



Article scientifique

Article

2020

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

El Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales y su respeto: la importancia de tomar en cuenta a los grupos armados

Sassòli, Marco

How to cite

SASSÒLI, Marco. El Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales y su respeto: la importancia de tomar en cuenta a los grupos armados. In: Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario, 2020, vol. 1. doi: 10.5294/aidih.2020.1.1.9

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:143349>

Publication DOI: [10.5294/aidih.2020.1.1.9](https://doi.org/10.5294/aidih.2020.1.1.9)



Universidad de
La Sabana

Menú

ES | EN

Universidad de La Sabana - Colombia - Universidad de La Sabana / Programas / Unidades Académicas
/ Facultad de Derecho y Ciencias Políticas / Anuario sobre DIH / Artículos
/ El Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales



Anuario Iberoamericano
sobre Derecho Internacional
Humanitario



El Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales y su respeto: la importancia de tomar en cuenta a los grupos armados

Descargue la versión original en
inglés aquí

**International Humanitarian Law
Applicable to Non-International
Armed Conflicts and its
Observance: The Importance of
Taking Armed Groups into account**

DOI: 10.5294/aidih.2020.1.1.9



Marco Sassòli

**Director, Academia
de Derecho
Internacional
Humanitario y
Derechos Humanos
de Ginebra, Suiza.
Catedrático de
Derecho
Internacional Público,
Universidad de
Ginebra, Suiza**

Marco.Sassoli@unige

Recibido: 27 de agosto de 2019 |
Envío a pares: 10 de septiembre
de 2019 | Aprobado por pares: 5
de diciembre de 2019 | Aceptado:
5 de diciembre de 2019*

Resumen

El derecho internacional humanitario (DIH) de los conflictos armados no internacionales se desarrolla y se vuelve cada vez más similar, a través de analogías y pretendidas normas consuetudinarias, al derecho aplicable a los conflictos armados internacionales. Este desarrollo es beneficioso para las víctimas de guerra y puede estar justificado en lo que respecta a las reglas que se aplican a los Estados, pero como las mismas reglas se aplican también a los grupos armados, este artículo argumenta que dicho desarrollo puede hacer que las reglas de DIH sean menos realistas respecto de estos grupos. En cualquier caso, se debe mejorar el respeto y la implementación del DIH por parte de los grupos armados. Se discuten diferentes maneras acerca de cómo se puede lograr esto, en particular mediante el involucramiento de dichos grupos, y los obstáculos que este enfrenta.

Palabras clave: actor armado no estatal, derecho internacional humanitario, conflicto armado internacional, conflicto armado no internacional, implementación, apropiación de normas, Llamamiento de Ginebra, realismo.

Introducción

Actualmente, gran parte de los conflictos armados son conflictos armados no internacionales (CANI), y la mayoría de las partes en estos son grupos armados, a menudo denominados actores armados no estatales. En comparación con otras ramas del derecho internacional público, desde muy temprano el derecho internacional humanitario (DIH) se dirigió a grupos armados no estatales. El DIH limita el concepto de grupos armados no estatales que son partes en un CANI solo a aquellos que tienen un cierto grado de organización y, además, requiere que estén involucrados en un cierto nivel de violencia para

Abstract

International humanitarian law of non-international conflicts develops and becomes increasingly similar, through analogy and alleged customary rules, to that applicable to international armed conflicts. This development is beneficial to the war victims and may be justified as far as the rules addressed to States are concerned, but as the same rules are equally addressed to armed groups, this article argues that for them this development may make the rules of IHL less realistic. In any case, the respect and implementation of IHL by armed groups must be improved. The author discusses different ways how this can be achieved, in particular by engaging such groups, and the obstacles to such engagement.

Keywords: Non-state armed actor, international humanitarian law, international armed conflict, non-international armed conflict, implementation, adoption of rules, Geneva Call, realism.

que el DIH de los CANI sea aplicable. [1] El artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 [2](artículo 3 común) –y todas las demás reglas del DIH de los CANI– aborda de manera explícita los grupos armados no estatales que son partes en un CANI.[3] Sin embargo, la opinión mayoritaria, en particular la de los Estados, no tiene en cuenta la práctica y la opinio juris de los grupos armados no estatales al evaluar el DIH consuetudinario de los CANI. En este artículo quiero discutir, primero, las reglas del DIH de los CANI desde la perspectiva de los grupos armados, en particular, la convergencia entre el DIH de los CANI y el DIH de los conflictos armados internacionales (CAI), su justificación, ventajas y desventajas. Mi principal preocupación aquí es cómo el DIH puede seguir siendo realista para los grupos armados, pues, de lo contrario, no será respetado. En segundo lugar, exploraré cómo se puede generar el respeto del DIH de los CANI, promoviendo que los grupos armados se “apropien” de este y señalando los obstáculos que esto enfrenta.

1. DIH de los CANI dirigido a los grupos armados

Tradicionalmente, se considera que el DIH consta de dos ramas, cada una con sus propias reglas: el DIH de los CAI y el DIH de los CANI. En el derecho convencional, las reglas aplicables todavía están separadas; sin embargo, el derecho consuetudinario y el razonamiento por analogía han acercado mucho las dos ramas.

1.1. Normas convencionales diferentes del DIH aplicable a los CAI

1.1.1. Normas convencionales aplicables

El artículo 3 común ofrece garantías básicas a los civiles que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades, así como a los miembros de las fuerzas armadas o grupos armados no estatales que han abandonado sus armas o están fuera de combate. Aunque los Estados diluyeron seriamente el Protocolo II[4] en comparación con el borrador inicial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Protocolo I[5], el Protocolo II ofrece más detalles sobre las garantías fundamentales del artículo 3 común; también contiene reglas (muy rudimentarias) sobre la conducción de hostilidades, la protección de los niños, la protección del personal y las unidades médicas, así como el uso del emblema, las operaciones de socorro y la prohibición de los movimientos forzados de civiles. Sin embargo, solo se aplica a algunos CANI. En primer lugar, el Estado territorial debe ser parte del Protocolo II. En segundo lugar, el Protocolo II solo se aplica si las fuerzas armadas gubernamentales del Estado están involucradas en un conflicto que ocurre en su territorio; no se aplica a los CANI entre grupos armados no estatales, ni a los CANI en los que las fuerzas estatales luchan contra un grupo armado en el extranjero. En tercer lugar, el grupo armado no estatal debe tener control sobre parte del territorio. Si bien los trabajadores humanitarios a menudo critican el alto umbral de aplicabilidad del Protocolo II, más adelante explicaré por qué, en mi opinión, es preferible no exigir a los grupos armados que cumplan con normas que no pueden cumplir.

1.1.2. Razones para la diferenciación

Los Estados quieren mantener la distinción entre CAI y CANI por varias razones. En primer lugar, las guerras entre Estados se consideraban una forma legítima de relaciones internacionales hasta hace poco. Incluso hoy, el uso de la fuerza entre Estados todavía no está totalmente prohibido. Por el contrario, el monopolio de un Estado sobre el uso legítimo de la fuerza dentro de sus límites es inherente al concepto del Estado moderno, y esto necesariamente impide que los grupos armados no estatales emprendan la guerra contra otras facciones o el Gobierno.

En segundo lugar, la protección de las víctimas de los CAI debe garantizarse mediante normas de derecho internacional. Los Estados han aceptado tales reglas durante mucho tiempo, incluidos aquellos que se adhieren al concepto más absolutista de soberanía. Incluso el Estado más obsesionado con la soberanía acepta que los soldados enemigos que matan a sus propios soldados en el campo de batalla no pueden ser castigados por su mera participación, porque tienen un "derecho a participar" en las hostilidades,[6] incluso en su territorio y bajo su jurisdicción.

Por otro lado, el DIH de los CANI es más reciente. Durante mucho tiempo, los Estados adoptaron la posición de que tales conflictos son asuntos internos regidos exclusivamente por la legislación local. En cuanto al estatus de “combatiente” y prisionero de guerra (PDG), ningún Estado acepta que sus ciudadanos puedan hacer la guerra contra su propio Gobierno. Ningún Gobierno renunciaría de antemano al derecho de castigar a sus propios ciudadanos por participar en una rebelión. Esta es la razón por la que usaré el término “combatiente” siempre entre comillas para referirme a los miembros de grupos armados que poseen una función continua de combate en el marco de un CANI. La aplicación del estatus y privilegio de “combatiente” en los CANI es incompatible con el concepto mismo de Estados soberanos. Por el contrario, si la comunidad internacional alguna vez se organiza como un Estado mundial, todos los conflictos armados serían de naturaleza no

internacional y, por tanto, sería inconcebible que los “combatientes” tuvieran el “derecho” a participar en las hostilidades, independientemente de la causa del conflicto en que luchan. En mi opinión, a pesar de las nobles aspiraciones de los trabajadores humanitarios y el deseo de los profesores de facilitar el estudio del DIH para los estudiantes, la distinción entre CAI y CANI solo puede desaparecer en un Estado mundial. Sin embargo, en las últimas décadas, el derecho (internacional) de los CANI *se ha vuelto mucho más similar* al derecho (internacional) de los CAI.

1.2. Convergencia

1.2.1. Factores de impulso

En este apartado veremos que la tendencia a acercar el DIH de los CANI al DIH de los CAI tuvo su inicio en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y se ha consolidado por el Estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario. También está impulsada por la creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), que no diferencia entre los CAI y los CANI. Los Estados incluyeron crímenes similares para CAI y CANI en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), aunque prefirieron enumerar esos crímenes por separado. Finalmente, varios Estados abolieron la distinción entre CAI y CANI en su legislación nacional sobre crímenes de guerra. Como esta legislación se aplica con base en la jurisdicción universal (cuyo ejercicio está permitido por el derecho internacional solo para crímenes internacionales), tales Estados necesariamente deben considerar que los crímenes de guerra definidos por el derecho internacional (y las reglas subyacentes del DIH) son los mismos en los CAI y los CANI. Un caso interesante es Suiza, porque prevé una aplicación igualitaria “a menos que la naturaleza del delito requiera lo contrario”. Fuera del campo del derecho penal, los tratados recientes sobre el uso de armas y la protección de los bienes culturales aplican las mismas reglas a ambas categorías de conflicto.^[11]

1.2.2. Ventajas

Desde un punto de vista humanitario, las víctimas de los CANI deben estar protegidas por las mismas reglas que las víctimas de los CAI, porque todas las víctimas enfrentan problemas similares y requieren igual protección. Además, el hecho de que se apliquen diferentes reglas de protección en los CAI y en los CANI obliga a los actores humanitarios y a las víctimas a clasificar el conflicto para poder invocar esas normas. Esto en teoría puede ser difícil, y siempre es políticamente delicado. Clasificar un conflicto puede requerir la evaluación de cuestiones de *jus ad bellum*. Por ejemplo, invocar el derecho de los CANI en una guerra de secesión implica que la secesión no es (todavía) exitosa, y esto no es políticamente aceptable para las autoridades secesionistas que luchan por la independencia. Por otro lado, invocar el derecho de los CAI sugiere que los secesionistas lograron constituir un Estado separado, lo cual no es aceptable para las autoridades centrales. Finalmente, aplicar en paralelo ambas ramas del derecho, que tienen reglas diferentes, en conflictos mixtos plantea grandes dificultades en la práctica.

