

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949: UNA TAREA INDISPENSABLE PARA MANTENER SU APLICABILIDAD A LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS

Eric TARDIF CHALIFOUR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Derecho Internacional Humanitario, la relevancia de los Convenios de Ginebra y su interpretación*. III. *Dos casos emblemáticos*. IV. *Conclusión*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Los cuatro Convenios de Ginebra, celebrados en 1949, constituyen la piedra angular del Derecho Internacional Humanitario (DIH) moderno y se cuentan entre los pocos tratados internacionales ratificados universalmente, sobre todo porque reflejan los valores universales del comportamiento ético que debe desplegarse en los campos de batalla. Han sido revalidados con frecuencia y están ampliamente integrados en los sistemas jurídicos nacionales y en las doctrinas militares. Todos los días, las fuerzas armadas aplican el DIH para reducir los costos que tiene la guerra para la humanidad.¹ Así, en el año en que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —por supuesto fundamental para la interpretación de los Convenios de Ginebra— cumplía su 50 aniversario, se celebraba también el 70 aniversario de éstos.

En vista de la multiplicidad de conflictos armados en el mundo actual —en particular conflictos armados no internacionales (CANIS)— que recal-

¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. Reafirmar el compromiso con la protección en los conflictos armados en el 70o. aniversario de los Convenios de Ginebra*, Ginebra, CICR, 2019, p. 10, https://rcrcconference.org/app/uploads/2019/10/33IC-IHL-Challenges-report_ES.pdf.

can la necesidad de reglas claras y del respeto de estas mismas,² la interpretación de los Convenios es clave para asegurar el bienestar tanto de civiles como de las partes en conflicto. Es por ello que, desde su adopción, los Convenios han sido objeto de una amplia interpretación por parte de distintos actores.

Después de abordar la relevancia de los Convenios a siete décadas de su adopción y como se ha llevado a cabo su exégesis, la presente contribución se enfocará en la interpretación que se ha hecho de dos conceptos fundamentales, abordados en el artículo 1o. (obligación de respetar y hacer respetar el DIH) y el artículo 3o. (concepto de conflicto armado), ambos comunes a los cuatro Convenios.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, LA RELEVANCIA DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y SU INTERPRETACIÓN

1. *El DIH y la relevancia de los Convenios de Ginebra*

Como es sabido, el DIH —también llamado “derecho de la guerra” o “derecho de los conflictos armados”— es una de las ramas más antiguas del derecho internacional público y atañe directamente a los intereses de seguridad fundamentales del Estado;³ puede ser definido como un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados, protegiendo a las personas que no participan o han dejado de participar en los combates y limita los medios —especialmente las armas— y métodos —como son ciertas tácticas militares— de hacer la guerra.⁴

El impulso moderno del DIH se debe, en gran parte, a la publicación en 1862 del libro *Recuerdo de Solferino*, escrito por Henry Dunant, en el cual rela-

² Por ejemplo, el International Institute for Strategic Studies identifica 33 conflictos armados activos en 2019 (Armed Conflict Survey 2020, Londres, 2020), y la Geneva Academy contabilizaba 69 en 2018 (Geneva Academy, *The War Report-Armed Conflicts in 2018*, Ginebra, 2019, p. 31, <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/The%20War%20Report%202018.pdf>).

³ Robin Geiss y Andreas Zimmermann, “The International Committee of the Red Cross: A Unique Actor in the Field of International Humanitarian Law Creation and Progressive Development”, en Robin Geiss et al. (eds.), *Humanizing the Laws of War the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 216.

⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, “¿Qué es el derecho internacional humanitario?”, julio de 2004, <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf>.

ta una de las batallas más cruentas de la época, donde los soldados heridos estuvieron condenados a morir porque los ejércitos carecían de servicios sanitarios o estos eran muy deficientes. El año 1864 es considerado como la fecha de nacimiento del DIH moderno ya que en ese año se celebró una conferencia diplomática en Suiza, que concluyó con la firma del Convenio de Ginebra del 22 de agosto y se buscaba el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña. Este hito fue rápidamente complementado por la Declaración de San Petersburgo (1868) que prohíbe la utilización de ciertos proyectiles en tiempos de guerra y proclama la prohibición general de utilizar armas “que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres”.⁵

A finales del siglo XIX y principios del XX, se celebraron en La Haya las Conferencias de Paz de 1899 y 1907 y, en 1906, se revisó el Convenio de 1864. La Conferencia de 1907, que revisó y amplió la primera, aprobó 14 convenios entre los que destaca el IV Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su Reglamento. Posteriormente, debido a los problemas humanitarios evidenciados por la Primera Guerra Mundial, se aprobaron los Convenios de Ginebra de 1929, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el debido trato a los prisioneros de guerra.⁶

Tras los estragos ocasionados durante la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto, se prepararon los proyectos de los Convenios de Ginebra de 1949, que fueron estudiados durante la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Estocolmo en 1948. Al año siguiente, los Estados interesados firmaron los cuatro Convenios; el primero para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el segundo para aliviar la suerte que corren los heridos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y, el cuarto, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

El Convenio I plantea que se debe respetar y prestar protección a los heridos y enfermos, pero también al personal médico y religioso, a las unidades médicas y al transporte médico; en este mismo se reconoce la cruz roja sobre fondo blanco, así como otros emblemas distintivos que confieren protección al personal sanitario de las fuerzas armadas y a los colaborado-

⁵ Declaración de San Petersburgo de 1868, cuarto considerando.

⁶ François Bugnion, “Droit de Genève et droit de La Haye”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 83, núm. 844, pp. 902-905, https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/irrc_844_001_bugnion.pdf.

res humanitarios en los conflictos armados, y son también utilizados por las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de los distintos países a título identificativo. El segundo Convenio retoma las disposiciones del primero en cuanto a su estructura y su contenido, adaptándolas al contexto de la guerra marítima, protegiendo, por ejemplo, los buques hospitales. El tercer Convenio determina las categorías de personas que tienen derecho a recibir el estatuto de prisionero de guerra, de conformidad con los Convenios I y II; en él, se definen con mayor precisión las condiciones y los lugares relativos a su captura, las cuestiones vinculadas al trabajo de los prisioneros, sus recursos financieros, la asistencia que tienen derecho a recibir y como se pueden llevar a cabo los procesos judiciales en su contra. También establece el principio de que los prisioneros deben ser liberados y repatriados sin demora tras el cese de las hostilidades activas.⁷

Cabe recordar que los instrumentos anteriores a los Convenios de Ginebra de 1949 se centraban en los combatientes. Los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial pusieron en evidencia las consecuencias desastrosas que significó la ausencia de un tratado que amparara a los civiles en tiempo de guerra; por lo tanto, el cuarto Convenio se enfoca en el estatus y el trato que debe darse a las personas protegidas, define —para los casos de ocupación— las obligaciones de la potencia ocupante respecto de la población civil y contiene disposiciones precisas acerca de la ayuda humanitaria que tiene derecho a recibir la población civil de territorios ocupados, estableciendo también un régimen específico sobre el trato a otorgar a los internados civiles.⁸

En las décadas siguientes a la aprobación de los Convenios de Ginebra, se registró un aumento en el número de CANIS y de guerras de liberación nacional. Debido a ello, en 1977 se aprobaron dos Protocolos adicionales a los cuatro Convenios. Estos instrumentos refuerzan la protección que se confiere a las víctimas de los conflictos internacionales (Protocolo I) y de los CANIS (Protocolo II), y fijan límites a la forma en qué se libran las guerras; el Protocolo II es el primer tratado dedicado exclusivamente a las situaciones de CANI. Cabe apuntar que la negociación de los Protocolos de 1977 permitió asimismo que los Estados creados con posterioridad a la adopción de los Convenios de Ginebra empezaran a contribuir al desarrollo del DIH. Más

⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales”, enero de 2014, <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>.

