

# LOS CRITERIOS JURIDICOS DE APLICACION MATERIAL DEL PROTOCOLO ADICIONAL II DE 1977

Tathiana Flores Acuña, Ph.D.<sup>(\*)</sup>

## RESUMEN

Los Convenios de Ginebra de 1949 prevén en su artículo 3 la aplicación de disposiciones de carácter humanitario en los conflictos armados de carácter no internacional. En un primer momento, como resultado de esfuerzos de la Comisión Internacional de Derecho Internacional, se elaboró el Protocolo Adicional I de 1977, que se refiere a los conflictos armados de carácter internacional. Posteriormente, el Protocolo Adicional II de 1977, que se refiere a los conflictos armados de carácter no internacional, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1978.

(\*) La autora obtuvo su doctorado en Derecho Internacional en el Instituto Universitario Europeo, sito en Florencia, Italia. En 1994 la casa editorial Kluwer Law International publicó su libro intitulado *La misión de las Naciones Unidas en El Salvador desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario* (The United Nations Mission in El Salvador: A Humanitarian Law Perspective, ISBN 90-411-0123-3). Actualmente es Profesora de Derecho Internacional Público en la Escuela de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional y Presidenta Ejecutiva de la Asociación Costarricense para las Naciones Unidas. Su correo electrónico es: aschram@cariari.ucr.ac.cr.

## SUMARIO:

Abstract

Sumario

1. Introducción
2. Los criterios enunciados en el artículo 1.1 del Protocolo II
3. Conclusiones
4. Bibliografía

## ABSTRACT

Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949 contains provisions regarding due protection of individuals required in non-international armed conflicts. In a later stage, as a result of the interest of the international community, the Protocols Additional to these Conventions came into effect. The Protocol Additional relating to the protection of victims of non-international armed conflicts –better known as Protocol II– provide a larger protection for dissident and regular forces, as well as for the civilian population. The criteria contained in Article 1.1 of the Protocol concerning its material field of application have been considered as being of an objective nature. Nevertheless, many non-international armed conflicts have demonstrated the existence of *de facto* problems in the determination of the fulfillment of the applicability conditions of Protocol II. This study aims to interpret each of these criteria, as well as analyze their “objective” nature and the implications derived from them.

## RESUMEN

Los Convenios de Ginebra de 1949 proveen, en su artículo 3 común, una serie de disposiciones relativas a la protección debida en caso de conflicto armado de carácter no internacional. En un período posterior, y como resultado de esfuerzos de la comunidad internacional, entran en vigor los Protocolos adicionales a dichos convenios. El Protocolo adicional relativo a los conflictos armados de índole no internacional de 1977 –conocido como Protocolo II– tiene dentro de sus objetivos principales otorgar una mayor protección a la población civil, e incluye normas referentes a la protección jurídica y trato de los miembros de las fuerzas disidentes y regulares. Las disposiciones relativas al ámbito de aplicación material del Protocolo –contenidas en el artículo 1 inciso 1– han sido calificadas como criterios de carácter objetivo, no obstante algunos sean de una tal naturaleza que han sido convertidos en obstáculos a la aplicación *de facto* del Protocolo. En este estudio se pretende interpretar cada uno de los criterios jurídicos previstos en el artículo 1.1 así como analizar su carácter objetivo y las implicaciones que de este carácter se derivan.

## 1. INTRODUCCION

La definición de conflicto armado no internacional, así como los criterios objetivos de aplicación material del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949,<sup>(1)</sup> enumerados en el artículo 1.1, fueron las principales causas de discusión durante todo el proceso de elaboración de dicho Protocolo.<sup>(2)</sup> La razón básica de esta situación reside en la oposición de los Estados de normar una situación que, a su entender, entraba en su esfera de poder y de soberanía.<sup>(3)</sup> Con el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, conocido como Protocolo adicional II o Protocolo II, el Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>(4)</sup> buscaba extender los campos de aplicación material y personal del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>(5)</sup> con el fin de ampliar en lo posible, la protección humanitaria en los conflictos armados no internacionales.<sup>(6)</sup>

- (1) Los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 fueron firmados en esa ciudad en el año de 1977 y por ello son conocidos como "Protocolos adicionales de 1977".
- (2) Ver en este sentido, ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, Instituto Henry-Dunant, París, Pédone, 1986, p. 143.
- (3) Para un estudio más profundo sobre las discusiones relativas a los *travaux préparatoires* del Protocolo II, ver entre otros: ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, op. cit., pp. 261-264; BENVENUTTI, Paolo, "Movimenti insurrezionali", en: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, tomo IV, Milán, Giuffrè, 1983, pp. 86-90.
- (4) En adelante el CICR.
- (5) Dichos Convenios de Ginebra de 1949 son cuatro: el primero es el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el segundo es el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero es el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y el cuarto es el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. En adelante entiéndase los Convenios de Ginebra de 1949 o los Convenios de Ginebra.
- (6) Sobre el proyecto de Protocolo II del CICR, ver: ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, op. cit., p. 118 y ss.

