

CAPÍTULO CUARTO

LA APLICACIÓN DEL DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO

I. INTRODUCCIÓN

Si bien uno de los conflictos más relevantes a los que se enfrenta el derecho internacional es su aplicación, dado que se trata de un sistema que deja a sus mismos sujetos la aplicación de las normas que ellos mismos crean, el caso del derecho humanitario internacional podría ser más complicado, porque se trata de un derecho que surge y se aplica en medio de una patología social, como es el de un conflicto armado, lo que implica lógicamente una ausencia de acuerdo de voluntades. Sin embargo, el derecho de Ginebra, es decir, las cuatro convenciones de 1949, así como sus dos protocolos de 1977, establece una estructura jurídica aplicable antes del conflicto armado (como medidas preventivas), como cuando este ya estalló.

Aquí el acento se debe poner en las medidas preventivas, es decir, de acuerdo con las convenciones de Ginebra y sus protocolos; los Estados, en tiempos de paz, deben hacer traducciones oficiales, aprobar leyes y reglamentos nacionales, difundir el derecho internacional humanitario e instruir a las fuerzas armadas sobre ese derecho; está probado, en términos generales, que los Estados no han hecho lo suficiente para cumplir con estas obligaciones. Sin embargo, el punto que planteamos aquí es precisamente la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, y en forma concreta la problemática que presentan los Estados, que desgraciadamente no se salvan del cuestionamiento de tener que aplicar el derecho humanitario internacional en virtud de la recurrencia del fenómeno de la rebelión, sobre todo en los últimos treinta años, a partir de la crisis del sistema político nacional, que ya se manifiesta claramente en, y a partir de 1968.

II. NORMAS DE RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Un principio fundamental y universal del derecho internacional (DI) es que todas las normas y obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe (*pacta sunt servanda*). Este principio ha sido reiterado por la jurisprudencia y un amplio número de normas internacionales de origen tanto convencional como consuetudinario, empezando por la Carta de Naciones Unidas, que en su preámbulo obliga a los Estados miembros “a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”. Recordemos que el artículo 2.2 contiene la misma norma tomada de la costumbre internacional,¹³⁶ y que también recogen la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados,¹³⁷ las convenciones de Viena de 1969¹³⁸ y 1986.

En materia de obligaciones internacionales no hay duda de que existe un cumplimiento espontáneo por parte de los sujetos de derecho internacional; esa es, en algunos casos, la postura de muchos de los sistemas internos de recepción de las normas del derecho de gentes. Sin embargo, en la situación de que no se cumpla voluntariamente, los mismos instrumentos jurídicos internacionales prevén sistemas de control internacional, como las comisiones mixtas, las inspecciones recíprocas y los órganos de control, que obligan al Estado (concretamente a sus órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y al individuo, en el caso del derecho humanitario internacional.

También hay que mencionar que para determinar el lugar que le toca a una norma del derecho internacional, y concretamente las normas convencionales, es necesario también examinar si esas normas son autoejecutivas (*self executing*) o no; es decir, si contienen normas concretas aplicables a los sujetos de derecho interno o bien si no son autoejecutivas, ya que requiera para su aplicación de los actos del Legislativo.

Otra cuestión importante que hay que analizar es si existe la “cláusula federal” (nos referimos a esa inserción en los tratados, que tiene el efecto de eximir al Estado de responsabilidad cuando, en virtud de su organiza-

¹³⁶ “Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.

¹³⁷ Res. 2625-XXV de la AG, del 24 de octubre de 1970.

¹³⁸ Artículo 26 de la Convención de Viena de 1969.

ción federal, es decir, de diferentes competencias, no está en condiciones de asegurar el cumplimiento del tratado internacional).

III. DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL

Sabemos que en las relaciones internacionales está prohibido el recurso a la fuerza como medio de solución de las controversias; esa disposición es parte del *jus cogens* internacional, y está contenida en la Carta de Naciones Unidas, concretamente en el artículo 2.4 de la Carta de San Francisco, que prohíbe el uso de la fuerza. Ahora bien, el derecho humanitario tiene naturaleza de carácter convencional, independientemente de que el derecho de gentes reconoce ciertos principios como normas consuetudinarias internacionales a través de la práctica de los Estados y las entidades no estatales. Cuando hablamos del derecho humanitario, hay que distinguir entre *jus ad bellum*, que se refiere a la autoridad para recurrir a la guerra; quién puede recurrir a la guerra; es decir, este derecho contesta a la pregunta ¿cuándo?; y el *jus in bello*, que se refiere a las reglas aplicables a un conflicto armado. Tradicionalmente este derecho trata de humanizar el conflicto armado; en consecuencia, se refiere a las reglas de conducción de la guerra; cuáles son los derechos y obligaciones de los combatientes, e inclusive el derecho humanitario internacional se refiere a la protección de los no combatientes, ya que trata de subordinar los intereses de la población civil con los fines militares.

Precisamente en 1949 se aprobaron los cuatro convenios de Ginebra, que vienen a ser la codificación completa del derecho internacional humanitario en vigor. El primer convenio reglamenta la protección de los heridos y de los enfermos en caso de conflicto armado internacional en tierra; el segundo tiene como finalidad la protección de los heridos, los enfermos y los náufragos en caso de conflicto internacional en el mar; por el tercero se rige el trato y el estatuto debidos a los prisioneros de guerra, y en el cuarto se protege a las personas civiles en los territorios ocupados y a los extranjeros en el territorio del Estado beligerante. Más adelante, concretamente en 1974, por iniciativa del CICR, el gobierno suizo convocó una conferencia diplomática de la cual surgieron dos protocolos adicionales a las Convenciones de 1949: los protocolos I y II, que fueron aprobados en 1977. El Protocolo I completa y desarrolla las disposiciones de los convenios de Ginebra aplicables en caso de conflicto armado

internacional; el Protocolo II desarrolla y completa, de conformidad con el artículo 3o. común a los convenios de Ginebra, las reglas aplicables en caso de conflicto armado no internacional.¹³⁹

IV. OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DEL DERECHO HUMANITARIO Y SUS CONSECUENCIAS

Independientemente del principio *pacta sunt servanda*, el artículo 1o., común a los cuatro convenios, es elocuente, al establecer que “las altas partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas circunstancias”. Esta disposición convierte a todas las partes al mismo tiempo en responsables y garantes de su cumplimiento. Además, cuando se expresa “en todas circunstancias”, lo que están haciendo las convenciones es resaltar su carácter general e imperativo, no importa que la guerra sea justa o injusta; es decir, el cumplimiento de las convenciones no está sujeto a la reciprocidad.

Esta misma idea está contenida en el artículo 2o., que expresa que “Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias altas partes contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”.

