercer Estado y el lugar y el momento de la presunta conducta criminal, lo que puede dar lugar a una absolución por falta de pruebas<sup>848</sup>. Por último, los procesamientos pueden ser costosos para el Estado que los lleve adelante. De todos modos, los procesamientos conducidos por tribunales nacionales de otros Estados pueden ser una valiosa alternativa en ausencia de procesamiento en los Estados donde los crímenes fueron cometidos, así como un complemento necesario a los procesamientos por cortes o tribunales internacionales<sup>849</sup>.

### 3. VIOLACIONES GRAVES DEL ARTÍCULO 3 COMÚN COMO CRÍMENES DE GUERRA

**881** Se ha considerado que la comisión de los actos prohibidos que figuran en el párrafo 1(a)-(d) del artículo 3 común implica la responsabilidad penal individual de sus autores en conflictos armados no internacionales. El homicidio, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura, la toma de rehenes, los ultrajes contra la dignidad personal y la denegación de un juicio ante un tribunal regularmente constituido han sido explícitamente incluidos como crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales en los Estatutos del TPIR, la CPI y el TESL<sup>850</sup>. Además, han sido procesados como violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra conforme al artículo 3 del Estatuto del TPIY. Estos actos prohibidos también han sido incluidos como crímenes de guerra o violaciones graves del derecho humanitario en un gran número de leyes nacionales<sup>851</sup>.

---

**848** Para consultar algunos ejemplos de procesamientos a nivel nacional, v. La Haya, 2008, págs. 243-256.

**849** V. *ibíd.* págs. 270-273.

**850** V. Estatuto del TPIR (1994), art. 4(a)-(g); Estatuto de la CPI (1998), art. 8(2)(c) y Estatuto del TESL (2002), art. 3(a)-(g).

**851** Para mayor información sobre esas leyes, v. CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), normas 89 (homicidio), 90 (tortura, tratos crueles y atentados contra la dignidad personal), 92 (mutilaciones), 96 (toma de rehenes) y 100 (garantías de un proceso equitativo), sección V, disponible en:

[https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul).



**882** Los Elementos de los Crímenes de la CPI no establecen ninguna distinción relativa a estos crímenes en virtud de la índole del conflicto armado<sup>852</sup>. Análogamente, los tribunales penales internacionales han aplicado los mismos elementos de los crímenes para estos delitos, así hayan sido cometidos en conflictos armados internacionales o en conflictos armados no internacionales<sup>853</sup>.

**883** La lista de crímenes de guerra aplicable en conflictos armados no internacionales es más exhaustiva que la lista de actos prohibidos contenida en el artículo 3 común (1). Esta lista está complementada por los crímenes establecidos en el artículo 8(2)(e) del Estatuto de la CPI y por otros reconocidos en el derecho convencional y en el derecho consuetudinario<sup>854</sup>.

**884** En cuanto a la prohibición de los “atentados contra la vida y la integridad corporal”, el artículo 8(2)(c)(i) del Estatuto de la CPI reafirma el artículo 3 común y menciona los “[a]tentados contra la vida y la dignidad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura” como crímenes de guerra en virtud del Estatuto en conflictos armados no internacionales. Sin embargo, la Asamblea de los Estados Partes en la CPI, celebrada en 2002, no adoptó elementos de los crímenes para los atentados contra la vida y la integridad corporal, sino solo para los crímenes específicos de homicidio, mutilaciones, tratos crueles y tortura. Esto señala que la Asamblea no preveía procesamientos por cargos de atentados contra la vida y la integridad corporal como los previstos en el Estatuto de la CPI.

**885** Además, un fallo del TPIY emitido en 2002 adoptó una visión cautelosa del crimen de guerra de atentados contra la vida y la integridad corporal. En el caso Vasiljević, la Sala de Primera Instancia, en vista del principio de *nullum crimen sine lege*, que entre otras cosas requiere que las disposiciones del derecho penal sean lo suficientemente “precisas para determinar la conducta y distinguir lo punible

---

**852** La única distinción entre los crímenes de guerra aplicable en conflictos armados internacionales y no internacionales deriva de la naturaleza de la víctima: los crímenes en conflictos armados no internacionales son cometidos contra personas protegidas por el art. 3 común, mientras que los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales son cometidos contra personas protegidas por los Convenios de Ginebra.

**853** Para mayor exhaustividad sobre los aspectos de derecho penal de la mayoría de estos crímenes, v. el comentario del art. 50, sección D.

**854** V., en particular, Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 156, págs. 657-663.

de lo permitido”<sup>855</sup>, rechazó los cargos de crímenes de guerra de “atentados contra la vida y la integridad corporal”, al tiempo que condenó al acusado del crimen de guerra específico de homicidio<sup>856</sup>.

**886** Por consiguiente, a los fines del derecho penal internacional, no podría decirse que se haya elaborado una definición suficientemente precisa de un crimen de guerra de “atentado contra la vida y la integridad corporal”<sup>857</sup>. Sin embargo, ello no tiene incidencia alguna en la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal que figura en el artículo 3 común. Las prohibiciones establecidas por el derecho humanitario existen independientemente de si una violación de esas prohibiciones tiene consecuencias o no en el derecho penal internacional.

**887** En cuanto al crimen de guerra de mutilaciones, el artículo 8(2)(c)(i) del Estatuto de la CPI menciona las mutilaciones como una violación grave del artículo 3 común, mientras que el artículo 8(2)(e)(xi) las menciona como una violación grave de las leyes y los usos de la guerra en conflictos armados no internacionales. Los Elementos de los Crímenes de la CPI establecen una distinción entre ambos crímenes. Como las mutilaciones constituyen una violación grave del artículo 3 común, no es necesario probar que causaron la muerte de la víctima o que pusieron en grave peligro su salud física o mental, mientras que sí se exige esa prueba para una violación de las leyes y los usos de la guerra. El hecho de que ese elemento no se aplica a las mutilaciones como una violación grave del artículo 3 común ha sido confirmado por la Sala de Primera Instancia del TESL<sup>858</sup>.

---

855 V. TPIY, *Vasiljević case*, fallo en primera instancia, 2002, párr. 193.

856 V. *ibíd.*, párrs. 193-204 y 307-308. Para una opinión diferente, v. TPIY, *Blaškić case*, fallo en primera instancia, 2000, págs. 267-269, donde las condenas se adoptaron por el crimen de guerra de atentado contra la vida y la integridad corporal (luego revertidas en la apelación). En el fallo del caso *Kordić and Čerkez*, la Sala de Primera Instancia del TPIY estuvo de acuerdo con la descripción del crimen de guerra de atentado contra la vida y la integridad corporal utilizada en el caso *Blaškić*; sin embargo, considerando que los cargos de los crímenes de guerra paralelos de “causar grandes sufrimientos deliberadamente” y “trato inhumano” eran más específicos a actos que no causaron la muerte de la víctima, no se dictaron penas por atentados contra la vida y la integridad corporal; v. *Kordić and Čerkez case*, fallo en primera instancia, 2001, párrs. 260 y 821.

857 En la misma línea, v., por ej., TESL, *Fofana and Kondewa case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 145, en relación al TPIY, *Vasiljević case*, fallo en primera instancia, 2002.

858 TESL, *Brima case*, fallo en primera instancia, 2007, párr. 725; *Sesay case*, fallo en primera instancia, 2009, párr. 182.

**888** La decisión que tomaron los Estados de penalizar solo las prohibiciones enumeradas en el párrafo 1(a)-(d) del artículo 3 común no tiene ninguna incidencia en la fuerza de las otras obligaciones contenidas en el artículo, incluida la obligación general de tratar con humanidad a las personas que no participan o que han dejado de participar directamente en las hostilidades, sin distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la religión o las creencias, la fortuna, el nacimiento o cualquier otro criterio análogo.

#### 4. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR VIOLACIONES DEL ARTÍCULO 3 COMÚN

**889** Un Estado Parte que cometa una violación del artículo 3 común puede ser hecho responsable de ese acto conforme a las normas de la responsabilidad estatal, del mismo modo que por cualquier violación de los Convenios de Ginebra<sup>859</sup>. En algunos casos de derechos humanos, se ha considerado que los Estados habían violado el artículo 3 común<sup>860</sup>. Los Estados también pueden ser hechos responsables de los actos de grupos armados no estatales, si esos actos les son atribuibles<sup>861</sup>. Ello sucederá, por ejemplo, si el grupo armado actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección de ese Estado.

**890** También puede invocarse la responsabilidad de los grupos armados por violaciones del artículo 3 común si el grupo armado llega a ser el nuevo gobierno de un Estado o el gobierno de un nuevo Estado. En esas circunstancias, la conducción del grupo se considerará como un acto de ese Estado conforme al derecho internacional<sup>862</sup>.

---

859 V. Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado (2001), arts. 1 y 4; Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 149, págs. 599-606; y Dinstejn, 2014, págs. 116-126.

860 V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 10.480 (El Salvador)*, informe, 1999, párr. 82; *Caso 10.548 (Perú)*, informe, 1997, párr. 88; y *Caso 11.142 (Colombia)*, informe, 1997, párr. 202; los tres casos están citados en Sivakumaran, 2015, pág. 429, nota al pie 62.

861 V. Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado (2001), art. 8, y Henckaerts y Doswald-Beck, interpretación de la norma 149, págs. 599-606.

862 V. Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado (2001), art. 10. V. también Dinstejn, 2014, págs. 126-130.

**891** Cuando un grupo armado no estatal no llega a ser el nuevo gobierno o el gobierno de un nuevo Estado, la parte estatal en ese conflicto armado no internacional no tendrá responsabilidad por las violaciones del artículo 3 común cometidas por grupos armados no estatales<sup>863</sup>.

**892** El derecho internacional es poco claro en lo que respecta a la responsabilidad de los grupos armados no estatales, como entidades en sí mismas, por actos cometidos por miembros del grupo<sup>864</sup>.

