

## CAPÍTULO CUARTO

### ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN REFERENTE A CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

I. Ámbito de aplicación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra . . . . .	99
II. Ámbito de aplicación material del Protocolo Adicional II . . . . .	103
1. Que el enfrentamiento armado se lleve a cabo dentro de las fronteras del Estado . . . . .	105
2. Que el enfrentamiento sea entre las fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados . . . . .	105
3. Bajo la dirección de un mando responsable . . . . .	107
4. Que ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II . . . . .	107
III. Ámbito de aplicación personal del Protocolo Adicional II . . . . .	109
IV. Ámbito de aplicación temporal del Protocolo Adicional II . . . . .	112
V. Ámbito de aplicación espacial del Protocolo Adicional II . . . . .	113

## CAPÍTULO CUARTO

### ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN REFERENTE A CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

#### I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 COMÚN A LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra es la norma mínima aplicable en situaciones de conflictos armados no internacionales. Es un precepto amplio que busca incluir todo el espectro de situaciones de violencia interna posibles, por ello, no establece definición alguna de este tipo de enfrentamientos, precisamente para no limitar su ámbito de aplicación. Esta disposición contiene una serie de recomendaciones y prohibiciones mínimas aplicables en conflictos internos; dentro de las recomendaciones podemos mencionar: *a)* que las personas que no participen directamente en las hostilidades sean tratadas con humanidad, sin distinción de raza, color, religión, creencia, sexo, fortuna o cualquiera otro análogo; *b)* recoger y asistir a los heridos y enfermos; *c)* que un organismo imparcial, como el CICR, pueda ofrecer sus servicios de asistencia a las partes en conflicto; *d)* que las partes en conflicto hagan lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, las normas restantes de los Convenios de Ginebra u otros tratados o convenios que complementen al artículo 3 común en cuanto a su finalidad de protección y trato humanitario de los afectados por estos conflictos.

En cuanto a las prohibiciones encontramos las siguientes: *a)* la discriminación; *b)* los atentados contra la vida y la integridad cor-

poral como: el homicidio en todas sus formas; las mutilaciones; los tratos crueles; la tortura y los suplicios; *c)* la toma de rehenes con cualquier propósito y de cualquier extracción social y condición; *d)* los atentados contra la dignidad personal, como los tratos humillantes y degradantes; *e)* las condenas dictadas y ejecutadas sin previo juicio, ante un tribunal legítimamente constituido y con el goce y respeto de las garantías fundamentales y judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados, que no son otra cosa que las normas mínimas de protección de la persona humana en cualquier situación y bajo cualquier circunstancia.

Sin embargo, a diferencia de lo que en un principio se pretendió con la elaboración del artículo 3 común, que era la de abarcar a toda la serie de conflictos armados internos posibles —llámense guerras civiles, insurrecciones, rebeldía, revolución, motines, etcétera—, surgió el problema de definir el umbral de aplicación de este artículo; es decir, ¿el artículo 3 común incluía las formas más reducidas de violencia, las alteraciones del orden público, todas las formas de oposición al gobierno de un Estado constituían un conflicto armado interno, no importando la intensidad de la violencia o la duración? Debido a este cuestionamiento, empezó a definirse los ámbitos, las condiciones y el momento en el que esta disposición comenzaría a aplicarse.

Para comenzar el estudio de los ámbitos de aplicación del artículo 3 común iniciemos definiendo las características mínimas con las que debe contar un conflicto armado interno para ser considerado por el artículo 3 común como tal; éstas son: debe ser “un conflicto armado”, es decir, debe existir una situación de enfrentamiento, de combate, de lucha y hostilidad abierta y directa entre fuerzas armadas con cierta organización<sup>135</sup> —esta situación de enfrentamiento armado directo y abierto puede presentarse,

<sup>135</sup> Véase Suárez Leoz, David, “Los conflictos armados internos”, en Rodríguez, Villasante y Prieto (coords.), *Derecho internacional humanitario*, cit., nota 71, pp. 461 y 462.

sin duda alguna, en un disturbio interior o en una asonada, por ejemplo—. Este artículo será aplicable a todos los conflictos armados desde el momento mismo de su nacimiento, es decir, desde el instante en que se conoce la insurrección o el levantamiento en armas y hasta que las hostilidades finalicen y se llegue a instaurar la ley y el orden nuevamente.

