

Instituto de Investigaciones Gino Germani
VI Jornadas de Jóvenes Investigadores
10, 11 y 12 de noviembre de 2011

Angelina Guillermina Meza
Abogada UNC (UBA-CONICET)
guilleameza@gmail.com

Eje 3: Protesta y conflicto social. Prácticas de organización y procesos de transformación.

Los efectos de los conflictos armados en los tratados ¿se deben superar las distinciones?

La expresión *conflicto armado* se aplica a diferentes tipos de enfrentamientos. Los conflictos armados internacionales oponen a las fuerzas armadas de, al menos, dos Estados. En el conflicto armado sin carácter internacional se enfrentan, en el territorio de un Estado, las fuerzas armadas regulares con grupos armados identificables o grupos armados entre sí.

Tradicionalmente, el Derecho Internacional Humanitario estableció la distinción entre conflictos armados internacionales y sin carácter internacional. Sin embargo, actualmente se habla de conflictos armados *internos-internacionalizados*, esto es, hostilidades internas que se convierten en internacionales bajo determinadas circunstancias.

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional aprobó –recientemente- el Proyecto de Artículos sobre los Efectos de los conflictos armados en los tratados en el que se adopta una definición amplia de conflicto armado y se regula el régimen aplicable a los efectos de un conflicto armado en las relaciones entre Estados en virtud de un tratado.

Al mismo tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia contribuyó a la reformulación de un nuevo tipo de conflicto armado, esto es, los conflictos armados internos *internacionalizados* en función del control que ejerce el Estado sobre los grupos armados que toman parte en el conflicto. En consecuencia, advertimos que se verifica una tendencia a superar la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos armados sin carácter internacional.

Los efectos de los conflictos armados en los tratados ¿se deben superar las distinciones?

La utopía jurídica

-¿Qué hacen Uds., entonces, cuando hay guerra?

-Preparamos un archivo; nos reunimos, y entregamos a la prensa un comunicado que expresa nuestro profundo dolor.

-Y si la guerra continúa?

-En ese momento aplicamos la mano dura; designamos una comisión, e incluso un subcomité, y rogamos a los beligerantes que detengan la carnicería.

-Y si continúa la guerra?

-Entonces, en vez de un ruego, enviamos una recomendación. Percibe Ud. el matiz? No temo decirlo: una auténtica recomendación.

-Y si la guerra prosigue?

-Entonces formulamos votos; damos la razón al más débil, pero no cargamos de culpas al más fuerte; pedimos a los dos países que declaren solemnemente que no prosiguen una guerra, sino que intentan restaurar el orden; es más apacible. En general, las operaciones militares cesan a la larga. Aceptamos que la parte más fuerte se quede con los territorios que desea, a condición de que no se pronuncie la palabra "anexión". A pesar de lo que dicen los malos periodistas, no somos utópicos.

Albert Cohen, citado por Phillippe DELMAS en *El brillante porvenir de la guerra*.

1. INTRODUCCION

La expresión *conflicto armado* se aplica a diferentes tipos de enfrentamientos. Los conflictos armados internacionales oponen a las fuerzas armadas de, al menos, dos Estados. En el conflicto armado sin carácter internacional se enfrentan, en el territorio de un Estado, las fuerzas armadas regulares con grupos armados identificables o grupos armados entre sí.

Los conflictos armados, en el derecho internacional actual, son un fenómeno constante. En los últimos años, se han presenciado enfrentamientos armados durante la desintegración de la ex Yugoslavia; las atrocidades cometidas en Ruanda por motivos étnicos; los enfrentamientos armados en las fronteras entre la República Democrática del Congo y Burundi; el conflicto entre Georgia y la Federación de Rusia, y Darfur –Sudán– entre otros conflictos.

El Derecho Internacional Humanitario, tradicionalmente, estableció la distinción entre conflictos armados internacionales y sin carácter internacional. Sin embargo, actualmente se advierte la existencia de conflictos armados *internos-internacionalizados*, esto es, hostilidades internas que se convierten en internacionales bajo determinadas circunstancias. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

contribuyó a la formulación de este nuevo tipo de conflicto en función del control que ejerce el Estados sobre los grupos armados organizados.

La distinción entre conflictos armados tiene un particular interés a la luz del Proyecto de Artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobado – recientemente- por la Comisión de Derecho Internacional en el que se adopta una definición amplia de conflicto armado. El artículo 7 del Proyecto señala la “Continuidad de la aplicación de los tratados como resultado de su materia” y para ello elabora una lista indicativa de tratados multilaterales y bilaterales:

“[...] que continúan aplicándose, en todo o en parte, durante un conflicto armado, figura en el anexo al presente proyecto de artículos”. Entre estos tratados pueden identificarse: a) los tratados sobre el derecho de los conflictos armados, incluidos los tratados de derecho internacional humanitario; b) los tratados por los que se declara, crea o regula un régimen o un estatuto permanente o derechos permanentes conexos, incluidos los tratados que establecen o modifican fronteras terrestres y marítimas; c) los tratados multilaterales normativos; d) los tratados en materia de justicia penal internacional; f) los tratados para la protección internacional de los derechos humanos; g) los tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente; l) los tratados relativos a las relaciones diplomáticas y consulares.

De la lectura de los tratados que continúan aplicándose durante un conflicto armado advertimos algunas limitaciones del Proyecto. Las limitaciones comprenden una amplia área temática, sin embargo, nos concentraremos en dos. En primer lugar la distinción, si bien es útil para la vida de las relaciones internacionales de las Partes involucradas, es decir, para la determinación de los tratados que mantienen su vigencia -pese al desarrollo del conflicto- existen otros mecanismos, en el derecho internacional que coadyuvan a la solución de controversias entre los Estados. Entre estos mecanismos se destacan tribunales internacionales con competencia en responsabilidad del Estado y responsabilidad internacional del individuo. En ambos tipos de responsabilidades hay una institucionalización de la protección jurídica a las víctimas de los conflictos armados; esta protección se aplica en virtud del carácter de las normas que amparan valores fundamentales para la comunidad internacional y no como consecuencia de su vigencia para las Partes. Esto se aprecia, especialmente, en la interpretación de la jurisprudencia sobre el sentido y el alcance del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, esto es, los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los

conflictos armados y sus Protocolos Adicionales, I y II de 1977 –aplicables a los conflictos armados internacionales y conflictos armados sin carácter internacional-.