⁸ *Idem*.

tarde, en 2005, se aprobó un tercer Protocolo, que establece un emblema adicional (el cristal rojo).

Todo el DIH se inspira en un conjunto de principios humanitarios que revisten una importancia capital, guiando la interpretación del DIH convencional, dándole el sentido más acorde con su objetivo esencial que es proteger a las víctimas de los conflictos;⁹ los principios cardenales son: humanidad, distinción, proporcionalidad, necesidad militar y limitación.¹⁰ De esta suerte, se puede apuntar que los Convenios de Ginebra buscan fomentar un equilibrio pragmático entre la necesidad militar y las consideraciones humanitarias.

Varios instrumentos más han sido adoptados para complementar el acervo del DIH; entre ellos, la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y sus dos Protocolos, la Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas, la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos, la Convención de 1993 sobre Armas Químicas, el Tratado de Ottawa de 1997 sobre las Minas Antipersonal, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados y el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares de 2017.¹¹

Es importante subrayar aquí la relevancia del derecho consuetudinario como parte del acervo normativo del DIH, ya que este tiene su origen en las prácticas militares que se desarrollaron con el tiempo y en todos los continentes. Su importancia se debe en parte a que las normas convencionales no regulan una porción importante de los conflictos armados contemporáneos con suficiente detalle, ya que la mayoría de los conflictos actuales son CANIs, los cuales se encuentran sometidos a menos normas convencionales que los conflictos internacionales, por ejemplo, el Protocolo adicional II apenas contiene 15 artículos sustantivos, mientras que el Protocolo adicio-

⁹ Elizabeth Salmón, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3a. ed., Lima, CICR, 2012, pp. 56-57.

¹⁰ Sobre el tema, véase, por ejemplo, Nils Melzer, *Derecho internacional humanitario: una introducción integral*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019, pp. 17 y ss., <https://www.casede.org/index.php/biblioteca-casede-2-0/justicia/492-derecho-internacional-humanitario-una-introduccion-integral>.

¹¹ Para una somera descripción de los principales tratados en materia de DIH, véase, por ejemplo, Comité Internacional de la Cruz Roja, Informe 2018-19, “Aplicar el derecho internacional humanitario. Participación de los Estados americanos en los tratados de relevancia para el DIH y su aplicación nacional. Avances y actividades en América”, CICR, México, 2020, pp. 10-14, <https://www.icrc.org/es/publication/aplicar-el-derecho-internacional-humanitario-informe-20182019>.

nal I tiene más de 80.¹² Varias jurisdicciones internacionales han reconocido la aplicabilidad de normas consuetudinarias, volviéndolas vinculantes para todos los Estados.

En esencia, la relevancia de los Convenios de Ginebra y los demás tratados de la materia radica en que cuando se respeta el derecho internacional humanitario, se reduce drásticamente el daño a las personas civiles. Todos los días, vemos el DIH en acción: cuando una persona herida atraviesa un puesto de control, cuando un niño recibe alimentos y ayuda, cuando se mejoran las condiciones de vida de las personas detenidas o cuando pueden establecer contacto con sus familiares.

2. *La interpretación de los Convenios de Ginebra*

A. *Reglas que se desprenden de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*

Como lo expresaba el profesor Reuter, “la interpretación consiste en encontrar la voluntad de las partes a partir de un texto”.¹³ Aunque esta tarea ha sido ampliamente llevada a cabo por los Estados y las organizaciones internacionales, la creación de múltiples jurisdicciones internacionales durante las últimas décadas ha despertado un renovado interés para la interpretación de tratados.¹⁴

Según el artículo 31 de la Convención de Viena, un tratado debe interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”; la idea de interpretación de buena fe se vincula por supuesto con el principio de *Pacta sunt servanda* establecido en el artículo 26. Según el artículo 31, inciso 2, el contexto incluye el preámbulo y los anexos. El inciso 3 indica que deberá considerarse, entre otros criterios, toda práctica ulterior seguida en aplicación del tratado. El artículo 32 establece que podrán también tomarse en cuenta los *travaux préparatoires* y las circunstancias de celebración del tratado, como medios de interpretación complementarios;

¹² Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ICRC-Cambridge University Press, Ginebra, pp. XXIX y XXXIII, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm>.

¹³ Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1995, párrafo 141.

¹⁴ Jean-Marc Sorel y Valérie Boré Eveno, “Article 31”, en Olivier Corten y Pierre Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011, párrafo 6.

corresponde a los interesados en llevar a cabo un ejercicio de interpretación identificar en cada caso los documentos que pudieran ser considerados como comprendidos en esta categoría.¹⁵

B. *Aplicación a la interpretación de los Convenios de Ginebra*

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) es reconocido por tener un papel de guardián y promotor del DIH, a través de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en los cuales los Estados aprueban la encomienda que le corresponde de “trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo”, así como “asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra” y “trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho”.¹⁶

Para aclarar el sentido de lo pactado en los Convenios, después de su adopción el CICR impulsó la redacción de comentarios puntuales a cada artículo, que fueron publicados entre 1952 y 1960, bajo la supervisión editorial de Jean Pictet; estos se basaron en gran medida en la historia de la negociación de los tratados, así como en la práctica previa existente, por lo que conservan su valor histórico. En las siguientes décadas, los Comentarios fueron reconocidos y respetados como las interpretaciones autorizadas de los Convenios, fundamentales para la comprensión y la aplicación del DIH, al punto que la Corte Suprema estadounidense llegó a designarlos “comentarios oficiales” de los Convenios.¹⁷ Sin embargo, con el paso del tiempo, se consideró necesario actualizar los comentarios para dar cuenta de los desarrollos acontecidos en la forma de llevar a cabo los conflictos armados y reflejar la práctica de aplicación e interpretación de los Convenios;¹⁸ dicho

¹⁵ Sobre el valor a otorgar a los *travaux préparatoires*, véase Yves Le Bouthillier, “Article 32”, en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 852 y ss.

¹⁶ Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1986), art. 5(2) (c) y (g). Sobre el papel del CICR en la interpretación del DIH, véase por ejemplo Geiss, Robin y Zimmermann, Andreas, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

¹⁷ Robin Geiss y Andreas Zimmermann, *op. cit.*, pp. 241-242.

¹⁸ Lindsey Cameron *et al.*, “The Updated Commentary on the First Geneva Convention. A New Tool for Generating Respect for International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 97, núm. 900, 2015, pp. 1210-1212, <https://www.icrc.org/en/international-review/evolution-warfare>; véase también Jean-Marie Henckaerts, “Adapter les Com-

proceso culminó con la publicación, en 2016, del comentario actualizado al primer Convenio, y el año siguiente del segundo Convenio; el nuevo comentario relativo al III Convenio salió en 2020. Dichos comentarios se apegan a las reglas de interpretación enunciadas en la Convención de Viena.