1.2.3 La influencia del TPIY

La convergencia del DIH de los CANI con el DIH de los CAI comenzó principalmente con la primera decisión del TPIY en el caso *Tadić*. El tribunal sostuvo que las mismas reglas se aplican en gran medida a los CAI y los CANI, y que el concepto de crímenes de guerra es igualmente aplicable en los CANI según el derecho internacional consuetudinario.^[12] En su famoso *dictum*, el Tribunal señaló lo siguiente:

“En el área de los conflictos armados, la distinción entre guerras interestatales y guerras civiles está perdiendo su valor en lo que respecta a los seres humanos. ¿Por qué proteger a los civiles de la violencia beligerante, o prohibir la violación, la tortura o la destrucción desenfrenada de hospitales, iglesias, museos o propiedades privadas, así como prohibir las armas que causan sufrimiento innecesario cuando dos Estados soberanos están en guerra y abstenerse de promulgar lo mismo, prohibir o proporcionar la misma protección cuando la violencia armada ha estallado ‘solo’ dentro del territorio de un Estado soberano? Si el derecho internacional, aunque, por supuesto, con debida salvaguarda de los intereses legítimos de los Estados, debe enforcarse gradualmente en la protección de los seres humanos, es natural que la dicotomía antes mencionada pierda gradualmente su peso”.^[13]



Además, basándose en "consideraciones elementales de humanidad y sentido común", la Corte consideró que "lo que es inhumano y, por consiguiente, proscrito, en las guerras internacionales, no puede ser sino inhumano e inadmisibile en conflictos civiles".^[14] Los Estados aceptaron el hallazgo del TPIY, que fue revolucionario,^[15] favorablemente.

1.2.4. Derecho consuetudinario y analogías: ¿dos caras de la misma moneda?

Es imposible comprender el DIH de los CANI sin comprender el DIH de los CAI, que es más antiguo y más detallado. Los tratados de DIH relativos a los CANI no responden muchas preguntas que necesariamente surgen en conflictos armados. Esos vacíos pueden llenarse por analogía con el DIH de los CAI o con normas consuetudinarias que resultan, supuestamente, en gran medida aplicables a ambos tipos de conflictos.

El estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario, que se basa solo en la práctica oficial de los Estados y no en la práctica de grupos armados no estatales, concluyó que 136 (posiblemente incluso 141) de las 161 reglas del DIH consuetudinario son comunes a los CAI y los CANI, aunque muchas de ellas siguen la redacción del Protocolo I.^[16] El objetivo principal del estudio del CICR (y la jurisprudencia del TPIY sobre el DIH consuetudinario) era llenar los vacíos del derecho convencional de los CANI, en particular, en el campo de la conducción de hostilidades, mediante la identificación de las normas consuetudinarias aplicables.^[17]

No es sorprendente que el Estudio del CICR haya llegado en muchos casos a los mismos resultados a los que lleva el razonamiento por analogía respecto de las normas del DIH aplicables a los CANI.^[18] Primero, solo unos pocos Estados se preparan para los CANI en tiempos de paz. Muy a menudo, los Estados entrenan a sus soldados, idean tácticas y redactan manuales militares con el objetivo de defender al Estado contra una agresión externa. Este hecho hace que sea menos sorprendente que el estudio del CICR haya descubierto que la práctica oficial del Estado es la misma en los CAI y los CANI, especialmente en el ámbito de la conducción de hostilidades, aunque los Estados no hayan querido que el Protocolo II tuviera las mismas reglas sobre la conducción de hostilidades. Esta negativa, ciertamente, no se expresó mediante votos respecto de cada regla; más bien, resultó de un paquete que respondió a las preocupaciones difusas de los Estados sobre su soberanía a través de una "simplificación" general.^[19]

Segundo, no es sorprendente que los Estados apliquen las mismas soluciones que adoptaron en los tratados y en la práctica estatal para los CAI a los mismos problemas en los CANI. Razonar por analogía y aplicar una regla existente que cubre una situación similar a un problema no regulado es una forma normal como todos los seres humanos resuelven un problema similar a uno que ya resolvieron con éxito; por tanto, esta será la práctica de su Estado. En cuanto al establecimiento de *opinio juris*, tanto en CAI como en CANI, de todos modos, es difícil demostrar que los Estados adoptaron ciertas conductas o instrucciones por un sentido de obligación legal y no simplemente por razones políticas.

Finalmente, como una alternativa para resolver los problemas encontrados en los CANI, de conformidad con lo que hacen o están preparados para hacer en los CAI, los militares podrían tratar de encontrar la solución en otro lugar. Obviamente, el DIDH podría ofrecer soluciones apropiadas, pero los militares a menudo son alérgicos a este régimen, no lo comprenden plenamente y piensan que no es realista para la guerra, ya que, supuestamente, imposibilita las operaciones militares exitosas.^[20] Por el contrario, los militares están mucho más familiarizados con el DIH de los CAI y no pueden considerar que no sea realista, porque estuvieron muy involucrados en las delegaciones estatales que adoptaron los tratados existentes del DIH, y su práctica juega un papel importante en la creación del derecho consuetudinario.

1.2.5. Desventajas de la convergencia entre el DIH de los CAI y el de los CANI

Originariamente, fueron preocupaciones humanitarias las que hicieron surgir la idea de acercar el DIH de los CANI al DIH de los CAI, o incluso aplicar el último a lo que es sustancialmente un CANI. Dos suposiciones impulsaron el esfuerzo para cerrar la brecha: se supuso que la protección no existiría sin la aplicación del DIH y que la aplicación de normas adicionales de este solo podría mejorar el destino de las personas afectadas. Ambas suposiciones han demostrado ser parcialmente erróneas. Irónicamente, son los Estados y sus militares los que hoy quieren (de manera selectiva) aplicar las reglas de los CAI, en particular sus "autorizaciones", en los CANI. De hecho, existen varios inconvenientes para aplicar el DIH de los CAI a los CANI. Si el DIH, como *lex specialis*, se expande por analogía con el DIH de los CAI, esto limita la relevancia del DIDH, que en muchos casos proporcionaría más protección a los miembros de los grupos armados. En cuanto a la afirmación de los Estados y académicos de que el DIH de los CANI autoriza –como lo hace el de los CAI para los “combatientes”– el asesinato y la detención de miembros de fuerzas armadas o de grupos armados, lógicamente beneficiaría a los grupos armados, pero

también afectaría a sus miembros. Este reclamo ha sido discutido a fondo –y rechazado respecto de los CANI– en otros lugares.^[21] Lo que merece una discusión en este artículo es si los grupos armados pueden cumplir con el DIH de los CANI expandido por analogía con el DIH de los CAI.

1.3. ¿Es realista para los grupos armados el DIH de los CANI cuando es influenciado por el DIH de los CAI?

El derecho debe tener en cuenta la realidad social que busca gobernar. Como en los CAI se enfrentan Estados, el DIH de estos representaba la realidad social de los Estados como beligerantes cuando fue adoptado por los Estados. Por definición, en los CANI combaten grupos armados no estatales, cuanto menos, en la misma medida que fuerzas armadas gubernamentales. Sin embargo, los Estados, académicos y jueces a veces olvidan que el DIH de los CANI también es vinculante para los grupos armados, y será menos realista y efectivo si solo tiene en cuenta las necesidades, dificultades y aspiraciones de una de las partes, dado que se deriva, por analogía, del derecho aceptado para los CAI, que se dirige solo a los Estados, o del derecho consuetudinario basado únicamente en la práctica de los Estados. Sin embargo, afirmar que son aplicables reglas poco realistas, no solo resultará en la violación de tales reglas; también socavará la credibilidad y el efecto protector de otras que un grupo armado puede cumplir. En la siguiente sección proporcionamos ejemplos y discutimos algunas soluciones.

1.3.1 Ejemplos de reglas no realistas

Cuando el estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario afirma que la mayoría de las normas consuetudinarias del DIH –muchas de las cuales son idénticas a normas del PAI que se aplican a los CAI por fuente convencional– se aplican igualmente a los CANI, ¿tiene en cuenta que esta afirmación implica que cada una de estas reglas también es vinculante para los grupos armados? La creciente integración de los estándares del DIDH en el DIH puede generar dudas similares. En primer lugar, el CICR sostiene (basado principalmente en la práctica de los organismos de derechos humanos) que el DIH consuetudinario prohíbe la detención arbitraria.^[22] Según el CICR, esta prohibición requiere que la ley establezca previamente una base para la detención y que "una persona privada de libertad [debe ser provista de] una oportunidad para impugnar la legalidad de la detención".^[23] Sin embargo, ¿se dio cuenta el CICR de que su interpretación impide que grupos armados no estatales detengan a alguien a menos que legislen e instituyan procedimientos de habeas corpus? ¿Es esto realista?

En segundo lugar, la combinación entre elevar la edad mínima a 18 años y una ampliación del concepto de participación (prohibida) de niños en grupos armados^[24] da como resultado requisitos que hacen imposible que los miembros de los grupos armados permanezcan junto a sus familias y reciban apoyo de toda la población en cuyo nombre (afirman) que luchan. El Protocolo Facultativo de 2000, de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados (PFNCA) eleva el umbral para su uso en hostilidades y reclutamiento obligatorio a 18 años.^[25] En cuanto a la edad permisible de reclutamiento voluntario de niños, PFNCA crea una desigualdad entre los Estados y los grupos armados no estatales.^[26] Específicamente, el PFNCA obliga a los Estados parte a aumentar la edad mínima de reclutamiento voluntario a sus fuerzas armadas a 16 años, con la excepción de que los Estados pueden permitir la inscripción voluntaria de personas de 15 a 16 años en escuelas militares.^[27] Por el contrario, prohíbe que los grupos armados no estatales permitan el reclutamiento voluntario de niños menores de 18 años en sus fuerzas.^[28]

En tercer lugar, la definición habitual de saqueo sugerida por quienes luchan contra empresas cómplices de grupos armados en el saqueo de recursos naturales en zonas de conflicto es discriminatoria contra los grupos armados.^[29] Uno de sus elementos es la apropiación de la propiedad privada o pública por parte de grupos armados sin el consentimiento del propietario. Como el propietario no está definido en el derecho internacional, se considera definido por el derecho interno. Sin embargo, según este último, el propietario de los recursos naturales es el Estado, representado por el Gobierno en la mayoría de los países. Por tanto, la apropiación que hace el Estado de los recursos naturales no puede, por definición, constituir un saqueo. En contraste, los grupos armados que explotan los recursos naturales cometen el crimen de guerra de saqueo incluso cuando continúan una explotación existente de los recursos naturales en un territorio que controlan o, tal vez, incluso en el territorio de la población por la que luchan. Lo anterior, independientemente de cómo dichos grupos utilicen los ingresos obtenidos, sea en beneficio de la población local o para continuar luchando, como afirman, en nombre de la gente. Un resultado tan discriminatorio no fomenta la voluntad de los grupos armados de respetar el DIH.

En cuarto lugar, en el ámbito del derecho internacional penal, la conclusión del TPIY de que la responsabilidad de mando necesariamente se aplica en los CANI^[30] es lógica solo en lo que respecta a los agentes estatales. Sin embargo, ¿se dieron

cuenta los jueces de que su pronunciamiento implica que la responsabilidad de mando también se aplica a los grupos armados en los que los comandantes pueden no tener la capacidad legal de castigar a los miembros que han cometido violaciones, como lo exige el DIH de los CAI para evitar la responsabilidad por los delitos cometidos por sus subordinados?^[31] ¿Realmente requieren que un comandante de un grupo armado lleve a cabo un juicio para evitar la responsabilidad penal por crímenes de guerra cometidos por sus subordinados?