En segundo término, el trabajo entiende que la distinción entre conflictos armados *internacionalizados* atenta contra el principio de la igualdad soberana de los Estados y la estabilidad en las relaciones internacionales. En los conflictos armados internacionales o internos, las Partes involucradas determinan el derecho aplicable. Sin embargo, cómo se reconocerán los conflictos armados *internacionalizados*? Actualmente, la experiencia sobre calificación -no sin cuestionamientos políticos y jurídicos-, surge de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, de los informes del Consejo de Seguridad sobre situaciones que comprenden un peligro para la paz y la seguridad internacionales o su quebrantamiento; de las decisiones del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas; de las decisiones de los Tribunales internacionales *ad hoc*, de Rwanda y de Yugoslavia, -entre otros-, y de los Informes de los Relatores Especiales designados por el Secretario General para tomar conocimiento de las violaciones masivas a los derechos humanos en determinados países.

La estabilidad en las relaciones internacionales, si bien no tiene la naturaleza de un principio del derecho internacional ni el carácter de una norma consuetudinaria, es ampliamente respetada al tomar decisiones que puedan afectar, al mismo tiempo, la igualdad soberana de los Estados y la no intromisión en los asuntos de jurisdicción interna de los Estados. En este punto, entendemos, se debate la historia sin fin del Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados.

2. DESARROLLO

Los sujetos del derecho internacional

En el ordenamiento jurídico internacional son sujetos clásicos los Estados. Los Estados se constituyen en entidades jurídicas en cuanto reúnen los componentes de territorio, población y gobierno. De hecho, no requieren el acto de reconocimiento para constituirse en Estados; por el contrario, aunque necesario al momento del establecimiento de relaciones internacionales, el reconocimiento es un acto unilateral de naturaleza política que sólo depende de la voluntad discrecional de otros Estados.

Asimismo, en el marco de las atrocidades cometidas contra la humanidad a *posteriori* de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial y en el marco de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, el individuo emerge como un nuevo sujeto del derecho internacional con una capacidad limitada a la situación en la que es objeto de protección, esto es, el derecho internacional de los derechos humanos.

El Estado soberano se caracteriza por no depender de ningún otro orden jurídico estatal ni de ningún otro sujeto del derecho internacional; por el contrario, sólo depende de los derechos y obligaciones que en el marco del derecho internacional, él mismo ha generado. Una expresión concreta de la soberanía es la igualdad de los Estados, recogida en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas -ONU (art. 2.1)-, y en la Resolución A/2625 de la Asamblea General de la ONU, del 24 de octubre de 1970, “Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. Esta Resolución identifica los principios del derecho internacional, entre ellos, la igualdad soberana entre los Estados, la integridad territorial y la no intromisión en los asuntos de jurisdicción interna de los Estados¹.

Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) comprende el conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados -internacionales o sin carácter internacional-, y limitan por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer

¹ Resolución A/2625 de la Asamblea General de la ONU, del 24 de octubre de 1970, “Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”:

“[e]l principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”. La Resolución en los párrafos 8 y 9 añade *el deber de todo Estado de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado. Así como también la abstención de todo Estado de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando dichos actos impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”.*

El principio de no intervención en los asuntos de jurisdicción interna de los Estados forma parte del derecho internacional consuetudinario y es corolario del principio de la igualdad soberana de los Estados. DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones del Derecho Internacional*. Madrid. TECNOS, 2009, p. 276.

la guerra de su elección, y protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto².

El DIH señala las obligaciones para todas las Partes en el conflicto; en consecuencia, instaura un sistema de doble responsabilidad por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Es decir, la responsabilidad del Estado –propia del derecho internacional general- y la responsabilidad internacional penal de los individuos que hayan cometido u ordenado cometer crímenes de guerra³. La Parte –un Estado o miembros de las fuerzas armados o grupos armados- en un conflicto que viola las normas del DIH está obligada a cesar en la ilicitud -y a indemnizar, en su caso -, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas. Las normas fundamentales del DIH encuadran en la categoría de obligaciones *erga omnes*⁴ y su violación autoriza a los Estados distintos del Estado directamente lesionado a reclamar la responsabilidad contraída por esa violación. Todos los Estados, aun si no han sido directamente atacados, como víctimas que han sufrido una violación, se han concedido recíprocamente –a través del derecho convencional de hacer respetar este ordenamiento- la facultad de exigir que cese la infracción y de reclamar la responsabilidad del infractor⁵. Pero, además, los individuos deberán responder penalmente por sus conductas.

En el derecho internacional no hay una definición positiva de “conflicto armado”. El artículo 2⁶ común de los cuatro Convenios de Ginebra señala que existen otros conflictos

² El DIH comprende dos ramas. El Derecho de “Ginebra” protege a los militares que dejaron de tomar parte en los combates y a las personas que no participan directamente en las hostilidades, por ejemplo, la población civil. El Derecho de “La Haya” determina los derechos y las obligaciones de los beligerantes en la conducción de las operaciones militares y limita la elección de los medios para perjudicar al enemigo.

³ GUTIERREZ POSSE, H. *Moderno derecho internacional y seguridad colectiva*. Buenos Aires. ZAVALLIA, 1995, p. 373.

⁴ Las obligaciones *erga omnes*, para el derecho internacional, comprenden los deberes que tienen los Estados con la comunidad internacional en su conjunto en virtud de la importancia de los derechos en juego y del bien que se intenta tutelar jurídicamente.

⁵ En relación al alcance de las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general véase los artículos 40 y 41 del Proyecto artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001. Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, señalados a la atención de los gobiernos por la Asamblea General en la Resolución A/56/83. [On line]. En www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 1-396 (agosto 2011).

⁶ Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados. Artículo 2 común a los cuatro Convenios.