Los Convenios también son interpretados por muchos otros actores, en especial los Estados (a través de los juristas gubernamentales, así como los jefes militares y sus asesores, entre otros), las jurisdicciones nacionales e internacionales, los tribunales arbitrales, las organizaciones internacionales, los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, las organizaciones no gubernamentales y los académicos.¹⁹

III. DOS CASOS EMBLEMÁTICOS

1. *Artículo 1o. común a los cuatro Convenios de Ginebra*

El artículo con el cual comienzan cada uno de los Convenios de Ginebra es idéntico: “Artículo 1. Respeto del Convenio. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”.

A más de 70 años de su adopción, el compromiso de los Estados de respetar y hacer respetar los Convenios continúa siendo el punto de partida para reducir el sufrimiento y atender las necesidades de las poblaciones afectadas por los conflictos armados.²⁰ Parece existir un consenso en la comunidad internacional en el sentido de que un cumplimiento más estricto de las normas existentes del DIH mejoraría considerablemente esta situación, por lo que se presenta una necesidad apremiante de generar un mayor respeto por el Derecho y enfatizar y aclarar en qué medida, como se establece en el artículo 1o. común, los Estados Parte se encuentran obligados “a respetar y a hacer respetar” sus disposiciones “en todas las circunstancias”.²¹

mentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels au XXI^e siècle”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, 2012/4.

¹⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Introducción”, párrafo 9, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=5087F3472575591CC1257F150049C80B>.

²⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...*, cit., p. 12.

²¹ Knut Dörmann y José Serralvo, “Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, núms. 895/896, 2014, p. 708.

La idea de *respetar y hacer respetar* no es del todo común en los tratados internacionales.²² En cuanto al artículo 1o. común en particular, ha existido durante años una controversia relativa a saber si la cláusula negociada durante la conferencia diplomática de 1949 se limitaba a obligar a los Estados a garantizar que el conjunto de su pueblo respetara los Convenios (enfoque restrictivo), o si desde el principio contenía una dimensión externa, que exigía a los Estados velar por el respeto de los Convenios también por parte de otros Estados, y posiblemente incluso por parte de grupos armados organizados involucrados en CANIS extraterritoriales y en la medida en que estén vinculados por las disposiciones de los Convenios (enfoque extensivo).²³

Cabe apuntar que la obligación de *hacer respetar*, a la luz de la teoría del derecho internacional público, puede ser vista como conteniendo una especificación del concepto general expresado en los artículos 48 (“Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado”) y 54 (“Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado”) de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.²⁴

A. *Evolución histórica y travaux préparatoires de la conferencia diplomática de 1949*

A finales del siglo XIX, el Derecho vigente se encontraba basado en el principio de reciprocidad, con un régimen de aplicación que era el de la excepción de inejecución, según la forma preferida de represalia armada, apegándose entonces al modelo de contrato sinalagmático. Asimismo, los primeros tratados multilaterales sobre el derecho de la guerra operaban bajo el principio de la cláusula *si omnes* (es decir, que su aplicación al conflicto se daba con la condición de que cada uno de los Estados beligerantes se encontrasen ligados por ellos). Los Convenios de 1929 marcaron una ruptura con esta tradición ya que los tratados humanitarios tuvieron desde entonces que aplicarse en todas

²² Luigi Condorelli y Laurence Boisson de Chazournes, “Quelques remarques à propos de l’obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’”, en Christophe Swinarski, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984, p. 17.

²³ Robin Geiss, “The obligation to respect and to ensure respect for the Conventions”, en Andrew Clapham et al. (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, párrafo 5.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 26.

las circunstancias, independientemente del comportamiento del oponente.²⁵ En efecto, en el Convenio sobre la mejora de la condición de los heridos y enfermos de los ejércitos en el campo de batalla (artículo 25) y el Convenio sobre el tratamiento de los prisioneros de guerra (artículo 82), se estableció que ambos textos serían “respetados por las Altas Partes Contratantes en todas las circunstancias”.

Esta naturaleza incondicional (y no sinalagmática) de las obligaciones derivadas del DIH fue confirmada posteriormente por el enunciado del artículo 60 (5) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual excluye, como excepción, que la violación sustancial de un tratado por una parte autorice otras partes a poner fin o suspender su aplicación en lo concerniente a las disposiciones convencionales relacionadas con la protección del ser humano contenidas en tratados de carácter humanitario.²⁶

Dörmann y Serralvo identifican tres características que diferencian el contenido del artículo 1o. común de sus antecesores de 1929. En primer lugar, dicho artículo introdujo la obligación de “hacer respetar” los Convenios de Ginebra. Segundo, a diferencia de los textos de 1929, cuando la obligación de respetar en todas las circunstancias fue colocada al final de los tratados, en el marco de los capítulos relativos a su ejecución, la conferencia diplomática de 1949 decidió colocar la nueva obligación al inicio de los cuatro Convenios, lo que debería ser considerado como trascendental, en vista de su propósito y su naturaleza imperativa. Finalmente, la redacción del artículo 1o. se presenta en voz activa, mientras que sus contrapartes de 1929 fueron redactadas empleando la voz pasiva, lo que puede ser considerado como enfatizando el sistema de protección que sustenta los Convenios de Ginebra, y de ahí su interpretación.²⁷

En la conferencia diplomática de 1949, se dedicó muy poco tiempo a la discusión del artículo 1o. común, y nadie mencionó la posibilidad de que “hacer respetar” pudiera entrañar el compromiso de cada Estado de tomar medidas para favorecer el cumplimiento de otra parte contratante. En contraste, los pocos participantes que hicieron uso de la palabra señalaron especialmente que entendían que dicha expresión se refería al conjunto de partes contratantes y supuestamente tenía como objetivo garantizar que los

²⁵ Alexandre Devillard, “L’obligation de faire respecter le droit international humanitaire: l’article 1 commun aux *Conventions de Genève* et à leur premier *Protocole additionnel*, fondement d’un droit international humanitaire de coopération?”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 20.2, 2007, pp. 77-78.

²⁶ Luigi Condorelli y Laurence Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 21.

²⁷ Knut Dörmann y José Serralvo, *op. cit.*, pp. 710-711.