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

El resultado de esta dicotomía se refleja en el texto del artículo 1.1 del Protocolo, que enuncia los criterios de aplicación pero que, a pesar de ello, no define parámetros de interpretación precisos. Así, el Protocolo adicional II enuncia en su artículo 1.1 su campo de aplicación material de la siguiente forma: "[el] presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 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".<sup>(7)</sup>

Una adecuada interpretación de los criterios contenidos en el artículo 1.1 requiere el recurso a las fuentes del Derecho internacional contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia —en especial a los principios generales del derecho y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia—,<sup>(8)</sup> así como al estudio de los

- (7) El texto del Protocolo adicional II de 1977, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, artículo 1.1.
- (8) El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enuncia de la siguiente manera las fuentes del Derecho internacional:
  - "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
    - a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
    - b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
    - c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
    - d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar

*travaux préparatoires* del Protocolo II y del espíritu de las disposiciones relativas a su campo de aplicación material.<sup>(9)</sup>

## 2. LOS CRITERIOS ENUNCIADOS EN EL ARTICULO 1.1 DEL PROTOCOLO II

De acuerdo a las disposiciones de este artículo, el Protocolo II es aplicable a un conflicto armado no internacional a partir del momento en el cual los criterios enunciados sean satisfechos. La ausencia, en el sistema del derecho humanitario, de una entidad susceptible de determinar primero, el preciso momento en que un determinado conflicto armado no internacional reúne las condiciones estipuladas en el artículo 1.1 y segundo, el momento a partir del cual el Protocolo II comienza a aplicarse, es causa de ciertas dificultades de orden práctico.<sup>(10)</sup>

---

para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

(9) Un estudio sobre la aplicación práctica de los criterios contenidos en el artículo 1.1 del Protocolo adicional II será publicado en un próximo número de esta revista bajo el título: FLORES ACUÑA, Tathiana, “La aplicación del Protocolo adicional II de 1977 al conflicto armado no internacional en El Salvador”.

(10) Ver en este sentido, FORSYTHE, David P., “Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non International Armed Conflicts”, en: *American Journal of International Law (AJIL)*, 1978, vol. 72, No. 2, abril, 1978, pp. 286-287. En cuanto a la existencia de una entidad en el campo del derecho internacional humanitario responsable de determinar la aplicabilidad del Protocolo II, el grupo de expertos italianos propuso en la Conferencia de Expertos de 1972 abogaron por la inserción del siguiente texto como el nuevo artículo 36(a) del Protocolo adicional en discusión: “[e]l Comité Internacional de la Cruz Roja podrá determinar la existencia de un conflicto que no es de carácter internacional de acuerdo a la definición del artículo 1 del presente Protocolo al emitir una opinión que no tendrá carácter obligatorio” “[t]he International Committee of the Red Cross may determine the existence of a conflict which is not of an international character within the meaning of Article 1 of the present Protocol by issuing an opinion that will not have obligatory import”].

Algunos afirman, en cuanto al problema invocado, que la determinación de la aplicación del Protocolo II le incumbe al gobierno legal.<sup>(11)</sup> Una parte de la doctrina rebate esta posición al sostener que ni el proyecto del CICR, ni el artículo adoptado por *consensus* en la Comisión I prevén en forma expresa que el Protocolo deba aplicarse a condición de que el gobierno legal reconozca la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional en su propio territorio.<sup>(12)</sup>

En relación con el artículo 1.1, en el Comentario de los Protocolos adicionales de 1977 elaborado por el CICR se sostiene que dicho inciso enuncia un cierto número de criterios *objetivos* con el fin de determinar el campo de aplicación del Protocolo y que, por lo tanto, esta aplicación no debe depender de la apreciación de las partes, pues el Protocolo entra en vigor automáticamente desde que las condiciones materiales, tal y como se encuentran definidas en el artículo, se reúnen en una determinada situación. El CICR sostiene que este sistema tiene como

---

Nuestra traducción. Conferencia de expertos representantes de gobiernos de 1972, citado por CIOBANU, Dan, “The Concept and the Determination of the Existence of Armed Conflicts not of an International Character”, en: *Rivista di Diritto Internazionale*, 1975, No. 58, p. 74. En su informe, el Secretario general de las Naciones Unidas sostuvo al respecto: “Interesante como parece, la propuesta de la delegación italiana toca aspectos sensibles, por lo que no sorprende que el mismo CICR no desee asumir dicho papel” [“Attractive as it may be, the Italian proposal touches on sensitive points, and it is not surprising that the ICRC itself does not wish to assume this role”]. Nuestra traducción. Doc. de las Naciones Unidas A/ 8370, 2 setiembre 1971, p. 58.