## 5. MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO

### *a. Medidas de prevención*

**893** Los Convenios de Ginebra contienen numerosas medidas que las partes en un conflicto armado no internacional deberían aplicar para fortalecer el respeto del artículo 3 común y prevenir o detener sus violaciones.

**894** El artículo 3 común no contiene una obligación de difundir el contenido de la disposición. Sin embargo, el artículo 47 del Convenio I establece la obligación de “difundir lo más ampliamente posible (...) el texto del presente Convenio”, incluido el artículo 3 común<sup>865</sup>. La difusión del contenido del derecho aplicable en conflictos armados no internacionales entre las fuerzas armadas de un Estado y el público en general es una medida significativa para garantizar la aplicación efectiva del derecho, así como el cumplimiento de las disposiciones del artículo 3 común<sup>866</sup>.

---

**863** Un Estado que no adopta las medidas a disposición para proteger, por ejemplo, las instalaciones de las misiones diplomáticas de un Estado neutral (v. Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado (2001), comentario del art. 10, pág. 52, párr. 15) puede incurrir en responsabilidad estatal, pero no será responsable de las violaciones del art. 3 común cometidas por un grupo armado no estatal.

**864** Para un análisis de esta cuestión, v. Zegveld y Annyssa Bellal, “Establishing the Direct Responsibility of Non-State Armed Groups for Violations of International Norms: Issues of Attribution”, en Noemi Gal-Or, Math Noortmann y Cedric Ryngaert (eds.), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place: Theoretical Considerations and Empirical Findings*, Brill, Leiden, 2015, págs. 304-322.

**865** V. también el comentario del art. 47, párr. 2769; Sivakumaran, 2012, pág. 431; Moir, pág. 243 y Draper, pág. 27.

**866** V. también el art. 19 del PA II, que establece: “El presente Protocolo deberá difundirse lo más ampliamente posible”.

**895** Como la obligación de difundir contenida en el artículo 47 también abarca el artículo 3 común, los Estados Partes ya tienen la obligación, en tiempo de paz, de incluir el estudio del artículo 3 común en los programas de instrucción militar y, de ser posible, civil<sup>867</sup>. Los métodos de difusión quedan a criterio de los Estados Partes<sup>868</sup>. La difusión del contenido del artículo 3 común entre toda la población ayudará a crear un entorno propicio al respeto del derecho humanitario, en caso de que estallara un conflicto armado no internacional.

**896** La práctica ha demostrado que, una vez que surge un conflicto armado no internacional en un Estado, la difusión y la enseñanza del derecho humanitario, incluido el artículo 3 común, también pueden estar a cargo de entidades que no sean los Estados Partes, como el CICR y organizaciones no gubernamentales<sup>869</sup>. La inclusión de asesores jurídicos en las fuerzas armadas de los Estados y de las partes no estatales también fortalece el respeto del derecho humanitario en esos conflictos. Análogamente, como los Estados tienen la obligación de investigar los crímenes de guerras y procesar a sus presuntos autores<sup>870</sup>, deberían incluir las violaciones graves del artículo 3 común en la lista de crímenes de guerra contenida en la legislación interna.

**897** La sensibilización de los grupos armados sobre el derecho humanitario, el entrenamiento de sus miembros para que respeten el derecho y la imposición de sanciones disciplinarias junto con sanciones penales pueden cumplir un papel crucial para mejorar el cumplimiento del artículo 3 común dentro de esos grupos<sup>871</sup>.

---

**867** Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 47.

**868** Tradicionalmente, la difusión se realiza mediante órdenes, cursos de instrucción, manuales, pero también puede efectuarse por otros medios, como dibujos, pinturas, historietas, programas de radio o televisión; v. Sivakumaran, 2012, págs. 433-434.

**869** Una organización no gubernamental que es particularmente activa en este ámbito es Geneva Call; v. Sivakumaran, 2012, págs. 434-436. V. también Consejo de Seguridad de la ONU, *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, Doc. ONU S/2001/331, 30 de marzo de 2001, recomendación 10, pág. 13.

**870** V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 158. Nótese también el preámbulo del Estatuto de la CPI de 1998, que recuerda que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

**871** Para mayor exhaustividad, v. Sassòli, 2010; La Rosa y Wuerzner; y Bellal y Casey-Maslen.

**898** El artículo 1 común insta a los Estados a respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra en todas las circunstancias. Esta formulación abarca las disposiciones aplicables a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales<sup>872</sup>. Las medidas para “hacer respetar” el artículo 3 común podrían incluir la presión diplomática ejercida por terceros Estados sobre las partes que violan el artículo 3 común, la denuncia pública de violaciones del artículo 3 común y la adopción de cualquier otra medida que propicie el cumplimiento del artículo 3 común<sup>873</sup>.

**899** Se desprende del artículo 3 común, que es vinculante para todas las partes en conflictos armados no internacionales, que los grupos armados no estatales están obligados a “respetar” las garantías contenidas en él<sup>874</sup>. Además, los grupos armados tienen que “hacer respetar” el artículo 3 común por sus miembros y por las personas o grupos que actúen en su nombre<sup>875</sup>. Esto se desprende del requisito de que los grupos armados no estatales estén organizados y tengan un mando responsable que debe hacer respetar el derecho humanitario, requisito que también forma parte del derecho internacional consuetudinario<sup>876</sup>.

### *b. Supervisión del cumplimiento*

**900** El artículo 3 común carece de la maquinaria que ayudaría a hacer cumplir sus disposiciones por las partes en un conflicto armado no internacional<sup>877</sup>. Los mecanismos de cumplimiento que forman parte de los Convenios de Ginebra, como la institución de las Potencias protectoras<sup>878</sup> y el establecimiento de un procedimiento de encuesta o de un procedimiento de conciliación<sup>879</sup>, son aplicables

---

**872** Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 1, párr. 125.

**873** Para un análisis más exhaustivo de las medidas que los Estados pueden adoptar a fin de hacer respetar los Convenios, v. *ibíd.* párrs. 146, 150-151 y 181. V. también Moir, págs. 245-250.

**874** Para mayor exhaustividad sobre el carácter vinculante del art. 3 común para todas las partes en un conflicto armado no internacional, v. párrs. 505-508.

**875** V. el comentario del art. 1 común, párr. 132. Para conocer algunas herramientas, v., por ej.; CICR, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, CICR, Ginebra, 2008, y Sandesh Sivakumaran, “Implementing humanitarian norms through non-State armed groups”, en Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, 2015, págs. 125-146.

**876** V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 139 e interpretación, págs. 569-572.

**877** V. XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2011, res. 1, “Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados”.

**878** V. los comentarios de los arts. 8 y 10.

**879** V. los comentarios de los arts. 11 y 52.

solo en conflictos armados internacionales<sup>880</sup>. Sin embargo, las partes en un conflicto armado no internacional pueden establecer acuerdos especiales de conformidad con el artículo 3(3) para utilizar esos mecanismos de cumplimiento u otros en conflictos armados no internacionales<sup>881</sup>.

**901** La Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, establecida en 1991 conforme al artículo 90 del Protocolo adicional I, tiene competencia para investigar las presuntas infracciones o violaciones graves de los Convenios de Ginebra o del Protocolo adicional I. Su competencia se ve restringida por el ámbito de aplicación del Protocolo adicional I<sup>882</sup>. Sin embargo, algunos autores han considerado que la formulación del artículo 90(2)(c)(i) del Protocolo podría abarcar las violaciones graves del artículo 3 común<sup>883</sup>. La propia Comisión expresó

---

**880** Se puede sostener que el art. 52 (procedimiento de encuesta) podría utilizarse en el contexto de violaciones del art. 3, ya que el texto del art. 52 se refiere a que debe iniciarse una encuesta sobre “toda alegada violación del Convenio”.

**881** Para mayor exhaustividad sobre los acuerdos especiales, v. sección K. Para un ejemplo de partes en un conflicto armado no internacional que hayan considerado un procedimiento de encuesta en el momento oportuno, v. *Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (1991)*, art. 12, citado en Sassòli, Bouvier y Quintin, págs. 1713-1717:

12. Solicitud de encuesta.

1. En caso de que se inicie una encuesta, el CICR puede recurrir a sus buenos oficios para establecer una comisión de encuesta fuera de la institución y de conformidad con sus principios.

2. El CICR participará en el establecimiento de esa comisión solo por virtud de un acuerdo general o de un acuerdo *ad hoc* con todas las partes interesadas.

V. también algunas declaraciones unilaterales, como la “Escritura de Compromiso para la adhesión a una prohibición total de las minas antipersonal y para la cooperación en la lucha contra las minas”, firmada por más de 30 grupos armados no estatales, que establece, en su art. 3, herramientas de supervisión y verificación.

**882** V. Bothe, Partsch y Solf, pág. 543; Françoise J. Hampson, “Fact-Finding and the International Fact-Finding Commission”, en Hazel Fox y Michael A. Meyer (eds.), *Armed Conflict and the New Law*, vol. II, *Effecting Compliance*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 1993, pág. 76; Heike Spieker, “International (Humanitarian) Fact-Finding Commission”, versión de marzo de 2013, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>; y Pfanner, pág. 299.

**883** V. Sivakumaran, 2012, págs. 459-462; Luigi Condorelli, “La Commission internationale humanitaire d’établissement des faits: un outil obsolète ou un moyen utile de mise en œuvre du droit international humanitaire ?”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 83, n.º 842, junio de 2001, págs. 393-406, en particular 401; y Aly Mokhtar, “To Be or Not to Be: The International Humanitarian Fact-Finding Commission”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. XII, 2002, págs. 69-94, en particular 90.