Artículo 2 - Aplicación del Convenio

armados además de los “casos de guerra declarada”. De la definición negativa del artículo 1.2 del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977⁷ se sigue que las “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores” no llegan a constituir un conflicto armado. El artículo 8.2.d) y f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) adopta esta definición⁸.

El Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados adopta una definición amplia de conflicto armado, esto es, una situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la fuerza armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados⁹.

La idea de “conflicto armado”¹⁰ presupone el recurso a la fuerza armada entre diferentes actores -estatales o no estatales-. Tradicionalmente, el DIH estableció la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos armados sin carácter

Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.

Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones.

⁷ 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 Adicional II.

Artículo 1. Ámbito de aplicación material

[...] 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.

⁸ Véase Resolución A/CONF.183/9 17 de julio de 1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Artículo 8. Crímenes de guerra

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

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes [...].

⁹ Véase la Resolución A/CN.4/L.777, del 11 de mayo de 2001, relativa a “Efectos de los conflictos armados en los tratados” Título y texto de los artículos del proyecto sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. [On line] en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G11/610/76/PDF/G1161076.pdf?OpenElement> (agosto 2011). También puede consultarse otra definición en VERRI, P., *Diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados*. Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, p. 45. La expresión conflicto armado se aplica a diferentes tipos de enfrentamientos, es decir, a los que pueden producirse entre dos o más entidades estatales; entre una entidad estatal y una entidad no estatal (guerra de liberación nacional); entre una entidad estatal y una facción disidente (conflicto armado sin carácter internacional) y entre dos etnias diversas al interior de una entidad estatal (conflicto armado no internacional).

¹⁰ AMBOS, K. *Temas de Derecho Internacional Penal y Europeo*. Madrid. Marcial Pons, 2006, pp. 326-327.

internacional. La calificación de conflicto determina las normas del DIH que corresponde aplicar¹¹.

Los conflictos armados¹² internacionales oponen a las fuerzas armadas de, al menos, dos Estados, o un pueblo que lucha contra una dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas –artículo 1.2-.

En el conflicto armado sin carácter internacional se enfrentan, en el territorio de un Estado, las fuerzas armadas regulares con grupos armados identificables o grupos armados entre sí. El artículo 3¹³ común a los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados se aplica específicamente en caso de “conflicto que no sea de índole internacional”. Este artículo, aunque no contiene una definición de “conflicto armado”, el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre la base de la práctica de los

¹¹ Para conocer el número de conflictos armados y su evolución puede consultarse HARBOM L., WALLENSTEEN, P., *Armed Conflict and Its International Dimensions, 1946-2004*. *Journal of Peace Research*, [On line], 42, 5. En <http://www.jstor.org/stable/30042372>, 623-635 (agosto 2011). También ERIKSSON, M. y WALLENSTEEN, P., *Armed conflict, 1989-2003*. *Journal of Peace Research*, [On line], 41, 5. En: <http://www.jstor.org/stable/4149617>, 625-636 (agosto 2011). HARBOM L., WALLENSTEEN, P., *Armed Conflict 1989-2006*. *Journal of Peace Research*, [On line], 44, 5. En <http://www.jstor.org/stable/27640570>, 623-634 (agosto 2011).

¹² También pueden consultarse otras definiciones de conflictos armados, entre ellas, véase Pietro VERRI, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2008, p. 46.

¹³ Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949: *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.

Estados identificó algunos criterios: Las Partes en el conflicto deben poseer una organización y una estructura mínima, además de una cadena de mando – identificación-; y el conflicto armado debe presentar un nivel mínimo de intensidad y de duración¹⁴.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se verifica el aumento de los conflictos armados sin carácter internacional, esto significa una disminución de las situaciones en las que dos o más Estados se enfrentan abiertamente para dar lugar a situaciones en las que se oponen en el territorio de un Estado, las autoridades establecidas y sus fuerzas armadas a una parte de la población¹⁵.

En la actualidad se advierte la “internacionalización” de los conflictos armados. Sin embargo, esta calificación no es tan evidente como en los conflictos armados *internacionales y sin carácter internacional*. Por el contrario, la determinación de la *internacionalización* de un conflicto no es tarea sencilla.

Los conflictos armados *internos-internacionalizados* comprenden las hostilidades internas que se convierten en internacionales bajo determinadas circunstancias, tales como,

¹⁴ Las normas del DIH aplicables en este tipo de conflictos dimanar tanto del derecho convencional como del derecho consuetudinario. Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los Conflictos Armados No Internacionales. *Derecho Humanitario, Publicaciones* [On line]. En [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/p0923/\\$File/ICRC_003_0923.PDF](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/p0923/$File/ICRC_003_0923.PDF), 9 (abril 2009).

¹⁵ GUTIERREZ POSSE, op. cit. pp. 349-350. El Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 establece normas de derecho humanitario aplicables a los conflictos entre un Estado y un grupo armado, es decir, que el grupo armado tenga cierta organización y actúe bajo un jefe responsable y que ejerza un control tal sobre una parte del territorio nacional que le permita llevar a cabo operaciones militares continuas y concertadas, y aplicar las normas del Protocolo. También véase GEISS, R., La violencia armada en Estados frágiles: conflictos de baja intensidad, conflictos indirectos, y operaciones esporádicas de aplicación de la ley por parte de terceros. *International Review of the Red Cross*, [On line], N° 873. En <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqqc.htm>, 9 (mayo 2011).