(11) KOOIJMANS, Peter H., “In the Shadowland between Civil War and Internal Strife: Some Reflections on the Standard-setting Process”, en: *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalsboven*, DELISSEN, A. y TANJA, A. (eds.), Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff, 1991, p. 231, va más allá al afirmar: “a pesar de la notable objetividad de los criterios de aplicabilidad de las disposiciones del Protocolo, su valor operacional depende todavía de la decisión de una de las partes del conflicto” [“in spite of the increased objectivity of the criteria for the applicability of the provisions of the Protocol their operational value is still dependent upon the decision of one of the parties to the conflict”]. Nuestra traducción.

(12) Ver, entre otros, DUPUY, R.J. y LEONETTI A., “La notion de conflit armé à caractère non international”, en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, CASSESE, A. (ed.), Nápoles, Editoriale Scientifica, 1979, p. 267.

finalidad el no hacer depender la protección de las víctimas de los conflictos armados de una decisión arbitraria de las autoridades concernientes, y que es uno de los fundamentos del derecho internacional humanitario que se aplica de igual forma a los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra.<sup>(13)</sup>

Es nuestro criterio que las discusiones doctrinales ulteriores buscan explicar la situación *de facto* relativas a la determinación y reconocimiento, por parte de los Estados, de la aplicación del Protocolo II a los conflictos armados no internacionales que se desarrollan actualmente en el mundo. El marco jurídico de la norma está bien determinado pues el artículo 1.1 enumera una lista de criterios *objetivos* para la aplicación las disposiciones contenidas en el Protocolo II. El problema se presenta en el momento de precisar el carácter "objetivo" de todos los criterios enunciados en el artículo primero, en particular el relativo al control territorial. Analicemos en detalle cada uno de los criterios enumerados.

Con respecto a las partes del conflicto, el Protocolo prevé su aplicación en los casos de insurrección de grupos armados organizados o de fuerzas armadas disidentes contra las fuerzas del Estado. El Protocolo II no es aplicable por tanto en el caso en que varias facciones disidentes se enfrenten sin la intervención de las fuerzas armadas del gobierno.<sup>(14)</sup> En el proyecto preparado por el CICR para ser estudiado en

(13) ["le présent paragraphe énonce un certain nombre de critères objectifs pour déterminer le champ d'application du Protocole. L'application ne doit pas dépendre de l'appréciation des parties. Le Protocole entre en vigueur automatiquement dès que les conditions matérielles, telles que définies par l'article, sont remplies. Ce système, qui a pour but de ne pas faire dépendre la protection des victimes des conflits armés d'une décision arbitraire des autorités concernées, est l'un des fondements du droit international humanitaire et vaut déjà aux articles 2 et 3 commun aux Conventions de 1949"]. Nuestra traducción. SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels de 8 juin 1977 aux Conventions de Genève de 12 août 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1986, p. 1375.

(14) Ver SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., pp. 1375-1376. Ver además, DUPUY, R.J. y LEONETTI A., "La notion de conflit armé à caractère non international", en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 268, en donde se evoca, a partir de La Reunión del Grupo de Expertos, la posibilidad de sustituir el empleo de "fuerzas armadas" por "grupos armados".

la Conferencia internacional, se había previsto esta posibilidad en el caso en que el gobierno hubiese desaparecido o fuese muy débil. La restricción de aplicación del Protocolo II a que las fuerzas armadas gubernamentales constituyan una de las partes del conflicto armado no internacional implicó la no aplicabilidad de las normas contenidas en el Protocolo II al reciente conflicto en Somalia.

En relación con este vacío jurídico del campo de aplicación del Protocolo II citamos la resolución 814 (1993) del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas,<sup>(15)</sup> en la que el Consejo reitera a las partes del conflicto en Somalia su deber de respetar las normas de Derecho humanitario e incluye dentro de éstas a los diversos movimientos y facciones existentes. En esta célebre resolución, el Consejo solicita a estos movimientos y facciones cumplir a cabalidad con los compromisos por ellos adquiridos en dicha materia.<sup>(16)</sup> Es evidente que en esta resolución el Consejo de seguridad refleja una posición innovadora en relación con las características específicas que un conflicto armado no internacional puede presentar en una situación determinada.

#### a. Mando responsable

El criterio relativo al mando responsable tiene como fin principal exigir de las fuerzas disidentes una "cierta organización",<sup>(17)</sup> sin que obligatoriamente requiera la creación de un sistema de organización militar jerárquico similar a aquel de las fuerzas armadas regulares.<sup>(18)</sup> La condición de que exista un cierto grado de disciplina entre las fuerzas rebeldes explica la inclusión del criterio estudiado en el artículo primero, criterio que debe interpretarse siempre tomando en consideración las

(15) Resolución del Consejo de Seguridad 814 (1993) de 26 de marzo de 1993, párr. 8.

(16) Para un análisis más profundo sobre el tema ver FLORES ACUÑA, Tathiana, *The United Nations Mission in El Salvador: A Humanitarian Law Perspective*, La Haya, Kluwer Law International, 1995, pp. 10 y ss.

(17) SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1376.