“su disposición a investigar presuntas violaciones del derecho humanitario, incluidas las que se cometan en conflictos armados no internacionales, siempre que las partes en conflicto estén de acuerdo”<sup>884</sup>. Todas las partes en un conflicto armado no internacional deberían dar su consentimiento a la Comisión antes de que pudiera dar inicio a una encuesta. Hasta la fecha, esto no ha ocurrido<sup>885</sup>.

**902** Otras organizaciones han contribuido a fortalecer el cumplimiento del derecho humanitario en conflictos armados no internacionales. En particular, el artículo 3 común confiere a organismos humanitarios imparciales, como el CICR, el derecho a ofrecer sus servicios a las partes en ese tipo de conflictos<sup>886</sup>. Al realizar sus actividades de protección, el CICR procura prevenir las violaciones del derecho y garantizar que las partes en conflictos armados no internacionales cesen toda violación que pudiera ocurrir<sup>887</sup>. Para la realización de estas actividades, el CICR se centra en un diálogo bilateral con cada parte en el conflicto armado, con el objetivo de persuadir a los responsables de las infracciones que cambien su comportamiento y cumplan sus obligaciones<sup>888</sup>. Al tiempo que interactúa con todas las partes, el CICR hace declaraciones públicas y llamamientos para que se respete el derecho humanitario, organiza actividades de formación y construcción de capacidad y ayuda a la integración del derecho humanitario en los programas oficiales, jurídicos, educativos y operacionales<sup>889</sup>.

---

884 Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, *Report of the International Fact-Finding Commission 1991–1996*, Bern, 1996, pág. 2. V. también *Report on the work of the IHFFC on the Occasion of its 20th Anniversary*, Berna, 2011, págs. 15, 17, 19 y 28.

885 V. Sivakumaran, 2012, pág. 461.

886 Para mayor exhaustividad, v. sección J.

887 Esto se efectúa en cumplimiento del cometido del CICR establecido en el art. 5(2) de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, de 1986, que determina que el CICR tiene el cometido de trabajar por “la fiel aplicación del derecho internacional humanitario” y “la comprensión y la difusión del derecho internacional”. Para una discusión sobre las actividades de protección, v. párrs. 814–818.

888 Este diálogo es, en principio, de carácter confidencial. Salvo en circunstancias estrictamente definidas, el CICR no suele condenar públicamente a las autoridades responsables de violaciones del derecho humanitario; v. “Las gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones del derecho internacional humanitario o de otras normas fundamentales que protegen a las personas en situación de violencia”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 858, junio de 2005, págs. 393–400.

889 Para mayor exhaustividad sobre la interacción del CICR con los grupos armados, v., por ej.; *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*, y Sivakumaran, 2012, págs. 467–472.



**903** La labor de otras organizaciones, como las Naciones Unidas, también contribuye a un mayor respeto del derecho humanitario en conflictos armados no internacionales<sup>890</sup>. El Consejo de Seguridad tiene una extensa práctica de instar a las partes en conflictos armados no internacionales a que respeten el derecho humanitario, condenar las violaciones graves y recordar la obligación de enjuiciar a los autores de esas violaciones<sup>891</sup>. El Consejo establece misiones de encuesta para investigar las violaciones del derecho humanitario y del derecho de los derechos humanos en conflictos armados no internacionales, y ha creado el innovador mecanismo de supervisión y presentación de informes en relación con los niños y los conflictos armados, conforme a su resolución 1612 (2005)<sup>892</sup>. Los mecanismos de derechos humanos de la ONU también apuntan a lograr un mayor respeto del derecho humanitario en conflictos armados no internacionales, en particular al considerar cuestiones de derecho humanitario en sus mecanismos de procedimientos especiales o al establecer comisiones de encuesta en determinados contextos<sup>893</sup>.

---

890 V., en general, David S. Weissbrodt, “The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflict”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, págs. 313-365.

891 Para consultar una reseña de la labor del Consejo de Seguridad de la ONU en este ámbito desde 1989, v. La Haye, 2008, págs. 166-167. V. también Sivakumaran, 2012, págs. 465-466, y Stephen M. Schwebel, “The Roles of the Security Council and the International Court of Justice in the Application of International Humanitarian Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 27, n.º 4, 1995, págs. 731-759. Como ejemplo, el Consejo de Seguridad de la ONU refirió las situaciones de Darfur y Libia a la CPI.

892 El Consejo de Seguridad de la ONU ha establecido numerosas misiones de encuesta en Burundi, Darfur (Sudán), Ruanda, ex Yugoslavia y otras partes. Para más información sobre el mecanismo de supervisión y presentación de informes sobre violaciones graves contra niños en conflictos armados, v. <https://childrenandarmedconflict.un.org/>.

893 V., por ej., el pedido en el Consejo de Derechos Humanos, res. S-16/1, “The current human rights situation in the Syrian Arab Republic in the context of recent events”, 29 de abril de 2011, conforme a la cual el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU estableció una misión de encuesta para investigar las presuntas violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario en Siria. V. también Sivakumaran, 2012, pág. 467; Daniel O’Donnell, “Trends in the application of international humanitarian law by United Nations human rights mechanisms”, *International Review of the Red Cross*, vol. 38, número especial 324, septiembre de 1998, págs. 481-503; Theo C. van Boven, “Reliance on norms of humanitarian law by United Nations’ organs”, en Astrid J. M. Delissen y Gerard J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, págs. 495-513; y Fanny Martin, “Le droit international humanitaire devant les organes de contrôle des droits de l’homme”, *Droits fondamentaux*, n.º 1, julio-diciembre de 2001, págs. 119-148.

## 6. EL CONCEPTO DE REPRESALIAS BÉLICAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

**904** Las represalias bélicas son medidas adoptadas en el contexto de un conflicto armado internacional por una de las partes en conflicto en respuesta a una violación del derecho humanitario por una parte adversa. La finalidad de esas medidas es poner fin a la violación e inducir a la parte adversa a respetar el derecho. Esas medidas serían contrarias al derecho internacional si no fueran adoptadas por el Estado lesionado en respuesta a un acto internacionalmente ilícito cometido por un Estado responsable.<sup>894</sup> Cuando no está prohibido por el derecho internacional, el uso de las represalias bélicas está sujeto a condiciones estrictas en los conflictos armados internacionales<sup>895</sup>.

**905** Ni el artículo 3 común ni el Protocolo adicional II abordan la cuestión de las represalias bélicas en conflictos armados no internacionales. En opinión del CICR, no hay evidencia suficiente acerca de que el concepto de represalias bélicas en conflictos armados no internacionales se haya materializado en el derecho internacional<sup>896</sup>. Históricamente, la práctica que describe el propósito de las represalias y las condiciones para recurrir a ellas se refiere solo a las relaciones entre Estados<sup>897</sup>. Durante las negociaciones sobre el Protocolo adicional II, varios Estados pensaron que el mero concepto de represalias no tenía lugar en los conflictos armados no internacionales<sup>898</sup>. El hecho de extender el concepto de las represalias bélicas a los conflictos armados no internacionales podría dar estatuto jurídico o legitimidad

---

894 Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 46, sección A.

895 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 145. Para mayor exhaustividad, v. el comentario del art. 46, párrs. 2731-2732.

896 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), interpretación de la norma 148, págs. 594-598. Este punto de vista no es respaldado por Sivakumaran, que cita la Guerra Civil Española como ejemplo en el que los beligerantes se sintieron autorizados a recurrir a las represalias; v. Sivakumaran, 2012, pág. 449.

897 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), interpretación de la norma 148, págs. 594-598.

898 V. *ibíd.*, donde se citan, por ejemplo, las declaraciones formuladas por Canadá, Irán, Irak, México, Nigeria y Estados Unidos. Para una reseña completa de los trabajos preparatorios para el Protocolo adicional II sobre esta cuestión, v. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), interpretación de la norma 148, págs. 594-598, y Bílková, págs. 44-47.

en el derecho internacional a los grupos armados no estatales<sup>899</sup> y también les daría el derecho a tomar represalias contra el Estado. Los Estados son reticentes a conceder ambas cosas<sup>900</sup>. Numerosos manuales militares no aplican este concepto a los conflictos armados no internacionales y definen las represalias bélicas como una medida de fuerza de un Estado contra otro<sup>901</sup>. Además, no parece haber registro de casos en los que algún Estado haya recurrido realmente a las represalias en conflictos armados no internacionales en los últimos sesenta años<sup>902</sup>. Los actos de “represalias” presuntamente cometidos en conflictos armados no internacionales han sido condenados, y se ha subrayado la importancia de proteger a los civiles y a las personas fuera de combate<sup>903</sup>. Habida cuenta de estas consideraciones, el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario concluyó que las partes en conflictos armados no internacionales no tienen derecho a recurrir a las represalias bélicas en virtud del derecho internacional consuetudinario<sup>904</sup>.

**906** Sin embargo, algunos autores creen que las represalias bélicas son una herramienta a disposición de las partes en conflictos armados no internacionales como consecuencia necesaria del hecho de que esas partes están regidas por las

---

899 V. la declaración de Alemania durante las negociaciones que condujeron a la adopción del Protocolo adicional II: este término podría dar a “las partes en un conflicto un estatuto en el derecho internacional que no tendrían derecho a reclamar”; *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974-1977*, vol. VIII, pág. 325, párr. 11.

900 Milanovic y Hadzi-Vidanovic, pág. 273, y De Hemptinne, pág. 588.

901 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), interpretación de la norma 148, págs. 594-598, donde se citan los ejemplos de los manuales militares de Alemania, Australia, Canadá, Estados Unidos y Reino Unido. V. también Bílková, págs. 50-51.

902 V. Bílková, pág. 49. Este autor sostiene, sin embargo, que “el hecho de que los Estados no recurran a las represalias en conflictos armados no internacionales, o al menos no reclamen públicamente hacerlo, no significa necesariamente que estén persuadidos de que no tienen el derecho a hacerlo”.

903 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), págs. 594-598 (donde se citan ejemplos en el contexto de los conflictos en Chad, Colombia, República Democrática del Congo, Malí y Ruanda).