En mi opinión, la perspectiva de los grupos armados debe tenerse en cuenta antes de establecer analogías entre el DIH de los CAI y los CANI sobre la base del derecho consuetudinario u otros razonamientos. Por cada regla reclamada y sugerida como nueva o existente, así como al interpretar las reglas existentes, debe verificarse si un grupo armado dispuesto a cumplir con la regla en cuestión puede hacerlo sin perder necesariamente el conflicto. Si bien los Estados realizan esta verificación de la realidad por sí mismos, ya que son los legisladores que hacen las reglas, no determinan necesariamente si tales reglas son realistas para los grupos armados.

1.3.2. ¿Pensar las obligaciones como una escala?

La lamentable gran cantidad de víctimas de la violencia y la arbitrariedad en los CANI de todo el mundo ciertamente puede aconsejar la identificación de normas consuetudinarias aplicables a estos conflictos, el desarrollo de algunas normas convencionales y la interpretación progresiva de los tratados, así como del derecho consuetudinario por parte de los tribunales penales internacionales. Las fuerzas gubernamentales pueden ser capaces de respetar las reglas que son, en gran medida, las mismas tanto en los CANI como en los CAI. Muchos grupos armados, en cambio, no tienen la capacidad de respetar la gama completa de reglas aplicables en los CAI. Por tanto, podría aplicarse una escala móvil de obligaciones. Un grupo armado que está mejor organizado y tiene un control más estable sobre el territorio estaría obligado a cumplir con reglas de los CANI, que son más similares a la panoplia completa de reglas contenidas en el DIH de los CAI. En la guerra civil española, por ejemplo, ambas partes podrían haber respetado casi todas las reglas aplicables en los CAI, porque ambas controlaban y administraban un territorio y luchaban principalmente con ejércitos regulares. En cambio, es dudoso que un grupo armado forzado a esconderse en territorio controlado por el Gobierno pueda implementar muchas de las obligaciones positivas previstas por el DIH. Es cierto que muchas de ellas solo surgen si la parte realiza ciertas actividades. Todos los grupos armados pueden respetar materialmente la prohibición consuetudinaria de la detención arbitraria simplemente no deteniendo a nadie. Sin embargo, tal requerimiento no es realista y es probable que conduzca a ejecuciones sumarias de enemigos que se rinden.

Ya existe una escala móvil de obligaciones para ciertas reglas. Aunque a menudo se critica el alto umbral de aplicación del Protocolo II mencionado anteriormente, tal vez sea realista para los grupos armados. De hecho, solo los grupos armados que controlan el territorio, que es una de las condiciones más estrictas para la aplicación del Protocolo II, tendrían la capacidad de respetar ciertas reglas en él contenidas. Además, muchas reglas del DIH imponen obligaciones de medios que deben cumplirse solo cuando es materialmente posible. Así, por ejemplo, solo se deben tomar precauciones que sean *factibles* para proteger a la población civil de los efectos incidentales de los ataques.^[32] Ciertas reglas sobre el tratamiento de las personas internadas o detenidas en un CANI solo deben respetarse en la medida de la capacidad de la autoridad de detención.^[33] Otras reglas podrían interpretarse de manera similar teniendo en cuenta el hecho de que el derecho internacional nunca puede interpretarse como un derecho que requiere lo que es materialmente imposible.^[34] Dichas normas conllevan obligaciones que difieren entre las fuerzas gubernamentales y los grupos armados no estatales, incluso si el texto de la regla sigue siendo el mismo.

Las reglas que pueden y, por tanto, deben ser respetadas por un determinado grupo, obviamente deben enumerarse en detalle. El respeto de ciertas reglas no puede depender de la capacidad de cada grupo armado. Contrariamente, debe determinarse en general (es decir, para ciertas categorías de grupos armados) y en abstracto, y debe preservarse un mínimo humanitario. De lo contrario, se permitiría a un grupo armado débil, por ejemplo, atacar deliberadamente a civiles si esto constituye su único medio realista para debilitar al Gobierno.

Si se quiere preservar la igualdad de los beligerantes ante el DIH, las reglas resultantes de tal escala móvil basada en la capacidad de cumplimiento del grupo armado no estatal se aplicarían a ambas partes. Esto puede parecer absurdo, pues sería más fácil para las fuerzas gubernamentales respetar el DIH cuanto más débiles sean sus enemigos. Sin embargo, los Estados también están comprometidos por sus obligaciones de derechos humanos, que no son las mismas para los Estados y los grupos armados, incluso si se considera que el DIDH es vinculante para los últimos (en particular si controlan el territorio).^[35] No existe un principio de igualdad de los beligerantes ante el DIDH.

La alternativa es abandonar la ficción de la igualdad de los beligerantes y exigir al Gobierno que respete plenamente las normas consuetudinarias y convencionales del DIH, pero exigirle a los grupos armados que respeten esas normas solo de acuerdo con sus capacidades. Esta alternativa corresponde a las expectativas reales de las fuerzas gubernamentales contemporáneas que luchan contra los grupos armados. ¿Los soldados estadounidenses en Afganistán esperan (en el sentido de que prevén) que los talibanes respeten las mismas reglas que su comandante les exige a ellos respetar? Informar a los gobiernos y a sus soldados que sus enemigos no están sujetos a las mismas reglas también reduce el riesgo de que se cometan violaciones bajo el disfraz de reciprocidad que, en gran medida, está prohibida por el DIH respecto de las violaciones del DIH del enemigo.

1.3.3. ¿Abandonar el principio de igualdad de los beligerantes?

El principio de igualdad de los beligerantes es un principio importante del DIH;^[36] la mayoría de los autores considera que también se aplica en los CANI.^[37] Es cierto que resulta de la estricta separación entre *jus ad bellum* y *jus in bello*. Como no existe *jus ad bellum* internacional para los CANI y la ley nacional prohíbe invariablemente el uso de la fuerza por parte de los grupos armados, uno podría poner en duda si este principio de igualdad también se aplica a los CANI. Los insurgentes y los Estados obviamente no son iguales ni en la legislación interna de los Estados interesados ni en ramas del derecho internacional distintas del DIH.^[38] Además, como no existe la inmunidad de “combatiente” en el DIH de los CANI, nada impide que un Estado enjuicie a miembros de un grupo armado no estatal en virtud de sus leyes nacionales por el solo hecho de haber participado en hostilidades, incluso si cumplieron con el DIH. Es cierto que el DIH tampoco prohíbe que un grupo armado no estatal procese a los soldados del Gobierno por el solo hecho de haber participado en hostilidades; sin embargo, debido al principio de legalidad, es mucho más difícil imaginar que tales procesamientos puedan ocurrir, incluso cuando uno admite que los grupos armados no tienen prohibido realizar juicios y legislar. Obviamente, la legislación estatal no prohíbe la lucha de los soldados del Gobierno, y no está claro por qué, y parece injusto que deben estar sujetos a cualquier “legislación” adoptada por el grupo armado antes de que caigan bajo su control.

En cuanto a las posibles autorizaciones resultantes del DIH, en los CANI, las reglas de este derecho contienen, en el mejor de los casos, permisos débiles^[39] por oposición a “autorizaciones en sentido estricto”.^[40] Simplemente toleran y regulan la conducta.^[41] En mi opinión, incluso las garantías judiciales previstas por el DIH de los CANI simplemente proporcionan a los grupos armados un permiso débil para llevar a cabo juicios. Aunque tales juicios no violan el DIH como tal,^[42] los Estados no están obligados a reconocerlos, ni tampoco las sentencias resultantes de ellos. Si la opinión mayoritaria según la cual el DIH de los CANI implica un permiso fuerte para detener a quienes luchan por el adversario es correcta,^[43] esta autorización también se aplicaría a los grupos armados de acuerdo con el principio de igualdad de los beligerantes.^[44]

Tanto los grupos armados como los gobiernos se encuentran en un dilema desde una perspectiva política. Comprensiblemente, las fuerzas del Gobierno quieren que sus enemigos respeten las mismas reglas por las cuales están obligados. Por otro lado, la idea de que un grupo armado, que los Estados clasifican invariablemente como compuesto por delincuentes y, más a menudo, como “terroristas”, pueda ser igual a un Estado soberano en cualquier aspecto es una herejía para los gobiernos obsesionados por su concepto de soberanía del Estado de Westfalia. En cuanto a los grupos armados, pueden apreciar la idea de tener los mismos derechos que sus oponentes, pero la mayoría de ellos está mucho menos dispuesta, y hasta cierto punto incluso resulta incapaz, de respetar las mismas obligaciones.

Al observar la realidad de los CANI se percibe, correcta o incorrectamente, que la mayoría de los grupos armados ignora el DIH, tanto en el sentido de no conocer cómo llevar a cabo deliberadamente hostilidades de una manera contraria a sus principios básicos, en particular el principio de distinción. De hecho, muchos grupos armados creen que su única oportunidad de superar fuerzas gubernamentales incomparablemente más fuertes tanto en lo militar como en lo tecnológico es atacar “objetivos blandos”, como los civiles y la moral de la población civil, con la esperanza de que retiren su apoyo al Gobierno. Prohibir a los grupos armados y etiquetarlos como “terroristas” es, por tanto, a veces una profecía autocumplida. Por supuesto, como se explicará a continuación, ha sido posible obtener y controlar que los grupos armados respeten los compromisos de cumplimiento de las normas sobre ciertos temas bien definidos, como la prohibición de las minas terrestres. Sin embargo, es mucho más difícil convencer a grupos particulares de que renuncien a los ataques suicidas dirigidos contra civiles, la toma de rehenes o el uso de escudos humanos como método habitual de guerra.

Uno puede objetar que esta imagen sombría se aplica igualmente a la conducta de muchas fuerzas armadas gubernamentales. Sin embargo, el grado y la medida en que la mayoría de los grupos armados no respeta el DIH son mayores que para la mayoría de las fuerzas gubernamentales.

No obstante, no debe exagerarse la importancia de abandonar el principio de igualdad de los beligerantes. De hecho, la mayoría del sufrimiento humano en los CANI no es causado por violaciones de reglas que pueden ser objetivamente difíciles de respetar para algunos grupos armados no estatales. Por el contrario, el sufrimiento se debe en gran parte a violaciones, cometidas por ambas partes del conflicto, de reglas que todo ser humano puede respetar en cada situación, a saber: las prohibiciones de violar, torturar o matar a quienes están en poder del enemigo o, de otra manera, fuera de combate. Adaptar algunas reglas a lo que una parte en realidad puede cumplir simplemente la privaría de una excusa fácil para rechazar todo el régimen. Los casos controvertidos en los que ambas partes afirman ser el Gobierno no deberían plantear problemas, ya que ambas partes podrían ser sometidas al más alto estándar de "Estado".

En conclusión, la igualdad de los beligerantes puede ser una ficción en los CANI. Las ficciones, sin embargo, socavan el DIH, porque este cuerpo del derecho se ocupa de las consecuencias humanitarias de una realidad (indeseable), y debe tener en cuenta dicha realidad en todas sus reglas si quiere tener un impacto real. Sin embargo, abandonar la ficción corre el riesgo de disminuir aún más la voluntad de los soldados del Gobierno de cumplir con el DIH y desatar una carrera cuesta abajo.