Convenios fueran respetados tanto por los gobiernos como por las futuras —eventuales— partes insurgentes en una guerra civil.²⁸

Así, parece dudoso que la intención de los negociadores haya sido pactar una dimensión externa al artículo 1o. común, en vista de las implicaciones revolucionarias que esto hubiera conllevado, y que el concepto de obligaciones *erga omnes* apareció verdaderamente en el paisaje del derecho internacional a partir de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Barcelona Traction*, emitida dos décadas después. Sin embargo, resulta plausible que, a través de una interpretación dinámica y en consideración de la práctica subsecuente de los Estados, esta dimensión externa se haya ido afirmando.²⁹

B. *Desarrollos posteriores*

El compromiso de “respetar” a primera vista parece, en gran medida, superfluo, ya que, de acuerdo con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cualquier disposición convencional vigente obliga a las partes y debe ser cumplida de buena fe (principio de *Pacta sunt servanda*).³⁰ Por lo tanto, la primera parte de lo solicitado por el artículo 1o. común no causa mucha controversia y no apela más que a un cumplimiento apegado a lo previsto por el derecho internacional.

a. Aspecto interno *vs.* externo de la obligación de “hacer respetar”

La razón original para la inclusión de una dimensión de cumplimiento interno fue confirmar el compromiso para cada Estado Parte de que garantizaría el respeto de los Convenios no sólo en el caso de sus propios órganos, sino también por la población. La obligación se entiende comúnmente y en términos generales como comprendiendo no sólo la obligación de poner fin a las violaciones en curso, sino también la de prevenir dichas violaciones de manera proactiva.³¹

²⁸ Carlo Focarelli, “Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 1, 2010, p. 133.

²⁹ Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 5.

³⁰ Luigi Condorelli y Laurence Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 17.

³¹ Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 10.

Concretamente, los Convenios contienen distintas disposiciones que buscan garantizar su aplicación por los Estados Parte. Entre las medidas aludidas por dichas disposiciones, encontramos la difusión del texto de los Convenios en sus países y, especialmente, velar por la incorporación de su estudio en los programas de instrucción militar; reprimir las infracciones graves a los Convenios, buscando, enjuiciando o extraditando, a los presuntos autores de infracciones graves “sea cual fuere su nacionalidad” y aplicar las disposiciones previstas en su legislación, imponiendo sanciones a cualquiera que cometa infracciones contra los Convenios; tomar las medidas necesarias para impedir y reprimir, en todo tiempo, los abusos en el uso del emblema de la cruz roja y la media luna roja; adoptar medidas para garantizar que los particulares respeten los Convenios (a través de la difusión de los mismos, si es posible, en los programas de instrucción civil); y proteger a personas o bienes especiales (entre ellos, heridos, enfermos y náufragos, muertos, prisioneros de guerra, personas civiles heridas o enfermas, discapacitados y mujeres embarazadas, y hospitales civiles y su personal).³²

Según la interpretación proporcionada en el Comentario actualizado del CICR, hoy en día los Estados en general tienen la obligación de hacer todo lo que esté razonablemente a su alcance para que los Convenios sean respetados por otros que sean parte de un conflicto. Esta obligación se declina a través de una doble faceta: por un lado, en cumplimiento de la obligación negativa, los Estados no pueden alentar, ni ayudar o asistir a las partes en un conflicto en la comisión de actos violatorios de los Convenios; en cuanto a la obligación positiva, deben hacer todo lo que esté razonablemente a su alcance para impedir y hacer cesar esas violaciones. La dimensión externa de la obligación de hacer respetar los Convenios trasciende entonces el principio de *Pacta sunt servanda*.³³

b. Práctica de los Estados y resoluciones de organismos internacionales

Desde 1968, con motivo de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos convocada en Teherán por las Naciones Unidas, se adoptó una resolución que observa

³² Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario actualizado de 2016, “Article 1”, párrafo 146 ss., <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=72239588AFA66200C1257F7D00367DBD>.

³³ Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario actualizado de 2016, “Article 1”, *op. cit.*, párrafos 153-154.

que los Estados Parte en las Convenciones de Ginebra de la Cruz Roja no se dan cuenta en ocasiones de su obligación de tomar medidas para asegurar el respeto de esas normas humanitarias por otros Estados, en todas las circunstancias, aun cuando no intervengan directamente ellos mismos en un conflicto armado.³⁴

Posteriormente, en 1973, la existencia de esa obligación positiva fue expresamente reconocida por varios Estados en respuesta a un cuestionario preparado por el CICR. Desde entonces, el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Secretario General de la ONU, así como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se han referido expresamente a la obligación positiva de hacer respetar el DIH,³⁵ y han llamado a los Estados a que empleen todos sus esfuerzos para que otros gobiernos cumplan con las obligaciones adquiridas en virtud de los Convenios.

En las Naciones Unidas, en particular, los pronunciamientos han sido múltiples: se pueden citar, entre otras, la resolución 58/97 de 2003, a través de la cual la Asamblea General hizo un llamamiento a todos los Estados Parte en el Cuarto Convenio de Ginebra “para que, de conformidad con el artículo 1o. común a los cuatro Convenios de Ginebra, sigan haciendo cuanto esté a su alcance por asegurar que Israel, la Potencia ocupante, respete las disposiciones del Convenio en el territorio palestino ocupado”.³⁶ De forma más reciente, las resoluciones 2165 (2014)³⁷ y 2449 (2018)³⁸ del Consejo de Seguridad —que autorizaron los Estados y organizaciones internacionales a responder la crisis suscitada en Siria sin el consentimiento explícito de las autoridades de dicho país— pueden ilustrar cómo puede manifestarse la idea de “hacer respetar” los Convenios.³⁹ Sin embargo, cabe aclarar que se-

³⁴ Resolución XXIII “Derechos humanos en los conflictos armados”, Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968, Naciones Unidas, Nueva York, 9o. párrafo de considerandos, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf.

³⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario actualizado de 2016, “Article 1”, *op. cit.*, párrafo 171.

³⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 58/97, 17 de diciembre de 2003, “Aplicabilidad del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, al territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental, y a los demás territorios árabes ocupados”, párrafo 3.

³⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/2165 (2014), “La situación en el Oriente Medio”, 14 de julio de 2014.

³⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/2449 (2018), “La situación en el Oriente Medio”, 13 de diciembre de 2018.

³⁹ Eve Massingham y Annabel McConnachie, “Common Article 1: An Introduction”, en Eve Massingham y Annabel McConnachie (eds.), *Ensuring Respect for International Humanitarian Law*, Nueva York, Routledge, 2021, p. 4.

ría posible asignar a estas resoluciones un significado meramente recomendatorio, en el sentido de que los órganos de la ONU podrían ver la expresión “hacer respetar” como un compromiso político que reiteran en términos recomendatorios. El hecho de subrayar que la acción sugerida debe realizarse “en apego al artículo 1o.” no implica necesariamente el reconocimiento de que existe una obligación jurídica basada en dicho artículo.⁴⁰

En cuanto a la postura de los mismos Estados, “existe una práctica de más de 50 años que aclara el significado de hacer respetar, la cual expresa una responsabilidad individual y colectiva de alentar el cumplimiento por parte de los grupos estatales y no estatales, al igual que una responsabilidad expansiva hacia los actores estatales y no estatales”.⁴¹ Así, es de subrayarse que, durante las últimas dos décadas, los Estados han realizado numerosos llamamientos a los beligerantes involucrados en distintos conflictos armados en los que se han observado violaciones al DIH, para que respeten sus normas; ello, aunado a que no han emitido reservas o declaraciones interpretativas al artículo 1o. común, y tampoco se han pronunciado en contra de los llamamientos del CICR hacia la comunidad internacional en este sentido, lo que indicaría un reconocimiento de la existencia de una obligación por hacer respetar el DIH.⁴²

Finalmente, algunos autores han argumentado que esta interpretación parece respaldada por el principio *ut res magis valeat quam pereat* o del *effét utile*, a través del cual, en caso de duda, es razonable optar por una interpretación que otorgue sentido a la disposición de un tratado y no una que le reste sentido, en el entendido que las partes no la hubieran incorporado en el tratado si no hubiesen tenido la intención de darle un significado.⁴³

c. Pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia

En 1986, en su sentencia sobre el caso “Nicaragua”, la Corte Internacional de Justicia reconoció la obligación negativa de “no fomentar que personas o grupos que participan en el conflicto en Nicaragua cometan actos que violen lo dispuesto en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949”.⁴⁴

⁴⁰ Carlo Focarelli, *op. cit.*, p. 155.

