

La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los grupos armados organizados

Jann K. Kleffner*

Jann K. Kleffner dirige el Centro de Derecho Internacional y es profesor asociado de Derecho Internacional en el Instituto de Defensa Nacional de Suecia.

Resumen

Si bien hoy en día se acepta que el derecho internacional humanitario (DIH) se aplica a los grupos armados organizados, no está tan claro por qué y cómo ha de interpretarse su carácter vinculante en estos casos. Se ha propuesto una serie de explicaciones al respecto. En el presente artículo se propone un análisis crítico de cinco de ellas, a saber: que el DIH se aplica a los grupos armados organizados a través del Estado en cuyo territorio operan; que el DIH se aplica a los grupos armados organizados porque se aplica a sus miembros en cuanto individuos; que las normas del DIH se aplican a los grupos armados organizados porque éstos ejercen funciones gubernativas de facto; que el DIH consuetudinario se aplica a los grupos armados organizados en virtud de la personería jurídica internacional (limitada) de la que gozan; y que los grupos armados organizados deben cumplir con el DIH por haber consentido en ello.

* Email: jann.kleffner@fhs.se. Agradezco a Erik Emanuelsson Nilsson y Ana-Sofia Valderas su colaboración. La presente publicación forma parte del proyecto de investigación “Grupos armados organizados y el derecho internacional de los conflictos armados: retos y perspectivas”, desarrollado en el Centro de Derecho Internacional con fondos del Consejo Sueco de Investigaciones.

En general, hoy en día se acepta que el derecho internacional humanitario (DIH) se aplica a los grupos armados organizados (es decir, a aquellos grupos armados que cuentan con un nivel de organización suficiente para constituir una parte en un conflicto armado¹). Tanto el DIH convencional como el consuetudinario dejan bien en claro que el DIH se aplica a “cada una de las partes” en un conflicto armado sin carácter internacional², y que “las partes en conflicto deben respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario”³. Sin embargo, el *porqué* y el *cómo* del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados son todavía objeto de debate.

A primera vista, el análisis de esta cuestión podría considerarse un ejercicio puramente académico y, como tal, fútil. Si el derecho establece con tanta claridad que es aplicable, ¿qué sentido tiene preguntarse cómo y por qué? Sin embargo, no responder estas preguntas tiene una serie de consecuencias prácticas concretas. La falta de argumentos convincentes sobre por qué y cómo se aplica el derecho a los grupos armados organizados dificulta las estrategias para comprometer a dichos grupos en la búsqueda de formas de fortalecer el respeto del DIH. Si un grupo armado organizado desafiara a las organizaciones humanitarias a responder por qué debe ajustarse a derecho y éstas no tuvieran una respuesta contundente para darle, la promoción y el fortalecimiento del DIH se verían seriamente afectados. Otra razón práctica por la que es necesario abordar estos dos aspectos es que distintas respuestas tendrán distintas implicaciones respecto de qué normas del DIH se aplican (y cuáles no) y, en consecuencia, determinarán qué conductas entrañan la responsabilidad colectiva del grupo armado organizado en cuestión, así como la

- 1 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) ha definido varios de los factores que indican que un grupo armado puede considerarse como organizado, entre ellos, la existencia de una estructura de mando, así como de normas y mecanismos disciplinarios dentro del grupo; la existencia de un centro de operaciones; el control de un determinado territorio; la capacidad para acceder a armas, equipamiento militar de otro tipo, reclutamiento y entrenamiento militar; la capacidad para planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares de logística o desplazamiento de tropas; la capacidad para definir una estrategia militar única y emplear tácticas militares, y la capacidad para hablar con una sola voz, negociar y alcanzar acuerdos de cese del fuego y de paz. V., por ejemplo, TPIY, *El fiscal c. Boskoski y Tarculovski*, Causa TPIY-IT-04-82-T, Sentencia (Sala de Primera Instancia), 10 de junio de 2008, párrs. 194-205.
- 2 Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. V. también el Protocolo adicional II, art. 1(1), que supone la aplicabilidad de dichas normas pues “desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra [...] sin modificar sus actuales condiciones de aplicación”, con la salvedad de que el Protocolo adicional II sólo se aplica a un tipo concreto de grupos armados organizados, aquellos que cumplen la estricta condición de ejercer sobre el territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo.
- 3 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, Norma 139, aplicable a conflictos armados de carácter internacional y no internacional.