904 V. Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), norma 148. V. también De Hemptinne, págs. 587-591, y Darcy, Shane, “The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals”, *Military Law Review*, vol. 175, marzo de 2003, págs. 184-251, en particular 216-220.

normas principales del derecho humanitario<sup>905</sup>. Algunas Salas del TPIY también han examinado la cuestión de si el concepto de represalias era aplicable en conflictos armados no internacionales<sup>906</sup>.

**907** Sin embargo, más allá de la opinión que se adopte, no caben dudas de que el artículo 3 común prohíbe los atentados contra la vida y la integridad corporal, la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal, como los tratos humillantes y degradantes, y la denegación de un proceso equitativo “en todo tiempo y lugar”. Por lo tanto, cualquier “represalia” que conlleve esos actos estaría prohibida<sup>907</sup>. Análogamente, el artículo 3 común establece que las personas que no participen o que hayan dejado de participar en las hostilidades deben ser tratadas con humanidad “en todas las circunstancias”. Por lo tanto, cualquier “represalia” sería incompatible con el requisito de trato humano<sup>908</sup>.

---

905 Para mayor exhaustividad, v. Bílková, págs. 31-65, y Sivakumaran, 2012, págs. 449-457.

Bílková considera que este derecho a las represalias no es ilimitado; v. en particular págs. 40-41. Sivakumaran cree que “la prohibición del uso de las represalias bélicas a través del art. 3 común tiene que estar limitado a los actos prohibidos por ese artículo” (pág. 451).

906 Es interesante observar que las conclusiones previas del TPIY en el caso *Martić*, regla 61 decisión, 1996, párrs. 15-17, y en el caso *Kupreškić*, fallo en primera instancia, 2000, párrs. 527-536, según las cuales, en virtud del derecho consuetudinario, las represalias contra la población civil estaban prohibidas en todos los conflictos armados, no fueron respaldadas en el fallo en primera instancia en el caso *Martić* ni por las Salas de Apelaciones; v. *Martić case*, fallo en primera instancia, 2007, párrs. 464-468, y fallo en apelación, 2008, párrs. 263-267. Los jueces actuantes en esos casos examinaron si el bombardeo de Zagreb por el acusado podría ser considerado una represalia lícita. Para ello, aplicaron las condiciones o las limitaciones impuestas a las represalias, de las que se suele reconocer que son aplicables en conflictos armados internacionales, en un conflicto sin carácter internacional, rechazando así, al parecer, la conclusión a la que había llegado la Sala de Apelaciones en el caso *Kupreškić*, según la cual las represalias contra la población civil están prohibidas por el derecho consuetudinario en todas las circunstancias.

907 V. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, CICR, 1952, pág. 55, y Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (2007), interpretación de la norma 148, págs. 594-598.

908 *Ibid.* Análogamente, el art. 4 del PA II no deja lugar para las represalias contra las personas que no participan o que han dejado de participar directamente en las hostilidades; v. Sandoz, Swinarski y Zimmermann (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) y del artículo 3 de estos Convenios*, párr. 4530.



# BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

## SECCIÓN B. RESEÑA HISTÓRICA

Abi-Saab, Rosemary, *Droit humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986.

Ador, Gustave y Moynier, Gustave, "Les destinées de la Convention de Genève pendant la guerre de Serbie", *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, vol. 7, n.º 28, 1876, págs. 164-176.

Duculesco, Victor, "Effet de la reconnaissance de l'état de belligérance par les tiers, y compris les Organisations internationales, sur le statut juridique des conflits armés à caractère non international", *Revue générale de droit international public*, vol. 79, 1975, págs. 125-151.

Lauterpacht, Hersch, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947.

– (ed.), *Oppenheim's International Law*, 7th edition, Longmans, Green and Co., Londres, 1952.

Milanovic, Marko y Hadzi-Vidanovic, Vidan, "A taxonomy of armed conflict", en Nigel D. White y Christian Henderson (eds.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus post Bellum*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, págs. 256-314.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Moynier, Gustave, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, Librairie de Joël Cherbuliez, París, 1870.

Neff, Stephen C., *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge University Press, 2005.

O'Connell, Mary Ellen, "Historical Development and Legal Basis", en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, tercera edición, Oxford University Press, 2013, págs. 1-42.

Oppenheim, Lassa, *International Law: A Treatise*, Vol. II, *War and Neutrality*, segunda edición, Longmans, Green and Co., Londres, 1912.

Padelford, Norman J., "The International Non-Intervention Agreement and the Spanish Civil War", *American Journal of International Law*, vol. 31, n.º 4, 1937, págs. 578-603.

Ramelli Arteaga, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario y Estado de Beligerancia*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

## SECCIÓN C. PÁRRAFO 1: ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 COMÚN

Abi-Saab, Rosemary, *Droit humanitaire et conflits internes : Origines et évolution de la réglementation internationale*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986.

Akande, Dapo, "Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts", en Elizabeth Wilmschurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, págs. 32-79.

Anderson, Kenneth, "Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a 'Legal Geography of War'", *American University Washington College of Law Research Paper*, n.º 2011-16, 2011, págs. 1-17.

Arimatsu, Louise, "Territory, Boundaries and the Law of Armed Conflict", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 12, 2009, págs. 157-192.

Bartels, Rogier, "Transnational Armed Conflict: Does it Exist?", en *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18-19 de octubre de 2012, College of Europe/CICR, Collegium n.º 43, otoño de 2013, págs. 114-128.

- "From *Jus In Bello* to *Jus Post Bellum*: When Do Non-International Armed Conflicts End?", en Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday y Jens Iverson (eds.), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, 2014, págs. 297-314.

Bianchi, Andrea, "Terrorism and Armed Conflict: Insights from a Law & Literature Perspective", *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n.º 1, Blank, Laurie R., "Defining the battlefield in contemporary conflict and counterterrorism: Understanding the parameters of the zone of combat", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, n.º 1, 2010, págs. 1-21.

Blank, Laurie R., "Defining the Battlefield in Contemporary Conflict and Counterterrorism: Understanding the Parameters of the Zone of Combat", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, n.º 1, 2010, págs. 1-38.

Bothe, Michael, "War Crimes", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. IA, Oxford University Press, 2002, págs. 379-426.



Bothe, Michael, Karl Josef Partsch y Waldemar A.Solf , *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982.

Cassese, Antonio, “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, págs. 649-668.

Condorelli, Luigi, “War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court”, en Mauro Politi y Giuseppe Nesi (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Ashgate, Aldershot, 2001, págs. 107-117.

Corn, Geoffrey S., “*Hamdan*, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 40, n.º 2, 2007, págs. 295-355.

– “Geography of Armed Conflict: Why it is a Mistake to Fish for the Red Herring”, *International Law Studies*, Colegio de Guerra Naval de Estados Unidos, vol. 89, 2013, págs. 77-107.

Corn, Geoffrey S. y Eric Talbot Jensen, “Transnational Armed Conflict: A ‘Principled’ Approach to the Regulation of Counter-Terror Combat Operations”, *Israel Law Review*, vol. 42, 2009, págs. 1-34.

Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2010.

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, quinta edición, Bruylant, Bruselas, 2012.

Droege, Cordula, “Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, n.º 886, junio de 2012, págs. 533-578. Versión española disponible en: <https://www.icrc.org/es/international-review/article/fuera-de-mi-nube-guerra-cibernetica-derecho-internacional-humanitario-y> (“Fuera de mi nube: guerra cibernética, derecho internacional humanitario y protección de la población civil”).

Ferraro, Tristan, “The geographic reach of IHL: The law and current challenges”, en *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Actas del 13º Coloquio de Brujas, 18-19 de octubre de 2012, Colegio de Europa/CICR, Collegium n.º 43, otoño de 2013, págs. 105-113. (2013a)

- “The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces”, *International Review of the Red Cross*, vol. 95, n.º 891, diciembre de 2013, págs. 561-612. (2013b). Versión española disponible en: <https://www.icrc.org/es/international-review/article/la-aplicabilidad-y-la-aplicacion-del-derecho-internacional-humanitario> (“La aplicabilidad y la aplicación del derecho internacional humanitario a las fuerzas multinacionales”).

Fleck, Dieter, “The Law of Non-International Armed Conflict”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, tercera edición, Oxford University Press, 2013, págs. 581-610.

Gasser, Hans-Peter, “International humanitarian law: An introduction”, en Hans Haug (ed.), *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1993, págs. 491-592.

Grignon, Julia, *L’applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess, Ginebra, 2014.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, CICR/Cambridge University Press, 2005, disponible en <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf) (*El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*).

CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, informe elaborado para la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, CICR, Ginebra, 2003.

- *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, informe elaborado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, CICR, Ginebra, 2007.
- *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Nils Melzer, CICR, Ginebra, 2009.

- *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, informe elaborado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, CICR, Ginebra, 2011.
- *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*, reunión de expertos, informe elaborado y editado por Gloria Gaggioli, CICR, Ginebra, 2013.
- *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, informe elaborado para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, CICR, Ginebra, 2015.

Kleffner, Jann K., “Scope of Application of International Humanitarian Law”, en Dieter Fleck, (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, tercera edición, Oxford University Press, 2013, págs. 43-78. (2013b)

Koh, Harold Hongju, “Keynote Address: The Obama Administration and International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 104, 2010, págs. 207-221.

Robert Kolb y Richard Hyde, *An Introducción to the International Law of Armed Conflicts*, tercera edición, Hart Publishing, Oxford, 2008.

Kreß, Claus, “Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, n.º 2, 2010, págs. 245-274.

Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008.

Meron, Theodor, “The Humanization of Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 2, 2000, págs. 239-278.

Milanovic, Marko, “State Responsibility for Genocide”, *European Journal of International Law*, vol. 17, n.º 3, 2006, págs. 553-604.