⁴¹ Eve Massingham y Annabel McConnachie, *op. cit.*, p. 3.

⁴² Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 18.

⁴³ Carlo Focarelli, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁴ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua Case (Nicaragua v. United States of America)*, Fondo, Fallo, 27 de junio de 1986, párrafo 220.

La obligación de “no fomentar” también ha sido reconocida de forma expresa por los Estados Parte.⁴⁵

Posteriormente, en 2004, con motivo de la opinión consultiva sobre el muro, la Corte realizó otro pronunciamiento importante en la que hizo referencia a lo que había expresado en su Opinión consultiva de 1996 sobre armas nucleares. En ella, la Corte sostuvo que varias normas del DIH son tan importantes que constituyen “principios del derecho internacional consuetudinario que no pueden ser transgredidos” y que “incorporan obligaciones que revisten por esencia un carácter de *erga omnes*”, agregando que, según el artículo 1o. común a los cuatro Convenios de Ginebra, cada Estado Parte, “independientemente de que sea o no parte en un conflicto específico, tiene la obligación de garantizar que se cumpla con los requisitos de los instrumentos en cuestión”.⁴⁶

En vista de lo anterior, es posible afirmar que, en su opinión sobre el muro de 2004, la Corte adoptó una lectura aún más generosa del artículo 1o. común en comparación con la plasmada en su sentencia de 1986; esta última estableció un “piso” o condiciones mínimas que bastarían para establecer una violación de los deberes del artículo 1o. común, mientras que la opinión consultiva llevó el razonamiento un paso más allá, al sugerir que terceros Estados podrían incluso ser considerados responsables si no toman acción preventiva en contra de las violaciones previsibles del DIH por parte de otros gobiernos.⁴⁷

Cabe resaltar que, en otro caso, la Corte ha confirmado una dimensión de cumplimiento externo en relación con una obligación estructuralmente similar a la contenida en el artículo 1o. común, esta vez relativa a la obligación de *prevenir* el genocidio.⁴⁸ En efecto, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 establece en su artículo 1o. que “[l]as Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”. En el “Caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio”, la Corte determinó que dicha obligación es de comportamiento, es decir, que los Estados están obligados a emplear todos los medios

⁴⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 1”, *op. cit.*, párrafo 158.

⁴⁶ CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Opinión Consultiva, 9 de Julio de 2004, párrs. 157-158.

⁴⁷ Oona A. Hathaway *et al.*, “Ensuring Responsibility: Common Article 1 and State Responsibility for Non-State Actors”, *Texas Law Review*, vol. 95, 2017, pp. 569-571.

⁴⁸ Robin Geiss, *op. cit.*, párr. 18.

razonablemente a su alcance para prevenir el genocidio en la medida de lo posible, volviéndose responsables cuando claramente no toman todas dichas medidas que podrían contribuir a prevenir el genocidio.⁴⁹

d. La expresión “en todas las circunstancias”

Por último, la expresión “en todas circunstancias” indica que las obligaciones de respetar y hacer respetar el DIH se aplican tanto en situaciones de conflicto armado como en tiempo de paz, según la obligación de que se trate, y que la aplicación de los Convenios no depende de la justificación jurídica del conflicto de conformidad con el *jus ad bellum*, por lo que si se cumplen los requisitos para determinar la existencia de un conflicto armado, las normas del DIH deberán ser acatadas, independientemente de la posible desigualdad militar, económica, geográfica, o de otro tipo, que atañe a las partes en conflicto.⁵⁰

En conclusión, considerando lo anterior, no es de sorprendernos que se haya sugerido que el artículo 1o. tiene un significado “cuasi constitucional” en el derecho internacional actual, en vista de su referencia a las normas del DIH, las cuales son consideradas con carácter de *jus cogens*, al abarcar obligaciones *erga omnes* y destinadas a proteger los valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.⁵¹

2. Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra

Tras la experiencia de la Guerra Civil española, la conferencia diplomática de 1949 valoró la importancia de extender la aplicación de ciertos principios humanitarios a las víctimas de los CANIS, mediante el artículo 3 común.⁵² La inclusión del artículo fue capital en la evolución del DIH, ya que representó la primera reglamentación de los conflictos armados no internacionales en un instrumento internacional; de hecho, ha sido considerado como un mini convenio dentro de los Convenios de Ginebra, ya que contiene las normas esenciales expresadas en los Convenios en un formato condensado, haciéndolas aplicables a los CANIS. Por su trascendencia, lo reproducimos íntegramente a continuación:

⁴⁹ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Fondo, Fallo, 26 de mayo de 2007, párrafo 430.

⁵⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 1”, *op. cit.*, párrafos 185-187.

⁵¹ Carlo Focarelli, *op. cit.*, p. 127.

⁵² François Bugnion, *op. cit.*, p. 903.

Artículo 3. 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.

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

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.

Como lo expresa atinadamente el profesor Éric David, por extraño que parezca, el derecho de los conflictos armados no define la realidad que codifica. Si tomamos, por ejemplo, el artículo 2 común o el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, estos textos se refieren a situaciones de “guerra” o de “conflicto armado” sin definir dichos conceptos.⁵³

Para el caso del artículo 3, su texto estipula únicamente que se aplica en el caso de un “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”. No se proporciona más orientación sobre lo que constituye un conflicto de ese tipo y, de

⁵³ Éric David, “Le concept de conflit armé: enjeux et ambiguïtés”, en Vincent Chetail (ed.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 55.

hecho, la cuestión de identificar los conflictos armados que caben dentro de su ámbito de aplicación ha sido a la vez difícil y controvertida.⁵⁴

Como se apuntó con anterioridad, el Protocolo Adicional II es también aplicable a los CANIS, pero a una categoría más reducida de los mismos, ya que de conformidad con su artículo 1o., el conflicto deberá enfrentar las fuerzas armadas de un Estado Parte “y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Por lo tanto, existe un claro contraste en el campo de aplicación material entre el Protocolo Adicional II y el artículo 3 común, lo que conlleva consecuencias importantes y define dos categorías separadas de conflictos armados no internacionales. Así, el artículo 3 común se aplica desde el momento en que se determina la existencia de un conflicto armado no internacional, resultando aplicable a todas las situaciones de CANI, incluidas aquellas también cubiertas por el Protocolo Adicional II, mientras que este último tratado únicamente es aplicable al subconjunto de CANIS que comprende los conflictos que rebasan el umbral en él fijado.⁵⁵

Dado que la mayor parte de los conflictos armados actuales son de carácter no internacional, la definición de un CANI es sumamente importante y delicada, ya que de ella dependerá que se aplique o no el DIH; en cambio, en el caso de los conflictos armados internacionales, todo recurso a la fuerza armada entre Estados es suficiente para que el DIH sea inmediatamente aplicable entre ellos.