... En el caso *Tadic*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) afirmó que el conflicto armado no internacional definido en el Artículo 3 común se produce cuando existe una situación de violencia armada prolongada entre grupos armados organizados dentro de un Estado. Si bien tomaron el caso *Tadic* como punto de partida, en algunos fallos posteriores del TPIY se ha prestado especial atención a la intensidad de la violencia armada y se ha ahondado en el nivel de organización que se requiere de los grupos armados participantes. En el caso *Limaj*, el TPIY confirmó que “la determinación de la existencia de un conflicto armado se basa exclusivamente en dos criterios: la intensidad del conflicto y la organización de las partes ...”. En la práctica, al considerar cada caso individualmente, puede resultar problemático determinar este umbral (a saber, la intensidad y existencia de una situación de violencia armada prolongada como así también un nivel mínimo cierto de organización de los grupos armados implicados). Sobre todo en situaciones de conflicto en países débiles, en vías de desestructuración o desestructurados, la estructura organizativa de las partes implicadas suele ser bastante básica y el nivel de violencia a veces oscila en torno al umbral de violencia fijado en el Artículo 3 común. (GEISS, 2009, 9).

la guerra entre dos facciones internas respaldadas por Estados diferentes¹⁶; las hostilidades directas entre dos Estados extranjeros que intervienen militarmente en un conflicto armado interno respaldando a grupos enemigos y los enfrentamientos en que se produce una intervención extranjera para apoyar a un grupo rebelde que lucha contra un gobierno establecido¹⁷. La internacionalización acontece si los actos de una de las partes en el conflicto deben atribuirse a un Estado extranjero, es decir, si los individuos o grupos que intervienen en el conflicto son *órganos de facto* de ese Estado. Para ello, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hizo una distinción entre las personas o los grupos bajo el control de un Estado extranjero.

Responsabilidad del Estado y responsabilidad internacional del individuo

El moderno derecho internacional presenta como un elemento central de su evolución la institucionalización del juzgamiento de los sujetos que intervienen en los conflictos armados y la protección jurídica de las víctimas de los conflictos.

El análisis de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos permitirá determinar si es necesario superar la distinción clásica entre conflictos armados. Durante el desarrollo de los conflictos armados se aplican las normas del DIH, las Partes que incumplen o violan estas normas incurren en responsabilidad.

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional¹⁸. En el derecho internacional la responsabilidad es objetiva y se configura por la violación de una obligación internacional¹⁹ atribuida al Estado²⁰. El comportamiento

¹⁶ Véase la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos *Actividades armadas en el territorio del Congo*, 2005; *la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del crimen de Genocidio*, 2007 y *la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Georgia c. Federación de Rusia, CIJ, 2008).

¹⁷ Véase la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU S/RES/1970 del 26 de febrero de 2011 en la que expresa su grave preocupación por la situación en la Jamahiriya Árabe Libia y condena la violencia y el empleo de la fuerza contra civiles. Al mismo tiempo, decide remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional. [On line]. En: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1970%20\(2011\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1970%20(2011)), 1-10 (agosto 2011).

¹⁸ Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, señalados a la atención de los gobiernos por la Asamblea General en la Resolución A/56/83, 2001, p. 43. Disponible en www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Fecha de consulta: 12/08/2007.

¹⁹ Trátase de una obligación según el derecho internacional, sea cual fuere el origen de esa obligación. Las obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional.

calificado como internacionalmente ilícito, primero, resulta atribuible al Estado. Para el derecho internacional, el Estado es una persona jurídica con plena capacidad²¹. La calificación de un hecho ilícito internacional se hace con independencia de su calificación como lícito según el derecho interno del Estado²². Estas situaciones se concretan, en primer lugar cuando el Estado, apoya los hechos –acciones u omisiones- ilícitos contrarios al derecho internacional; y en segundo término cuando el Estado incumple con su obligación de prevenir los actos contrarios al derecho internacional.

La obligación de los Estados de hacer respetar el DIH forma parte de su obligación general de respetar el derecho internacional²³. Los Estados, en virtud de esta obligación, no sólo deben velar para que sus propias fuerzas armadas respeten el DIH, sino también, hacer extensivo el respeto a otras personas o grupos que actúen -de hecho- siguiendo instrucciones o bajo su dirección o control²⁴. Se trata de grupos que actúan *de hecho* en virtud de instrucciones o directivas o que en algún modo *controla* un Estado²⁵, poniendo a su servicio instituciones, poderes, medios económicos o de cualquier otro modo²⁶.

²⁰ REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2007, p. 745.

²¹ Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, señalados a la atención de los gobiernos por la Asamblea General en la Resolución A/56/83. [On line]. En www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 1-396 (agosto 2011).

²² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 27 El derecho interno y la observancia de los tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46”.

²³ El artículo 1 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados establece la obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario “en todas las circunstancias”.

²⁴ HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Volumen I: Normas. Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 560. Las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra también deben observarse “en todas las circunstancias”.

²⁵ GUTIERREZ POSSE, H., « El Estado y sus agentes en la Comisión de Crímenes Internacionales”. *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Córdoba, Dmas-Lerner, 2002, p. 588.

²⁶ El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en un estudio sobre la práctica internacional de los Estados en materia de DIH, registró las normas consuetudinarias aplicables en este ámbito. Así, identificó en la Norma No. 149 el carácter consuetudinario de la responsabilidad de un Estado por las violaciones al derecho internacional que le son imputables, cometidas tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados sin carácter internacional. También véase la interpretación de control efectivo en la jurisprudencia de la CIJ en la materia, en los asuntos de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, (Nicaragua c. Estados Unidos), CIJ, Recueil 1986, y en la Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia), Recueil 2007 y los comentarios al artículo 8 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

La imputabilidad al Estado por la violación de normas imperativas²⁷, es decir, la comisión por el Estado de crímenes internacionales²⁸ compromete su responsabilidad internacional. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece, de manera general, que el respeto de los tratados “*de carácter humanitario*” no está supeditado a su respeto por otros Estados Partes²⁹. Todos los Estados tienen el derecho de exigir el respeto del DIH por las Partes en cualquier conflicto, en virtud de su naturaleza *erga omnes*, esto es, oponible a la comunidad de Estados en su conjunto. Las violaciones graves del DIH constituyen crímenes de guerra³⁰. Esta regla ha sido verificada por la práctica de los Estados y es aplicable a todo tipo de conflicto armado.

Al mismo tiempo, el DIH prevé un régimen de responsabilidad individual aplicable a los jefes militares que ordenen a sus subordinados violar las normas de ese derecho y que no impidan tales violaciones o no las repriman³¹.