2. Implementación del DIH de los CANI por los grupos armados

Incluso, si casi todas las reglas del DIH de los CANI son realistas para muchos grupos armados, el desafío sigue siendo idear mecanismos objetivos de implementación. De hecho, los mecanismos previstos por el derecho de los tratados son aún más limitados que las normas sustantivas: el derecho de iniciativa del CICR y otros organismos humanitarios imparciales [\[45\]](#) y la obligación de difundir las normas "lo más ampliamente posible".[\[46\]](#) El derecho consuetudinario no puede crear mecanismos. Incluso el CICR considera que las normas de aplicación, en particular las relativas al enjuiciamiento penal, solo obligan a los Estados en los CANI.[\[47\]](#) Tal ausencia de mecanismos no es sorprendente. El derecho internacional todavía está en gran medida centrado en el Estado. Incluso cuando sus normas se aplican a los actores no estatales, a menudo no existe un foro internacional en el que las víctimas individuales, los Estados lesionados, los terceros Estados, las organizaciones intergubernamentales o las organizaciones no gubernamentales (ONG) puedan invocar la responsabilidad de un actor no estatal y obtener ayuda.

2.1. La necesidad de favorecer que los grupos armados sientan que las normas les pertenecen

En lo que se refiere a los grupos armados, es imperativo que la implementación del derecho internacional se ajuste a la realidad internacional, incluso más aún que respecto de otros actores no estatales. Las empresas multinacionales pueden, al menos teóricamente, ser alcanzadas por la ley interna del Estado territorial en el que están presentes. En el caso de los grupos armados, sin embargo, esto no es posible. Su existencia en sí misma es un testimonio del hecho de que operan más allá del alcance práctico de los sistemas de aplicación de la ley del Estado territorial. Por tanto, el derecho internacional y sus mecanismos deben involucrar a dichos grupos.

Hoy se acepta cada vez más que los grupos armados deben ser involucrados directamente para fomentar que aprecien las normas del DIH como propias. El CICR siempre cultivó un diálogo con actores estatales y no estatales que son partes en conflictos armados. Tiene una Unidad de Asuntos Globales y Grupos Armados No Estatales, que desarrolla y coordina enfoques para relacionarse con grupos armados[\[48\]](#) y en 2018 inició un estudio que analiza la calidad de su diálogo con grupos armados no estatales.[\[49\]](#) Más adelante discutiremos el trabajo pionero del Llamamiento de Ginebra, una ONG con sede en Suiza. Asimismo, un número creciente de académicos analiza el tema.[\[50\]](#) En un informe de 2009 sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, el Secretario General de las Naciones Unidas identifica "mejorar el cumplimiento de los grupos armados no estatales" como uno de los cinco desafíos principales, y dedica diez de los 78 párrafos del informe a la necesidad de involucrar —y no solo condenar— a los grupos armados:[\[51\]](#) "Para evitar a los civiles los efectos de las hostilidades, obtener acceso a los necesitados y garantizar que los trabajadores humanitarios puedan operar de manera segura, los actores humanitarios deben tener un diálogo constante y sostenido con todas las partes en conflicto, estatales y no estatales"[\[52\]](#). Cada informe desde 2009 ha repetido este punto.[\[53\]](#) El informe del Secretario General de 2017 recomienda que los "Estados miembros no deben obstaculizar los esfuerzos de los actores humanitarios para interactuar con todas las partes relevantes, incluidos los grupos armados no estatales, y operar en áreas bajo su control".[\[54\]](#)

De manera similar, la Asamblea General de la ONU enfatiza que el compromiso con los grupos armados es esencial para negociar el acceso y mejorar la protección de los civiles. Requiere que los actores humanitarios traten a las partes estatales y no estatales en un conflicto armado en pie de igualdad y respondan a las necesidades de la población civil sin tener en cuenta factores políticos u otros.[\[55\]](#)

Incluso, el Consejo de Seguridad de la ONU afirmó, en una declaración presidencial, que "reconoce la necesidad de un compromiso constante de las agencias humanitarias con todas las partes en el conflicto armado con fines humanitarios, incluidas las actividades destinadas a garantizar el respeto del derecho internacional humanitario".^[56]

2.2. Maneras de facilitar que los grupos armados se apropien de las normas de DIH

2.2.1. Participación en el proceso de creación de nuevas reglas

Reglas escritas. El desarrollo del DIH aplicable a los CANI a través de hard law o soft law debe involucrar a todos los interesados, incluidos los grupos armados.^[57] De hecho, tales grupos son tan centrales para los CANI como lo es la marina para la guerra naval. Nadie sugeriría revisar la ley de la guerra naval sin consultar a las fuerzas navales del mundo. El DIH es, sobre todo, un esfuerzo pragmático, su éxito depende de su aplicación efectiva por las partes en los conflictos. Como tal, debe basarse en una comprensión sólida de los problemas, los dilemas y las aspiraciones de todas las partes en conflictos armados. En contraste, el derecho penal no necesita dar cuenta de las aspiraciones de los delincuentes ni ser realista para ellos. De hecho, su aplicación es vertical y jerárquica, mientras que el DIH se implementa horizontalmente por las partes en los propios conflictos armados.

Los Estados, sin embargo, nunca permitirán que los grupos armados se sienten oficialmente en la mesa de negociaciones. Por tanto, es más realista que el CICR o una ONG, como el Llamamiento de Ginebra, represente sus puntos de vista y problemas en vista de y durante las negociaciones.^[58]

Derecho consuetudinario. Como el DIH de los CANI se dirige igualmente a los grupos armados, surge la pregunta de si su práctica y su *opinio juris* también contribuyen al DIH consuetudinario de tales conflictos. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) da una respuesta negativa.^[59] El estudio del CICR sobre derecho consuetudinario considera que la importancia jurídica de dicha práctica no está clara.^[60] Sin embargo, uno de sus autores aboga por tener en cuenta la práctica de los grupos armados, al menos *de lege ferenda*.^[61] La pregunta doctrinal subyacente es si el derecho consuetudinario se basa en el consentimiento de los Estados o más bien se desarrolla a partir de la conducta y la *opinio juris* de los destinatarios de la regla en forma de actos, omisiones, declaraciones, acusaciones o justificaciones de su accionar.^[62] Desde un punto de vista puramente práctico, es inútil considerar que una norma sea "derecho consuetudinario" si la mitad de los destinatarios (es decir, grupos armados no estatales) no la respetan por convicción. A fin de garantizar que las reglas consuetudinarias sean realistas para todos los beligerantes, y para dar a los grupos armados no estatales un sentido de propiedad sobre el DIH consuetudinario de los CANI, es importante tener en cuenta la práctica y las declaraciones de los grupos armados al determinar las reglas consuetudinarias aplicables en estos conflictos.^[63]

Es cierto que hay varias dificultades conceptuales al considerar la práctica de los grupos armados no estatales en el proceso de creación de normas. Primero, un grupo armado, contrario a un Estado, no está destinado a ser y ni siquiera quiere ser permanente, sino que debe desaparecer inevitablemente por la victoria (convertirse en el Gobierno de un Estado) o por la derrota.^[64] Una cierta estabilidad y continuidad de los Estados, así como la posibilidad de que repitan la práctica y se conviertan en beneficiarios y destinatarios de una regla en el futuro, son todos ingredientes del misterioso proceso consuetudinario que convierte lo que es, la práctica, en lo que debería ser: el derecho. Algunos de estos factores pueden no aplicarse en el caso de grupos armados. Segundo, en la mayoría de los casos, un grupo armado tiene una práctica de DIH solo hacia un Estado o un grupo armado adverso, y se considera a sí mismo menos que los Estados, como parte de una sociedad internacional compuesta por otros Estados (y, en este caso, grupos armados).

Tercero, el derecho internacional presupone que los Estados tienen características uniformes, y de hecho son mucho menos diversos que los grupos armados. ¿Se debe deducir el DIH de los CANI a partir de la práctica y la *opinio juris* de todos los grupos armados que participan en los CANI, o se deben crear categorías de grupos (por ejemplo, según controlen el territorio o quieran convertirse en el Gobierno de un Estado) y deducir diferentes reglas aplicables a cada categoría, en función de la práctica y *opinio juris* de los grupos de esa categoría? En el primer caso, solo resultarían reglas muy rudimentarias, mientras que la segunda alternativa conduciría a una mayor fragmentación del DIH. La segunda alternativa también plantearía la cuestión de si los Estados también deberían estar sujetos a diferentes reglas dependiendo de la categoría del grupo armado contra el que luchan.

De hecho, en cuarto lugar, surge la pregunta de si el derecho que se deduce de la práctica y la *opinio juris* de los grupos armados solo les genera obligaciones, o si el DIH consuetudinario de los CANI para los Estados y los grupos armados debe basarse en la práctica y la *opinio juris* de ambos. Este tema de la igualdad de los beligerantes se ha discutido anteriormente.

A pesar de todas estas preguntas abiertas, algunos académicos sugieren que es posible que los grupos armados desempeñen un papel en el desarrollo de nuevas reglas sin “degradar” las protecciones internacionales actuales al considerar el resultado de su práctica y opinión juris como “cuasi-costumbre”.^[65] En mi opinión, esta teoría merece una mayor reflexión.

2.2.2. Difusión

El DIH debe difundirse a los responsables de su aplicación. Idealmente, la difusión ya tiene lugar antes de que estalle un conflicto armado. Si bien es posible capacitar a las fuerzas gubernamentales en vista de su posible participación futura en un CANI, es políticamente delicado involucrar a grupos armados potenciales antes de que en realidad estén involucrados en un conflicto armado. Quizás la acción preventiva más prometedora es garantizar que toda la población tenga una comprensión básica del DIH. Por ello, los activistas, periodistas, estudiantes y cualquier otra persona que pueda convertirse en miembro o partidario de un grupo armado deben comprender tanto las obligaciones a las que están sujetas las acciones de todos, como los derechos que cada uno puede reclamar en conflictos armados. Esta es precisamente la razón por la cual el DIH de los CANI requiere que "se difunda lo más ampliamente posible".^[66]

Durante un conflicto armado surge la pregunta de cómo se debe difundir el DIH a los grupos armados teniendo en cuenta sus especificidades. En el caso de estos grupos, a veces no es realista aplicar el procedimiento estándar de centrar los esfuerzos de capacitación en sus líderes, porque muchos de estos grupos no tienen una estructura formal de capacitación. Además, los líderes de los grupos armados tienen, por razones de secreto, mucho menos contacto directo con sus “combatientes” reales en comparación con los líderes de las fuerzas armadas regulares. Los grupos armados no estatales también dejan la elección de medios y métodos de guerra a aquellos que luchan en el campo en mayor medida que los comandantes de las fuerzas regulares. Sin embargo, todavía es posible sugerir, al menos, algunas formas realistas en que tales personas pueden ser capacitadas para respetar el DIH; los medios modernos de comunicación brindan algunas oportunidades a este respecto.^[67] El Llamamiento de Ginebra contribuye a la capacitación de los grupos armados sobre las normas humanitarias, incluso a través de medios tan innovadores como acertijos que se pueden descargar en teléfonos portátiles.^[68] Como siempre, la capacitación eficiente no puede consistir simplemente en enseñar prohibiciones; más bien, debe demostrar cómo se pueden resolver las situaciones de la vida real respetando el DIH. El entrenamiento de los “combatientes” debe mostrarles que el DIH contiene soluciones a las situaciones que enfrentarán. Sin embargo, pocos Estados tolerarían un entrenamiento que enseñe a los grupos armados cómo luchar en una guerra más eficiente. Asimismo, muchos Estados ven el mensaje básico del principio de distinción con escepticismo si se dirige a “combatientes” de grupos armados, porque implica que estos pueden atacar a miembros de las fuerzas armadas estatales.