A. Travaux préparatoires

Contrariamente a lo que sucedió para el artículo 1o. común, durante la conferencia diplomática de 1949, uno de los temas más controvertidos fue el ámbito de aplicación del artículo 3 común. Esto debido a que varias delegaciones consideraban el concepto de “conflicto armado que no sea de índole internacional” como muy general y vago,⁵⁶ temiendo, entonces, que las reglas plasmadas en aquella disposición pudieran extenderse a cualquier perturbación

⁵⁴ Lindsay Moir, “The concept of non-international armed conflict”, en Andrew Clapham *et al.*, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, párrafo 1.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 6.

⁵⁶ Jean Pictet, *I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952, p. 49.

que ocurriera en sus territorios, como toda forma de anarquía, rebelión e incluso el bandolerismo, interfiriendo así en su capacidad de controlar asuntos de seguridad interior.⁵⁷ Estas preocupaciones relativas a la soberanía ayudan a explicar el umbral más alto para la aplicabilidad del DIH en CANIs que en conflictos armados internacionales.⁵⁸

Al final, la Conferencia no pudo llegar a un acuerdo sobre una definición aceptable de conflicto no internacional, por lo que no quedó especificado su alcance, pero se optó por limitar la aplicación de las normas incluidas en los Convenios de Ginebra, en caso de conflictos internos, únicamente a sus principios básicos. Por otro lado, de los debates que tuvieron lugar en la conferencia diplomática, se puede establecer que, para que una situación pueda ser considerada como ubicándose en el marco del artículo 3 común, deben existir hostilidades de cierta escala o duración, excluyéndose así los actos aislados o esporádicos; sin embargo, los conceptos de escala y duración no están claramente definidos o descritos.⁵⁹

B. *Una primera interpretación*

Los Comentarios de Pictet incluyen una lista de varios “criterios convenientes” para determinar la aplicabilidad del artículo 3 común, basados en las intervenciones y propuestas realizadas por las distintas delegaciones durante la conferencia diplomática, y considerados como útiles para distinguir un conflicto armado genuino de otras situaciones de violencia.⁶⁰

Estos criterios indicativos incluyen que la parte en rebelión contra el gobierno *de jure* cuente con una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos que actúe dentro de un territorio determinado y tenga la capacidad de respetar y hacer respetar el Convenio; que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir a las fuerzas militares regulares para enfrentar los insurgentes organizados como militares y que se encuentren en control de una parte del territorio nacional; que el gobierno *de jure* haya reconocido a los insurgentes como beligerantes o que haya reclamado para sí mismo los derechos de un beligerante, o conferido a los insurgentes el

⁵⁷ Tatiana Londoño-Camargo, “The Scope of Application of International Humanitarian Law to Non-international Armed Conflicts”, *Universitas*, núm. 130, 2015, p. 213.

⁵⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 3”, párrafo 417, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>.

⁵⁹ Tatiana Londoño-Camargo, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁰ Jean Pictet, *op. cit.*, pp. 49-50.

reconocimiento como beligerantes solo para los fines del Convenio, o que la disputa haya sido admitida en la agenda del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas por considerarse una amenaza a la paz internacional, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión; que los insurgentes cuenten con una organización que pretenda tener las características de un Estado, que la autoridad civil de los insurgentes ejerza autoridad *de facto* sobre las personas dentro de un territorio determinado, que las fuerzas armadas actúen bajo la dirección de la autoridad civil organizada y estén dispuestas a observar las leyes comunes de la guerra y que la autoridad civil de los insurgentes acepte estar obligada por las disposiciones del Convenio.⁶¹

C. La fórmula *Tadic*

Tuvieron que pasar algunas décadas para que se volviera a avanzar en una aclaración del concepto de *conflicto armado*, esta vez jurisprudencial, gracias a los pronunciamientos de los tribunales penales *ad hoc* creados por la ONU. Así, en los años 1990, diferentes sentencias de los Tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia realizaron una importante contribución al esclarecimiento de la definición o de los criterios constitutivos de los CANIs, ya que, de acuerdo con los Estatutos que regulan su trabajo, para estar en posibilidades de ejercer su jurisdicción sobre las infracciones graves al DIH y otros crímenes de guerra tuvieron que determinar si las situaciones en las que presuntamente se habían cometido dichas conductas constituían conflictos armados y, de ser así, si eran de carácter internacional o no.

En este sentido, el caso *Tadic*, ha sido considerado particularmente paradigmático.⁶² En la decisión que adoptó en 1995 relativa a la jurisdicción en dicho caso, la Sala de Apelaciones del Tribunal para la ex Yugoslavia consideró que estaremos en presencia de un CANI “cada vez que hay violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado”.⁶³ En el mismo caso en 1997, en la sentencia en primera instancia, el Tribunal desarrolló un

⁶¹ *Idem.*

⁶² Sarah M. H. Nouwen y Michael A. Becker, “Tadic v Prosecutor: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 1995”, Paper No. 17/2017, University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series, 2017, p. 16, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2946821.

⁶³ Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, *Tadic Case*, Decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párrafo 70.

poco más ese enfoque al establecer 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”.⁶⁴ Estas conclusiones fueron reafirmadas posteriormente en la jurisprudencia del mismo Tribunal, así como la del Tribunal para Ruanda y de la Corte Penal Internacional.⁶⁵

De esta suerte, es posible apuntar que, de los criterios enumerados en los comentarios de Pictet, dos son hoy ampliamente reconocidos como los más pertinentes para determinar la existencia de un CANI: que la violencia tiene que haber alcanzado cierta intensidad, y la existencia de una oposición de al menos dos partes o grupos armados organizados.⁶⁶ Es importante aclarar que el test relativo a la organización y el correspondiente a la intensidad deben por supuesto ser aplicados a cada parte involucrada en las hostilidades que tienen lugar en un territorio dado, en efecto, en varios países coexisten distintos CANIs.⁶⁷

Veamos entonces estos dos elementos, cuya existencia debe comprobarse de forma acumulativa para poder confirmar la existencia de un CANI.

a. Criterio de organización

Para evaluar el nivel de organización requerido de los grupos armados no estatales, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia identificó algunos factores indicativos entre los cuales encontramos una estructura de mando, así como reglas y mecanismos disciplinarios dentro de dicho grupo; la existencia de un cuartel general; su capacidad de hablar con una sola voz y negociar y celebrar acuerdos; el hecho de que el grupo controle cierto territorio; la capacidad del grupo para tener acceso a armas y materiales militares, reclutar nuevos integrantes y llevar a cabo entrenamientos militares; y su capacidad de planificar, coordinar y realizar operaciones militares así como definir una

⁶⁴ Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Tadić Case*, Fallo en primera instancia, 1997, párrafo 562.

⁶⁵ Véase, entre otros, Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Limaj Case*, fallo en primera instancia, 2005, párrafo 84, y *Boškoski and Tarčulovski Case*, fallo en primera instancia, 2008, párrafo 175; Tribunal Penal para Ruanda, *Akayesu Case*, fallo en primera instancia, 1998, párrafos 619-620, y *Rutaganda Case*, fallo en primera instancia, 1999, párrafos 91-92.