No obstante lo anterior, sigue sin definirse y esclarecerse cuándo un enfrentamiento armado puede ser considerado por el artículo 3 común como un conflicto armado interno. Para ello mencionaremos algunos comentarios que se realizaron en la Conferencia de expertos de 1971-1972 respecto al ámbito de aplicación material del Protocolo Adicional II; el CICR consideró que no debían incluirse los actos de motines, tensiones internas, disturbios interiores, las asonadas, los actos de violencia esporádica, entre otros, dentro de la expresión “conflictos armados internos” porque éstos pertenecían al catálogo de crímenes y delitos del derecho común; es decir, éstos ya estaban previstos y sancionados por los códigos penales, lo cual inhibe y hace poco práctica la aplicación del artículo 3 común.<sup>136</sup> Por esa razón, el artículo 1o. del Protocolo Adicional II prescribe expresamente que: “1.2 El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

No obstante, recordemos que el Protocolo Adicional II sólo *desarrolla y completa* al artículo 3 común, no lo modifica; por tanto, no puede restringir ni alterar las condiciones de aplicación de esta última disposición. Por ello considero, aun en contra de la definición otorgada por el Protocolo Adicional II, que estas situaciones excluidas por este documento pueden ser acogidas e incluidas por el artículo 3 común, incluso considerando que éstas

<sup>136</sup> Cfr. *Comentarios a los Proyectos de Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR, CDDH/3, Ginebra, octubre de 1973, p. 138.

ya se encuentren tipificadas y sancionadas en los códigos penales de cada Estado, porque el mencionado artículo no busca quitarle al Estado la posibilidad de utilizar sus normas para restablecer la paz en su territorio, sino otorgar una mayor y mejor protección; el derecho internacional humanitario busca complementar las normas internas, no derogarlas o inhabilitarlas.

Asimismo, es de suma importancia mencionar que el artículo 3 común, según lo dispuso en su sentencia del 27 de junio de 1986 la Corte Internacional de Justicia, en el caso “Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos de América)”,<sup>137</sup> se convirtió en una norma de carácter consuetudinario que forma parte del *ius cogens*.

El *ius cogens* se encuentra definido en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados y es “...una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.<sup>138</sup> Esto quiere decir que el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra es de aplicación obligatoria para los Estados y para las otras partes de los conflictos, aun cuando estos últimos no hayan participado ni en su elaboración, ni en su ratificación. Como lo explica la Corte Constitucional colombiana, este último criterio responde a que la imperatividad de estas nor-

<sup>137</sup> Véase Sentencia del 27 de junio de 1986, caso Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, emitida por la Corte Internacional de Justicia, Nicaragua vs. United States of America, en: International Court of Justice, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/inus/inus\\_ijudgment/inus\\_ijudgment\\_19860627\\_jurisdiction\\_dissenting\\_Schwebel\\_IV.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/inus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627_jurisdiction_dissenting_Schwebel_IV.pdf).

<sup>138</sup> Véase definición de *ius cogens*, en artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Equipo Nizkor, <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html#PARTE%20III>.

mas no deriva del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario.<sup>139</sup>

A pesar de lo anterior, se ha comentado en un sinnúmero de ocasiones que el artículo 3 común nunca se ha aplicado verdaderamente. Lo que en realidad ha sucedido es que se ha aplicado tardíamente, debido a las dificultades que engendra el reconocimiento por parte del Estado de la existencia de un conflicto armado dentro de su territorio y, por tanto, de la aplicación de las normas humanitarias que a esa situación corresponden. Algunos autores, como Suárez Leoz y Mangas Martín, coinciden cuando mencionan que el artículo 3 común se ha aplicado en el momento en el que las hostilidades entre las partes en conflicto ya han adquirido un cierto nivel de equilibrio. Lo anterior es explicable considerando las razones que las altas partes contratantes aducen cuando llega el momento de poner en práctica este artículo —las cuales ya fueron discutidas en el capítulo anterior— y que, por supuesto, no justifican el retraso en la aplicación de la norma.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL PROTOCOLO ADICIONAL II

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 sin carácter internacional (Protocolo II), fue aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados y entró en vigor el 7 de diciembre de 1978.