(18) *Ibid.*

características propias de las fuerzas disidentes.<sup>(19)</sup> El requisito de un mando responsable permite además distinguir la insurrección de un acto de violencia esporádico y sin propósito definido.<sup>(20)</sup>

#### b. Operaciones militares sostenidas y concertadas

El artículo primero enuncia el carácter sostenido y concertado de las operaciones militares como otro de los criterios objetivos de aplicación del Protocolo II.<sup>(21)</sup> La condición de continuidad se opone al carácter “esporádico” de ciertas operaciones militares llevadas a cabo por las fuerzas disidentes. Por otra parte, con el término “concertadas” se hace referencia a “operaciones militares concebidas y preparadas por grupos organizados”.<sup>(22)</sup>

(19) *Ibidem*. Esta posición debe compararse con la siguiente afirmación hecha por el CICR durante las negociaciones en los grupos de trabajo: “dichos grupos armados deben tener una estructura de poder y una organización, y deben por tanto, tener un sistema de distribución de la autoridad y la responsabilidad: deben ser también sujetos un *régimen disciplinario interno*. En consecuencia, la expresión “grupos armados organizados” no implica una diferencia notoria con el grado de organización de las fuerzas armadas regulares” [“such armed groups must be structured and possess organs, and must therefore have a system for allocating authority and responsibility: they must also be subject to rules of *internal discipline*. Consequently the expression “organized armed groups” does not imply any appreciable difference on degree of organization from that of regular armed forces”]. Nuestra traducción. Ver CICR citado por BOTHE, M.; PARTSCH, K. y SOLF, W., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982, p. 626. (El destacado es nuestro).

(20) DUPUY, R.J. y LEONETTI A., “La notion de conflit armé a caractère non international”, en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflicts*, op. cit., p. 269. Ver además BOTHE, M.; PARTSCH, K. y SOLF, W., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, op. cit., p. 627.

(21) El criterio relativo al control sobre una parte del territorio será analizado *infra*.

(22) Ver SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1377.

Los criterios citados referentes a las operaciones militares pueden, de acuerdo al CICR, constatarse objetivamente, contrariamente a los criterios discutidos en la fase preparatoria del Protocolo II relativos a la duración y a la intensidad de las operaciones militares.<sup>(23)</sup> En nuestra opinión, sin embargo, el criterio relativo al carácter sostenido y concertado de las operaciones militares presenta ciertas dificultades al momento de su determinación, en razón de las características intrínsecas de las operaciones de guerrilla. Es por otra parte difícil de precisar el momento a partir del cual las operaciones militares presentan un carácter de “continuidad”.

Al respecto el CICR sostiene, en su Comentario de los Protocolos adicionales, que al principio de un conflicto las operaciones militares pueden rara vez corresponder a las condiciones enunciadas en el artículo primero, lo que implica la sola aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. El CICR se refiere así al primer estadio de las hostilidades.<sup>(24)</sup> Es evidente que el problema de la determinación del principio del segundo estadio de las hostilidades persiste. Queda a cargo de las fuerzas disidentes y de los agentes internacionales el determinar en forma más precisa cuándo se satisface, en una determinada situación, el criterio en estudio, de acuerdo con el desarrollo de las hostilidades.

#### c. Capacidad de los disidentes de aplicar el Protocolo II

El aporte de la doctrina respecto al criterio jurídico del artículo primero relativo a la capacidad de las fuerzas disidentes de aplicar el Protocolo II no es esclarecedor. Algunos autores sostienen que este criterio deja entrever un carácter de reciprocidad, carácter que se encuentra en contradicción con la naturaleza misma del Derecho internacional humanitario.<sup>(25)</sup>

(23) *Ibid.*

(24) *Ibidem*.

(25) En este sentido, DUPUY, R.J. y LEONETTI A., “La notion de conflit armé à caractère non international”, en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 270. Aquí los autores añaden “nadie puede sustraerse a una obligación humanitaria bajo el pretexto de que la parte adversa no respeta dicha obligación” [“[n]ul ne peut se soustraire a une obligation humanitaire sous prétexte que la partie adverse ne s’y soumet pas”]. Nuestra traducción. *Ibid.*

En su Comentario de los Protocolos adicionales, el CICR afirma que éste es el criterio fundamental que justifica los otros elementos de la definición y que al tener un mando responsable y al controlar una parte del territorio, los insurgentes deben estar en grado de aplicar el Protocolo II.<sup>(26)</sup> De conformidad con la posición del CICR, esta "infraestructura mínima indispensable"<sup>(27)</sup> permite a las fuerzas disidentes aplicar las normas del Protocolo y puede ser percibida como la consecuencia del respeto de los otros criterios enunciados en el artículo 1.1 de dicho Protocolo.<sup>(28)</sup>

A nuestro parecer, podría tratarse de una cierta forma de reciprocidad, a pesar de que este principio, como se sostuvo anteriormente, entre en contradicción con la naturaleza misma de las normas del Derecho humanitario. Para comprender mejor este criterio, es conveniente analizar el grado de reciprocidad contenido en el artículo primero así como su propósito fundamental.