- “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up”, *European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, págs. 669-694. (2007a)
- “Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n.º 866, junio de 2007, págs. 373-393. (2007b)

- “End of IHL application: Overview and challenges”, en *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18-19 de octubre de 2012, College of Europe/CICR, Collegium n.º 43, otoño de 2013, págs. 83-94.
- “The Applicability of the Conventions to ‘Transnational’ and ‘Mixed’ Conflicts”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 27-50.

Milanovic, Marko y Vidan Hadzi-Vidanovic, “A taxonomy of armed conflict”, en Nigel D. White y Christian Henderson (eds.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus post bellum*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, págs. 256-314.

Moir, Lindsay, “The Concept of Non-International Armed Conflict”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 391-414.

Pejic, Jelena, “Status of armed conflicts”, en Elizabeth Wilmshurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2007, págs. 77-100.

- “The protective scope of artículo 3 común: more than meets the eye”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 881, marzo de 2011, págs. 189-225.

Radin, Sasha, “Global Armed Conflict? The Threshold of Extraterritorial Non-International Armed Conflicts”, *International Law Studies*, U.S. Naval War College, vol. 89, 2013, págs. 696-743.

Sassòli, Marco, “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, *HPCR Occasional Paper Series*, Winter 2006, págs. 1-43.

Sassòli, Marco, Antoine Bouvier y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, vol. I, tercera edición, CICR, Ginebra, 2011.

Schindler, Dietrich, “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, págs. 117-164.

Schmitt, Michael N., “Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict”, *International Law Studies*, Colegio de Guerra Naval de Estados Unidos, vol. 90, 2014, págs. 1-19.

Schöndorf, Roy S., “Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, n.º 1, 2004, págs. 1-78.

Shraga, Daphna, “The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law”, *International Peacekeeping*, vol. 5, n.º 2, 1998, págs. 64-81.

- “The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance”, en Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Actas de la 31ª Mesa redonda sobre problemas actuales de derecho internacional humanitario, 4-6 de septiembre de 2008, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, San Remo, 2008, págs. 82-89.

Shraga, Daphna y Ralph Zacklin, “The Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations: Conceptual, Legal and Practical Issues”, *Report to the Symposium on Humanitarian Action and Peacekeeping Operations*, 22-24 de junio de 1994, CICR, Ginebra, 2004, págs. 39-48.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Stewart, James G., “Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 85, n.º 850, junio de 2003, págs. 313-350. Versión española disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5w3juy.htm> (“Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados”).

Vité, Sylvain, “Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 873, marzo de 2009, págs. 69-94. Versión española disponible en: <https://www.icrc.org/es/international-review/article/tipologia-de-los-conflictos-armados-en-el-derecho-internacional> (“Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”).

Von Hebel, Herman y Darryl Robinson, “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, págs. 79-126.

## SECCIÓN D. PÁRRAFO 1: FUERZA VINCULANTE DEL ARTÍCULO 3 COMÚN

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, CICR/Macmillan, Oxford, 2003. (2003a)

Cassese, Antonio, “The status of rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, n.º 2, 1981, págs. 416-439.

Dinstein, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2014, págs. 173-199.

Elder, David A., “The Historical Background of artículo 3 común of the Geneva Convention of 1949”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 11, n.º 1, 1979, págs. 37-69.

Engdahl, Ola, “Compliance with International Humanitarian Law in Multinational Peace Operations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, n.º 4, 2009, págs. 513-526.

Ferraro, Tristan, “The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces”, *International Review of the Red Cross*, vol. 95, n.º 891, diciembre de 2013, págs. 561-612. Versión española disponible en: <https://www.icrc.org/es/internacional-review/article/la-aplicabilidad-y-la-aplicacion-del-derecho-internacional-humanitario> (“La aplicabilidad y la aplicación del derecho internacional humanitario a las fuerzas multinacionales”).

Kleffner, Jann K., “The applicability of international humanitarian law to organized armed groups”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 882, junio de 2011, págs. 443-461.

Kolb, Robert, Gabriele Porretto y Sylvain Vité, *L’application du droit international humanitaire et des droits de l’homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Bruselas, 2005.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Murray, Daragh, “How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 20, n.º 1, 2015, págs. 101-131.

Naert, Frederik, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a Particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights*, Intersentia, Amberes, 2010.

Schindler, Dietrich, "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, págs. 117-164.

Shraga, Daphna, "The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law", *International Peacekeeping*, vol. 5, n.º 2, 1998, págs. 64-81.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

- "The Addressees of artículo 3 común", en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 415-431.

Zegveld, Liesbeth, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002.

## SECCIÓN E. APARTADO (1): PERSONAS PROTEGIDAS

Abresch, William, “A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, 2005, págs. 741-767.

Bond, James E., “Application of the Law of War to Internal Conflict”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, n.º 2, 1973, págs. 345-384.

Bothe, Michael, Karl Josef Partsch y Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982.

Cassese, Antonio, “The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian law of Armed Conflict and Customary International Law”, *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 3, 1984, págs. 55-118.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Draper, Gerald I.A.D., “The Geneva Conventions of 1949”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 114, 1965, págs. 59-165.

Gasser, Hans-Peter, “Remarks of Hans-Peter Gasser”, en The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, n.º 2, 1987, págs. 477-481.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, disponible en <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf) (El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas).



CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Nils Melzer, CICR, Ginebra, 2009.

- *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, informe elaborado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, CICR, Ginebra, 2011.

Kleffner, Jann K., “Friend or Foe? On the Protective Reach of the Law of Armed Conflict: a Note on the SCSL Trial Chamber’s Judgment in the Case of ‘Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao’”, en Mariëlle Matthee, Brigit Toebes y Marcel Brus (eds.), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face, Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Asser Press, La Haya, 2013, págs. 285-302. (2013c)

- “The Beneficiaries of the Rights Stemming from artículo 3 común”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 433-447.

Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008.

Meron, Theodor, “Application of Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts: Remarks by Theodor Meron”, *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 85, 1991, págs. 83-85.

Pejic, Jelena, “The protective scope of artículo 3 común: more than meets the eye”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 881, marzo de 2011, págs. 189-225.

Rogers, A.P.V., *Law on the Battlefield*, tercera edición, Manchester University Press, 2012.

Sassòli, Marco, “Terrorism and War”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n.º 5, 2006, págs. 959-981.

- “The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts”, en Orna Ben-Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2011, págs. 34-94.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Watkin, Kenneth, "21st Century Conflict and International Humanitarian Law: Status Quo or Change?", en Schmitt, Michael N. y Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, págs. 265-296.

Zegveld, Liesbeth, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002.



## SECCIÓN F. APARTADO (1): OBLIGACIONES FUNDAMENTALES ESTABLECIDAS POR EL ARTÍCULO 3

Bugnion, François, “*Jus ad bellum, jus in bello* and conflictos armados no internacionales”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6, 2003, págs. 167-198. (2003b)

Condorelli, Luigi y Laurence Boisson de Chazournes, “Quelques remarques à propos de l’obligation des Etats de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’”, en Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-rouge en l’honneur de Jean Pictet*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1984, págs. 17-35.

Elder, David A., “The Historical Background of artículo 3 común of the Geneva Convention of 1949”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 11, n.º 1, 1979, págs. 37-69.

Kalshoven, Frits y Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introducción to International Humanitarian Law*, cuarta edición, CICR/Cambridge University Press, 2011. Versión española: *Restricciones en la conducción de la guerra - Introducción al derecho internacional humanitario*, disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p0793.htm>.

Kleffner, Jann K., “Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, tercera edición, Oxford University Press, 2013, págs. 321-357. (2013a)

Lindsey, Charlotte, *Women facing war: ICRC study on the impact of armed conflict on women*, CICR, Ginebra, 2001. Versión española: *Las mujeres ante la guerra*, disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p0798.htm>.

- “The Impact of Armed Conflict on Women”, en Helen Durham y Tracey Gurd (eds.), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, págs. 21-35.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, segunda edición revisada, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005.

O'Connell, Mary Ellen, "Historical Development and Legal Basis", en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, tercera edición, Oxford University Press, 2013, págs. 1-42.

Pejic, Jelena, "Non-discrimination and armed conflict", *International Review of the Red Cross*, vol. 83, n.º 841, marzo de 2001, págs. 183-194.

Rogers, A.P.V., *Law on the Battlefield*, tercera edición, Manchester University Press, 2012.

Rona, Gabor y Robert J. McGuire, "The Principle of Non-Discrimination", en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 191-205.

Sassòli, Marco, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, vol. I, tercera edición, CICR, Ginebra, 2011.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Tams, Christian J., "The Use of Force against Terrorists", *European Journal of International Law*, vol. 20, n.º 2, 2009, págs. 359-397.

## SECCIÓN G. APARTADO (1): ACTOS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 3 COMÚN

### *Atentados contra la vida y la integridad corporal, homicidio*

Ambos, Kai, “Article 25: Individual criminal responsibility”, en Otto Triffterer y Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, tercera edición, Hart Publishing, Oxford, 2016, págs. 979-1029.

Bellal, Annyssa, Gilles Giacca y Stuart Casey-Maslen, “International law and armed non-state actors in Afghanistan”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 881, marzo de 2011, págs. 47-79.

Bothe, Michael, “The status of captured fighters in non-international armed conflict”, en Christian Tomuschat, Evelyne Lagrange y Stefan Oeter (eds.), *The Right to Life*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, págs. 195-214.

Cassese, Antonio, “The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian law of Armed Conflict and Customary International Law”, *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 3, 1984, págs. 55-118.

CICR, *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*, reunión de expertos, informe preparado y editado por Gloria Gaggioli, CICR, Ginebra, 2013.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

– “Wilful killing”, en Otto Triffterer y Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, tercera edición, Hart Publishing, Oxford, 2016, págs. 329-331.

Doswald-Beck, Louise, “The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 864, diciembre de 2006, págs. 881-904.