2.2.3. Obtener compromisos

Aunque el DIH ya es vinculante para los grupos armados, vale la pena obtener de ellos el compromiso de respetarlo, y, de hecho, tales grupos se comprometen a cumplir con las normas humanitarias en una gran variedad de formas.^[69] Esto no solo ayuda a cerrar la brecha en la apropiación de las normas, sino que también crea un grupo de líderes y otros miembros que luego se convierten en defensores del DIH dentro de la organización. Los compromisos generales de respetar el DIH, como las declaraciones para cumplir con los convenios de Ginebra y los protocolos adicionales, pueden verse escépticamente como mera propaganda. En cambio, a menudo es preferible un código de conducta de dos páginas que aborde los problemas humanitarios genuinos que surgen para un determinado grupo armado en el campo.

¿Cómo obtener compromisos? El CICR, algunos mecanismos de las Naciones Unidas y el Llamamiento de Ginebra, intentan obtener compromisos de los grupos armados para cumplir con ciertas normas del DIH. El CICR lo hace en su diálogo bilateral y confidencial con todas las partes en un conflicto armado y normalmente no hace públicos dichos compromisos. Tal enfoque confidencial no solo corresponde a sus métodos de trabajo habituales, sino que también evita antagonizar a los gobiernos con los que tiene que trabajar y que no aprecian esos contactos que temen legitimar a los “terroristas”. Sin embargo, dicha confidencialidad afecta la posibilidad de que los grupos armados sientan sus compromisos como propios.

A nivel de la ONU, el Consejo de Seguridad estableció un mecanismo de supervisión y presentación de informes para combatir seis violaciones graves cometidas contra niños en conflictos armados. El mecanismo opera comunicando formalmente a las partes responsables de las seis violaciones y luego les pide que formulen planes de acción que conduzcan al cumplimiento del derecho internacional. Dicho plan de acción constituye un compromiso unilateral por parte de un grupo

armado. Posteriormente, el mecanismo hace seguimiento a dichos compromisos y monitorea su cumplimiento. Un grupo queda "excluido" y, por tanto, se elimina del escrutinio solo después de que el Consejo verifique que las actividades enumeradas en el plan de acción se hayan implementado por completo.^[70]

La ONG Llamamiento de Ginebra es una institución que tradicionalmente solo se enfoca en grupos armados. Entre otras cosas, intenta obtener compromisos concretos de estos grupos para respetar las normas humanitarias (que es un término más amplio que el DIH) y trata de garantizar su respeto mediante la persuasión y el diálogo.^[71] Comenzó su trabajo con la prohibición de las minas terrestres antipersonal, porque la Convención de Ottawa sobre minas terrestres no se dirige a grupos armados no estatales ni les permite comprometerse a respetarla. Desde entonces, el Llamamiento de Ginebra ha incluido en su trabajo la protección de los niños en los conflictos armados y la prohibición de la violencia sexual, así como la discriminación de género. Actualmente, está incorporando otros problemas humanitarios a su programa de trabajo futuro, como la prestación de atención médica y el desplazamiento forzado. Sin embargo, debe tener cuidado de asegurarse de que solo acepta compromisos cuyo respeto puede supervisar. Se espera que el Llamamiento de Ginebra continúe aplicando su enfoque, descrito más adelante, que es diferente pero complementario al del CICR y que lo convierte en una organización única, más allá de una organización humanitaria que trabaja en el campo.

La idea original del Llamamiento de Ginebra, que es la más relevante para la presente discusión, era obtener Escrituras de Compromiso formales de los grupos armados, que con mayor frecuencia son firmadas en Ginebra por los líderes militares y políticos de alto nivel de un grupo. ^[72]Tales Escrituras son el resultado de negociaciones que incluyen a los líderes militares de un grupo armado en los que el Llamamiento de Ginebra no solo explica las prohibiciones existentes del DIH, sino que también escucha los problemas y las aspiraciones humanitarias del grupo, así como los desafíos que enfrenta. Luego, las Escrituras se firman en la prestigiosa Sala de Alabama en Ginebra, en presencia de un representante del cantón (Estado federado suizo) de Ginebra, en cuyos archivos se depositan. Parte de la política exterior humanitaria de Suiza es permitir y facilitar la entrada en su territorio a los líderes de los grupos armados dispuestos a firmar una Escritura de Compromiso, y también a todos los que asisten a las reuniones organizadas cada cuatro o cinco años en Ginebra, lo que incluye a todos los signatarios de Escrituras de Compromiso, así como a otros grupos armados con los que trabaja el Llamamiento de Ginebra.

Cuando los líderes de un grupo armado regresan a los combates después de la ceremonia de firma, tienen la impresión de que ya no son meros delincuentes (como argumentaría el Gobierno contra el que luchan), sino partes serias en un conflicto armado con obligaciones bajo el DIH. Tal sentimiento de legitimación a través de la participación en las "reglas del juego" es una realidad social, aunque todas las Escrituras de Compromiso enfatizan, como lo hace el Artículo 3 Común, que no afectan el estatus legal del grupo. Sin embargo, los líderes se asegurarán de que su grupo no les haga perder la reputación al violar los compromisos adquiridos en la Escritura. El Llamamiento de Ginebra ayuda a los grupos a respetar su Escritura, supervisa su cumplimiento, realiza misiones de investigación en casos de presuntas violaciones (esto a menudo requiere, por razones puramente prácticas, el consentimiento del Estado territorial, que a menudo lo rechaza)^[73] y podría emitir una declaración pública si la Escritura no es respetada.

Actualmente, 52 grupos armados no estatales han firmado la Escritura de Compromiso que prohíbe las minas terrestres antipersonal, 26 han firmado la Escritura que protege a los niños y 24 han firmado la Escritura que prohíbe la violencia sexual y la discriminación de género. Es cierto que los mayores infractores no se encuentran entre los firmantes. Sin embargo, muchos de los grupos que son signatarios, tal como el PKK kurdo (Partiya Karkerên Kurdistan), son considerados organizaciones terroristas por el Estado contra el que están luchando o incluso por organizaciones internacionales. Al menos para la Escritura de Compromiso sobre la prohibición de las minas terrestres antipersonal, aún no se ha encontrado que tales grupos signatarios hayan cometido violaciones, mientras que la experiencia con Escrituras de Compromiso en otros temas es demasiado reciente para sacar conclusiones.

El artículo 3 común, que otorga a los organismos humanitarios imparciales el derecho de ofrecer sus servicios a las partes de los CANI, incluidos los grupos armados, proporciona la base legal para el trabajo del Llamamiento de Ginebra. Por tanto, involucrar a un grupo armado no estatal no constituye una interferencia en los asuntos internos del Estado territorial. De hecho, un Estado violaría el artículo 3 común, si criminalizara el compromiso del Llamamiento de Ginebra como apoyo al terrorismo, incluso si el grupo armado que forma parte de un CANI al que se involucra está etiquetado como terrorista.

La naturaleza vinculante de los compromisos de los grupos armados no estatales. El artículo 3 común alienta a las partes de los CANI a celebrar acuerdos *ad hoc* para hacer que todo o parte del DIH de los CAI sea aplicable. Por el contrario, el DIH no se refiere a compromisos unilaterales;^[74] por tanto, surge la pregunta de si estos compromisos son legalmente vinculantes y por qué. Para estar obligados, los grupos armados deben poseer la personalidad jurídica internacional

necesaria. En mi opinión, cuando las reglas del DIH de los CANI se crean por acuerdo o por costumbre, los Estados confieren implícitamente a los grupos armados no estatales involucrados en tales conflictos la personalidad jurídica internacional necesaria para tener derechos y obligaciones bajo esas reglas.^[75] De lo contrario, su esfuerzo legislativo no tendría el efecto deseado. Dicha interpretación sería contraria al principio *effet utile*. Al mismo tiempo, sin embargo, los Estados declararon explícitamente que la aplicación del DIH por y para los "rebeldes" no conferiría a estos últimos un estatus legal.^[76] Sin embargo, esto solo es cierto con respecto a las normas del derecho internacional distintas de las del DIH.

Si se considera que los grupos armados no estatales tienen una personalidad jurídica funcional en el campo del DIH, es tentador aplicar por analogía los "Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de Estados capaces de crear obligaciones legales de la CDI" (Principios Rectores)^[77] a sus Escrituras de Compromiso. El problema es que esos Principios Rectores basan la naturaleza vinculante de tales declaraciones en el principio de buena fe.^[78] Por su parte, los Estados generalmente no se basan en declaraciones de grupos armados no estatales y con frecuencia las rechazan. Sin embargo, en mi opinión, lo determinante no es si el adversario realmente confía en tales declaraciones, sino si puede hacerlo. Además, otros como la población afectada o las ONG, confían en tales declaraciones. Grocio y Gentili argumentaron hace siglos que la buena fe es de hecho la base de todas las obligaciones de derecho de guerra entre los enemigos.^[79]

El principio de efectividad puede proporcionar otra explicación de la naturaleza vinculante de tales Escrituras de Compromiso. Cada vez que un grupo armado no estatal puede cumplir con sus compromisos, está obligado por ellos.^[80] Finalmente, uno puede considerar que la naturaleza vinculante de las promesas constituye un principio general de derecho que existe en todos los sistemas legales.^[81]

Todas las explicaciones mencionadas sobre la naturaleza vinculante de las Escrituras de Compromiso requieren que aquellos que se comprometen realmente tengan la voluntad de hacerlo y lo hagan en un campo en el que tienen personalidad jurídica.^[82] La falta de tal intención podría hacer que los compromisos no sean vinculantes. Esta intención de comprometerse con los demás, a menudo, no está presente en los códigos de conducta internos. Sin embargo, la intención requerida podría derivarse del hecho de que un instrumento fue elaborado siguiendo la sugerencia de una organización intergubernamental u ONG o del hecho de que los actores externos o la población local fueron informados sobre su contenido.