Nuevamente, hay que resaltar que el concepto de reciprocidad no es aplicable, en este caso. El grado de obligatoriedad del derecho de Ginebra es tal, que a pesar de que se permite a los Estados miembros a la denuncia, en caso de conflicto armado esta no es procedente “mientras no se haya concertado la paz”.¹⁴⁰

Esta disposición es congruente con lo que dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 60, que prevé la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación cuando haya una violación grave de un tratado bilateral, o de un tratado multilateral, en cuyo caso habrá una suspensión del tratado, pero el mismo artículo 60 establece:

¹³⁹ Swinarski, Christopher, *Introducción al derecho internacional humanitario*, San José de Costa Rica, Ginebra, CICR, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, pp. 12 y 13.

¹⁴⁰ Artículo 63 del 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.

Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación...

5. Lo previsto en los párrafos 1 y 3 no se aplicará a las disposiciones relativas 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.

Es decir, por lo que respecta a los tratados, como es el caso de las cuatro convenciones de Ginebra y sus protocolos, no procede la terminación o suspensión, lo que es comprensible, pues se trata de asuntos que se refieren a la protección de derechos de los seres humanos, con lo cual, de alguna manera, se les concede una jerarquía superior a este tipo de tratados.

Ahora bien, el Protocolo 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), adoptado en 1975, ratificado por México el 10 de marzo de 1983,¹⁴¹ en su artículo 80 señala la obligación de las partes contratantes y de las partes en conflicto, de adoptar “sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de los convenios y del presente Protocolo”.

Además, “las altas partes contratantes y las partes en conflicto darán las órdenes e instrucciones oportunas para garantizar el respeto de los convenios y del presente Protocolo y velarán por su aplicación”.

Cuando el Protocolo I se refiere a “las medidas necesarias” se entendería desde las medidas de carácter legislativo hasta las medidas de carácter administrativo, y no solo eso, sino que se está hablando aquí de “velar por su aplicación”, es decir, no es suficiente con legislar, sino que es necesario también estar pendiente de la aplicación del derecho, lo que sería obvio, pero en el tratado se le da un énfasis al cumplimiento de la normativa.

V. DIVULGACIÓN

Los negociadores de las cuatro convenciones de Ginebra le dan mucha importancia a la difusión y enseñanza de la normativa aplicable; es por eso que establece el compromiso de difusión y de incorporación en los programas de instrucción militar y de fomento de estudio por parte de la población civil de los cuatro convenios y del Protocolo I. Este compromiso se

¹⁴¹ *Diario Oficial de la Federación* del 10 de marzo de 1983.

debe hacer efectivo tanto “en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado”.¹⁴² Esa preocupación de la divulgación ha sido histórica. El artículo 27 de la Convención de Ginebra de 1929 establecía: “The High contracting parties shall take the necessary steps to instruct their troops, and in particular the personnel protected, in the provisions of the present Convention, and to bring them to the notice of the civil population”.¹⁴³

Como dijimos anteriormente, una disposición similar se incluyó en el artículo 47 de la primera Convención de 1949, que establece:

La altas partes contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, el texto del presente convenio en el país respectivo, y especialmente a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar y, si es posible, civil de modo que sus principios sean conocidos por el conjunto de la población, especialmente por las fuerzas armadas combatientes, por el personal sanitario y por los capellanes.

Esta disposición es todavía incompleta, ya que, por supuesto, el acento está puesto en la difusión de las normas de guerra entre la población militar; sin embargo, no es ocioso que la población civil también la conozca, ya que en caso de conflicto armado es una de las más afectadas, y recordemos que las convenciones de Ginebra destinan una amplia protección. Entonces, ¿por qué escatimar la divulgación entre la población civil?

También se puede criticar la expresión “si es posible”, ya que no es muy afortunada, puesto que da una salida a los gobiernos perezosos o que no les importe el derecho humanitario internacional (de los que hay muchos, dicho sea de paso).

VI. LOS MANUALES MILITARES

Los miembros de las fuerzas armadas son los más directos participantes en un conflicto armado; los soldados son los que realizan las más serias violaciones del derecho internacional; es por eso que hay una obligación

¹⁴² Artículo 83 del Protocolo 1 y además, semejantes disposiciones encontramos en los artículos 47 y 48 de las convenciones de Ginebra.

¹⁴³ Kwakwa, Edward, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht, Boston, London, Kluwer Academic Publishers, p. 174.

para los Estados en conflicto de poseer en el ámbito interno leyes y reglamentos por lo menos del Protocolo I. El artículo 84 del Protocolo I provee “Leyes de aplicación. Las partes contratantes se comunicarán, lo más posible, por mediación del depositario y, en su caso, por mediación de las potencias protectoras, sus traducciones oficiales del presente protocolo, así como las leyes y reglamentos que adopten para garantizar su aplicación”.

Sin embargo, la práctica es desafortunada, ya que muy pocos gobiernos tienen manuales militares. La importancia es grande, pues algunos de estos manuales son una de las más importantes fuentes de evidencia de la costumbre internacional.¹⁴⁴

VII. CONTROL DEL CUMPLIMIENTO

El tema del control del cumplimiento está íntimamente ligado con el problema de Estado de derecho. Concepto que es común en el derecho interno nacional, que se expresa a su vez en el concepto *rule of law* del derecho anglosajón o bien en el concepto *rechtsstaat* del derecho alemán, y que a su vez implica tres características importantes: el predominio del derecho regular frente a la influencia del poder arbitrario; la igualdad ante la ley o la sujeción del derecho de la tierra, administrado por las cortes ordinarias, y la existencia de una Constitución.¹⁴⁵ El Estado de derecho es un principio incontrovertido en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados, y en algunos es un punto de referencia, una meta a alcanzar. En cambio, el derecho internacional, como sabemos, es un sistema jurídico específico, en donde la autoridad central, que podría ser la arbitraria en derecho interno, no existe en asuntos exteriores. El concepto de Estado de derecho implica la integridad y certeza del derecho, la igualdad de los sujetos del derecho internacional, la proscripción de la arbitrariedad y la aplicación efectiva del mismo DI.