responsabilidad individual de sus miembros⁴. La determinación de por qué se aplican las normas del DIH y cuáles de ellas se aplican también afecta la reciprocidad en distintos niveles. Por ejemplo, si de cierto modo de aplicar el carácter vinculante del DIH a los grupos armados organizados se siguiera que éstos sólo responden al DIH consuetudinario⁵, cabría preguntarse si los Estados que se oponen a ellos en un conflicto armado no internacional siguen sujetos a las obligaciones del DIH convencional que van más allá o se apartan del DIH consuetudinario.

Por estos motivos, se requiere un análisis crítico de las distintas explicaciones de por qué y cómo se aplica el DIH a los grupos armados organizados. Los argumentos más comunes, que se analizarán en las secciones de este artículo, son que los grupos armados organizados están regidos por el DIH a través del Estado en cuyo territorio operan; que el DIH se aplica a los grupos armados organizados porque se aplica a sus miembros en cuanto individuos; que las normas del DIH se aplican a los grupos armados organizados porque éstos ejercen funciones gubernativas de facto; que el DIH consuetudinario se aplica a los grupos armados organizados en virtud de la personería jurídica internacional (limitada) de la que gozan; y que los grupos armados organizados deben cumplir con el DIH por haber consentido en hacerlo.

Antes de proceder al análisis, es preciso hacer una aclaración: el propósito de este artículo no es tomar posición respecto de cuál de los argumentos es “mejor” sino que tiene un objetivo más modesto, a saber, someter cada uno de ellos a un análisis minucioso y exponer sus puntos fuertes y sus puntos débiles.

Carácter vinculante a través del Estado: la doctrina de jurisdicción legislativa

Una primera explicación de cómo y por qué se aplica el DIH a los grupos armados organizados, que para algunos es la opinión de la mayoría⁶, consiste en afirmar que el DIH se aplica porque el Estado “anfitrión” ha aceptado una determinada norma del DIH. De acuerdo con esta interpretación, la capacidad de un Estado de legislar para todos sus ciudadanos implica el derecho de ese Estado a imponer obligaciones que surgen del derecho internacional, incluso a los ciudadanos que se levantan en armas contra el Estado mismo o contra otros grupos armados organizados dentro de su territorio⁷. La doctrina de jurisdicción legislativa se

4 Si bien no existe un régimen jurídico definido para la responsabilidad colectiva de los grupos armados organizados, en las prácticas de los Estados y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales hay indicios claros de la responsabilidad que les cabe como entidades colectivas. Si se desea tener un panorama general sobre este punto, v. Jann K. Kleffner, “The collective accountability of organised armed groups for system crimes”, en André Nollkaemper y Harmen van der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 238-269.

5 Esta interpretación se analiza en las pp. 513-516.

6 Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 53-54, contiene referencias a Pictet, Baxter, Schindler, Elder, Greenspan y Draper, que adoptan la misma postura.

7 Una reciente defensa de la doctrina de jurisdicción legislativa se encuentra en Sandesh Sivakumaran, “Binding armed opposition groups”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 381-393.

ha esgrimido para explicar el carácter vinculante del DIH convencional, aunque es posible recurrir a un razonamiento similar para conceptualizar el carácter vinculante del DIH consuetudinario.

El principal punto fuerte de la doctrina es que proporciona una explicación de por qué los grupos armados organizados deben regirse por todas las normas del DIH que haya adoptado el Estado territorial en el que se encuentran, aun cuando los grupos armados organizados en cuestión no lo hayan hecho⁸. Sienta las bases para la igualdad entre los derechos y obligaciones del DIH aceptados por el Estado y los que se aplican a los grupos armados organizados. Otra ventaja es que esta interpretación es perfectamente compatible con otros aspectos del derecho internacional mediante los cuales los Estados otorgan derechos e imponen obligaciones a los individuos y a otras entidades jurídicas. Cuando un Estado acepta una norma del derecho internacional que, por ejemplo, tipifica una conducta determinada como delito penal, el consenso de los individuos que podrían verse sometidos a juicio penal en virtud de esa norma suele considerarse irrelevante. Lo mismo se aplica a los derechos del derecho internacional, que los Estados conceden a los individuos por medio de la aceptación de determinado tratado como vinculante o mediante la ausencia de objeciones persistentes a las normas del derecho internacional consuetudinario, sin que se tenga en cuenta la postura de los individuos a quienes benefician esos derechos.