²⁷ El concepto de norma imperativa se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), art. 53: *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, 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 admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.* También véase el artículo 26 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado: Cumplimiento de normas imperativas: *“Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”*. Asimismo resultan de particular interés los artículos 40, 41, 48 y 50 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado. Las normas fundamentales del DIH han adquirido al presente el carácter de normas de *ius cogens* en razón de su aceptación y reconocimiento como tales por la comunidad de Estados en su conjunto.

²⁸ Los crímenes internacionales están tipificados en normas de carácter imperativo que, al amparar valores esenciales, generan obligaciones oponibles *erga omnes*, siendo trascendente para la comunidad internacional en su conjunto prevenir, juzgar y sancionar su comisión. Véase GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T. *Elementos de Derecho Internacional Penal*. Buenos Aires. De los Cuatro Vientos, 2006, p. 103.

²⁹ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), artículo 60, párrafo 5:

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 [la violación grave de un tratado bilateral por una de las Partes facultará a la otra Parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente] no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

³⁰ VERRI, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2008, p. 46. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como los Estatutos de Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* de Yugoslavia y Rwanda definen a los crímenes de guerra como “*violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales*” y “*violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional*” que ponen en peligro a personas, bienes protegidos o valores importantes, reconocidos como tales por la comunidad internacional.

³¹ El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra prevé que en los casos de conflictos armados sin carácter internacional, los actos cometidos contra personas que no participen activamente 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, constituyen crímenes de guerra.

Jurisprudencia internacional

El derecho internacional de los conflictos armados se caracteriza por imputar a los individuos la violación de las normas internacionales -crímenes de guerra. La responsabilidad de los individuos coexiste con la responsabilidad del Estado en el plano de las relaciones interestatales.

El grado de control requerido para considerar a determinadas fuerzas paramilitares o grupos organizados y jerárquicamente estructurados³² como *órganos de facto* de un Estado, es relevante para consolidar los criterios de calificación de los conflictos internos *internacionalizados*, esto es, el criterio del control efectivo y el criterio del control global.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia³³ (en adelante TPIY), analizó el criterio necesario para determinar cuándo un conflicto armado interno adquiriría carácter internacional en función de si los participantes en el conflicto actuaban por cuenta de otro Estado. El 15 de julio de 1999, la Cámara de Apelaciones del TPIY³⁴, declaró que una intervención extranjera podía transformar un conflicto armado interno en uno de carácter internacional. Para ello debía concurrir una supervisión general por parte de un gobierno extranjero sobre otro Estado a través de la participación activa de sus tropas en una guerra

HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Volumen I: Normas. Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, pp. 667 y 668. Sobre el tema y especialmente la evolución del derecho internacional penal desde los Tribunales de Nuremberg a los Tribunales Internacionales *ad hoc* véase, MERON, T., Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals. *The American Journal of International Law*, 100, 3. En: <http://www.jstor.org/stable/4091370>, 551-579 (agosto 2011). Y del mismo autor MERON, T., International Criminalization of Internal Atrocities. *The American Journal of International Law*, 89, 3. En: <http://www.jstor.org/stable/2204173>, 554-577 (agosto 2011).

³² GUTIERREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. *Curso General de Derecho Internacional Público*. Madrid. Trotta, 2008, p. 533.

³³ El TPIY tiene competencia para conocer en las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y verifica que las acciones u omisiones hayan tenido lugar en un conflicto armado internacional y que las víctimas sean "*personas protegidas*" en el sentido de los Convenios. Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales son la piedra angular del DIH, es decir el conjunto de normas jurídicas que regulan las formas en que se pueden librar los conflictos armados y que intentan limitar los efectos de éstos. Protegen especialmente a las personas que no participan en las hostilidades (civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias) y a los que ya no pueden seguir participando en las hostilidades (heridos, enfermos, naufragos, prisioneros de guerra). Los Convenios y sus Protocolos establecen que el deber de adoptar medidas para prevenir o poner fin a cualquier infracción de dichos instrumentos. Contienen normas estrictas en relación con las llamadas "infracciones graves". Se debe buscar, enjuiciar o extraditar a los autores de infracciones graves, sea cual sea su nacionalidad. En relación a la clasificación de conflicto armado véase MERON, T. (1998), "Classification of armed conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's fallout", 92, *American Journal of International Law*, 1998, 236-242.

³⁴ Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-A, Judgment, 15/07/1999, párrafos 98-162. El TPIY fue creado por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de la Organización de la ONU.

civil; y el apoyo del gobierno extranjero o de otro Estado a los insurgentes a través de la provisión de fondos o equipamiento. La Cámara consideró que el DIH no brinda un criterio para establecer cuando, un grupo de individuos que actúan bajo el control de un Estado, se constituyen en agentes *de facto*³⁵. Sin embargo, sostuvo que en relación a la conducta de fuerzas armadas, milicias o unidades paramilitares subordinadas, la responsabilidad se imputa a un Estado si éste tiene un control “de carácter general”³⁶.

En síntesis, en el asunto *Tadic*³⁷, el TPIY, entiende que el sentido de pertenencia que determina aplicación de las normas de DIH al conflicto armado interno *internacionalizado*, es el control, en el sentido de *control general*; esto es, cuando el Estado interviene en la organización, coordinación o planificación de las actividades del grupo militar, además de la financiación, la formación y el equipamiento o el apoyo operacional a ese grupo.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, (República Democrática del Congo c. Uganda, 2005), en su sentencia del 19 de diciembre de 2005³⁸, declaró que la República de Uganda -entre otras violaciones-, al llevar a cabo acciones militares contra la República Democrática del Congo en su territorio, ocupando Ituri y prestando un activo apoyo militar, logístico, económico y financiero a las fuerzas irregulares que allí operan, violó el principio de la no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales y el principio de no intervención. Asimismo, declaró que la República de Uganda, en virtud de los actos cometidos por sus fuerzas armadas, que mataron, torturaron y sometieron a otras formas de trato inhumano a la población civil congoleña, destruyeron aldeas y edificios civiles, no distinguieron entre

³⁵ Véase el párrafo 100 de la sentencia.