Ahora bien, en derecho convencional internacional es común encontrar mecanismos de aplicación, como las encuestas, la investigación y las inspecciones *in situ*, y como complemento de la aplicación de medidas preventivas se encuentran los mecanismos por los que se tratan casos de violaciones; por ejemplo, los procedimientos de denuncia, que Estados o individuos pue-

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ Watts, Arthur, “El *rule of law* internacional”, en Thesing, Josef, *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, 1999, p. 352.

den intentar. Por lo que respecta a los convenios de Ginebra de 1949 y a los protocolos adicionales de 1977, no se estipula que haya sistema alguno de comunicación de informes por el que se evalúen las medidas tomadas en tiempo de paz por un Estado parte a fin de hacer aplicar el derecho humanitario. Como veremos más adelante, las obligaciones de los Estados partes se estipulan claramente en los convenios y en los protocolos.¹⁴⁶

VIII. AUTOCONTROL Y HETEROCONTROL

El control del cumplimiento del derecho de Ginebra por las otras partes del tratado se realiza por las mismas convenciones de Ginebra. Las cuatro convenciones poseen un sistema de autocontrol que está expresado en el artículo 87.1 y 3 del Protocolo I, en donde se le da a los comandantes de las fuerzas armadas una gran responsabilidad; son un pilar del sistema de control, ya que deberán impedir que las fuerzas que están bajo sus órdenes, y las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, realicen infracciones de los cuatro convenios y del Protocolo I, y en dado caso, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.¹⁴⁷ Aunque el artículo 87 no establece ninguna sanción para los comandantes que no cumplan con su deber de supervisión y de represión contra los infractores de las disposiciones de las convenciones de Ginebra y el Protocolo I, se infiere que toca a la legislación interna de cada Estado establecer las sanciones en que incurre quien viole estas disposiciones.¹⁴⁸

Además, el artículo 7o. del Protocolo I establece la posibilidad (no es una obligación) de realizar reuniones entre las altas partes contratantes para “estudiar los problemas generales relativos a la aplicación de los convenios y del Protocolo”. Esto independientemente de lo que dispone el artículo 80 del Protocolo I, que establece la obligación para las altas partes contratantes de adoptar “sin demora todas las medidas necesarias para

¹⁴⁶ Kornblum, Elisabeth, “Estudio comparado de diferentes sistemas de comunicar informes de autoevaluación acerca del cumplimiento, por los Estados, de sus obligaciones internacionales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, núm. 127, 1995, p. 47.

¹⁴⁷ Artículo 87 del Protocolo I.

¹⁴⁸ Simplemente, recordemos que el artículo 80 del Protocolo contiene la obligación para las partes contratantes y las partes en conflicto de adoptar “sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de los convenios y del presente Protocolo”.

cumplir las obligaciones que les incumbe en virtud de los Convenios y del presente Protocolo”.¹⁴⁹

Dentro de esta misma categoría de autocontrol encontramos la obligación para las partes, de proveer, tanto en tiempo de paz como de guerra, a los comandantes militares de asesores jurídicos para la aplicación de los convenios y del mismo Protocolo I.¹⁵⁰

Este sistema de autocontrol se complementa con medios de heterocontrol, que se refieren a la obligación que tienen las partes de cooperar en la asistencia judicial en materia penal para juzgar a los violadores del derecho humanitario. Esta cooperación incluye la materia de extradición.¹⁵¹ Dentro de los medios de heterocontrol están los que se señalan en el artículo 89 del Protocolo I, que se refieren a la “Cooperación. En situaciones de violaciones graves de los Convenios del presente Protocolo, las altas partes contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Esta disposición es sumamente vaga, y por tanto peligrosa. En principio, no se aclara qué se entiende por “violaciones graves”; además, eso da a entender que hay violaciones no graves que no merecen la intervención de la ONU. También no se aclara el “cómo”. Es tan amplio el concepto de “conformidad con la Carta de Naciones Unidas”, que lo mismo puede ser de conformidad con el capítulo VI, que se refiere a los medios de solución pacífica de controversias, como los que se refieren al capítulo VII, que incluye las medidas sancionatorias y coercitivas que el Consejo de Seguridad de la ONU puede dictar, por la vía de recomendaciones. Esta vaguedad es peligrosa, porque en determinado momento puede dar cabida a esta figura polémica como la intervención por motivos humanitarios, que no es nada popular, sobre todo en los países que no son potencias militares.

IX. LAS POTENCIAS PROTECTORAS Y SUS SUSTITUTOS

El sistema de potencias protectoras que reconocen las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 consiste en su más simple manifestación¹⁵² en la

¹⁴⁹ *Ibidem*, artículo 80-1.

¹⁵⁰ *Ibidem*, artículo 82.

¹⁵¹ *Ibidem*, artículo 88.

¹⁵² Sobre esto véase Kwakwa, Edward, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, cit., nota 143, pp. 163-166.

existencia de un tercer Estado neutral (que será la potencia protectora) y que está autorizado, por uno de los beligerantes en un conflicto, para la protección tanto de sus intereses como de los de sus nacionales, en el otro Estado beligerante con el cual, es obvio, no mantiene relaciones normales. La obligación de la potencia protectora, entre otras, es verificar que la otra parte del conflicto respete las leyes de guerra. Algunas veces ambas partes beligerantes pueden designar a la misma potencia protectora.

El sistema de potencia protectora fue introducido en la guerra entre Francia y Prusia en 1870-1871. En el ámbito convencional, por primera vez se estableció en la Convención de Ginebra de 1929 con la Convención de Tratamiento de Prisioneros de Guerra. A pesar de que estas provisiones fueron ampliamente aplicadas en la Segunda Guerra Mundial, ellas probaron que son inadecuadas en ciertos aspectos importantes; por ejemplo, respecto de la “posibilidad de colaboración entre las potencias protectoras”, expresión que se interpretaba como un mero supuesto sin obligatoriedad alguna. La Convención de 1929 estructuraba el sistema de potencias protectoras como más voluntario que obligatorio.

En el proyecto de las convenciones de 1949 se realizaron intentos para remediar las fallas. Precisamente, los artículos 8o. común a las tres convenciones de Ginebra y 9o. de la cuarta Convención de Ginebra, establecen que

El presente convenio será aplicado con el concurso y bajo el control de las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las partes contendientes. A tal efecto, las potencias protectoras podrán designar, aparte de su personal diplomático o consular, delegados entre sus propios súbditos o entre los de otras potencias neutrales. Estos delegados deberán quedar sometidos a la aprobación de la potencia cerca de la cual han de ejercer su misión.

Las partes contendientes facilitarán, en la mayor medida posible, la tarea de los representantes o delegados de las potencias protectoras.

Los representantes o delegados de las potencias protectoras no deberán rebasar, en ningún caso, los límites de su misión, tal cual ésta resulta del presente Convenio; habrán de tener especialmente en cuenta las necesidades imperiosas de seguridad del Estado donde ejercen sus funciones. Sólo exigencias militares imperiosas pueden autorizar, a título excepcional y transitorio, una restricción de su actividad.