El Protocolo Adicional II, como su nombre lo indica, es un instrumento adicional, complementario de los Convenios de Ginebra de 1949; “Esto significa que los Protocolos son aplicables siempre que ya lo sean los Convenios; de tal modo que los crite-

<sup>139</sup> *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

rios de aplicación del Protocolo II a una situación concreta ya habrán presupuesto la aplicabilidad de las normas del artículo 3 común de estos Convenios”.<sup>140</sup> Por eso mismo, el Protocolo Adicional II no puede modificar o derogar nada de lo que el artículo referido prescribe.

El artículo 1o. del Protocolo Adicional II contiene el ámbito de aplicación material de este instrumento internacional; este precepto reza de la siguiente forma:

Artículo 1: Ámbito de aplicación material.

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3o. común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del 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) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.<sup>141</sup>

Este artículo precisa las características que un conflicto armado debe reunir para que le sea aplicado el Protocolo Adicional II; éstas son: a) que el enfrentamiento se lleve a cabo dentro del

<sup>140</sup> Swinarski, Christophe, *op. cit.*, nota 22, p. 37.

<sup>141</sup> Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), en: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, [http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/94\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/94_sp.htm).

territorio de una de las altas partes contratantes; *b*) que el enfrentamiento sea entre las fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados; *c*) que éstos se encuentren bajo la dirección de un mando responsable; y *d*) que ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II.

A continuación, haremos una breve exposición de lo que estas características comprenden.

1. *Que el enfrentamiento armado se lleve a cabo dentro de las fronteras del Estado*

Esta particularidad no necesita muchos detalles, pues como hemos mencionado en capítulos anteriores, cuando el conflicto rebasa las fronteras territoriales de un Estado, éste se convierte en un enfrentamiento de carácter internacional, al que se aplicará otro cuerpo de normas humanitarias —como las normas de los Convenios de Ginebra de 1949, excepto el artículo 3 común, así como el Protocolo Adicional I, entre otras—.

2. *Que el enfrentamiento sea entre las fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados*

Respecto a esta característica tenemos que hacer algunas precisiones. En primer lugar, es necesario que la lucha sea entre el ejército del Estado y el ejército disidente o entre el primero y un grupo (s) armado (s) organizado (s); lo cual deja fuera de este ámbito de aplicación aquellos enfrentamientos entre dos o más grupos rebeldes, los llamados conflictos armados de tercera generación; así por ejemplo, en el conflicto armado interno colombiano, el Protocolo Adicional II se podría aplicar en los combates entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colom-

bia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) y el Ejército colombiano, pero no podría aplicarse en las luchas entre las FARC y el grupo conformado por las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), lo cual nos lleva, nuevamente, a mostrar otro punto débil de este instrumento y, en consecuencia, de las normas humanitarias. Al respecto yo haría tres cuestionamientos: ¿qué no existen víctimas en los enfrentamientos de los grupos armados no regulares?, ¿las personas heridas en combate por estos grupos no deberían gozar de los mismos derechos que se otorgan a los heridos de los enfrentamientos entre la milicia regular y otro grupo?, ¿un ser humano no sufre igual si el enfrentamiento armado es con ejército regular a que si fuera con otro grupo armado?

Swinarski hace otra serie de presiones, él menciona que “Para que haya un conflicto armado, es necesario que existan, al menos, dos partes claramente identificadas que se enfrenten”.<sup>142</sup> Es decir, es claro que los ejércitos pertenecientes al Estado —la milicia regular— cuenta con una alineación y una estructura definida y conocida, pero es necesario, para aplicar el Protocolo Adicional II, que las fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados que luchen contra el ejército regular también estén organizados.