³⁶ Al respecto, véase los párrafos 120 y 131 de la sentencia. El “control general” se concreta cuando el Estado interviene en la organización, coordinación o planificación de las actividades militares del grupo militar, además de la financiación, la formación y el equipamiento o el apoyo operacional a ese grupo. También, declaró que la obligación de un “control general” no incluye la emisión de órdenes específicas por el Estado ni su dirección en cada operación concreta. La Cámara de Apelaciones destacó que el derecho internacional no siempre requiere el mismo “grado de control” en relación al comportamiento de individuos o grupos armados, para determinar cuándo un individuo que no tiene la condición jurídica de “órgano” para el derecho interno de un Estado pueda ser considerado como *de facto* órgano de ese Estado. Al respecto véase los párrafos 137, 145 y 162 de la sentencia. Véase los párrafos 122-123 de la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY, en la causa *Prosecutor v. Dusko Tadic*, No. IT-94-1-A, sentencia del 15 de julio 1999.

³⁷ Sobre la interpretación del *control general* por parte de la Sala de Apelaciones del TPIY, véase: CASSESE, A. *International Law*. New York. Oxford University Press, 2005, pp. 248-249.

³⁸ Véase el contenido completo de la sentencia en el sitio de la Corte Internacional de Justicia. [On line]. En: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/reports/report_2005-2006.pdf, (junio 2011).

objetivos civiles y militares ni protegieron a la población civil al luchar contra otros combatientes, entrenaron a niños soldados, fomentaron el conflicto étnico y no tomaron medidas para ponerle fin. Además no adoptó medidas -como Potencia ocupante- para respetar y garantizar el respeto de los derechos humanos y el DIH en el distrito de Ituri. Al mismo tiempo, la CIJ declaró que la República Democrática del Congo, en virtud de los actos cometidos por sus fuerzas armadas, que atacaron la Embajada de Uganda en Kinshasa, maltrataron a diplomáticos ugandeses y a otras personas en el local de la Embajada y maltrataron a diplomáticos ugandeses en el Aeropuerto Internacional de Ndjili, y en virtud además de no haber otorgado una protección eficaz a la Embajada y los diplomáticos de Uganda, ni haber impedido que se retiraran archivos y bienes ugandeses del local de la Embajada de Uganda, violó obligaciones que amparan a la República de Uganda conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

En el caso relativo a la Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia, 2007)³⁹ la CIJ al examinar la cuestión de si las masacres cometidas en Srebrenica -de las que ya había determinado que constituían un crimen de genocidio con arreglo al art. II y al apartado a) del artículo III de la *Convención sobre la prevención y la represión del crimen de Genocidio*- eran imputables, total o parcialmente, a Serbia⁴⁰ concluyó que tales actos no habían sido cometidos por órganos de Serbia⁴¹. Al mismo tiempo, examinó si tales actos se habían cometido bajo la dirección o el control de Serbia, y para ello interpretó la noción del “control” del Estado sobre los grupos armados en el sentido de control efectivo. Sostuvo que no era necesario demostrar que las personas -VRS, Ejército de la República de Srpska- que cometieron violaciones al derecho internacional se encontraban, en general, en una relación de “total dependencia” respecto de Serbia⁴². Consideró que debía probarse que actuaron siguiendo instrucciones del Estado de Serbia o bajo su “control efectivo”⁴³. Concluyó que los actos de genocidio en Srebrenica no eran atribuibles a Serbia por cuanto

³⁹ Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia), Recueil 2007, (disponible en www.icj-cij.org), párrafos 379-407.

⁴⁰ La CIJ debía pronunciarse sobre la responsabilidad de Serbia por la ayuda o asistencia proporcionada a la República de Srpska en la comisión del genocidio en la localidad de Srebrenica en Bosnia y Herzegovina.

⁴¹ Véase el párrafo 386 de la sentencia.

⁴² Véase el párrafo 400 de la sentencia.

⁴³ Las críticas relativas a la interpretación de la CIJ sobre la noción de “control” pueden consultarse en CASSESE, A., “The Nicaragua and Tadic Tests revisited in light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *EJIL*, 18, (2007): 1-17.

las personas que los ejecutaron -fuerzas armadas serbio bosnias, miembros del VRS y la República de Srpska- no podían considerarse, al menos en julio de 1995, meros instrumentos de la República Federativa de Yugoslavia⁴⁴ (RFY) carentes de toda autonomía real. Y señaló que debía demostrarse que se ejerció ese “control efectivo” o que se impartieron esas instrucciones respecto de cada operación en la que se produjeron las presuntas violaciones y no de manera general en relación al conjunto de las acciones realizadas por las personas o grupos de personas que cometieron las violaciones –VRS-⁴⁵.

El 14 de julio de 2008, el Fiscal⁴⁶ de la Corte Penal Internacional (CPI) presentó una solicitud de orden de arresto contra el Presidente de Sudán⁴⁷ por la comisión de los delitos de lesa humanidad y de genocidio. La Sala de Cuestiones Preliminares entendió en el asunto como consecuencia de la remisión a la CPI por parte del Consejo de Seguridad (CS) de la ONU, con arreglo al Capítulo VII de la Carta⁴⁸. La Sala de Cuestiones Preliminares en la orden de arresto contra el Presidente Al Bashir, señaló el Jefe de Estado detentaba el

⁴⁴ Al momento de entablarse la demanda, Bosnia y Herzegovina dirigió su acusación contra la República Federativa de Yugoslavia. En el año 2007 -fecha del pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia- el Estado sucesor sería la República de Serbia.