Como se desprende de la transcripción anterior, las convenciones de Ginebra de 1949 hicieron obligatorio el sistema de potencias protectoras. La única reserva incluida fue el requisito de que los delegados de las potencias protectoras “deberán quedar sometidos a la aprobación de la potencia cerca de la cual han de ejercer su misión”, y también que “los representantes o delegados de las potencias protectoras no deberán rebasar, en ningún caso, los límites de su misión...”.

Por último, hay que observar que el sistema de potencia protectora no será fácil de aplicar a los conflictos que se refieren a las guerras de liberación, ya que los movimientos de liberación nacional se benefician de las convenciones y protocolos solamente si hacen una declaración unilateral bajo el artículo 96 (3) del Protocolo I. Sin embargo, tales declaraciones solo son efectivas si son aceptadas y reconocidas por el adversario.¹⁵³

X. EL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR O COMITÉ)

El CICR tiene como objetivo fundamental la protección y asistencia de las víctimas de los conflictos armados. Su finalidad es preservar los objetivos del derecho humanitario internacional. Desde su establecimiento en 1863, el Comité se ocupa de las necesidades inmediatas de las víctimas de la guerra y otros desastres. Sin embargo, una condición *sine qua non* para la realización efectiva de este propósito es la supervisión del cumplimiento del derecho humanitario internacional. La relación entre las necesidades de las víctimas de la guerra y el cumplimiento del derecho internacional humanitario es obvia e innegable, ya que el respeto del derecho de los conflictos armados es un aspecto necesario de la protección y asistencia.

Las bases legales de la intervención en los conflictos armados del Comité se encuentran en las convenciones de Ginebra y los protocolos adicionales de 1977. Por ejemplo, en los artículos 126 de la Tercera Convención (los delegados del Comité se benefician de las mismas prerrogativas de las “Potencias Protectoras”); 143 de la Cuarta Convención (en relación con el artículo 126) y 81 del Protocolo I (Las partes en conflicto darán al Comité “todas las facilidades que esté en su poder otorgar para que pueda desempeñar las tareas humanitarias que se le atribuyen en los convenios”).

¹⁵³ *Ibidem*, p. 166.

También el Comité tiene la competencia de extender sus actividades a varios conflictos armados, incluyendo aquellos que se refieren a los movimientos de liberación nacional y los grupos guerrilleros. En cumplimiento de sus funciones, el Comité actuó como un intermediario natural en diferentes ocasiones en el Conflicto Irán-Irak.¹⁵⁴ También, hay antecedentes de que el Comité ha influenciado a los Estados para que cumplan con sus obligaciones de acuerdo con el derecho humanitario; por ejemplo, los Estados Unidos pudieron haberse influenciado o decidido a tratar a Manuel Noriega como un prisionero de guerra en su captura, ya que el CICR le envió un mensaje al gobierno de ese país y al de Panamá recordándoles a las partes, de sus obligaciones conforme el derecho de guerra.¹⁵⁵

Otras de las funciones que tiene el CICR son las de divulgación del derecho humanitario, y actuar como sustituto de las potencias protectoras, de conformidad con el Protocolo I, artículo 5o.-4. Independientemente de las facultades que las cuatro convenciones de Ginebra y sus dos protocolos le conceden al CICR, este tiene poder de iniciativa de acuerdo con los artículos 9o. y 10 de los convenios, en los que se establece esta facultad de iniciativa a favor del Comité

Las disposiciones del presente Convenio no constituyen obstáculo a las actividades humanitarias que el Comité Internacional de la Cruz Roja, así como cualquier otro organismo humanitario imparcial, emprenda para la protección de heridos y enfermos, o de miembros del personal sanitario y religioso, y para aportarles auxilios, mediante el consentimiento de las partes contendientes interesadas.

Por otra parte, el CICR ha sido muy activo a escala nacional; por ejemplo, ha recogido información acerca de las medidas nacionales aprobadas para reprimir las violaciones del derecho humanitario, acerca del empleo y la protección del emblema de la Cruz Roja y durante la Conferencia Diplomática de 1974-1977(al término de la cual se aprobaron los protocolos adicionales), el CICR redactó el artículo 83 del Protocolo I, acerca de la difusión, a fin de incluir una obligación de comunicar informes, cada cuatro años, relativos a las medidas tomadas por lo que respecta a la difusión del

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 168.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 171.

derecho internacional humanitario. Desgraciadamente, los Estados no aceptaron esta propuesta.¹⁵⁶

XI. ARTÍCULO TERCERO COMÚN A LAS CONVENCIONES DE GINEBRA

El artículo tercero común de las convenciones de Ginebra es de gran importancia en el sistema de protección del derecho humanitario internacional. La redacción del artículo 3o. en sus orígenes estuvo rodeada de una intensa polémica en la que se distinguían dos posturas, las cuales se manifestaron a partir del texto original presentado ante la Conferencia Diplomática de 1949, que establecía:

In all case of armed conflict not of international character which may occur in the territory of one or more of the high contracting parties, each of the parties to the conflict shall be bound to implement the provisions of present convention, subject to the adverse party likewise acting in adherence thereto. The convention shall be applicable in those circumstances, whatever the legal status of the parties to the conflict and without prejudice thereto.¹⁵⁷

De acuerdo con este proyecto, las disposiciones de las convenciones de Ginebra se aplicarían a los conflictos internos que no tuvieran un carácter internacional. En este sentido, los Estados miembros de las convenciones se obligarían a cumplirlo, siempre y cuando la parte contraria también haga lo mismo.¹⁵⁸ Además, se manifiesta que se aplicará la Convención independientemente del estatus legal de las partes en conflicto.

Este artículo provocó una diferencia de posturas alrededor de los conceptos de soberanía estatal y el humanitarismo. La primera postura se opuso al artículo por considerarlo amplio, y no protegía al Estado en favor de los derechos individuales. La amplitud tenía que ver con la definición de lo que eran los conflictos internos, lo cual podría caer en un exceso de protec-

¹⁵⁶ Kornblum, Elisabeth, *op. cit.*, nota 146, p. 47.

¹⁵⁷ Moir Linsay, "The Historical Development of the Application of Humanitarian Law in Non-International Armed Conflict to 1949", *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 47, abril, 1998, p. 355, parte 2.

¹⁵⁸ "Subject to the Adverse Party Likewise Acting Inadherence Thereto".

ción. En cambio otra postura, si bien consideraba que el proyecto podía mejorar, veía como una de sus virtudes, precisamente la amplitud de su cobertura, ya que podría proteger a “patriotas” que luchan por su independencia y dignidad aunque a nivel interno sean considerados como “bandidos”.¹⁵⁹

Después de un trabajo intenso alrededor de esta propuesta, se aceptó la fórmula actual del artículo 3o.; aunque con la plena conciencia de que lo dispuesto en él no satisfacía a todos, pero era un adelanto, a pesar de su modestia:

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.