Gasser, Hans-Peter, “The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions; Remarks of Hans-Peter Gasser”, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, n.º 2, 1987, págs. 415-538, en particular 477-481.

Gowlland-Debbas, Vera, “The right to life and the relationship between human rights and humanitarian law”, en Christian Tomuschat, Evelyne Lagrange y Stefan Oeter (eds), *The Right to Life*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, págs. 121-150.

Horder, Jeremy (ed.), *Homicide Law in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

Knuckey, Sarah, “Murder in artículo 3 común”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 449-467.

Meron, Theodor, “Application of Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts: Remarks by Theodor Meron”, *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 85, 1991, págs. 83-85.

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary, segunda edición revisada, N.P. Engel, Kehl, 2005.

Ovey, Clare y Robin C.A.White, *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights*, cuarta edición, Oxford University Press, 2006.

Watkin, Kenneth, “21st Century Conflict and International Humanitarian Law: Status Quo or Change?”, en Michael N. Schmitt y Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Essays in Honour of Yoram Dinstein, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, págs. 265-296.

Zegveld, Liesbeth, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002.

Zimmermann, Andreas y Robin Geiss, “Mutilations”, en Otto Triffterer y Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, tercera edición, Hart Publishing, Oxford, 2016, págs. 528-568.

## Mutilaciones

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, disponible en <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española: *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf).

La Haye, Eve, “Mutilation and medical or scientific experiments: Article 8(2)(b) (x)”, en Roy S. Lee y Hakan Friman (eds), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, págs. 164-167. (2001a)

– “Violations of common article 3”, en Lee, Roy S. y Hakan Friman (eds.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, págs. 207-213. (2001b)

Zimmermann, Andreas y Robin Geiss, “Mutilations”, en Triffterer, Otto y Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, tercera edición, Hart Publishing, Oxford, 2016, págs. 528-568, en particular 551.

## Tratos crueles, tortura y atentados contra la dignidad personal

Bank, Roland, “Das Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe”, en Rainer Grote y Thilo Marauhn (eds.), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, págs. 479-534.

Burgers, J. Herman y Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.



Dewulf, Steven, *The Signature of Evil: (Re)Defining Torture in International Law*, Intersentia, Amberes, 2011.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Doswald-Beck, Louise, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2011, págs. 194-227.

Droege, Cordula, “‘In truth the leitmotiv’: the prohibition of torture and other forms of ill-treatment in international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n.º 867, septiembre de 2007, págs. 515-541.

Evans, Malcolm, “Getting to Grips with Torture”, en *The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar*, Association for the Prevention of Torture, Ginebra, 2001, págs. 33-49.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, disponible en <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española: *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf).

Nowak, Manfred, “Challenges to the absolute nature of the prohibition of torture and ill-treatment”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 23, n.º 4, 2005, págs. 674-688.

– “What Practices Constitute Torture?: US and UN standards”, *Human Rights Quarterly*, vol. 28, n.º 4, 2006, págs. 809-841.

Nowak, Manfred y R alph R.A.Janik, “Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 317-342.

Nowak, Manfred y Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, 2008.

Reyes, Hernán, “The worst scars are in the mind: psychological torture”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n.º 867, septiembre de 2007, págs. 591-617.

Rodley, Nigel S., "The definition(s) of torture in international law", *Current Legal Problems*, vol. 55, 2002, págs. 467-493.

– "The prohibition of torture: absolute means absolute", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 34, n.º 1, 2006, págs. 145-160.

Rodley, Nigel S. y Matt Pollard, *The Treatment of Prisoners under International Law*, tercera edición, Oxford University Press, 2009.

Röling, B.V.A. y C.F.Rüter, *The Tokyo Judgment: The International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.), 29 April 1946-12 November 1948*, 2 volúmenes, University Press, Amsterdam, 1977.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

### ***Toma de rehenes***

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Elliott, H. Wayne, "Hostages or Prisoners of War: War Crimes at Dinner", *Military Law Review*, vol. 149, 1995, págs. 241-274.

Gasser, Hans-Peter y Knut Dörmann, "Protection of the Civilian Population", en Fleck, Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, tercera edición, Oxford University Press, 2013, págs. 231-320, en especial los párrafos 508 y 535.

Gucciardo, Dorotea, "Hostages", en Jonathan F. Vance (ed.), *Encyclopedia of Prisoners of War and Internment*, segunda edición, Grey House Publishing, Millerton, Nueva York, 2006, págs. 183-186.

Hammer, Ellen y Marina Salvin, "The Taking of Hostages in Theory and Practice", *American Journal of International Law*, vol. 38, n.º 1, 1944, págs. 20-33.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, Cambridge University Press, 2005, disponible en: <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española: *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf).

Herrmann, Irène y Daniel Palmieri, “A haunting figure: The hostage through the ages”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 857, marzo de 2005, págs. 135-145.

Kuhn, Arthur K., “Editorial Comment: The Execution of Hostages”, *American Journal of International Law*, vol. 36, 1942, págs. 271-274.

Lambert, Joseph J., *Terrorism and Hostages in International Law: A Commentary on the Hostages Convention 1979*, Grotius Publications, Cambridge, 1990.

Pilloud, Claude, “La question des otages et les Conventions de Genève”, *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 32, n.º 378, junio de 1950, págs. 430-447.

Rosenstock, Robert, “International Convention Against the Taking of Hostages: Another International Community Step Against Terrorism”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 9, n.º 2, 1980, págs. 169-195.

Salinas Burgos, Hernán, “The taking of hostages and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 29, n.º 270, junio de 1989, págs. 196-216.

Sivakumaran, Sandesh, “War Crimes before the Special Court for Sierra Leone: Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n.º 4, 2010, págs. 1009-1034. (2010a)

– *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Tuck, David, “Taking of Hostages”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 297-316.

Wright, Lord, “The Killing of Hostages as a War Crime”, *British Yearbook of International Law*, vol. 25, 1948, págs. 296-310.

***Requisito de un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables***

Barber, Rebecca, “Facilitating humanitarian assistance in international humanitarian and human rights law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 874, junio de 2009, págs. 371-397.

Bond, James E., “Application of the Law of War to Internal Conflict”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, n.º 2, 1973, págs. 345-384.

Bothe, Michael, Karl Josef Partsch y Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982.

Doswald-Beck, Louise, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2011, págs. 331-344.

- “Judicial Guarantees”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 469-494.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, disponible en: <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española: *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf).

Sassòli, Marco, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n.º 1, 2010, págs. 5-51.

Sivakumaran, Sandesh, “Courts of Armed Opposition Groups: Fair Trials or Summary Justice?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n.º 3, 2009, págs. 489-513.

- *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Somer, Jonathan, “Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n.º 867, septiembre de 2007, págs. 655-690. Versión española: “La justicia de la selva: dictar condena sobre la igualdad de los beligerantes en los conflictos armados no internacionales”, disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/review-867-p655.htm>.

Willms, Jan, “Justice through Armed Groups’ Governance – An Oxymoron?”, *SFB-Governance Working Paper Series*, n.º 40, octubre de 2012.

### *Violencia sexual*

Bastick, Megan, Karin Grimm y Rahel Kunz, *Sexual Violence in Armed Conflict: Global Overview and Implications for the Security Sector*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2007.

Brammertz, Serge y Michelle Jarvis (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, 2016.

Comité Permanente entre Organismos, *Guidelines for Integrating Gender-based Violence Interventions in Humanitarian Action: Reducing risk, promoting resilience and aiding recovery*, 2015.

Durham, Helen, “International Humanitarian Law and the Protection of Women”, en Helen Durham y Tracey Gurd (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, págs. 95-107.

Gardam, Judith G. y Michelle J.Jarvis, *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.

Haeri, Medina y Nadine Puechguirbal, "From helplessness to agency: examining the plurality of women's experiences in armed conflict", *International Review of the Red Cross*, vol. 92, n.º 877, marzo de 2010, págs. 103-122. Versión española: "De la indefensión a la acción: la pluralidad de las experiencias de la mujer en los conflictos armados", disponible en <https://www.icrc.org/es/international-review/article/de-la-indefension-la-accion-la-pluralidad-de-las-experiencias-de-la>.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, Cambridge University Press, 2005, disponible en: <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española: *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf).

Lindsey, Charlotte, *Women facing war: ICRC Study on the impact of armed conflict on women*, CICR, Ginebra, 2001. Versión española: *Las mujeres ante la guerra*, disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/po798.htm>.

Organización Mundial de la Salud, *World report on violence and health*, informe editado por Krug, Etienne G. et al., OMS, Ginebra, 2002.

– *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, OMS, Ginebra, 2003.

Sivakumaran, Sandesh, "Lost in translation: UN responses to sexual violence against men and boys in situations of armed conflict", *International Review of the Red Cross*, vol. 92, n.º 877, marzo de 2010, págs. 259-277. (2010b)

Solangon, Sarah y Preeti Patel, "Sexual violence against men in countries affected by armed conflict", *Journal of Conflict, Security and Development*, vol. 12, n.º 4, 2012, págs. 417-442.

Viseur Sellers, Patricia, "The Context of Sexual Violence: Sexual Violence as Violations of International Humanitarian Law", en Gabrielle Kirk McDonald y Olivia Swaak-Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 263-332.

Viseur Sellers, Patricia e Indira Rosenthal, "Rape and Other Sexual Violence", en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 343-368.

## No devolución

Bellinger III, John B. y Vijay M., Padmanabhan, “Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law”, *American Journal of International Law*, vol. 105, n.º 2, 2011, págs. 201-243.

Byers, Michael, “Legal Opinion on the December 18, 2005 “Arrangement for the Transfer of Detainees between the Canadian Forces and the Ministry of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan””, Liu Institute for Global Issues, 7 de abril de 2006.

Droege, Cordula, “Transfers of detainees: legal framework, non-refoulement and contemporary challenges”, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 871, septiembre de 2008, págs. 669-701.