Si las fuerzas disidentes siguen las disposiciones del artículo primero y aplican el Protocolo II, las condiciones enunciadas en el artículo serán satisfechas y el Protocolo será aplicable al conflicto armado en cuestión. La aplicación de las normas del Protocolo II por las fuerzas rebeldes reviste un doble interés, primero porque sus normas confieren una mejor protección durante el desarrollo de las hostilidades que aquella otorgada por el artículo 3 común y, segundo, la aplicación del Protocolo II a los rebeldes los designa como la otra parte del conflicto

(26) "le critère fondamental qui justifie les autres éléments de la définition: ayant à leur tête un commandement responsable et contrôlant une portion du territoire, les insurgés doivent être à même d'appliquer le Protocole." *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1377. KOOIJMANS afirma además que "la reciprocidad de las obligaciones parece, por lo tanto, ser un elemento intrínseco para la aplicabilidad del Protocolo II" ["reciprocity of obligations, therefore, seems to be an in-built element for the applicability of Protocol II". KOOIJMANS, Peter H., "In the Shadowland between Civil War and Internal Strife: Some Reflections on the Standard-setting Process", en: *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in honour of Frits Kalsboven*, op. cit., p. 231.

(27) SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1378.

(28) *Ibid.*

armado.<sup>(29)</sup> Así las fuerzas disidentes serán consideradas como la otra parte del conflicto que se obliga a respetar las normas del Derecho humanitario.<sup>(30)</sup>

La situación expuesta anteriormente es resumida claramente por BOTHE, quien afirma que "a pesar de que el derecho humanitario no se basa sobre un principio de reciprocidad, un cierto grado de reciprocidad es indispensable para su buen funcionamiento".<sup>(31)</sup>

#### d. Control territorial

El último criterio concierne el control de las fuerzas disidentes sobre una parte del territorio. De conformidad con las disposiciones del artículo 1.1 del Protocolo II, las fuerzas disidentes deben ejercer sobre una parte del territorio "un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".<sup>(32)</sup>

(29) ZORGBIBE añade al respecto "es evidente que entre más los guerrilleros respeten las normas y costumbres de la guerra, más tendrán posibilidad de ser reconocidos como individuos beligerantes" ["il est évident que plus les guérilleros respecteront les lois et coutumes de la guerre, plus ils risqueront d'être reconnus comme individus belligérants"]. Nuestra traducción. Ver ZORGBIBE, Charles, *La guerre civile*, París, Presses Universitaires de France, 1975, p. 122.

(30) El interés de las fuerzas disidentes es mencionado por HERCZEGH Géza "estudiando este asunto desde un punto de vista práctico, podemos afirmar sin temor que los insurgentes tienen un interés elemental en la aceptación y la aplicación de las más importantes normas como una condición para ser reconocidos como combatientes" ["approaching the issue from the side of practice, we can safely say that the insurgents have elementary interests in the acceptance and application of the relevant rules as a precondition for their being recognized as combatants"]. Nuestra traducción. Ver HERCZEGH, Géza, *The Development and Recent Problems of the International Humanitarian Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1984, p. 179.

(31) "[q]uoi que le droit humanitaire ne repose pas sur un principe de réciprocité, un certain degré de réciprocité est néanmoins indispensable pour son bon fonctionnement". Nuestra traducción. BOTHE, Michael "Conflits armés internes et Droit international humanitaire", en: *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, 1978, Tomo 82, p. 93.

(32) Históricamente, el artículo 2 del Proyecto inicial del CICR adoptado en Estocolmo, conocido como Proyecto de Estocolmo, suscitó críticas

Es evidente que el artículo primero fue redactado con el fin de establecer una relación estrecha entre el criterio relativo al control territorial y los otros criterios mencionados *supra*.<sup>(33)</sup> El control que las fuerzas disidentes deben ejercer se traduce en el dominio de una parte del territorio, lo que requiere una organización de los grupos insurgentes. Este control puede revestir “*un carácter relativo*”, debido a que, en la mayoría de los conflictos armados no internacionales, los centros urbanos quedan en manos del gobierno mientras que las zonas rurales escapan a su autoridad.<sup>(34)</sup>

A pesar de que el artículo 1.1 del Protocolo II no prevé en sus disposiciones elementos objetivos que permitan precisar la proporción o parte del territorio que debe estar bajo control de las fuerzas disidentes —razón por la cual una parte de la doctrina discute su carácter objetivo—,<sup>(35)</sup> a nuestro parecer existen elementos de carácter objetivo que

---

severas que implicaron su estudio en un Comité especial. Un grupo de trabajo fue encargado de elaborar dos proyectos. El elemento correspondiente al territorio nacional encuentra su origen en el texto del segundo proyecto que requiere a la parte adversa tener “una autoridad civil organizada que ejerza de hecho funciones gubernamentales sobre la población de una parte del territorio nacional” [“une autorité civile organisée exerçant en fait des fonctions gouvernementales sur la population d’une partie déterminée du territoire national”]. Nuestra traducción. Citado por PICTET, Jean, *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ginebra, CICR, 1952, p. 48.