2) 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 regularmente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

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

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

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 356.

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

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

Este artículo tercero común es tomado por la doctrina como un mini convenio, y con el transcurso del tiempo se consideró insuficiente para la fenomenología internacional. Concretamente, era y es evidente la tendencia de algunos gobiernos a tratar a quienes se alzan en armas por motivos revolucionarios o bien con motivo de lucha por la independencia, como criminales, y por tal razón se les negaba y se les niega la protección que el artículo tercero garantiza.

Un aspecto muy trascendente es el relativo a la naturaleza jurídica de las disposiciones contenidas en el artículo tercero común. Indudablemente, dada su procedencia, tiene una naturaleza jurídica convencional, y en consecuencia es obligatoria solo para los Estados que aceptaron las convenciones. Sin embargo, ¿qué pasa con los Estados no miembros de las convenciones? Aquí, la cuestión es saber si esas disposiciones contenidas en el artículo tercero común tienen naturaleza consuetudinaria. César Moyano Bonilla considera que sí tienen naturaleza convencional y da cinco razones, algunas no muy convincentes, pero es suficiente una para coincidir con él en el carácter consuetudinario.

En efecto, Moyano, en primer lugar, considera que el artículo tercero común fue un “intento de los Estados partes para regular internacionalmente el conflicto armado sin carácter internacional”. En segundo lugar, que “los Estados han aceptado esta norma que se repite en los cuatro Convenios de Ginebra, pues éstos han sido ratificados por más de 140 gobiernos”. Tercero, “ningún Estado al ratificar los Convenios de Ginebra formuló reservas al artículo 3o.”. En cuarto lugar,

...las normas contenidas en el artículo tercero común, son consideradas por los Estados como disposiciones humanitarias esenciales y obligatorias que garantizan un trato humano fundamental a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacionales, como se advierte en los comentarios que a los proyectos de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, hicieron los expertos gubernamentales en la conferencia que convocó el CICR tanto en 1971 como en 1972.

Y por último, las normas del derecho humanitario son principios respetados por sí mismos.¹⁶⁰

De las cinco razones expuestas por Moyano, si las tomamos en su conjunto, sí podemos considerar que reúnen los requisitos para hablar de que el artículo tercero común es una norma jurídica convencional que está reconocida por la comunidad como una norma jurídicamente obligatoria. De ahí que lo que se hace con el Protocolo II es ni más ni menos que reafirmar, desarrollar y completar la norma consuetudinaria contenida en el artículo tercero común, como el mismo Protocolo la expresa en su artículo 1o. Esto trae por consecuencia que la regulación de los conflictos armados sin carácter internacional tenga una doble protección, por medio del artículo tercero común, que tiene un mayor alcance en virtud de su carácter consuetudinario y por medio del Protocolo II. También hay que aclarar que ambos cuerpos normativos tienen independencia uno del otro, “sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1o. del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, dice el artículo 1o. del Protocolo II.

XII. SITUACIÓN MEXICANA

La situación de las convenciones de Ginebra en México es todavía imperfecta, pues a pesar de que fueron ratificadas las cuatro convenciones de Ginebra de 1949¹⁶¹ el 29 de octubre de 1952 y entraron en vigor el 29 de abril de 1953,¹⁶² lo mismo que el Protocolo 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) de 1977,¹⁶³ nuestro país no se ha adherido al Protocolo adicional a los convenios de Ginebra

¹⁶⁰ Moyano Bonilla, César, “El derecho humanitario y su aplicación a los conflictos armados”, *Universitas*, pp. 190 y 191.

¹⁶¹ El Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; el Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; el Convenio de Ginebra Relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra y el Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra.

¹⁶² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 23 de junio de 1953.

¹⁶³ Ratificado el 10 de marzo de 1983, y que entró en vigor para México el 10 de septiembre de 1983.

del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

Las convenciones de Ginebra y el Protocolo I son parte del sistema jurídico mexicano en los aspectos que sean autoaplicables; es decir, serán autoaplicables todas las disposiciones de estos tratados que establezcan un derecho u obligación a los individuos.

En principio, podemos observar que la legislación mexicana en materia militar no cumple con las exigencias de las convenciones de Ginebra. Es bastante pobre, si juzgamos por el Código de Justicia Militar (CJM), que data de 1932 (publicado el 13 de enero de 1932).¹⁶⁴ En su capítulo III, referente a los “Delitos contra el derecho de gentes”, se castiga con penas muy grandes; es decir, con la máxima pena; encontramos pocas referencias o equivalentes a las obligaciones que contrae el Estado mexicano por su participación en las convenciones de Ginebra y el Protocolo I.¹⁶⁵

El CJM se refiere a:

- Los delitos contra la seguridad exterior de la nación capítulo: traición a la patria.
- Delitos contra la seguridad exterior de la nación, espionaje;
- Delitos contra el derecho de gentes.
- Violación de neutralidad o de inmunidad diplomática.

De los ocho artículos (208-215) con que cuenta este Código, el 215 es el que más se acerca a las exigencias de las convenciones: “Será castigado con cinco años de prisión al que sin estar autorizado exija el pago de alguna contribución de guerra, o servicios personales, haga requisición de víveres, o elementos de transporte, tome rehenes o ejecute cualquiera otra clase de vejaciones en la población civil de país enemigo”.

Es evidente tanto la levedad de la pena como la vaguedad de sus conceptos, como cuando habla de “otra clase de vejaciones”. Además, se refiere a conflictos con otros Estados cuando se habla de “país enemigo”.

El Código Penal Federal (CPF) vigente en nuestro país, en su título segundo, se refiere a los delitos contra el derecho internacional, en su primer

¹⁶⁴ Código de Justicia Militar en dos tomos, publicado por el Taller Autográfico de la Secretaría de la Defensa Nacional, en febrero de 1993.

¹⁶⁵ En el entendido de que el CJM tiene una fecha de promulgación anterior a la de las convenciones de Ginebra y, por supuesto, de sus protocolos.

capítulo, y en él se trata de los delitos de piratería (se describe el tipo),¹⁶⁶ de la violación de inmunidad y de neutralidad.¹⁶⁷

En su título tercero toca los delitos contra la humanidad, violaciones de los deberes de humanidad, al genocidio.

El artículo 149 del CPF expresamente establece que “Al que violare los deberes de humanidad en los prisioneros y rehenes de guerra en los heridos o en los hospitales de sangre, se le aplicará por ese solo hecho: prisión de tres a seis años, salvo lo dispuesto para los casos especiales, en las leyes militares”.