⁶⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario actualizado 2016, “Article 3”, *op. cit.*, párrafo 421.

⁶⁷ En este sentido, véase José Serralvo, “Clasificación de conflictos armados en Colombia”, *Anuario iberoamericano sobre derecho internacional humanitario*, vol. I, 2020, <https://www.unisabana.edu.co/programas/unidades-academicas/facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/anuariodih/articulos/clasificacion-de-conflictos-armados-en-colombia/>.

estrategia militar unificada.⁶⁸ Cabe aclarar que ninguno de ellos, en sí mismo, es esencial para determinar si se ha reunido el criterio. Sin embargo, parece existir un consenso general de que el nivel de organización debería permitir a las partes llevar a cabo las obligaciones impuestas por el artículo 3 común y, generalmente, respetar el DIH.⁶⁹

b. Criterio de intensidad

En cuanto a los factores ligados a la intensidad identificados por el Tribunal penal para la ex Yugoslavia, podemos citar: la gravedad de los ataques y el posible incremento de los enfrentamientos armados, su propagación por el territorio y durante un tiempo, un aumento en el número de fuerzas gubernamentales involucradas, la distribución de las armas entre las partes en conflicto, así como si el conflicto ha llamado la atención del Consejo de Seguridad de la ONU; el número de civiles obligados a huir de las zonas de combate; el bloqueo o el sitio de ciudades y el bombardeo sostenido de éstas 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; el tipo de armas empleadas, en particular el empleo de armas pesadas y otro material militar, como tanques y otros vehículos pesados; la ocupación de territorio, pueblos y ciudades; las órdenes y los acuerdos de cese de las hostilidades; y la intervención de organizaciones internacionales para negociar y aplicar dichos acuerdos.⁷⁰

Por otro lado, 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 establecer la existencia de un CANI. Prácticamente, podemos decir al respecto que la duración es un elemento más apropiado para evaluar la intensidad de los enfrentamientos armados: las hostilidades de una duración breve pueden alcanzar el nivel de intensidad de un CANI si, en un caso en particular,

⁶⁸ Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Haradinaj Case*, fallo en primera instancia, 2008, párrafo 60; *Boškoshi and Tarčulovski Case*, *op. cit.*, párrafos 199-203; y *Case Limaj*, *op. cit.*, párrafos 94-134. En cuanto a la Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, fallo en primera instancia, 2012, párrafo 537; *Katanga Case*, fallo en primera instancia, 2014, párrafo 1186; y *Bemba Case*, fallo en primera instancia, 2016, párrafos 134-136.

⁶⁹ Lindsay Moir, *op. cit.*, párrafo 36.

⁷⁰ Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Boškoshi and Tarčulovski Case*, *op. cit.*, párrafo 177, *Haradinaj Case*, *op. cit.*, párrafos 49 y 90-99, y *Limaj Case*, *op. cit.*, párrafos 90 y 135-170. Asimismo, Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, *op. cit.*, párrafo 538; *Katanga Case*, *op. cit.*, párrafo 1187; y *Bemba Case*, *op. cit.*, párrafos 137-141.

existen otros indicadores de hostilidades de una intensidad suficiente como para llegar a esa conclusión.⁷¹ Sobre el tema, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia ha apuntado que la duración de los enfrentamientos armados no debe desestimarse cuando se evalúa el nivel de intensidad de un CANI, ya que los dos criterios se encuentran íntimamente ligados y deberán considerarse a la luz de la evidencia particular disponible, y caso por caso.⁷²

Con la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998, el cual en su artículo 8, inciso 2f, refiere a *conflictos armados prolongados*, se planteó también una cuestión acerca de si esa disposición creaba un tipo distinto de CANI, quizás intermedio entre el del artículo 3 común y el previsto en el Protocolo adicional II. Otros consideraron que dicha nomenclatura había servido a fin de evitar la inclusión del criterio restrictivo del Protocolo adicional II en el Estatuto de la Corte y así ofrecer a los Estados una fórmula intermedia inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia. Esta controversia parece haber sido despejada con los primeros fallos de la Corte;⁷³ por ejemplo, en el caso “Lubanga”, ésta determinó que para establecer la existencia de un CANI, el fiscal debe probar que los grupos armados cuentan con un grado de organización suficiente para permitirles mantener enfrentamientos armados prolongados.⁷⁴ Las salas de primera instancia no consideraron los requisitos de que un grupo armado tuviera control de una parte del territorio o estuviera bajo la responsabilidad de un mando responsable planteados por el artículo 1, inciso 1, del Protocolo adicional II; asimismo, el artículo 8, inciso 2f, especifica que la violencia no debe ser esporádica o aislada, tomaron en cuenta la intensidad del conflicto armado.⁷⁵ Al evaluar dicho criterio, la Corte ha recurrido a factores similares a los empleados por las salas de primera instancia del tribunal penal para la ex Yugoslavia, lo que demuestra que no queda respaldada la idea de la creación de un nuevo tipo de CANI, y que la intensidad de las hostilidades armadas y el carácter organizado de los grupos armados son los criterios que necesariamente definen todo CANI.⁷⁶

⁷¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 3”, *op. cit.*, párrafos 438-439.

⁷² Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Boškoski and Tarčulovski Case*, *op. cit.*, párrafo 175.

⁷³ Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, *op. cit.*, párrafos 534-538, y *Katanga Case*, *op. cit.*, párrafos 1183-1187.

⁷⁴ Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, *op. cit.*, párrafo 536; *Katanga Case*, *op. cit.*, párrafo 1185; y *Bemba Case*, *op. cit.*, párrafos 134-136.

⁷⁵ Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, *op. cit.*, párrafo 538; *Katanga Case*, *op. cit.*, párrafo 1187; y *Bemba Case*, *op. cit.*, párrafos 138-140.

⁷⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 3”, *op. cit.*, párrafo 444.

Por lo tanto, las únicas distinciones que caben reconocer son las que se presentan, por un lado, entre un conflicto armado internacional y uno no internacional y, por el otro, entre un CANI y los disturbios y las tensiones internas; este último umbral es el que debe cruzarse para que resulten aplicables las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a los CANIs.⁷⁷

IV. CONCLUSIÓN

La interpretación que se ha hecho de los Convenios de Ginebra desde su adopción, sin duda, ha resultado benéfica, por su fomento al avance notorio en el desarrollo del DIH. Establecer, por ejemplo, que hoy en día es claramente inadmisibles ignorar las violaciones de las disposiciones fundamentales del DIH, independientemente de dónde ocurran, y que todos los Estados Parte en los Convenios de Ginebra comparten un interés común en el cumplimiento de dichos mandamientos.⁷⁸

Interpretar no es, sin embargo, una tarea sencilla y en el primer caso estudiado aquí, quedan algunas dudas sin resolver; por ejemplo, si el artículo 1o. común otorga una obligación o un poder discrecional de tomar medidas en contra de posibles Estados transgresores, y en qué podrían consistir dichas medidas;⁷⁹ asimismo, considerando que los Estados tienen la obligación de garantizar el respeto de los Convenios, una interpretación estricta nos llevaría a determinar que todos los Estados tendrían la obligación de reaccionar constantemente a cada una de las violaciones cometidas por transgresores externos, incluidas las ocurridas en tiempo de paz, a cada una de las distintas disposiciones de los Convenios de Ginebra, por lo que el hecho de no reaccionar ante tales infracciones pondría a casi todos los Estados en una situación de violación constante de sus obligaciones de hacer respetar.⁸⁰ En el caso del segundo ejemplo, a pesar de la utilidad de los criterios identificados para comprobar la existencia de un CANI, cabe reconocer que su puesta en práctica no siempre resulta sencilla en la praxis, en vista de la creciente complejidad de los conflictos armados en los que, a veces algunas partes se fracturan y se multiplican, y nuevas partes intervienen en conflictos en curso.⁸¹

⁷⁷ Lindsay Moir, *op. cit.*, párrafo 10.