2.2.4. Recompensar el respeto

En un CAI, el estatuto de prisionero de guerra y la inmunidad de los "combatientes" incentivan a estos a cumplir con el DIH. Un "combatiente" que cae en poder del enemigo se convierte en un prisionero de guerra y tiene inmunidad como tal, por lo que no puede ser procesado por el mero hecho de haber participado en hostilidades. Sin embargo, si dicho "combatiente" comete crímenes de guerra, debe ser castigado. En contraste, este incentivo para cumplir con el DIH no existe en los CANI, el miembro de un grupo armado que solo mata a soldados del Gobierno en un CANI será procesado por asesinato una vez capturado por las fuerzas gubernamentales. Incluso el perfecto respeto del DIH por parte de aquel no impide su enjuiciamiento en virtud de la legislación nacional. Aunque esta diferencia fundamental entre los CAI y los CANI es inherente al actual sistema internacional de Westfalia, se deben desarrollar algunos incentivos y recompensas en el DIH, el derecho internacional penal, el derecho internacional de refugiados y el derecho internacional antiterrorista para promover el cumplimiento del DIH. Esta es una de las principales razones por las cuales los actos cometidos en un conflicto armado que cumplen con el DIH no deben caer bajo ninguna definición de terrorismo.^[83]

2.3. Proporcionar recomendaciones

Los grupos armados también deben tener acceso a recomendaciones sobre cómo cumplir con el DIH. El cumplimiento es mucho más difícil para ellos que para los gobiernos, ya que estos tienen estructuras e instituciones formales. ¿Cómo garantiza un grupo clandestino e ilegal el cumplimiento del DIH? ¿Cómo castiga a los miembros que no cumplen?^[84] ¿Puede castigar o proporcionar un juicio justo sin legislación? ^[85] Debemos ayudar a los grupos a abordar estas preguntas, suponiendo que muchos de ellos realmente deseen respetar el DIH, lo que puede resultar falso. El hecho de que, a menudo, eso también es falso en el caso de los Estados, no impide que el CICR les brinde servicios de asesoramiento.^[86]

2.4. Vigilancia del respeto

2.4.1. Autoinforme de los grupos armados

El mecanismo más tradicional y menos intrusivo para monitorear el respeto de las obligaciones internacionales, que está bien establecido en el DIDH, consiste en exigir a los Estados que informen periódicamente a un organismo de monitoreo internacional sobre su respeto e implementación.^[87] Si bien tales obligaciones de presentación de informes se previeron anteriormente para el DIH en relación, por ejemplo, con las medidas nacionales de aplicación, los Estados nunca las aceptaron.^[88] Si los grupos armados no estatales tienen obligaciones bajo el DIH, también se los puede alentar a informar sobre su cumplimiento. El Llamamiento de Ginebra solicita periódicamente a los grupos armados que han firmado una Escritura de Compromiso que informen sobre su cumplimiento y sobre las medidas tomadas para implementar la Escritura. La mera responsabilidad de escribir tales informes y recopilar los datos necesarios podría aumentar la conciencia del DIH entre algunos segmentos del grupo armado y favorecer la apropiación de estas normas por ellos.

2.4.2. Monitoreo por terceros

El respeto del derecho también debe ser monitoreado. No obstante, los mecanismos para relacionarse con los grupos armados a este respecto siguen siendo escasos. Según el artículo 3 común, el CICR y otros organismos humanitarios imparciales pueden ofrecer sus servicios a un grupo armado. Si este último acepta, el CICR supervisa el respeto del grupo de la misma manera que supervisa las actividades de los Estados involucrados en los CAI. Sobre la misma base, el Llamamiento de Ginebra supervisa si las Escrituras de compromiso de un grupo corresponden a la realidad sobre el terreno. Sin embargo, los Estados, obsesionados con la soberanía, no siempre aprecian tales actividades.

2.5. Responsabilidad por violaciones

Al igual que con los Estados, debe haber responsabilidad por las violaciones cometidas por grupos armados. El derecho internacional penal se dirige tanto a los miembros de estos grupos como a los miembros de las fuerzas armadas. En el derecho internacional privado, la posibilidad de construir y sancionar una violación del DIH como un agravio debe ser explorada e implementada en los tribunales civiles nacionales. En este campo, los Estados Unidos han sido pioneros con su Alien Tort Claims Act (Estatuto de Reclamación por Agravios Contra Extranjeros).^[89] Además, el Consejo de Seguridad de la ONU también ha abordado la responsabilidad internacional de los grupos armados al imponer sanciones contra ciertos grupos.^[90] La forma en que las organizaciones humanitarias reaccionan a las violaciones del DIH por parte de grupos armados es otra área que merece una mayor exploración. Por un lado, el hecho de que estas organizaciones quieran ayudar y proteger a las personas que están en manos de grupos armados exige que continúen cooperando con dichos grupos. Por otro, reaccionar a las violaciones es crucial, y las organizaciones humanitarias no deben dejar de reprobarlas, al menos bilateral y confidencialmente, para garantizarse el acceso.

2.6. Obstáculos para respetar

Algunos grupos armados tienen una política deliberada de violaciones del DIH y publican imágenes de estas en las redes sociales. Otros grupos consideran el DIH como un conjunto de reglas hechas por otros, y más específicamente por los Estados, que a menudo también las interpretan de manera liberal a su favor. Como consecuencia, esos grupos generalmente verán tales reglas como irrelevantes o no vinculantes para ellos. Esto se ve reforzado por el doble estándar percibido respecto de algunas reglas, cuyo mejor ejemplo es el marco legal que protege a los niños durante los conflictos armados y, en particular, la edad por debajo de la cual estos no pueden ser reclutados en las fuerzas armadas.

Además, el cumplimiento también está limitado por la frecuente falta de conocimiento y capacitación. Incluso cuando conocen las reglas, los grupos armados no estatales sienten que respetar el DIH no tiene ninguna ventaja para ellos; aun cuando cumplen con el DIH, su conducta sigue siendo ilegal según la legislación nacional; son considerados criminales o terroristas.

Otro desafío que enfrentan los grupos armados es la falta de comando y control. Si bien una estructura eficiente de comando y control es esencial para el respeto del DIH, a menudo el primer objetivo de los Estados es destruir la estructura con la que cuenta el grupo armado (y esto no es contrario al DIH). En cualquier caso, la ilegalidad generalmente conduce a la compartimentación de la estructura del grupo en células pequeñas. El “combatiente” de un grupo armado ilegal, a menudo, ni siquiera sabe quién es su comandante o cuál es el plan general.

Su inferioridad tecnológica también es un factor: tienen tecnología limitada, antigua o de fabricación propia, o cuando poseen tecnología más sofisticada, no tienen la capacidad de usarla de manera responsable.

Cuando se trata del derecho propiamente dicho y su adaptación a los grupos armados no estatales, ya se han mencionado varios problemas. Además, si bien el DIH aplicable a los CANI se desarrolló para situaciones similares a la de la guerra civil española, los grupos armados de hoy no siempre tienen como objetivo controlar el territorio. Esto, por supuesto, nunca puede verse como un argumento para ignorar el artículo 3 común aplicable en todos los CANI, incluso cuando un grupo armado no controla el territorio. Sin embargo, el principio de que el único objetivo legítimo de la guerra es debilitar el potencial militar del adversario parece no tener importancia. Varios grupos armados contemporáneos nunca tendrán la capacidad militar para derrotar a los Estados contra los que luchan, entre otras cosas, debido a medidas eficientes tomadas por el Estado para la protección de sus fuerzas. Además, debilitar el potencial militar del enemigo a veces puede no ser el objetivo del grupo; más bien, pueden tener una amplia variedad de objetivos finales, como obstaculizar la construcción de una presa en el área donde vive la población que defienden.

Finalmente, un obstáculo importante para lograr un mejor respeto del DIH por parte de los grupos armados es que la negociación de compromisos de respetarlo no es bienvenida, o incluso es criminalizada, por los Estados. Hay tres razones principales por las cuales los Estados, partes de la opinión pública y algunos académicos se oponen a la sola idea de tales negociaciones con grupos armados. Primero, muchos objetan que la promoción de tales compromisos por parte de los actores internacionales alienta a los grupos armados a continuar empleando la violencia, lo que inevitablemente contribuye al sufrimiento humano. Obviamente, sería preferible un mundo sin grupos armados, así como un mundo sin este tipo de conflictos. Pero, los grupos y los conflictos armados son una realidad que no desaparecerá, aunque la comunidad internacional los ignore.

Segundo, los opositores más moderados aceptan involucrar mediante compromisos a algunos, pero no a todos estos grupos. Desde mi punto de vista, debemos intentar involucrar a todos los grupos y que sean ellos quienes decidan si rechazan esa participación. Desde un punto de vista humanitario, la distinción entre los grupos armados "buenos" y "malos" significaría que los civiles con mayor necesidad de protección se verían privados de ella por estar en manos de un grupo cuyos métodos o ideología son totalmente rechazados por la comunidad internacional. Involucrar a todos los grupos también evitaría un problema diplomático. Si nos negamos, por ejemplo, a involucrar a Hezbolá en Líbano o los talibanes en Afganistán, ¿cómo podríamos haber justificado el involucramiento con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en el gobierno de Colombia? Por tanto, la única limitación razonable para el involucramiento de grupos es exigir que estos constituyan un grupo armado genuino que cumpla con los requisitos de la organización del DIH^[91] involucrada en un CANI.

Tercero, el obstáculo más reciente e importante para involucrar a grupos armados está relacionado con la lucha contra el terrorismo.^[92] Estados Unidos, por ejemplo, ha tipificado como delito brindar apoyo a 68 grupos que actualmente están en su lista de "terror",^[93] que incluye algunos grupos armados involucrados en CANI. Además, este país considera que la mera capacitación en DIH califica como brindar "apoyo" a grupos armados.^[94] No obstante, esta opinión es incompatible con el artículo 3 común, que otorga a los organismos humanitarios imparciales el derecho de ofrecer sus servicios a los grupos armados y, si su oferta es aceptada, de proporcionar dichos servicios a los grupos. La criminalización de proporcionar apoyo a grupos terroristas por parte de los Estados Unidos y muchos otros Estados a menudo se justifica por las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU.^[95] Según el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, tales resoluciones podrían prevalecer sobre el artículo 3 común. Sin embargo, en mi opinión, deberían interpretarse de conformidad con dicho Artículo para que no afecten el derecho de iniciativa de los organismos humanitarios imparciales.

Conclusión

El DIH se vuelve cada vez más irrelevante si no es respetado también por los grupos armados en los CANI. Sin embargo, rara vez se analiza desde el punto de vista de los grupos armados, tanto en su contenido como en su implementación. El considerable desarrollo del DIH de los CANI durante los últimos 30 años, que se produjo principalmente a través de supuestas normas consuetudinarias, lo ha acercado mucho más al DIH de los CAI. También hay muchas buenas razones para tal analogía. No obstante, los grupos armados y su realidad a menudo son olvidados en este desarrollo. Aunque muchas reglas son realistas para ellos y otras pueden interpretarse de esta manera, algunas deben ser aplicadas en función de una escala móvil adaptada a la capacidad del grupo, posiblemente abandonando el principio de la igualdad de los beligerantes ante el DIH. En cualquier caso, tales reglas del DIH deben implementarse mejor por, con y contra los grupos armados. Esto presupone un diálogo, que nunca debe ser criminalizado, para promover que se apropien del DIH. La conclusión de acuerdos ad hoc o declaraciones unilaterales puede ayudar a superar esta brecha de apropiación. Los Escrituras de Compromiso sugeridas a los grupos armados por la ONG Llamamiento de Ginebra desempeñan un papel pionero a este respecto.

Los grupos armados no estatales deben tener voz en la redacción de las normas aplicables a los CANI, y se les debe ayudar a cumplir sus obligaciones, incluso mediante la capacitación de sus miembros. Su respeto por el DIH debe ser monitoreado y recompensado, y se los debe alentar a informar sobre su implementación. Los miembros individuales de los grupos son, al menos, responsables de los crímenes de guerra, y los grupos armados no estatales también tienen responsabilidad internacional por las violaciones. Aunque el DIH establece explícitamente lo contrario,^[96] el temor de los Estados de que la participación de grupos armados no estatales los legitime es el principal obstáculo para el necesario involucramiento de dichos grupos por parte de las organizaciones humanitarias. Además, se puede considerar que tanto el derecho antiterrorista nacional como el internacional clasifican dicho compromiso como apoyo al terrorismo. De hecho, todos los grupos armados no estatales son considerados, al menos por el Estado contra el que luchan, como organizaciones terroristas. Sin embargo, criminalizar el involucramiento de un grupo armado que participa en un CANI viola el DIH independientemente de si este se encuentra clasificado o no como una organización terrorista.