La formulación de este artículo es bastante defectuosa, ya que no se explica qué se entiende por “los deberes de humanidad”. Se podría entender, cuando se emplea esta frase, que se está refiriendo a los deberes contenidos en las convenciones de Ginebra, lo cual sería bastante congruente, ya que, referimos anteriormente que estas convenciones ya forman parte del sistema jurídico mexicano, si no fuera porque en materia penal

¹⁶⁶ “Artículo 146. Serán considerados piratas:

I. Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo;

II. Los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata, y

III. Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, hagan el corso sin carta de marca o patente de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes, o con patente de uno de ellos, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Estas disposiciones deberán lo conducente a las aeronaves.

Artículo 147. Se impondrán de quince a treinta años de prisión y decomiso de la nave, a los que pertenezcan a una tripulación pirata.

¹⁶⁷ Artículo 148. Se aplicará prisión de tres días a dos años y multa de cien a dos mil pesos, por:

I. La violación de cualquiera inmunidad diplomática, real o personal, de un soberano extranjero, o del representante de otra nación, sea que residan en la República o que estén de paso en ella;

II. La violación de los deberes de neutralidad que corresponden a la nación mexicana, cuando se haga conscientemente;

III. La violación de la inmunidad de un parlamentario, o la que da un salvoconducto, y

IV. Todo ataque o violencia de cualquier género a los escudos, emblemas o pabellones de una potencia amiga.

En el caso de la fracción III, y si las circunstancias lo ameritan, los jueces podrán imponer hasta seis años de prisión”.

predomina el principio *nullum crimen sine lege*; es decir, la aplicación estricta de la ley, lo que hace muy endeble la legalidad de esta disposición, aunque hay que tener en consideración la aplicación de los tipos penales vía derecho consuetudinario, a lo que nos referimos en otro lugar de este libro. Por otra parte, tampoco este artículo es congruente con la gravedad de los delitos, ya que la pena apenas alcanza la media aritmética de tres años, y remite a las leyes militares a una posibilidad de aumento de la penalidad. Sin embargo, hay que rescatar esta situación, ya que es un avance que la legislación esté previendo una situación como esta, aunque sea en forma defectuosa.

Más adelante, el artículo 149 bis del CPF expresa:

Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo. Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos. Si con idéntico propósito se llevaran a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de dieciséis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

En caso de que los responsables de dichos delitos fueren gobernantes, funcionarios o empleados públicos y las cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación.

Es perceptible que el concepto de delito de genocidio que da el CPF está de acuerdo, y más aún, mejora el contenido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de la cual México es parte.¹⁶⁸ En este caso, la sanción que se impone al que cometa el delito de genocidio (de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte

¹⁶⁸ Fue ratificada por nuestro país el 22 de julio de 1952 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de octubre de 1952.

mil pesos), en principio es lo bastante amplia y adecuada al tipo de delito de que se trata, aunque el desarrollo del derecho ha hecho que se considere imprescriptible este tipo de delitos.

Por otra parte, también se prevé una sanción menor (de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos) cuando con idéntico propósito se llevaran a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de las comunidades o se trasladen de ellas a otros grupos menores de dieciséis años, empleando para ello la violencia física o moral.

También se prevé una sanción a quien con el mismo propósito de genocidio someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

Es también destacable que el hecho de que esos delitos se pudieran perpetrar por los funcionarios en ejercicio de sus funciones no los exime de las sanciones antes mencionadas; al contrario, además de las sanciones que hemos visto, se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación.

XIII. MÉXICO RATIFICA EL ESTATUTO DE ROMA QUE CREA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, DESPUÉS DE REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

Si bien la firma del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (CPI) fue un acto postrero del gobierno de Ernesto Zedillo (México firmó el Estatuto de la Corte Penal el 7 de septiembre de 2000), la aprobación por parte del Senado y después su ratificación fue resultado de un proceso que se inició en 2001, y se caracterizó por un ambiente polémico.¹⁶⁹ El meollo del asunto consistía en adecuar el Estatuto al sistema jurídico interno, que según los constitucionalistas no cabía en el marco jurídico constitucional. Finalmente, después del análisis de varios proyectos, e inclusive de varios modelos de recepción del Estatuto en derecho comparado, el le-

¹⁶⁹ González Gálvez, Sergio, *La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales en caso de conflicto armado y la injerencia con fines humanitarios. Tres temas básicos del derecho internacional humanitario*, México, Secretaría de la Defensa Nacional, 2000; García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002; Guevara B., José Antonio y Valdés Riverol, Mariana (comps.), *La Corte Penal Internacional*, México, Universidad Iberoamericana, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2002.

gislativo se inclinó por la siguiente fórmula de agregar al artículo 21 de la Constitución, que se refiere a la competencia sobre la imposición de penas, un párrafo en el que se estipula que “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”.¹⁷⁰

La postura mexicana es bastante anodina desde la perspectiva del derecho internacional. Según se puede leer, la reforma constitucional no es un reconocimiento llano de la jurisdicción de la Corte; lo que hace es reservar la aplicación del Estatuto a la aprobación del Senado “en cada caso” concreto; lo que trae por consecuencia una serie de interrogantes: ¿por qué el Senado puede decidir sobre la procedencia de la competencia de la CPI?, ¿cuáles son los parámetros que tendrá el Senado para decidir si procede o no? En tal caso, ¿el Senado tendrá un sistema para escuchar a los perjudicados por su decisión, como sucede normalmente en los procedimientos judiciales?

Precisamente, por ser una disposición atípica, los cuestionamientos se producen, sin que a simple vista tengan una respuesta inmediata. Pero desde la perspectiva de derecho internacional podemos calificar a la posición mexicana de una reserva encubierta que no se permite por el derecho internacional, ni mucho menos desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

XIV. ¿LA POSTURA DE MÉXICO CONSTITUYE UNA RESERVA?

En principio, podemos ver que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que se entiende por *reserva* “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de *excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado*”.¹⁷¹

¿Qué está haciendo la disposición de la Constitución?, ni más ni menos que modificar los efectos del Estatuto; sus artículos 12 y 13 establecen el ejercicio de la competencia por parte de la Corte, pero con el artículo 21 de la Constitución esa competencia no se podrá ejercer. Si llegamos a la conclusión que esa es una reserva, digamos encubierta. El siguiente punto a re-

¹⁷⁰ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 2005.