⁷⁸ Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 44.

⁷⁹ Carlo Focarelli, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁸⁰ Véase, en este sentido, Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 22, y Carlo Focarelli, *op. cit.*, pp. 170-171.

⁸¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, Ginebra, CICR, 2015, p. 6, <https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados>.

Por otro lado, es necesario notar que, en ocasiones, los ejercicios de interpretación han sido poco afortunados y han dado lugar a nutridas críticas. Este ha sido el caso en la decisión del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia que optó por interpretar el artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra —el cual versa sobre el concepto de persona protegida e indica que, para poder beneficiarse de las disposiciones correspondientes, una persona protegida no puede tener la misma nacionalidad que la de la Potencia que ejerce el poder en su contra— de tal manera que cubriera la categoría más amplia posible de personas, independientemente de su nacionalidad; ello en vista de que algunas personas cuyos derechos habían sido violados ostentaban la misma nacionalidad que la de sus verdugos. Esta interpretación teleológica ha sido considerada como habiendo estirado excesivamente las reglas aceptables de interpretación, generando así varios problemas prácticos.⁸²

Independientemente de estos escollos, parece evidente que la interpretación de los Convenios de Ginebra es útil y necesaria si queremos que la protección tan importante que ofrece el derecho internacional humanitario siga a la altura de las necesidades de los millones de individuos afectados por los conflictos armados contemporáneos.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

CONDORELLI, Luigi y Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, “Quelques remarques à propos de l’obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’”, en Christophe SWINARSKI, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984.

DAVID, Éric, “Le concept de conflit armé: enjeux et ambiguïtés”, en Vincent CHETAIL (ed.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruselas, Bruylant, 2013.

⁸² Marco Sassòli y Julia Grignon, “Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit international humanitaire”, en Abdelwahab Biad y Paul Tavernier (eds.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruselas, Bruylant, 2012, pp. 148-50; en el mismo sentido: Alessandra Spadaro, “International Humanitarian Law in the Jurisprudence of International Criminal Tribunals and Courts”, en Dražan Djukić y Niccolò Pons (eds.), *The Companion to International Humanitarian Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2018, pp. 143-144.

- GEISS, Robin, “The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions”, en Andrew CLAPHAM *et al.*, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- GEISS, Robin y Andreas ZIMMERMANN, “The International Committee of the Red Cross: A Unique Actor in the Field of International Humanitarian Law Creation and Progressive Development”, en Robin GEISS *et al.* (eds.), *Humanizing the Laws of War. The Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ICRC-Cambridge University Press, Ginebra, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm>.
- LE BOUTHILLIER, Yves, “Article 32”, en Olivier CORTEN y Pierre KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- MASSINGHAM, Eve y Annabel MCCONNACHIE, “Common Article 1: An Introduction”, en Eve MASSINGHAM y Annabel MCCONNACHIE (eds.), *Ensuring Respect for International Humanitarian Law*, Nueva York, Routledge, 2021.
- MELZER, Nils, *Derecho internacional humanitario: una introducción integral*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019.
- MOIR, Lindsay, “The concept of non-international armed conflict”, en Andrew CLAPHAM *et al.* (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- PICTET, Jean, *I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952.
- PINTO, Mónica, “La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en Gabriel VALLADARES (comp.), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos*, núm. 78, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.
- REUTER, Paul, *Introduction au droit des traités*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1995.
- SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3a. ed., Lima, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012.
- SASSÒLI, Marco y Julia GRIGNON, “Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit interna-

tionnal humanitaire”, en Abdelwahab BIAD y Paul TAVERNIER (eds.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXIe siècle*, Bruselas, Bruylant, 2012.

SOREL, Jean-Marc y Valérie BORÉ EVENO, “Article 31”, en Olivier CORTEN y Pierre KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

SPADARO, Alessandra, “International Humanitarian Law in the Jurisprudence of International Criminal Tribunals and Courts”, en Dražan DJUKIĆ y Niccolò PONS (eds.), *The Companion to International Humanitarian Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2018.

2. Artículos

BARTELS, Rogier, “The Classification of Armed Conflicts by International Criminal Courts and Tribunals”, *International Criminal Law Review*, 2020.

BUGNION, François, “Droit de Genève et droit de La Haye”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 83, núm. 844, https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/irrc_844_001_bugnion.pdf.

CAMERON, Lindsey *et al.*, “The Updated Commentary on the First Geneva Convention. A New Tool for Generating Respect for International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 97, núm. 900, 2015, <https://www.icrc.org/en/international-review/evolution-warfare>.

DEVILLARD, Alexandre, “L’obligation de faire respecter le droit international humanitaire: l’article 1 commun aux *Conventions de Genève* et à leur premier *Protocole additionnel*, fondement d’un droit international humanitaire de coopération?”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 20.2, 2007.

DÖRMANN, Knut y José SERRALVO, “Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, núms. 895/896, 2014.

FOCARELLI, Carlo, “Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 1, 2010.

HATHAWAY, Oona A. *et al.*, “Ensuring Responsibility: Common Article 1 and State Responsibility for Non-State Actors”, *Texas Law Review*, vol. 95, 2017.

HENCKAERTS, Jean-Marie, “Adapter les Commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels au XXIe siècle”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, 2012/4.

- LONDOÑO-CAMARGO, Tatiana, “The Scope of Application of International Humanitarian Law to Non-international Armed Conflicts”, *Vniversitas*, núm. 130, 2015.
- NOUWEN, Sarah M. H. y Michael A. BECKER, “Tadic v Prosecutor: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 1995”, Paper No. 17/2017, University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2946821.
- SERRALVO, José, “Clasificación de conflictos armados en Colombia”, *Anuario iberoamericano sobre derecho internacional humanitario*, vol. I, 2020, <https://www.unisabana.edu.co/programas/unidades-academicas/facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/anuariodih/articulos/clasificacion-de-conflictos-armados-en-colombia/>.
- SLOCUM, Brian G. y Jarrod WONG, “The Vienna Convention and the Ordinary Meaning of International Law”, *Yale Journal of International Law*, vol. 46, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3556892.
- TABAK, Shana, “Ambivalent Enforcement: International Humanitarian Law at Human Rights Tribunals”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 37, verano 2016.
- ZYCH, Tomasz, “The Scope of the Obligation to Respect and to Ensure Respect for International Humanitarian Law”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 27, 2009.