Para dejar más claro este punto, es necesario establecer la diferencia entre unas fuerzas armadas disidentes y otro tipo de grupos armados organizados; el primero de ellos se refiere a una parte de la milicia regular que deja de obedecer al gobierno; disidir significa: “separarse de la común doctrina, creencia o conducta”;<sup>143</sup> mientras que los grupos armados organizados no se separan de la doctrina miliciana porque no forman parte de ella, son grupos que se forman espontáneamente.

Por último, los grupos insurgentes o las fuerzas armadas disidentes deben estar organizados al interior del movimiento. Si bien, no

<sup>142</sup> Swinarski, Christophe, *op. cit.*, nota 1, p. 46.

<sup>143</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*, Espasa, Edición en CD-ROM, 2000.

se considera obligatorio que sea la misma organización que pudiera tener un ejército regular, sí es necesaria la existencia de cierto orden y coordinación dentro del grupo. La organización incluye a las acciones armadas y el establecimiento de jerarquías.

### 3. *Bajo la dirección de un mando responsable*

Esto se refiere específicamente a la necesidad de que exista alguien que imponga la disciplina y el orden en el grupo armado y que asuma la responsabilidad en cuanto a la aplicación correcta del Protocolo Adicional II. Es decir, es necesario que en caso de que las condiciones del Protocolo no se estén cumpliendo o se cumplan mal, se pueda recurrir a una persona o a un grupo de personas que tengan en sus manos la dirección del grupo armado.

### 4. *Que ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II*

Con esta última característica culmina la anterior, me refiero a que para mantener cierto control sobre un territorio y realizar operaciones militares sostenidas y concertadas es necesario que el grupo insurgente o ejército disidente esté organizado y cuente con un mando responsable.

Mantener el control de una parte del territorio significa que es necesario que el grupo armado ejerza dominio absoluto sobre el territorio.<sup>144</sup> Pero ¿cuánto territorio? En la Conferencia Diplomática de 1974-1977 se presentaron varias propuestas al respecto, una mencionaba que debía ser “una parte no despreciable” y

<sup>144</sup> La palabra “control” procede etimológicamente del francés *contrôle*, significa “dominio, mando, preponderancia”, *Diccionario de la Real Academia Española, cit.*, nota 143.

otras que se tratara de “una parte importante del territorio”.<sup>145</sup> Pero esta particularidad encuentra respuesta con la siguiente frase “...un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo”. Por tanto, la amplitud del territorio a dominar —sin importar las medidas en kilómetros o en densidad de población— depende de que éste territorio resulte suficiente para poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y para aplicar las disposiciones del Protocolo II; así por ejemplo, tener un lugar en el que se pueda proporcionar a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten (artículo 4 del Protocolo Adicional II).

Ahora bien, ¿qué debemos entender por operaciones militares? y ¿qué significa que éstas sean sostenidas y concertadas?

Las operaciones militares se conforman por el “...conjunto de acciones militares que, basadas en el movimiento y/o el fuego, tienen un objetivo preciso, de alcance táctico o estratégico”,<sup>146</sup> estas acciones militares pueden ser terrestres, navales, aéreas o una mixtura de éstas. Por lo que se refiere a los calificativos de “sostenidas”<sup>147</sup> y “concertadas”,<sup>148</sup> podemos entender que el primero de ellos se refiere a que las operaciones militares deben mantenerse en el tiempo, es decir, que no sean actos esporádicos, aislados u ocasionales; mientras que por el segundo concepto debemos entender que las operaciones militares deben estar estipuladas, convenidas o preparadas tanto por los grupos armados organizados, como por el ejército regular.

Por último, todas las características antes mencionadas son así requeridas porque —según la voluntad de Conferencia Diplomática en la que se aceptó el Protocolo Adicional II— sólo bajo

<sup>145</sup> Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, *op. cit.*, nota 11, p. 93.

<sup>146</sup> Verri, Pietro, *op. cit.*, nota 74, p. 78.

<sup>147</sup> Del latín *sustinere* y significa, en una de sus acepciones: “mantener, proseguir o defender una proposición”, *Diccionario de la Real Academia Española*, *cit.*, nota 147.

<sup>148</sup> Del latín *concertare* y que significa “pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio”, *ibidem*.

esas condiciones se estará en capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II.