⁴⁵ La Corte Internacional de Justicia señaló que el “control efectivo” se manifiesta cuando un órgano del Estado imparte las instrucciones o directrices que guían la actuación de los autores del hecho ilícito o cuando ejerce un control efectivo sobre la acción en cuyo transcurso se comete el hecho ilícito. Véase el párrafo 406 de la sentencia. La Corte también examinó la doctrina establecida en el fallo *Tadić*, y observó que el criterio del “control global” amplía el ámbito de la responsabilidad del Estado más allá de lo que establece el principio por el que se rige el derecho de la responsabilidad internacional: un Estado es responsable únicamente de su propio comportamiento, es decir, del comportamiento de las personas que por cualquier concepto actúan en su nombre. Por lo tanto, consideró que éstos son los supuestos de los actos realizados por órganos oficiales y también por las personas o entidades que no tienen la consideración formal de órganos oficiales con arreglo al derecho interno pero que se equiparan a los órganos del Estado porque se encuentran en una relación de “total dependencia” respecto del Estado. En consecuencia, aparte de esos casos, el Estado únicamente puede incurrir en responsabilidad por los actos cometidos por personas o grupos de personas -que no sean órganos del Estado ni puedan equipararse a ellos- si tales actos, en el supuesto de que sean internacionalmente ilícitos, le son imputables con arreglo a la norma de derecho internacional consuetudinario enunciada en el artículo 8 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado

⁴⁶ Véase, No. ICC□02/05-01/09, Case The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. [On line]. En <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/icc02050109>, (diciembre 2008).

⁴⁷ Al respecto véase el resultado del referéndum realizado en Sudán el enero de 2011 y el resultado en virtud del cual se acepta la división de Sudán en dos países independientes a partir de julio de 2011, esto es, Sudán del Norte y Sudán del Sur.

⁴⁸ El CS puede remitir a la CPI, las situaciones comprendidas en la categoría de amenazas contra la paz, en relación con las cuales se hayan cometido delitos en el sentido del Estatuto de la CPI (art. 13 (b)). Estatuto de la CPI. Art. 13: Ejercicio de la competencia: “*La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si (...) (b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación, en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes*”.

control absoluto de las acciones llevadas a cabo no sólo por el aparato estatal sino también por la Milicia Janjaweed y sostuvo, asimismo, que tenía pleno conocimiento de que los delitos cometidos bajo sus órdenes en Darfur por las Fuerzas Armadas y la Milicia Janjaweed comprendían parte de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil. La Sala de Apelaciones⁴⁹, en marzo de 2009, determinó que existían motivos razonables para establecer que desde marzo de 2003 hasta por lo menos el 14 de julio de 2008 existió en Darfur un conflicto armado sin carácter internacional en el sentido del apartado f) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la CPI, entre el Gobierno del Sudán y varios grupos armados organizados, en particular el Movimiento y Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés (SLM/A) y el Movimiento Justicia e Igualdad (JEM)⁵⁰.

Finalmente, en el asunto sobre la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*⁵¹ (Georgia c. Federación de Rusia, CIJ, 2008), entre las demandas fundamentales de Georgia, se señalaba la solicitud a la CIJ para que verificara la responsabilidad de la Federación de Rusia por las violaciones graves a sus obligaciones fundamentales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Según Georgia, la Federación de Rusia incumplió las obligaciones derivadas de la Convención durante tres fases distintas de sus intervenciones en Osetia del Sur y Abjasia en el período comprendido entre 1990 y agosto de 2008, Asimismo, manifestó que tales violaciones eran atribuibles a órganos y a agentes estatales y a otras personas y entidades con funciones oficiales, y a las fuerzas separatistas de Osetia del Sur y Abjasia y a otros agentes que seguían sus instrucciones o que estaban bajo la dirección y control de la Federación de Rusia⁵².

Los efectos de los conflictos armados en los tratados

⁴⁹ No. ICC-02/05-01/09, Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir. [On line]. En <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>. (agosto 2011).

⁵⁰ El SLM/A, se dividió en dos facciones, bajo la dirección de dos líderes Minni Manawi y Ab-dal-Wahid respectivamente. Las fuerzas bajo Abd-al-Wahid, operaban en Jebel Marra, zona occidental de Darfur. El JEM fue un movimiento político con un brazo militar.

⁵¹ Corte Internacional de Justicia. Asunto de la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Georgia c. Federación de Rusia, CIJ, 2008). [On line]. En: www.icj-ccj.org, (agosto 2011).

⁵² En este asunto, la CIJ, el 1 de abril de 2011, señaló que más allá del contenido de las violaciones invocadas, las Partes debían agotar los mecanismos de solución de controversias previstos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y, en consecuencia, no tenía jurisdicción para conocer en la disputa.

Los efectos de los conflictos armados en los tratados son sólo una parte del derecho internacional de los tratados⁵³. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados no contempla, entre los supuestos de terminación de los tratados, a los conflictos armados.

Sin embargo, tal como surge la jurisprudencia internacional, la práctica reciente de los Estados revela la aplicabilidad de los tratados multilaterales, especialmente las normas del DIH y del derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto amparan valores fundamentales para la comunidad de Estados en su conjunto tal como ha sido adoptado en el proyecto.

En efecto, el artículo 1 del proyecto de la CDI señala que se aplica a los efectos de un conflicto armado en las relaciones entre Estados en virtud de un tratado⁵⁴. El artículo 2 señala el principio general de que la existencia de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación: a) entre los Estados partes en el conflicto; b) entre un Estado parte en el conflicto y un Estado que no lo sea. Este criterio de la intención es compatible con el principio *pacta sunt servanda* –los tratados se hacen para ser cumplidos–.

Por tanto, si los Estados son los sujetos de derecho internacional capaces de concluir tratados y gozan sin limitaciones del *jus legationis* y del *jus tractandi* o *jus contrahendi*, de todo ello se deriva la operatividad de los efectos de los conflictos armados en los tratados.

Sin embargo, pese a estas atribuciones de los Estados, el artículo 7 del Proyecto de artículos⁵⁵ establece “una lista indicativa de los tratados cuya materia implica que continúan aplicándose, en todo o en parte, durante un conflicto armado”. Entre estos tratados, menciona: a) los tratados sobre el derecho de los conflictos armados, incluidos los tratados de derecho internacional humanitario; b) los tratados por los que se declara, creo o regula un régimen o un estatuto permanente o derechos permanentes conexos, incluidos los

⁵³ Véase sobre el tema a SANTOS VARA, J., “El efecto de los conflictos armados en los tratados” en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVIII, 1, 2006, Madrid, 2007, pp. 147-173.