(33) SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1376.

(34) Ver en este sentido SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1377. (El destacado es nuestro). Al respecto, HERCZEGH sostiene que “el poder del gobierno puede ser relegado a las ciudades con bases militares y a las autopistas, en tanto que los insurgentes pueden controlar las áreas provinciales, de modo tal que el territorio llegue a tener una forma de ‘manchas de leopardo’” [“government power may be confined to towns which are military stations and to the highways, while insurgents may control provincial areas so that their territory may take a form reminiscent of ‘leopard spots’”]. Nuestra traducción. Ver HERCZEGH, Géza, *The Development and Recent Problems of the International Humanitarian Law*, op. cit., p. 208.

(35) Ver en este sentido: SUTER, Keith, *An International Law of Guerrilla Warfare: the Global Politics of Law Making*, Londres, Frances Pinter, 1984, p. 173; y FORSYTHE, David P., *Legal Management of Internal War*:

pueden llevar a una interpretación de este criterio. Dicha interpretación debe, como requisito *sine qua non*, estar en concordancia con la naturaleza misma de los conflictos armados no internacionales.<sup>(36)</sup>

El Comentario de los Protocolos adicionales, al seguir una interpretación del espíritu del artículo 1.1 del Protocolo II, subraya que el territorio debe ser “suficiente para poder llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas y de aplicar el Protocolo. El control territorial de las fuerzas rebeldes debe permitir, además, la asistencia de

---

*The 1977 Protocol on Non International Armed Conflicts*, op. cit., p. 286. Este es uno de los problemas del Protocolo II que lleva a KILGORE a sostener “como en la doctrina del reconocimiento de beligerancia, el Protocolo II será tema de mucha discusión doctrinal y de retórica exhortatoria, pero será invocado, si eso llega a suceder, sólo en el caso excepcional en el que el gobierno en relación encuentre que la “internacionalización” del conflicto sería de su interés desde la perspectiva política” [“like the doctrine of belligerent recognition, Protocol II will be the subject of much scholarly discussion and exhortatory rhetoric, but will be invoked, if at all, only in that exceptional situation where the incumbent government finds the “internationalization” of the conflict to be in its political self-interest”]. Nuestra traducción. KILGORE, Edwin, “Recent Developments”, en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1978, vol. 8, p. 948. En cuanto a la “objetividad” del control territorial KILGORE afirma que “el elemento más importante es, sin embargo, la calificación adicional de control y es que debe ser un control de una clase particular, el control sobre una parte del territorio de la Alta Parte Contratante” [“the most important element, however, was the additional qualification of control and control of a particular kind, over a part of the territory of the High Contracting Party”]. Nuestra traducción. Al mismo tiempo en New Rules, BOTHE, PARTSCH y SOLF subrayan que “no fue ya posible determinar objetivamente la aplicación de este criterio a partir de la definición dada en el mismo artículo primero” [“it was no longer possible to determine this threshold objectively from the definition given in Art. 1 itself”]. Nuestra traducción. Ver BOTHE, M.; PARTSCH, K. y SOLF, W., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, op. cit., p. 625.

(36) Una posición restrictiva podría exigir de parte de las fuerzas rebeldes que reúnan todos los elementos constitutivos de un Estado, a saber, organización, población, territorio; lo que haría pensar que las reglas relativas a los conflictos armados no internacionales no se aplicarían salvo en la hipótesis en que dicho conflicto presente en realidad características de un conflicto interestatal. Ver en este sentido DUPUY, R.J. y LEONETTI A., “La notion de conflit armé à caractère non international”, en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 269.



los heridos y de los enfermos, así como la detención y el tratamiento humano de los detenidos.<sup>(37)</sup>

Abogar por la aplicación del Protocolo II en situaciones en las que el control territorial cambia —a veces día a día— entre las fuerzas gubernamentales y las fuerzas disidentes es sumamente delicado. El hecho de que personas que trabajan en el campo durante el día sean miembros activos de la guerrilla durante la noche, controlando el territorio que conocen, revela la coyuntura compleja *de facto* de los conflictos armados no internacionales. Dicha coyuntura es *per se* poco conciliable con la normativa general del Protocolo II.<sup>(38)</sup> ¿Es en este caso posible calificar el territorio en cuestión como “territorio controlado” de conformidad con el artículo 1.1 del Protocolo II?

En resumen, el criterio relativo al control territorial se encuentra estrechamente relacionado con la satisfacción de los demás criterios en un conflicto y debe ser entonces interpretado en una forma integral. No obstante, para determinar la aplicabilidad del Protocolo II a un conflicto armado no internacional es preciso tener presente que el fin principal del Protocolo adicional II es otorgar una mayor protección humanitaria tanto a las fuerzas militares, sean disidentes o gubernamentales, como a la población civil.