No podemos dejar de mencionar que el segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo II excluye de la definición de conflicto armado interno, aquellas situaciones tales como tensiones internas, disturbios interiores, motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos. Para confirmar lo antes dicho, tanto en párrafos como en capítulos anteriores, hagamos hincapié en que el Protocolo Adicional II sólo desarrolla y completa al artículo 3 común, no puede modificar, ni limitar el ámbito de aplicación del anterior precepto, aunque, *de facto*, se haga. Por su puesto que este párrafo le otorga al Estado una prerrogativa más para no reconocer y no aplicar en este tipo de circunstancias la normatividad humanitaria internacional.

En lo personal considero que estas características, definidas como ámbito de aplicación material del Protocolo Adicional II, no le otorgan a los grupos armados “la infraestructura mínima indispensable”<sup>149</sup> para aplicar la normatividad humanitaria, porque bien pudo haberse elaborado este instrumento internacional con un umbral de aplicación más accesible, no tan elevado e igual se hubiera cubierto la finalidad primordial del derecho internacional humanitario, que es limitar los métodos y medios de hacer la guerra, para evitar un mayor sufrimiento a los seres humanos que se encuentran en estas situaciones.

### III. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL PROTOCOLO ADICIONAL II

El artículo 2 del Protocolo Adicional II prescribe el ámbito personal de aplicación de este instrumento internacional; el artículo dice de la siguiente forma:

<sup>149</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, *op. cit.*, nota 11, p. 95.

Artículo 2: *Ámbito de aplicación personal.*

1. El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante “distinción de carácter desfavorable”), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1.

2. Al fin del conflicto armado, todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquél, así como las que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los artículos 5 y 6 hasta el término de esa privación o restricción de libertad.<sup>150</sup>

Comencemos por destacar que el Protocolo Adicional II reitera el principio de *no discriminación* y prescribe que la igualdad debe ser el denominador común en cuanto al trato de las personas protegidas por este instrumento internacional. Ahora bien, la expresión “distinción de carácter desfavorable” obedece al hecho de que existen distinciones de carácter favorable, por éstas debemos entender que: “son las diferencias de trato que se hacen para tener en cuenta el sufrimiento, el desamparo o la debilidad natural de una persona (niño o anciano, por ejemplo)”.<sup>151</sup> En este ámbito de aplicación también se incluye a los extranjeros, los apátridas y los refugiados.

El segundo punto a considerar, es el referente a que el Protocolo II se aplica a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1, pero ¿quiénes conforman este grupo de personas afectadas?; son específicamente: a) las per-

<sup>150</sup> Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), en: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, [http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/94\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/94_sp.htm).

<sup>151</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, op. cit., nota 11, p. 103.

sonas que no toman parte en las hostilidades; así por ejemplo, la población civil; *b*) los que tomaban y ya no toman parte en las hostilidades; por ejemplo, los heridos y los enfermos en combate; así como los que deciden deponer las armas; y *c*) los que deben cumplir, según lo establece el propio Protocolo II, ciertas reglas de comportamiento con el adversario y con la población civil —lo cual incluye no sólo a las autoridades del Estado, sino también a los insurgentes—; como ejemplo de éstos tenemos al personal sanitario, a los encargados de custodiar a los que han sido privados de la libertad, entre otros.

No podemos pasar por alto que el Protocolo Adicional II nunca hace referencia a los “combatientes”, esto es así porque éste concepto engendra el reconocimiento internacional del derecho legítimo a combatir y éste es únicamente aplicable en conflictos armados internacionales.

En un conflicto armado entre Estados, los combatientes tienen un derecho legítimo de combatir y en caso de caer en poder del enemigo, por rendición o por herida, enfermedad o naufragio, tienen derecho al Estatuto de prisionero de guerra, en virtud del cual no podrán ser juzgados por haber combatido contra tal potencia, sino únicamente en aquellos casos en los que se hayan podido cometer infracciones del derecho internacional humanitario.<sup>152</sup>

En lo que respecta al artículo 3 común, éste solo menciona a “las partes contendientes”.