¹⁷¹ Artículo 2o. de la Convención de Viena de 1969.

solver es si esa es una reserva válida. Al respecto, podemos ver que el Estatuto de Roma, en su preámbulo, establece lo que se puede considerar su objeto “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

La reserva es bastante amplia, lo que la hace incierta y está rechazada en la práctica de los Estados, como señala Salgado Pesantes:

En materia de derechos humanos es esencial que las reservas guarden compatibilidad con el objeto y el fin del tratado. No es una condición de carácter formal como aquellas otras que constan, ya sea en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos o en la misma Convención sobre el Derecho de los Tratados. Es una condición relacionada con el fondo, la cual permitirá efectuar un control y no meramente formal, como bien señalan las nuevas tendencias.¹⁷²

En suma, con el artículo 21 constitucional reformado, el Estado mexicano se reserva el derecho de someter un caso ante la Corte, ya que depende de la decisión del Senado, que actúa sin parámetros claros, lo que hace tal facultad incierta. El Estatuto de Roma no permite la reserva; sin embargo, técnicamente esa sería una reserva, y en caso de que el Senado se negara a someter a la Corte Penal Internacional, iría en contra del objeto de tratado, amén de que podría estar prohijando la impunidad.

XV. ¿ES EL ESTATUTO DE ROMA SUSCEPTIBLE DE INVOCARSE EN DERECHO INTERNO?

Otro asunto interesante a dilucidar es el relativo a la aplicación del Estatuto de Roma a casos concretos de delitos de guerra en el ámbito interno del Estado mexicano, ante la insuficiencia de los tipos en derecho interno. Como sabemos, los tratados internacionales a los que ya hemos hecho referencia son ley suprema de toda la Unión. Sin embargo, un posible obstácu-

¹⁷² Salgado Pesantes, Hernán, “Las reservas en los tratados de derechos humanos”, *Liber amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, vol. II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 13.

lo para que se aplicara directamente el Estatuto de Roma sería la ausencia de tipos y penas como lo exige el principio de aplicación estricta del derecho penal (*nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*).

Al respecto, del análisis de Estatuto de Roma encontramos que su artículo 8o., referente a los crímenes de guerra, establece en su inciso 2-a:

...a los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i. Matar intencionalmente...

v. Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivo militar.

Acercas de este ejemplo, nos podríamos preguntar, a la luz del derecho penal: ¿cumple la actividad descrita como delito con la descripción suficiente como para ser tomada como tipo penal? Creemos que sí.

Por otra parte, en el capítulo VII, “De las penas”, se refiere a las “penas aplicables” (artículo 77). Es decir, contiene un catálogo de penas a aplicar. Lo anterior es una reminiscencia del Proyecto de Código Penal Internacional, y podemos observar que cumple con los requisitos de la dogmática penal. Esta postura va de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6o. del CPF, que recordemos establece:

Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

Este artículo transcrito hace una remisión clara a los tratados internacionales, como es el caso del Estatuto de Roma, y con esto nos queda claro que la pregunta que hacemos al iniciar este párrafo puede contestarse afirmativamente.

Sin embargo, en busca de una mayor seguridad, sería preferible que se legislara para evitar dudas y posibles vaguedades del nuevo artículo 21 constitucional. Además, hay que tomar en cuenta que los jueces, por igno-

rancia o por una educación ya superada, no tienen confianza en el derecho internacional. Por otra parte, no hay que olvidar que los legisladores locales pueden legislar en esta materia, cosa que a menudo se olvida. Pero sobre este tema hablamos en otro momento.

XVI. LOS MOVIMIENTOS GUERRILLEROS

La cuestión de la lucha clandestina, generalmente de un grupo de personas que combaten a sistemas políticos o gobiernos por ser opresores o dictatoriales, es un tema que si bien ya ha tenido una atención por el derecho internacional¹⁷³ todavía está plagado de cuestionamientos, quizá ante el carácter irregular de esta lucha, lo cual es entendible si partimos de la base que se lucha en contra del *statu quo*. Además, es una norma que en caso de conflictos internos entre un grupo de nacionales en contra del gobierno, este no le reconozca su estatus de beligerantes, como lo establece el derecho humanitario internacional, y en consecuencia se aplique la normativa internacional. Esto se debe a un temor de que al internacionalizarse el conflicto se dé pie a la intervención de los asuntos internos, o bien que el déspota, en contra del cual lucha el grupo armado, trate de evadir todo control de aplicación de la normativa internacional.

Sin embargo, frecuentemente el comportamiento del gobierno ante el grupo rebelde hace que se manifieste un “reconocimiento de simple insurrección o beligerancia *de facto* con derechos limitados para los alzados en armas”. Tal es el caso de Colombia, en donde la prolongada guerra irregular y los actos del gobierno como las negociaciones de los diferentes gobiernos con la guerrilla implican un reconocimiento a estos *de facto*.¹⁷⁴ En consecuencia, cuando se cumplan los requisitos señalados por el mismo Protocolo II estaríamos ante un grupo al que se les aplican las disposiciones de las convenciones de Ginebra, el derecho humanitario internacional. El Protocolo II establece como elementos mínimos para que un grupo sea susceptible de aplicación del derecho humanitario, los siguientes:

¹⁷³ Palacios, Jorge, “Los guerrilleros en el derecho internacional humanitario”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 5, 1973, p. 619.

¹⁷⁴ Valencia Villa, Hernando, “Status de las partes contendientes en el conflicto armado interno de Colombia”, *Boletín Comisión Andina de Juristas*, Lima, julio de 1991, p. 25.

- Que no estén cubiertos por el artículo 1o. del Protocolo I;
- Que se desarrollen en el territorio de una alta parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados;
- Que estas actúen bajo la dirección de un mando responsable;
- Que ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y
- Que apliquen el Protocolo II.

Las situaciones fácticas que no se encuentren contempladas en estas hipótesis, como 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, no serán contemplados por el derecho humanitario internacional; por supuesto que eso no significa que estén protegidos los grupos que en ellos intervienen, ya sea por el derecho interno y aun por el derecho consuetudinario.

Ahora, en el caso de México, y concretamente con la guerrilla zapatista que irrumpió en 1994 en el estado mexicano de Chiapas, hay varios indicios de internacionalización, en el sentido de ser susceptible de que se aplique la normativa del derecho humanitario internacional. México, a pesar de que ha experimentado movimientos guerrilleros en la historia contemporánea, no se ha adherido al Protocolo II. Son conocidos los casos de guerrilla de Lucio Cabañas, Genaro Vázquez, el movimiento del 26 de septiembre, por mencionar las más conocidas en las décadas de los sesenta y setenta, y últimamente el del grupo denominado Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN). Esto, sin tomar en cuenta que el movimiento social de principios de siglo XX (1910), conocido como la Revolución mexicana, en parte se manifestaba como una lucha de guerrillas. Es famoso el guerrillero mexicano Francisco Villa, quien inspiró militarmente al subcomandante Marcos del EZLN.