Recordemos para terminar que la determinación de la presencia de los criterios objetivos enunciados en el artículo primero del Protocolo II no está en manos del poder discrecional del gobierno, ni de la apreciación de las fuerzas disidentes. De acuerdo a HERCZEGH

(37) SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1377. En el Comentario del CICR se añade además que “[l]a porción de territorio no fue cuantificada” [“[l]a portion du territoire n’a pas été quantifiée”]. Nuestra traducción. *Ibid.*, p. 1376.

(38) En este sentido, ABI-SAAB, R. sostiene que “el requisito del control territorial excluye del campo de aplicación la mayoría de los conflictos armados internos que conocemos, y en todo caso, todos aquellos de baja intensidad, característica de los conflictos asimétricos, tales como la guerrilla urbana y otras formas de guerrilla altamente móvil” [“[c]ette exigence d’un contrôle territorial exclut du champ d’application la plupart des conflits armés internes que nous connaissons aujourd’hui et, en tous cas, tous ceux de faible intensité, caractéristique des conflits asymétriques, telles la guérilla urbaine et les autres formes de guérilla hautement mobiles”]. Nuestra traducción. Ver ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, op. cit., p. 266.

“la idea de hacer que el reconocimiento de la existencia de los criterios arriba mencionados sea sujeta a la decisión del gobierno concernido no fue aprobada por la Conferencia”.<sup>(39)</sup> De este modo, el Protocolo entra en vigor “*automáticamente*” desde que las condiciones materiales, tal y como están definidas por el artículo, sean satisfechas en un conflicto armado no internacional determinado.<sup>(40)</sup> En la práctica, el reconocimiento de la aplicabilidad de las normas contenidas en el Protocolo II a un cierto conflicto queda a cargo de los estudios académicos y a las declaraciones que de la aplicación de dichas normas se haga por parte de las instituciones que velan por el respeto del derecho humanitario.

### 3. CONCLUSIONES

Las disposiciones relativas al campo de aplicación material contenidas en el artículo 1.1 del Protocolo II reflejan la distensión que, en el proceso de una Conferencia Diplomática, se presenta entre el concepto clásico de soberanía del Estado y la protección del individuo en una situación de conflicto armado no internacional, sea éste combatiente o forme parte de la población civil. Así, a pesar de que los criterios jurídicos de aplicación del Protocolo hayan sido concebidos como “criterios objetivos de aplicación automática”, la determinación de la presencia de algunos de dichos criterios se convierte en una difícil tarea debido a las consecuencias políticas inherentes a una tal acción.

Es indudable que el reconocimiento de aplicación del Protocolo II a un determinado conflicto armado no internacional se convierte *per se* en un hecho que comporta una serie de implicaciones tanto a nivel nacional como internacional. Desde la perspectiva estatal, dicha aceptación podría conllevar a un reconocimiento tácito de las fuerzas disidentes como sujeto de Derecho internacional. Por otra parte, podría aducirse que los rebeldes buscan aplicar el Protocolo con el fin último de ser considerados la otra parte del conflicto, lo que implicaría *ipso facto* el reconocer la existencia de un conflicto armado no internacional en el territorio de ese Estado.

(39) [“the idea of making the ascertainment of the existence of the above criteria subject to a decision of the central government concerned was not endorsed by the Conference”]. Nuestra traducción. Ver HERCZEGH, Géza, *The Development and Recent Problems of the International Humanitarian Law*, op. cit., p. 208.

(40) Ver en este sentido, SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1375.

En efecto, el estudio de las disposiciones contenidas en el artículo 1.1, y sobretodo aquella concerniente al requerimiento a las fuerzas disidentes de aplicar las normas de derecho humanitario previstas en el Protocolo, nos lleva a sostener que las fuerzas disidentes adquieren un estatuto *sui generis* dentro del Derecho internacional. No ocurre en este momento discurrir sobre la naturaleza de dicho estatuto ni tampoco sobre sus implicaciones en el marco de la comunidad internacional. Sin embargo, una referencia a los problemas y consecuencias de orden político es imprescindible para comprender los obstáculos que se presentan al momento de determinar la presencia de los criterios enunciados en el artículo 1.1 del Protocolo II.

En este estudio se ha pretendido exponer los instrumentos de interpretación con los cuales se puede determinar la aplicación del Protocolo II a un conflicto armado no internacional. Un análisis fáctico de los elementos presentes en el terreno, un examen minucioso de las condiciones existentes en una situación de conflicto dada se tornan indispensables para demostrar la presencia de los criterios previstos en el artículo primero. En última instancia, la responsabilidad de determinar y demostrar la aplicabilidad del Protocolo adicional II en un conflicto determinado queda a cargo de los diversos agentes humanitarios así como de la comunidad internacional.