Dentro de las normas de un Estado es difícil —si no imposible— encontrar el derecho legítimo al combate, porque las personas que se levantan contra el gobierno establecido cometen un ilícito, serán consideradas como delincuentes y los hechos que realicen serán juzgados conforme a las normas internas del Estado; sin embargo, cuando estos hechos delictivos son cometidos

<sup>152</sup> Suárez Leoz, David, “Los conflictos armados internos”, en Rodríguez, Villasante y Prieto (coords.), *Derecho internacional humanitario*, *cit.*, nota 71, p. 466.

en un conflicto armado interno, en el que se aplica el Protocolo Adicional II, y se priva de la libertad a un individuo por realizar hechos ilícitos, se establecen dos disposiciones que lo protegen no sólo durante el conflicto o hasta que éste finalice, sino que esta protección se extenderá hasta que el reo recobre su libertad, aun cuando ya no exista conflicto armado interno; estas disposiciones son los artículos 5 y 6 del Protocolo II.

#### IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DEL PROTOCOLO ADICIONAL II

La entrada en vigor del Protocolo Adicional II la establece el propio artículo 1 y éste momento será cuando se cumplan, objetivamente, los criterios establecidos como ámbito material de aplicación.

La aplicación del Protocolo II cesará, en principio, cuando ya no existan hostilidades. Sin embargo, el artículo 2, párrafo 2, prescribe que: “Al fin del conflicto armado, todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquél, así como las que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los artículos 5 y 6 hasta el término de esa privación o restricción de libertad”.<sup>153</sup>

Como mencionamos en párrafos anteriores, existen dos disposiciones que fungen como garantías penales procesales para aquellos que se encuentran privados de su libertad, así como para los sometidos al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado; nos referimos a los artículos 5 y 6 del Protocolo II. El beneficio de estas disposiciones perdurará en el tiempo, hasta el término de la “privación o restricción de libertad”, esta última expresión incluye todas las situacio-

<sup>153</sup> Véase artículo 2 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

nes posibles de privación o restricción de la libertad; así por ejemplo, la libertad vigilada o el encarcelamiento.

## V. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DEL PROTOCOLO ADICIONAL II

El Protocolo II no establece explícitamente este ámbito de aplicación; es decir, no menciona si las disposiciones de este instrumento internacional se aplicarán sólo en la parte del territorio que se encuentre afectada por los combates —en caso de que así sea— o en la totalidad de éste. Por tanto, este ámbito de aplicación dependerá de la apreciación subjetiva del Estado.

Para finalizar y después de analizar los ámbitos de aplicación de este instrumento internacional, considero que el resultado final del Protocolo Adicional II deja muchas lagunas en la aplicación de la normatividad internacional humanitaria. Me parece que con el afán de proteger la soberanía de las *altas partes contratantes* se logró un documento con un umbral de aplicación material sumamente restringido.

No podemos negar que la realidad ha sobrepasado la aplicación del Protocolo Adicional II, este documento ha degenerado en un catálogo de normas humanitarias básicas, poco práctico y sumamente restrictivo. Además, este instrumento internacional sólo será aplicable en caso de que el Estado lo tenga ratificado; por tanto, cuando un Estado se encuentre en una situación de conflicto armado interno y no tenga ratificado el Protocolo Adicional II, sólo podrá hacer uso de las normas previstas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

Asimismo, concuerdo con la opinión de algunos estudiosos del DIH, como el maestro Elí Rodríguez Martínez; éstas van en el sentido de vislumbrar la posibilidad de que, en algún momento, el Protocolo Adicional II podrá aplicarse en todo lo que *desarrolle* al artículo 3 común, sin la necesidad de que el Estado ratifique el Protocolo; esto basado en el criterio de que dicho

artículo forma parte del *ius cogens*, y su aplicación ya no requiere de ratificaciones, ni de ser parte o no de los Convenios de Ginebra de 1949; en esa medida, todo lo que el Protocolo Adicional II *desarrolle* del artículo 3 común, también deberá ser considerado como *ius cogens*. Es posible que sea ésta la interpretación que deberán adoptar los Tribunales Internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, para salvar y hacer más eficiente la aplicación del Protocolo Adicional II.