El temor del gobierno ha sido siempre que los asuntos internos de guerrilla se internacionalicen. Sin embargo, de facto se han internacionalizado, digan si no, la intervención del Comité Internacional de la Cruz Roja, que desde el momento en que estalló el movimiento tuvo una participación destacada.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Mégevand, Béatrice, “Entre la insurrección y el gobierno. La acción del CICR en México”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, enero-febrero, 1995, pp. 101-115.

A lo anterior hay que agregar una serie de situaciones anómalas que rompen con el sistema jurídico interno y que, otra vez de facto, conceden al movimiento guerrillero un estatus jurídico especial. Veamos por qué.

En 1995, el Congreso de la Unión adoptó la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz digna en Chiapas,¹⁷⁶ en la que su artículo 1o. establece:

Esta ley tiene por objeto establecer las bases jurídicas que propicien el diálogo y la conciliación para alcanzar, a través de un acuerdo de concordia y pacificación, la solución justa, digna y duradera al conflicto armado iniciado el 1o. de enero de 1994 en el estado de Chiapas.

Para los efectos de la presente ley, se entenderá como EZLN el grupo de personas que se identifican como una organización de ciudadanos mexicanos, mayoritariamente indígenas, que se inconformó por diversas causas y se involucró en el conflicto a que se refiere el párrafo anterior.

Es claro que el gobierno federal está reconociendo la existencia de un conflicto armado, que una de las partes de ese conflicto armado es el EZLN, compuesto “de personas que se identifican como una organización de ciudadanos mexicanos, mayoritariamente indígenas”. Con esta Ley, además se le está dando un estatus especial a ese grupo de personas que se organizan bajo la organización de EZLN, a tal grado que se crea una Comisión para la Concordia y la Pacificación (artículo 9o.) y una Comisión de Seguimiento y Verificación (artículo 10). Ambas comisiones de carácter estatal, *ad hoc*, para enfrentar el conflicto chiapaneco.

Además, con la finalidad de alcanzar una “paz digna” en el estado sureño de la República mexicana, el gobierno federal y el EZLN realizaron una negociación, cuyo producto parcial fueron los Acuerdos de San Andrés.¹⁷⁷ Desde aquí podemos advertir que se está hablando de “paz”, lo que implica una situación de conflicto armado. Otra singularidad es el nombramiento de “comisionados” especiales para el diálogo con la guerrilla, situación que desde el punto de vista del derecho público mexicano no tiene una fundamentación jurídica, ya que no existe en el sistema jurídico interno tal figura. No es una situación que esté prevista en el sistema jurídico mexicano, lo que implica un caso atípico, que trae por consecuencia el reconocimien-

¹⁷⁶ *Diario Oficial de la Federación*, 11 de marzo de 1995.

¹⁷⁷ Sobre estos acuerdos y su significación jurídica véase Cossío, José Ramón D., “Análisis jurídico de los acuerdos de San Andrés Larrainzar”, *Documento de Trabajo*, México, núm. 1, Departamento Académico de Derecho ITAM, 1998.

to de que el grupo guerrillero tiene una organización, una estructura organizativa específica, si no ¿por qué los diálogos con la dirigencia, con representantes del EZLN? A esto hay que adicionar la serie de disposiciones dictadas por el Legislativo, que refuerzan la idea de estar ante una fuerza político-militar organizada.

También es evidente que el grupo controla una región chiapaneca; sin que sea, quizá, grande, es perfectamente localizable: los Altos de Chiapas. Por otra parte, afortunadamente los esfuerzos de la sociedad civil que han exigido la paz han empujado tanto al gobierno y al grupo guerrillero a dialogar, lo cual ha detenido las operaciones armadas. Sin embargo, la tensión y la militarización, la creación de grupos paramilitares en la región mantiene el conflicto en una situación de “paz caliente”, o bien en una guerra de baja intensidad, en donde hay esporádicos brotes de violencia armada, como por ejemplo en el Bosque o en Acteal.

Lo anterior, independientemente de la gran expectación que el movimiento de 1994 ha causado en el mundo, que podría ser un elemento de carácter publicitario para el movimiento, lo cual no tiene trascendencia para el derecho internacional, más que la expresión de una preocupación de la opinión pública internacional de lo que ocurre en el interior de un país.

Pero la cuestión que surge aquí es si el caso de la guerrilla del sur es susceptible de considerarla sujeta del derecho humanitario internacional. Como vimos anteriormente, la normativa internacional en materia de derecho humanitario, y concretamente el artículo 3o. común, tiene características de una norma jurídica obligatoria, y tiene obligación de aplicarla, y más cuando es parte de las cuatro convenciones de Ginebra. Actualmente, y afortunadamente para México, no existe una situación de “operaciones militares sostenidas y concertadas”, como reza el Protocolo II. En esta situación, es evidente que el caso corresponde al campo de los derechos humanos y del derecho político, en donde son necesarias reformas políticas para satisfacer las necesidades y las peticiones de los grupos inconformes, que en el caso concreto de los zapatistas, hay una unanimidad en el sentido de considerarlo una injusticia histórica evidente. Por supuesto, en caso de reinicio de la contienda bélica el derecho humanitario se debe aplicar *ipso facto*. Lo ideal sería que el gobierno reparara ya la injusticia a la que han estado sometidos históricamente los indígenas de todo el país, y concretamente de Chiapas.

XVII. CONCLUSIONES

La legislación interna es pobre e insuficiente para respaldar las necesidades de cumplir con los estándares del derecho de Ginebra. México, si no quiere seguir en pleno acto de remiso de sus obligaciones internacionales, debe legislar lo más rápido posible. Otra forma ha sido la adecuación por parte de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguiendo los tratados internacionales; sin embargo, la experiencia al respecto no ha sido lo más adecuada y exitosa posible.

El fuero militar se debe terminar, haciendo posible que los militares violadores de la normativa internacional sean juzgados por una jurisdicción diferente a la castrense.

Además, la omisión, por parte de México, de la firma del Protocolo II de Ginebra crea una situación de desprestigio del país. La reforma de la Constitución mexicana para dar cabida a la Convención de Roma no fue del todo adecuada. Sospechamos que la oposición de los altos mandos militares pesó mucho para hacer del sistema de recepción de la Corte Penal Internacional un obstáculo para el sometimiento de asuntos concretos. En este momento se discute un proyecto de ley de recepción de la misma Convención de Roma. Desgraciadamente, por muy generoso que pueda ser el resultado del proceso legislativo mientras no se reforme el referido artículo 21 constitucional, la ley reglamentaria no podrá subsanar las fallas estructurales, como la de ser una reserva encubierta, no permitida ni por el Estatuto de Roma ni por el derecho internacional general.