## BIBLIOGRAFIA

### ARTICULOS Y LIBROS

- ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, París, Pédone, 1986.
- BENVENENUTI Paolo, "Movimenti insurezzionali", en: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milán, Giuffré, 1983, pp. 16-121.
- BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of International Law*, La Haya, North-Holland, 1982.
- BOTHE, Michael "Conflits armés internes et Droit international humanitaire", *Revue Générale de Droit International Public*, 82, 1978, pp. 82-102.
- BOTHE, M., PARTSCH, K.J. y SOLF, W.A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982.
- CASSESE, Antonio, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1979.

- CASSESE, Antonio, "Respect des normes humanitaires dans les conflits armés non-internationaux", en: *La guerre aujourd'hui: Défi humanitaire, Rapport à la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales*, CASSESE, A. (ed.), París, Berger Levrault, 1986.
- CIOBANU, Dan, "The Concept and the Determination of the Existence of Armed Conflicts not of an International Character", *Rivista di Diritto Internazionale*, 58, 1975, pp. 43-79.
- DUPUY, R.J. y LEONETTI, A., "La notion de conflit armé à caractère non international", en: *New Humanitarian Law of Armed Conflict*, CASSESE, A. (ed.), Nápoles, Editoriale Scientifica, 1979, pp. 258-276.
- FLORES ACUÑA, Tathiana, "Application du Protocole Additionnel II de 1977 au conflit armé non-international en El Salvador", *Revista Româna de Drept Umanitar*, 4 (6), 1994, pp. 16-19.
- FLORES ACUÑA, Tathiana, *The United Nations Mission in El Salvador: A Humanitarian Law Perspective*, La Haya, Kluwer Law International, 1995.
- FORSYTHE, David P., "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non International Armed Conflicts", *American Journal of International Law*, 72 (2), 1978, pp. 272-289.
- HERCZEGH, Géza, *The Development and Recent Problems of the International Humanitarian Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1984.
- HICKS, P.L. y WEISSBRODT, D., "Mise en oeuvre des Droits de l'homme et du droit humanitaire dans les situations de conflit armé", *International Review of the Red Cross*, (800), 1993, pp. 129-150.
- KALSHOVEN, Frits, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Conference of Government Experts, 24 May-12 June 1971", *Netherlands Yearbook of International Law*, 2, 1971, pp. 68-90.
- KALSHOVEN, Frits, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Conference of Government Experts, Second Session, 3 May-2 June 1972", *Netherlands Yearbook of International Law*, 3, 1972, pp. 18-61.
- KALSHOVEN, Frits, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The First Session of the Diplomatic Conference, Geneva, 20 February-29 March, 1974", *Netherlands Yearbook of International Law*, 5, 1974, pp. 3-34.

- KALSHOVEN, Frits, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977, Part II", *Netherlands Yearbook of International Law*, 9, 1978, pp. 107-171.
- KILGORE, Edwin, "Recent Developments", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 8, 1978, pp. 941-949.
- KOOIJMANS, Peter H., "In the Shadowland between Civil War and Internal Strife: Some Reflections on the Standard-setting Process", en: *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalsboven*, DELISSEN, A. y TANJA, A. (eds.), Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 225-248.
- LYSAGHT, Charles, "The Scope of Protocol II and its Relation to Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and Other Human Rights Instruments", *Australian University Law Review*, 33 (1), 1983, pp. 9-27.
- PICTET, Jean, *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ginebra, CICR, 1952.
- ROBERTS, A. y GUELFF, R., *Documents on the Laws of War*, Segunda Ed., Oxford, Clarendon Press, 1989.
- SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels de 8 juin 1977 aux Conventions de Genève de 12 août 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1986.
- SCHINDLER, Dietrich, "L'évolution du Droit de la Guerre des Conventions de La Haye aux Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève", *Revue de Droit Pénal Militaire et Droit de la Guerre*, 21, 1982, pp. 23-33.
- SCHINDLER, D. y TOMAN, J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Alphen aan de Rijn-Ginebra, Sijthoff and Noordhoff-Instituto Henry Dunant, 1988.
- SUTER, Keith, *An International Law of Guerrilla Warfare: The Global Politics of Law Making*, Londres, Frances Pinter, 1984.
- VEUTHEY, Michel "Règles et principes de droit international humanitaire applicables dans la guérilla", *Revue Belge de Droit International*, 7 (2), 1971, pp. 505-539.
- VEUTHEY, Michel "A Survey of International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts: 1949-1974", en: *International Terrorism*

and *Political Crimes*, BASSIOUNI, M. (ed.), Springfield, Ch. Thomas, 1978, pp. 86-97.

ZORGBIBE, Charles, *La guerre civile*, París, Presses Universitaires de France, 1975.

#### Documentos de Naciones Unidas

*Secretario general de las Naciones Unidas*  
UN Doc. A/ 8370, 2 setiembre 1971.

*Consejo de Seguridad*  
Resolución 814 (1993) de 26 de marzo de 1993, párr. 8.