Referencias

* Traducción al español realizada por Diana Catalina Patarroyo.

[1] Ver Marco Sassòli, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, pp. 181-182, párrs. 6.34-6.36, y un estudio detallado del primer requisito mencionado en Tilman Rodenhäuser, *Organizing Rebellion, Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law, Human Rights Law and International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 15-114.

[2] I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949.

[3] Para las normas consuetudinarias que se aplican a los CANI ver Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*. Volume I: *Rules*, Geneva and Cambridge, ICRC y Cambridge University Press, 2005 (Estudio de Derecho Consuetudinario del CICR o Estudio del CICR), reglas 3, 4, 41, 49, 51, 106-108, 114, 124(A), 128(A), 128(B), 129(A), 130, 145-147, y aquellas de DIH de los CANI en la implementación que vinculan excepcionalmente solo a los Estados de acuerdo con el CICR. Ver reglas 141, 143-144, 149-150, 157-158, 161.

[4] Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 de junio de 1977.

[51] Ver Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Reporte del Secretario General sobre la protección de los civiles en el conflicto armado”, (2009) UN Doc S/2009/277, párrs. 38-47.

[52] *ibid.*, párr. 40.

[53] Ver Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Reporte del Secretario General sobre la protección de los civiles en el conflicto armado”, (2010) UN Doc S/2010/579, párrs. 52, 55-6; “Reporte del Secretario General sobre la protección de los civiles en el conflicto armado”, (2015) UN Doc S/2015/453, párrs. 7, 37, 62; “Reporte del Secretario General sobre la protección de los civiles en el conflicto armado”, (2016) UN Doc S/2016/447, párr. 29.

[54] Ver Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Reporte del Secretario General sobre la protección de los civiles en el conflicto armado”, (2017) UN Doc S/2017/414, párr. 53.

[55] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 46/182, 1991.

[56] Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Declaración del presidente del Consejo de Seguridad”, (2013) UN Doc S/PRST/2013/2, párr. 4.

[57] Sophie Rondeau, “Participación de los grupos armados en la formulación del derecho aplicable a los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* 882-883, 2011, p. 209. Para un marco teórico general basado en la igualdad de los beligerantes, ver Marcos D. Kotlik y Ezequiel Heffes, “Grupos armados desfragmentados: la relativización del DIH como régimen autónomo y la búsqueda de visiones alternativas”, en Emiliano J. Buis y Natalia M. Luterstein (eds.), *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional. Interacciones, intercambios, interferencias*, vol. I, Buenos Aires, Colección Serie Académica Sempithidia, 2016, pp. 78-79.

[58] Ver CICR, *Safeguarding the Provision of Health Care:*

[5] 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), 8 de junio de 1977.

[6] *ibid.*, artículo 43(2).

[7] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, 17 de julio de 1998. Comparación entre los artículos 8(2)(a) y 8(2)(b) por un lado, y los artículos 8(2)(c) y 8(2)(e) por el otro.

[8] Bélgica, Ley de Jurisdicción Universal, 2003, Código Penal, artículo 136(c), versión no oficial traducida al inglés disponible en <https://casebook.icrc.org/case-study/belgium-law-universal-jurisdiction>, en Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin, *Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Geneva, CICR, 2011; y, en mayor extensión Alemania, Código Penal Internacional, *Acto para Introducir el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional de Junio de 2002*; sección 8(1) y 8(2), mientras que la sección 8(3) mantiene la distinción; disponible en alemán en <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/vstgb/index.html> y versión no oficial traducida al inglés disponible en: <https://casebook.icrc.org/case-study/germany-international-criminal-code>

[9] Código Penal Suizo del 21 de diciembre de 1937 (actualizado al 1 de enero de 2015), artículos 264c-264j, en *Federal law, Classified compilation*, 311.0.

[10] *ibid.*, artículo 264b.

[11] Para las enmiendas aprobadas a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Específicas que pueden ser extremadamente nocivas o de efectos indiscriminados (Convención sobre Ciertas Armas Convencionales) de 2001, y su Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampas y otros artefactos de 1996, para extender la aplicación de ambos tratados a los CANI, ver Sassòli, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 39-40, párr. 4.17. Ver también Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (Convención de La Haya de Propiedad Cultural), artículo 19; y Protocolo II a la Convención de La Haya de Propiedad Cultural, artículo 22.

[12] Ver, en particular, TPIY, Fiscal c. Dusko Tadić, decisión sobre la moción de la defensa para la apelación interlocutoria sobre jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párrs. 96-136.

[13] *ibid.*, párr. 97.

Operational Practices and Relevant International Humanitarian Law Concerning Armed Groups, Geneva, CICR, 2015; Geneva Call, *In Their Words: Armed non-State Actors Share their Policies and Practice with Regards to Education in Armed Conflict*, Geneva Call, 2017.

[59] Borrador de conclusiones de la CDI sobre el tema titulado "Identificación del derecho internacional consuetudinario", ver Comisión de Derecho Internacional, "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su 68.a reunión", (2016) UN Doc A/71/10, Conclusión 4(3) y párr. 9, Comentario a la Conclusión 4. Sin embargo, la CDI admite que puede provocar la práctica del Estado, que obviamente es un tema diferente.

[60] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. xxxvi.

[61] Jean-Marie Henckaerts, "Binding armed opposition groups through humanitarian treaty law and customary law", en *Proceedings of the Bruges Colloquium, Relevance of International Humanitarian Law to Non-State Actors, 25th-26th October 2002* 27 (2003), p. 128.

[62] Para mayores detalles ver Marco Sassòli, *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1990, pp. 32-48.

[63] Para ello, la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra emprende desde 2017 un proyecto de investigación, *From Words to Deeds: A Study of Armed Non-State Actors' Practice and Interpretation of International Humanitarian and Human Rights Norms*, supra nota 50.

[64] Daboné, *Le droit international public relative aux groupes armés non étatiques*, *op. cit.*, pp. 87-88.

[65] Anthea Roberts y Sandesh Sivakumaran, "Lawmaking by nonstate actors: Engaging armed groups in the creation of international humanitarian law", en *Yale J of Intl L* 37 (2011), pp. 141-152.

[66] Protocolo II, artículo 19; ver también Estudio de Derecho Consuetudinario del CICR, supranota 3, Regla 142.

[67] Ver, por ejemplo, el curso creado por el CICR, "Capacitación en línea de la Ley de los Conflictos Armados para actores no estatales", 2017, en <https://www.icrc.org/en/document/law-armed-conflict-essentials>, fecha de consulta: 22 de agosto de 2019.

[68] Para herramientas desarrolladas por esta organización, ver Geneva Call, "Fighter Not Killer", en <http://fighternotkiller.org>, fecha de consulta: 22 de agosto de

[14] *ibid.*, párr. 119.

[15] Eminentes expertos de la onu escribieron solo un año antes: “La ley basada en tratados aplicable a los conflictos armados internos es relativamente reciente y está contenida en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional II y el artículo 19 de la Convención de La Haya de 1954 sobre Bienes Culturales”. Es poco probable que exista algún cuerpo de derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos que no encuentre su raíz en estas disposiciones convencionales. Ver “Informe Final de la Comisión de Expertos establecida de conformidad con la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad”, anexo a la “Carta de fecha 24 de mayo de 1994 del Secretario General al Presidente del Consejo de Seguridad”, UN Doc S/1994/674, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, párr. 52.

[16] Ver la Base de datos de DIH consuetudinario, en <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>, que actualiza regularmente el Estudio de Derecho Consuetudinario del CICR.

[17] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. xxxiv-xxxv.

[18] Sobre el razonamiento por analogía, en general, y en particular sobre nuestro problema y los límites a tal razonamiento, ver Sassòli, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 224-230.

[19] Ver Rosemary Abi-Saab, *Droit humanitaire et conflits internes: origines et évolution de la réglementation internationale*, Geneva-Paris, Institut Henry-Dunant y Pédone, 1986, p. 138; Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, icrc/Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 1333-1334, párrs. 4402-4418.

[20] Ver, por ejemplo, Richard Ekins y Tom Tugendhat, “Clearing the Fog of Law: Saving our armed forces from defeat by judicial diktat”, *Policy Exchange*, 29 de marzo de 2015; ver también comunicados de los anteriores líderes militares de Reino Unido en el Comité Selecto de Defensa de la Cámara de los Comunes, “UK Armed Forces Personnel and the Legal Framework for Future Operations”, *Evidence* (House of Commons, 2014) párrs. 5, 7, 13, 23, 28, 61, 83, 95, 97-99.

[21] Ver Anne Quintin, *Permissions, prohibitions and prescriptions: The nature of international humanitarian law – Does international humanitarian law provide permissions to act, or is it only composed of prohibitions and prescriptions?* Tesis doctoral, Ginebra, 2019 (para ser publicada, Elgar, 2020).

2019.

[69] Para una base de datos comprensiva ver Geneva Call, “Their Words: Directory of Armed Non-State Actor Humanitarian Commitments”, Geneva Call, 2012-2019, en <http://theirwords.org>, fecha de consulta: 22 de agosto de 2019.

[70] Para más información, consultar la página web de la Oficina del Representante Especial del Secretario General para Niños y Conflicto Armado, en <http://theirwords.org>, fecha de consulta: 22 de agosto de 2019.

[71] Ver la página de internet de Geneva Call, en <http://www.genevacall.org>, fecha de consulta: 22 de agosto de 2019.

[72] Consultar las siguientes escrituras de compromiso disponibles: Geneva Call, “Escritura de compromiso para la adhesión a una prohibición total de las minas antipersonal y para la cooperación en la acción contra las minas”, 2000; “Escritura de compromiso para la protección de los niños contra los efectos de los conflictos armados”, 2010; “Escritura de compromiso para la prohibición de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado y hacia la eliminación de la discriminación de género”, 2012, en <https://genevacall.org/how-we-work/deed-of-commitment>, fecha de consulta: 22 de agosto de 2019.

[73] Ver Pascal Bongard y Jonathan Somer, “Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms: A look at international mechanisms and the Geneva Call Deed of Commitment”, en IRRC 93 (2011), pp. 692-701.

[74] Para el caso específico de movimientos de liberación nacional, ver Protocolo I, artículo 96(3).

[75] Ver también Kotlik y Heffes, “Grupos armados desfragmentados”, *op. cit.*, pp. 76-78.

[76] Ver Convenciones de Ginebra, artículo 3 común (4).

[77] Comisión de Derecho Internacional, “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de Estados capaces de crear obligaciones legales”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional II* (2006), pp. 161-166.

[78] Esta también es la opinión mayoritaria expresada en escritos académicos. Ver Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public*, Paris, puf, 2000, pp. 328-332.

[79] Alberico Gentili, *De Jure Belli Libri Tres*, trad. J. C. Rolfe, Manau, 1585, pp. 191-223; Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, trad. F. W. Kelsy translator, 1625, pp. 792-800.

[22] Estudio de Derecho Consuetudinario del CICR, supranota 3, Regla 99.

[23] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, op. cit., p. 350.

[24] Ver, en particular, Corte Penal Internacional, Fiscal c. Lubanga, sentencia de acuerdo con el artículo 74 del Estatuto de Roma, 14 de marzo de 2012, párrs. 627-628.

[25] Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, 25 de mayo de 2000, artículos 1-2.

[26] Cfr. *ibid.*, artículos 3 y 4.

[27] *ibid.*, artículo 3.