Gillard, Emanuela-Chiara, “There’s no place like home: States’ obligations in relation to transfers of persons”, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 871, septiembre de 2008, págs. 703-750. Versión española. “Nada mejor que estar en casa: las obligaciones de los Estados en relación con la transferencia de personas”, disponible en <https://www.icrc.org/es/international-review/article/nada-mejor-que-estar-en-casa-las-obligaciones-de-los-estados-en?language=en>.

Gisel, Laurent, “The principle of non-refoulement in relation to transfers”, en *Detention in Armed Conflicts*, actas del 15º Coloquio de Brujas, 16-17 de octubre de 2014, Colegio de Europa/CICR, Collegium, n.º 45, otoño de 2015, págs. 113-130.

Hathaway, James C., “Leveraging Asylum”, *Texas International Law Journal*, vol. 45, n.º 3, 2010, págs. 503-536.

Horowitz, Jonathan, “Transferring Wartime Detainees and a State’s Responsibility to Prevent Torture”, *American University National Security Law Brief*, vol. 2, n.º 2, 2012, págs. 43-66.

Lauterpacht, Elihu y Daniel Bethlehem, “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, en Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, págs. 87-177.

Meron, Theodor, "The Humanization of Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 2, 2000, págs. 239-278.

Sanderson, Mike, "The Syrian Crisis and the Principle of Non-Refoulement", *International Law Studies*, U.S. Naval War College, vol. 89, 2013, págs. 776-801.

Sassòli, Marco y Marie-Louise Tougas, "International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan", *McGill Law Journal*, vol. 56, n.º 4, 2011, págs. 959-1010.

Skoglund, Lena, "Diplomatic Assurances Against Torture – An Effective Strategy? A Review of Jurisprudence and Examination of the Arguments", *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, n.º 4, 2008, págs. 319-364.





## SECCIÓN H. DETENCIÓN FUERA DE UN PROCESO PENAL

CICR, “Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence”, en *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, Informe preparado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2007, Anexo 1, reproducido en *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 858, junio de 2005, págs. 375-391. Versión española: “El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos, Anexo 1: Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/ihl-30-international-conference-101207.htm>

- “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, artículo de opinión, noviembre de 2014.

Debuf, Els, *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

Deeks, Ashley S., “Administrative Detention in Armed Conflict”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 40, n.º 3, 2009, págs. 403-436.

Dingwall, Joanna, “Unlawful confinement as a war crime: the jurisprudence of the Yugoslav Tribunal and the common core of international humanitarian law applicable to contemporary armed conflicts”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 9, n.º 2, 2004, págs. 133-179.

Dörmann, Knut, “Detention in Non-International Armed Conflicts”, en Kenneth y Andrew J. Norris (eds.), *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*, International Law Studies, U.S. Naval War College, vol. 88, 2012, págs. 347-366.

Hampson, Françoise J., “Is Human Rights Law of Any Relevance to Military Operations in Afghanistan?”, en Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, International Law Studies, U.S. Naval War College, vol. 85, 2009, págs. 485-524.

Heffes, Ezequiel, “Detentions by Armed Opposition Groups in Non-International Armed Conflicts: Towards a New Characterization of International Humanitarian Law”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 20, n.º 2, 2015, págs. 229-250.

Pejic, Jelena, “Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 858, junio de 2005, págs. 375-391. Versión española: “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6guk92.htm>.

- “Conflict Classification and the Law Applicable to Detention and the Use of Force”, en Wilmshurst Elizabeth (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, págs. 80-116.

Rona, Gabor, “Is There a Way Out of the Non-International Armed Conflict Detention Dilemma?”, *International Law Studies*, U.S. Naval War College, vol. 91, 2015, págs. 32-59.

Rowe, Peter, “Is There a Right to Detain Civilians by Foreign Armed Forces during a Non-International Armed Conflict?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n.º 3, 2012, págs. 697-711.

## SECCIÓN I. APARTADO (2): RECOGIDA Y ASISTENCIA DE LOS HERIDOS Y LOS ENFERMOS

V. también la bibliografía seleccionada del comentario del artículo 12 del Convenio de Ginebra I.

Bothe, Michael, Karl Josef Partsch, y Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982.

Breau, Susan C., “Commentary on selected Rules from the ICRC Study: Protected persons and objects”, en Elizabeth Wilmshurst y Susan C. Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2007, págs. 169-203.

CICR, *Management of Dead Bodies after Disasters: A Field Manual for First Responders*, CICR, Ginebra, 2009. Versión española: La gestión de cadáveres en situaciones de desastre: guía práctica para equipos de respuesta, disponible en <https://www.icrc.org/es/publication/la-gestion-de-cadaveres-en-situaciones-de-desastre-guia-practica-para-equipos-de>.

- *War Surgery: Working with Limited Resources in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, vol. 1, Christos Giannou y Marco Baldan, y vol. 2 Christos, Giannou, Marco Baldan y Åsa Molde, CICR, Ginebra, 2009 y 2013 respectivamente. La versión española del volumen 1, *Cirugía de guerra. Trabajar con recursos limitados en conflictos armados y otras situaciones de violencia*, está disponible en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/p0973-spa.pdf>.
- *First Aid in Armed Conflicts and Other Situations of Violence*, CICR, Ginebra, 2010. Versión española: *Primeros auxilios en conflictos armados y otras situaciones de violencia*, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p0870.htm>.
- *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care*, enero de 2012 a diciembre de 2013, CICR, Ginebra, 2014.

– *Promoting Military Operational Practice that Ensures Safe Access to and Delivery of Health Care*, CICR, Ginebra, 2014. Versión española: *Promoción de prácticas operacionales militares que mejoren la seguridad del acceso a la asistencia de salud y de la prestación de servicios médicos*, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p4208.htm>.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Dunant, Henry, *A Memory of Solferino*, CICR, Ginebra, reimpresión de 1986. Versión Española: *Recuerdos de Solferino*, disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_p0361.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_p0361.pdf).

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, disponible en: <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española: *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf).

Kleffner, Jann K., “Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked”, en Fleck, Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, tercera edición, Oxford University Press, 2013, págs. 321–357. (2013a)

Lindsey, Charlotte, *Women facing war: ICRC Study on the impact of armed conflict on women*, CICR, Ginebra, 2001. Versión española: *Las mujeres ante la guerra*, disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p0798.htm>.

Müller, Amrei, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law: An Analysis of Health-Related Issues in Non-International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

## SECCIÓN J. PÁRRAFO 2: OFRECIMIENTO DE SERVICIOS POR PARTE DE UN ORGANISMO HUMANITARIO E IMPARCIAL COMO EL CICR

Barrat, Claudie, *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

Blondel, Jean-Luc, “L’assistance aux personnes protégées”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 69, n.º 767, octubre de 1987, págs. 471-489.

- “The meaning of the word ‘humanitarian’ in relation to the Fundamental Principles of the Red Cross and Red Crescent”, *International Review of the Red Cross*, vVol. 29, n.º 273, diciembre de 1989, págs. 507-515.
- “Genèse et évolution des Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 73, n.º 790, agosto de 1991, págs. 369-377.

Bouchet-Saulnier, Françoise, “Consent to humanitarian access: An obligation triggered by territorial control, not States’ rights”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.º 893, marzo de 2014, págs. 207-217.

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, CICR/Macmillan, Oxford, 2003, Libro II, parte dos. (2003a)

CICR, “ICRC Q&A and lexicon on humanitarian access”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.º 893, marzo de 2014, págs. 359-375.

- *The Fundamental Principles of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, CICR, Ginebra, agosto de 2015. Versión española: *Principios Fundamentales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, disponible en: <https://www.icrc.org/es/publication/los-principios-fundamentales-de-la-cruz-roja-y-de-la-media-luna-roja>.

CICR y Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *The Fundamental Principles of the International Red Cross and Red Crescent Movement: Ethics and Tools for Humanitarian Action*, CICR, noviembre de 2015.

Confederación Suiza, Departamento Federal de Relaciones Internacionales, *Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict: Practitioners' Manual*, 2014.

de Geouffre de La Pradelle, Paul, “Une conquête méthodique: le droit d’initiative humanitaire dans les rapports internationaux”, en Christophe Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1984, págs. 945-950.

Fast, Larissa, “Unpacking the principle of humanity: Tensions and implications”, *International Review of the Red Cross*, vol. 97, n.º 897/898, primavera/verano de 2015, págs. 111-131.

Forsythe, David P., “International Humanitarian Assistance: The Role of the Red Cross”, *Buffalo Journal of International Law*, vol. 3, n.º 2, 1996-1997, págs. 235-260.

Gentile, Pierre, “Humanitarian organizations involved in protection activities: a story of soul-searching and professionalization”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 884, diciembre de 2011, págs. 1165-1191. Versión española: “Organizaciones humanitarias que realizan actividades de protección: una historia de examen de conciencia y profesionalización”, disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review-2011/irrc-884-gentile.htm>.

Gillard, Emanuela-Chiara, “The law regulating cross-border relief operations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 95, n.º 890, junio de 2013, págs. 351-382.

Harroff-Tavel, Marion, “Neutrality and Impartiality – The importance of these principles for the International Red Cross and Red Crescent Movement and the difficulties involved in applying them”, *International Review of the Red Cross*, vol. 29, n.º 273, diciembre de 1989, págs. 536-552. Versión española: “Neutralidad e imparcialidad-De la importancia y la dificultad, para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, de guiarse por estos principios”, disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/revista-internacional-de-la-cruz-roja/article/neutralidad-e-imparcialidad-de-la-importancia-y-la-dificultad-para-el-movimiento-internacional-de-la-cruz-roja-y-de-la-media-luna-roja-de-guiarse-por-estos-principios/EFEDD81993B3E3A168CD3141A3D8487C>

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, disponible en: <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española: *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf).