⁵⁴ Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. Artículo 2. Definiciones. 2.a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular, e incluye los tratados celebrados entre Estados en los que también sean parte organizaciones internacionales.

⁵⁵ Véase la Resolución A/CN.4/L.777 sobre los “Efectos de los conflictos armados en los tratados”, Título y texto de los artículos del proyecto sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura.

tratados que establecen o modifican fronteras terrestres y marítimas; c) los tratados multilaterales normativos; d) los tratados en materia de justicia penal internacional; f) los tratados para la protección internacional de los derechos humanos; g) los tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente; l) los tratados relativos a las relaciones diplomáticas y consulares.

De todo lo cual se deduce, que cada una de las categorías de tratados señaladas en el artículo codifica normas consuetudinarias o han dado origen, a partir de normas convencionales, a prácticas constantes y uniformes con conciencia de obligatoriedad para los Estados que deben observarlas⁵⁶, en función de los bienes jurídicos que amparan, esto es, la vida, la integridad física de los individuos y la estabilidad en las relaciones internacionales.

En los últimos años, la CDI ha señalado que su labor se orienta más que a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional, a la elaboración de directrices u orientaciones relativas a la aplicación del ordenamiento jurídico internacional.

3. Conclusiones

La violación de las normas internacionales que regulan los conflictos armados entraña consecuencias jurídicas que afectan a los Estados y a los individuos.

En esta instancia, para determinar el sentido y el alcance del proyecto de artículos – base de una futura convención internacional- resulta irrelevante el contenido del artículo 7 del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. Muchos de los tratados allí enunciados, comprenden normas consuetudinarias o convencionales, que en el marco del subsistema del derecho internacional de coordinación, cuyo fundamento es la igualdad jurídica de los Estados, generan derechos y obligaciones específicos para los Estados que han manifestado su consentimiento en obligarse por esos tratados. Para las Partes en conflicto, estas normas, también comprenden normas consuetudinarias con el carácter de imperativas para el derecho internacional general y por tanto con carácter vinculante.

⁵⁶ Sobre la interacción normas convencionales y consuetudinarias, esto es, dualidad de fuentes, véase DINSTEIN, Y., “Customary International Law and Treaties”. *Recueil des Cours*, Vol. 322, 2006. Leiden/Boston. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 2007, pp. 247-427, especialmente p. 320.

En el marco de una probable de una historia sin fin no ha de olvidarse que los Estados se vinculan libremente por los tratados que ratifican; no obstante, en los supuestos de controversias derivadas conflictos armados han de decidir, ellos mismos, sobre la continuación de sus relaciones bilaterales o multilaterales. La violación de la igualdad jurídica de los Estados genera inestabilidad en las relaciones internacionales.

Los conflictos armados internos *internacionalizados* aún no han sido codificados, sin embargo, han generado una adaptabilidad del derecho internacional postmoderno. La adaptabilidad comprende la interpretación de las nuevas realidades.

En esta instancia, concluimos que lo importante no es el futuro del Proyecto de artículos ya que probablemente éste adopte dos rumbos, esto es, la vía de una convención internacional en el marco de una conferencia codificadora o, finalmente, que la *opinio juris* de los Estados, contribuya a la formación de una norma consuetudinaria.

Hoy en día, sin embargo, los más de los conflictos armados no son internacionales y nada hace suponer que los protagonistas de un conflicto armado se comporten distintamente de ser calificado como internacional o no internacional en el derecho internacional⁵⁷. GRADITZKY, 1998, 1).

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. *Temas de Derecho Internacional Penal y Europeo*. Madrid. Marcial Pons, 2006.
- CASSESE, A., “The Nicaragua and Tadic Tests revisited in light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *EJIL*, 18, (2007): 1-17.
- CASSESE, A. *International Law*. New York. Oxford University Press, 2005.
- Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, señalados a la atención de los gobiernos por la Asamblea General en la Resolución A/56/83. Disponible en www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Fecha de consulta: 12/08/2007.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Derecho Internacional Humanitario, Respuestas a sus Preguntas*, Suiza, 2003.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones del Derecho Internacional*. Madrid, Tecnos. 2009.
- DINSTEIN, Yoram, “Customary International Law and Treaties”. *Recueil des Cours*, Vol. 322, 2006. Leiden/Boston. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 2007, pp. 247-427.

⁵⁷ GRADITZKY, Thomas, “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* No. 145, marzo de 1998, pp. 31-61.

ERIKSSON, M. y WALLENSTEEN, P., Armed conflict, 1989-2003. *Journal of Peace Research*, [On line], 41, 5. En: <http://www.jstor.org/stable/4149617>, 625-636 (agosto 2011).

GUTIERREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. *Curso General de Derecho Internacional Público*. Madrid. Trotta, 2008.

GUTIERREZ POSSE, H. *Moderno derecho internacional y seguridad colectiva*. Buenos Aires. ZAVALIA, 1995.

GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., «El Estado y sus agentes en la Comisión de Crímenes Internacionales», en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, Dnas-Lerner, 2002.

GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., *Elementos de Derecho Internacional Penal*, De los Cuatro Vientos, Buenos Aires, 2006.

HARBOM L., WALLENSTEEN, P., Armed Conflict and Its International Dimensions, 1946-2004. *Journal of Peace Research*, [On line], 42, 5. En <http://www.jstor.org/stable/30042372>, 623-635 (agosto 2011).

HARBOM L., WALLENSTEEN, P., Armed Conflict 1989-2006. *Journal of Peace Research*, [On line], 44, 5. En <http://www.jstor.org/stable/27640570>, 623-634 (agosto 2011).

HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Volumen I: Normas. Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2007.

SANTOS VARA, Juan, “El efecto de los conflictos armados en los tratados” en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVIII, 1, 2006, Madrid, 2007, pp. 147-173.

SASSOLI, M. y BOUVIER, A. (2006), *How does law Protect in war?*, V. I y II, ICRC, Geneva, 2006.

VERRI, Pietro. (2008), *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2008.