[28] *ibid.*, artículo 4.

[29] James G. Stewart, *Corporate War Crimes: Prosecuting the Pillage of Natural Resources*, New York, Open Society Foundations, 2010, p. 21. El saqueo está prohibido en los CANI por el Protocolo II, artículo 4(2)(g) y el Estudio de Derecho Consuetudinario del CICR, supranota 3, Regla 52.

[30] Ver TPIY, Fiscal v. Hadžihasanović *et al.*, decisión sobre la moción de la defensa para la apelación interlocutoria sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de mando, 16 de julio de 2003, párrs. 26-27, 29-31.

[31] Ver Protocolo I, artículo 86 (2), última oración.

[32] Ver Protocolo I, artículo 57; Estudio de Derecho Consuetudinario del CICR, supra nota 3, reglas 15-19.

[33] Ver Protocolo II, artículo 5 (2).

[34] Ver Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001 y Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 56/83, 12 de diciembre de 2001, artículo 23; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 60.

[35] Ver Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 271-316; Daragh Murray, *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*, Oxford, Hart Publishing, 2016; Katharine Fortin, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017; Rodenhäuser, *Organizing Rebellion, Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law*, *Human Rights Law and International Criminal Law*, op. cit., pp. 115-

[80] Ver Denise Plattner, “La portée juridique des déclarations de respect du droit international humanitaire qui émanent de mouvements en lutte dans un conflit armé”, en *Revue belge de droit international* 18 (1984-85), pp. 314-318.

[81] Así, para Estados, ver Giorgio Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, Milan, Giuffrè, 1962, p. 324; Wilhelm Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, p. 304; Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 5th edn, Berlin, Springer, 1964, p. 157; Paul de Visscher, “Cours général de droit international public”, en *Recueil des Cours* 136 (1972), p. 120. Para una vista crítica, ver Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., p. 333.

[82] Dionisio Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, s. I., Athenaeum, 1928, p. 305.

[83] Jelena Pejic, “Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law?”, en *bybil* 75 (2004), p. 75.

[84] Anne-Marie La Rosa y Carolin Wuerzner, “Armed groups, Sanctions and the Implementation of international Humanitarian Law”, en *IRRC* 90 (2008), p. 327.

[85] Jonathan Somer, “Jungle justice: Passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict”, en *irrc* 89 (2007), p. 655.

[86] Ver, en cuanto a los servicios de asesoramiento del CICR, *Annual Report*, 2018, supra nota 48, pp. 71-72. Los grupos armados no están mencionados en este contexto.

[87] Para una vista general ver Elisabeth Kornblum, “A comparison of self-evaluating state reporting mechanisms”, en *irrc* 35 (1995), p. 39.

[88] *ibid.*, p. 43; ICRC, *Report on the Protection of War Victims, Prepared by the ICRC*, Geneva, ICRC, 1993, en *Libro de casos en línea*, supra nota 8, Caso ICRC, Protection of War Victims, Sección 2.2.

[89] Código de los Estados Unidos, Sección 1350 (Oeste), 28.

[90] Ver, por ejemplo, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resoluciones 2424 y 2293 relativas a las sanciones contra grupos armados en la República Democrática del Congo; Resolución 2253, que impone congelamiento de activos, embargo de armas y restricciones de viajes en contra del Estado Islámico y sus miembros, 2015; Resolución 1988 que impone sanciones contra los talibanes, 2011; Resolución 1989, que reafirma las sanciones contra Al-Qaeda, 2011; Resolución 1127, 1997; Resolución 1173, 1998; Resolución 1221, relativa a la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola,

212.

[36] Ver Marco Sassòli, “*Ius ad bellum* and *ius in bello* – The separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare: Crucial or outdated?”, en Michael Schmitt y Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2007, pp. 242-264.

[37] François Bugnion, “*Jus ad Bellum, Jus in Bello* and Non-International Armed Conflict”, en *YIHL* 6 (2003), p. 167.

[38] Ver Zakaria Daboné, *Le droit international public relative aux groupes armés non étatiques*, Zürich, Schulthess, 2012, pp. 125-252.

[39] Ige F. Dekker y Harry H. G. Post, *On the Foundations and Sources of International Law*, La Haya, TMC Asser Press, 2003, p. 18.

[40] Derek Jinks, “International human rights law in time of armed conflict”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 666.

[41] Quintin, *Permissions, prohibitions and prescriptions*, op. cit., pp. 247-318.

[42] Ver Caso Sweden/Syria, Can Armed Groups Issue Judgments?, en Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier, y Anne Quintin, *Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, op. cit.

[43] Ver Sassòli, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 494, párr. 10.17 y pp. 618-619, párr.s 10.295-10.297.

[44] Ver High Court of Justice United Kingdom, Serdar Mohammed vs Ministry of Defence and Others, 2 de mayo de 2014, párr. 245; y High Court of Justice United Kingdom, Mohammed and others vs Secretary of State for Defence, Rahmatullah vs MoD, 30 de julio de 2015, párr. 178.

[45] Convenios de Ginebra, artículo 3 (2) común.

[46] Protocolo II, artículo 19.

[47] CICR, Estudio de Derecho Consuetudinario, supra nota 3, reglas 141, 143-144, 149-150, 157-158, 161.

[48] ICRC, *Annual Report*, 2018, vol. I, p. 61.

[49] *ibid.*, p. 72.

1999; Resolución 942 relativa a la Republika Srpska, 1994; Resolución 1171, relativa a los rebeldes en Sierra Leona, 1998; y, hasta cierto punto, Resolución 792, relativa al Khmer Rouge, 1992.

[91] Rodenhäuser, *Organizing Rebellion, Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law, Human Rights Law and International Criminal Law*, op. cit., pp. 61-114.

[92] Para la preocupación expresada sobre la tendencia a criminalizar el compromiso de las organizaciones humanitarias con los grupos armados no estatales, ver Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, "Informe del Secretario General sobre la protección de los civiles en los conflictos armados", 2012, párr. 46.

[93] Esta cifra está actualizada al 22 de agosto de 2019. Ver Departamento de Estado de EE. UU., “Organizaciones de terroristas extranjeros”, en <http://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm>, fecha de consulta: 22 de agosto 2019.

[94] Ver 18 Código de Estados Unidos, Sección 2239B (a) (1) (Oeste); ver también Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Holder v. Humanitarian Law Project, 21 de junio de 2010, 561 US (2010), núms. 08-1498 y 09-89.

[95] Ver, en particular, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1373, 2001.

[96] Ver artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

[50] Ver, por ejemplo, CICR, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, Ginebra, 2008; Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, *Rules of Engagement: Protecting Civilians through Dialogue with Armed Non-State Actors*, Ginebra, 2011; *From Words to Deeds: A Study of Armed Non-State Actors' Practice and Interpretation of International Humanitarian and Human Rights Norms*, proyecto de investigación en curso iniciado en enero de 2017. Ver también las diversas contribuciones en “Grupos armados”, selección de artículos en español de la *Revista Internacional de la Cruz Roja* 882-883 (2011); Sandesh Sivakumaran, “Binding armed opposition groups”, *ICLQ* 55 (2006), p. 369; Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 513-567; Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, *op. cit.*, pp. 286-299; Andrew Clapham, “Accountability of armed opposition groups in international law”, en Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 766; Annyssa Bellal y Stuart Casey-Maslen, “Enhancing compliance with international law by armed non-state actors”, en *Göttingen J of Intl L* 3 (2011), p. 175; Gilles Giacca y Annyssa Bellal, “International law and armed non-state actors in Afghanistan”, en *IRRC* 03 (2011), p. 47; Olivier Bangarter, “Motivos por los que los grupos armados deciden respetar o no el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* 882-883, 2011, p. 75; Marco Sassòli, “Taking armed groups seriously: Ways to improve their compliance with international humanitarian law”, en *The J of Intl Humanitarian Legal Studies* 1 (2010), p. 5; Ashley Jackson, “Talking to the other side: Humanitarian engagement with armed non-state actors”, en *Humanitarian Policy Group* 47 (2012).

Bibliografía

Bangarter, Olivier, “Motivos por los que los grupos armados deciden respetar o no el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* 882 (2011).

Bellal, Annyssa y Stuart Casey-Maslen, “Enhancing compliance with international law by armed non-state actors”, en *Göttingen Journal of International Law* 3 (2011).

Bernard, Vincent, “Engaging armed groups”, en *International Review of the Red Cross* 93 (2011), s. p.

Bongard, Pascal y Jonathan Somer, “Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms: A look at international mechanisms and the Geneva Call Deed of Commitment”, *International Review of the Red Cross* 93 (2011).

Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Clapham, Andrew, “Focusing on armed non-state actors”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Daboné, Zakaria, *Le droit international public relative aux groupes armés non étatiques*, Geneva, Schulthess, 2012.

Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *Rules of Engagement: Protecting Civilians through Dialogue with Armed Non-State Actors*, Geneva, Geneva Academy, 2011.

Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, “From Words to Deeds: A Study of Armed Non-State Actors’ Practice and Interpretation of International Humanitarian and Human Rights Norms” (Proyecto de investigación en Desarrollo empezado en enero de 2017).

Giacca, Gilles y Annyssa Bellal, “International law and armed non-state actors in Afghanistan”, *International Review of the Red Cross* 93 (2011).

Henckaerts, Jean-Marie, “Binding armed opposition groups through humanitarian treaty law and customary law”, en *Collegium* 27 (2003), pp. 123-138.

International Committee of the Red Cross (ICRC), “Understanding armed groups and the applicable law”, en *International Review of the Red Cross* 93(2011), pp. 258-501.

Kotlik, Marcos y Ezequiel Heffes, “Grupos armados desfragmentados: la relativización del DIH como régimen autónomo y la búsqueda de visiones alternativas”, en Emiliano J. Buis y Natalia M. Luterstein (eds.), *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional. Interacciones, intercambios, interferencias*, vol. I, Buenos Aires, Sempithidia, 2016.

Murray, Daragh, *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Roberts, Anthea y Sandesh Sivakumaran, “Lawmaking by nonstate actors: Engaging armed groups in the creation of international humanitarian law”, *Yale Journal of International Law* 37 (2011).

Rodenhäuser, Tilman, *Organizing Rebellion, Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law, Human Rights Law and International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

Sassòli, Marco, “Actores no estatales y desafíos para el derecho internacional humanitario”, en *Revista española de derecho internacional* 68 (2) (2016).

Sassòli, Marco, “Taking armed groups seriously: Ways to improve their compliance with international humanitarian law”, *The Journal of International Humanitarian Legal Studies* 1 (2010).

Sivakumaran, Sandesh, “Binding armed opposition groups”, *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006).

Zegveld, Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Universidad de La Sabana.

Código SNIES 1711

Personería Jurídica:

Resolución 130 del 14 de enero de 1980. Ministerio de Educación Nacional.

Síguenos en nuestras redes



Comunícate con nosotros

Unidades Académicas

CESU

Política de Protección de



datos

Carácter académico:
universidad.

Contacto para notificaciones legales

Si tiene alguna notificación legal puede enviarla al correo: notificacioneslegales@unisabana.edu.co

Institución de educación superior sujeta a inspección y vigilancia por el Ministerio de Educación Nacional.
Copyright 2017. Universidad de La Sabana. Todos los derechos reservados.
Campus del Puente del Común, Km. 7, Autopista Norte de Bogotá. Chía, Cundinamarca, Colombia.
Contact Center: 861 5555 / 861 6666. Apartado: 53753, Bogotá.