Junod, Sylvie S., “Le mandat du CICR durant un conflit armé. Le mandat et les activités du Comité international de la Croix-Rouge”, *The Military Law and Law of War Review*, vol. 43, 2004, págs. 103-110.

Kalshoven, Frits, “Impartiality and Neutrality in Humanitarian Law and Practice”, *International Review of the Red Cross*, vol. 29, n.º 273, diciembre de 1989, págs. 516-535.

Kolb, Robert, “De l’assistance humanitaire: la résolution sur l’assistance humanitaire adoptée par l’Institut de droit international à sa session de Bruges en 2003”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n.º 856, diciembre de 2004, págs. 853-878.

Kuijt, Emilie Ellen, *Humanitarian Assistance and State Sovereignty in International Law: Towards a Comprehensive Framework*, Intersentia, Cambridge, 2015.

Labbé, Jérémie y Pascal Daudin, “Applying the humanitarian principles: Reflecting on the experience of the International Committee of the Red Cross”, *International Review of the Red Cross*, vol. 97, n.º 897/898, primavera/verano de 2015, págs. 183-210.

Lattanzi, Flavia, “Humanitarian Assistance”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 231-255.

Nishat, Nishat, “The Right of Initiative of the ICRC and Other Impartial Humanitarian Bodies”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 495-508.

*Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, por Akande Dapo y Emanuela-Chiara Gillard, encargado y publicado por la Oficina de la ONU de Coordinación de Asuntos Humanitarios, 2016.



Plattner, Denise, "Assistance to the civilian population: the development and present state of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, vol. 32, n.º 288, junio de 1992, págs. 249-263.

Ryngaert, Cédric, "Humanitarian Assistance and the Conundrum of Consent: A Legal Perspective", *Amsterdam Law Forum*, vol. 5, n.º 2, 2013, págs. 5-19.

Sandoz, Yves, "Le droit d'initiative du Comité international de la Croix-rouge", *German Yearbook of International Law*, vol. 22, 1979, págs. 352-373.

Schwendimann, Felix, "The legal framework of humanitarian access in armed conflict", *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 884, diciembre de 2011, págs. 993-1008.

Spieker, Heike, "Humanitarian Assistance, Access in Armed Conflict and Occupation", versión de marzo de 2013, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, <http://www.mpepil.com>.

Stoffels, Ruth Abril, "Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps", *International Review of the Red Cross*, vol. 86, n.º 855, septiembre de 2004, págs. 515-546.

Swinarski, Christophe, "La notion d'un organisme neutre et le droit international", en Christophe Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1984, págs. 819-835.

Toebes, Brigit, "Health and Humanitarian Assistance: Towards an Integrated Norm under International Law", *Tilburg Law Review*, vol. 18, n.º 2, 2013, págs. 133-151.

Vukas, Budislav, "Humanitarian Assistance in Cases of Emergency", versión de marzo de 2013, en Wolfrum Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, <http://www.mpepil.com>.

## SECCIÓN K. PÁRRAFO 3: ACUERDOS ESPECIALES

Aïvo, Gérard, “Le rôle des accords spéciaux dans la rationalisation des conflits armés non internationaux”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 27, n.º 1, 2014, págs. 1-30.

Bell, Christine, “Peace Agreements: Their Nature and Legal Status”, *American Journal of International Law*, vol. 100, n.º 2, 2006, págs. 373-412.

– *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*, Oxford University Press, 2008.

Cassese, Antonio, “The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 4, 2004, págs. 1130-1140.

CICR, *The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing IHL Violations*, por Daniel Muñoz-Rojas y Jean-Jacques Frésard, CICR, Ginebra, octubre de 2005.

– *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, CICR, Ginebra, febrero de 2008.

– “A collection of codes of conduct issued by armed groups”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 882, junio de 2011, págs. 483-501.

Corten, Olivier y Pierre Klein, “Are Agreements between States and Non-State Entities Rooted in the International Legal Order?”, en Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties: Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, págs. 3-24.

Ewumbue-Monono, Churchill, “Respect for international humanitarian law by armed non-state actors in Africa”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 864, diciembre de 2006, págs. 905-924.

Jakovljevic, Bosko, “Armed conflict in Yugoslavia: Agreements in the field of international humanitarian law and practice”, *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, vol. 5, n.º 3, 1992, págs. 108-111. (1992a)

- “The Agreement of May 22, 1992, on the Implementation of International Humanitarian Law in the Armed Conflict in Bosnia-Herzegovina”, *Jugoslovenska Revija za Medunarodno Pravo*, n.º 2-3, 1992, págs. 212-221. (1992b)

Ramelli Arteaga, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario y Estado de Beligerancia*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, págs. 45-53.

Roberts, Anthea y Sandesh Sivakumaran, “Lawmaking by Non-state Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law”, *The Yale Journal of International Law*, vol. 37, n.º 1, 2012, págs. 107-152.

Sassòli, Marco, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law”, *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n.º 1, 2010, págs. 5-51.

Sassòli, Marco, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, vol. I, tercera edición, CICR, Ginebra, 2011, págs. 1713-1717.

Sassòli, Marco y Marie-Louise, Tougas, “International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan”, *McGill Law Journal*, vol. 56, n.º 4, 2011, págs. 959-1010.

Siordet, Frédéric, “Les Conventions de Genève et la guerre civile (suite)”, *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, vol. 32, n.º 375, marzo de 1950, págs. 187-212.

Sivakumaran, Sandesh, “Lessons for the law of armed conflict from commitments of armed groups: identification of legitimate targets and prisoners of war”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 882, junio de 2011, págs. 463-482. Versión española: “Los compromisos asumidos por los grupos armados y su relación con el derecho de los conflictos armados: identificación de objetivos legítimos y prisioneros de guerra”, disponible en: <https://www.icrc.org/es/international-review/article/los-compromisos-asumidos-por-los-grupos-armados-y-su-relacion-con-el>.

- *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Van Steenberghe, Raphaël, “Théorie des sujets”, en Raphaël van Steenberghe (ed.), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international ?*, Bruylant, Bruselas, 2013, págs. 15-71.

Veuthey, Michel, “Learning from History: Accession to the Conventions, Special Agreements, and Unilateral Declarations”, en *Relevance of International Humanitarian Law to Non-State Actors*, actas del Coloquio de Brujas, 25-26 de octubre de 2002, Colegio de Europa/CICR, Collegium, n.º 27, primavera de 2003, págs. 139-151.

Vierucci, Luisa, “Special Agreements between Conflicting Parties in the Case-law of the ICTY”, en Bert Swart, Alexander Zahar y Göran Sluiter (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, págs. 401-433.

- “Applicability of the Conventions by Means of Ad Hoc Agreements”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 509-522.



## SECCIÓN L. PÁRRAFO 4: ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PARTES EN CONFLICTO

Fleck, Dieter, “The Law of Non-International Armed Conflict”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, págs. 581-610.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.



## SECCIÓN M. ASPECTOS PENALES Y CUMPLIMIENTO

Bellal, Annyssa y Stuart Casey-Maslen, “Enhancing Compliance with International Law by Armed Non-State Actors”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3, n.º 1, 2011, págs. 175-197.

Bílková, Veronika, “Belligerent reprisals in conflictos armados no internacionales”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, n.º 1, 2014, págs. 31-65.

Blewitt, Graham T., “The Necessity for Enforcement of International Humanitarian Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 89, 1995, págs. 298-300.

Bothe, Michael, Karl Josef Partsch y Waldemar A.Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982.

CICR, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, CICR, Ginebra, febrero de 2008.

- Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, *Preventing and repressing international crimes: Towards an ‘integrated’ approach based on domestic practice*, informe de la tercera reunión universal de Comisiones Nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario, preparado por Anne-Marie La Rosa, vols I-II, CICR, Ginebra, febrero de 2014.

De Hemptinne, Jérôme, “Prohibition of Reprisals”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 575-596.

Dinstein, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2014, págs. 173-199.

Draper, Gerald I.A.D., “The implementation and enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1978” (sic), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 164, 1979, págs. 1-54.



Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Versión española: *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf).

La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, 2008.

La Rosa, Anne-Marie y Carolin Wuerzner, “Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 870, junio de 2008, págs. 327-341.

Meron, Theodor, “International Criminalization of Internal Atrocities”, *American Journal of International Law*, vol. 89, n.º 3, 1995, págs. 554-577.

Milanovic, Marko y Vidan Hadzi-Vidanovic, “A taxonomy of armed conflict”, en Nigel D. White y Christian Henderson (eds.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Just post bellum*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, págs. 256-314.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Morris, Madeline H., “International Guidelines Against Impunity: Facilitating Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n.º 4, 1996, págs. 29-39.

Perna, Laura, *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

Pfanner, Toni, “Various mechanisms and approaches for implementing international humanitarian law and protecting and assisting war victims”, *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 874, junio de 2009, págs. 279-328.

Plattner, Denise, “The penal repression of violations of international humanitarian law applicable in non-international armed conflicts”, *International Review of the Red Cross*, vol. 30, n.º 278, octubre de 1990, págs. 409-420.

Sassòli, Marco, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n.º 1, 2010, págs. 5-51.

Sassòli, Marco, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, vol. I, tercera edición, CICR, Ginebra, 2011.




Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

- “The Addressees of common article 3”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, págs. 415-431.



## Misión

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia. El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales. Fundado en 1863, el CICR dio origen a los Convenios de Ginebra y al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyas actividades internacionales en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia dirige y coordina.

-  [facebook.com/ICRCespanol/](https://facebook.com/ICRCespanol/)
-  [twitter.com/CICR\\_es](https://twitter.com/CICR_es)
-  [instagram.com/cicr\\_americas/](https://instagram.com/cicr_americas/)

**Comité Internacional de la Cruz Roja**  
19, avenue de la Paix  
1202 Ginebra, Suiza  
T +41 22 734 60 01  
[shop.icrc.org](https://shop.icrc.org)  
© CICR, agosto de 2019