Sin embargo, la falta de aceptación de las normas del DIH por los grupos armados organizados trae aparejadas importantes limitaciones con respecto a su disposición a aceptar el carácter vinculante del DIH en virtud de la doctrina. Después de todo, no sorprende que un grupo armado organizado rechace el argumento de que el Estado al que el grupo se opone haya aceptado una norma del DIH⁹. Más aún, el hecho de que un grupo armado organizado sea parte en un conflicto armado contra el gobierno nacional de un Estado es un fuerte indicador de que no reconoce ni siquiera las leyes fundamentales de ese Estado, cuyo propósito es perpetuar el monopolio del uso de la fuerza de ese gobierno mediante la criminalización de todo intento por poner fin a dicho monopolio. Equiparar a los miembros de un grupo armado organizado con los “ciudadanos comunes y corrientes”, de quienes puede suponerse al menos que están dispuestos a aceptar la idea de que están sujetos a las normas que el Estado ha adoptado o promulgado, es, cuando menos, un ejercicio algo forzado, por no decir que niega de plano la realidad de los grupos armados organizados como entidades que cuestionan el monopolio de la fuerza que se arrogan los Estados. Así, basarse en el Estado para fundamentar el carácter vinculante del DIH, como hace la doctrina de jurisdicción legislativa, implica correr el riesgo de poner en peligro la aceptación del DIH por los grupos armados organizados en lugar de fortalecerla.

Otro argumento contra la doctrina de jurisdicción legislativa es que no distingue el carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados den-

8 Ibid., p. 382.

9 Un ejemplo pertinente es la afirmación del Frente de Liberación Nacional de Vietnam en la década de 1960 de que “no se rige por los tratados internacionales suscritos por otros”, en ICRC, “External activities: Viet Nam”, en *International Review of the Red Cross*, año 5, n.º 57, 1965, p. 636.

tro del derecho internacional de su carácter vinculante en el marco del derecho interno¹⁰. Este contraargumento se apoya en el supuesto de que, cuando un Estado adopta una norma del derecho internacional (humanitario), esa norma pasa a formar parte del derecho interno y, por tanto, se aplica a los sujetos (en este caso, los individuos de los grupos armados organizados) como norma del derecho interno y no del derecho internacional. Para decirlo de otro modo, cambia el carácter de la norma, con la consecuencia de que la doctrina de jurisdicción legislativa ya no puede dar cuenta del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados en el marco del derecho *internacional*¹¹. Siguiendo esta línea de razonamiento, se afirma que no es en absoluto seguro que un Estado vaya a tomar las medidas legislativas necesarias para que las normas del derecho internacional sean aplicables dentro del orden jurídico nacional. En ausencia de las leyes de aplicación necesarias, los grupos armados organizados no tendrían que cumplir con ninguna obligación¹².

Este contraargumento, a su vez, se presta a dos objeciones. Una de ellas está relacionada con la conclusión a la que se llega; la otra, con la premisa implícita de que, cuando un Estado acepta una norma del derecho internacional (humanitario), esa norma pasa a formar parte del derecho interno y los individuos que conforman un grupo armado organizado quedan, por ende, sujetos a una norma del derecho interno, no del derecho internacional.

En primer lugar, la conclusión de que, en ausencia de legislación de aplicación, los grupos armados organizados no tendrían que cumplir con ninguna obligación se basa sólo en una concepción dualista de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la cual, por supuesto, no es la única concepción posible. Como la reglamentación de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno es una cuestión que cada Estado decide libremente, hay Estados que aceptan que (ciertas clases de) normas del derecho internacional sean de aplicación directa dentro del orden jurídico nacional, mientras que otros requieren que se las transforme en normas del derecho interno. De hecho, además de los dos enfoques clásicos de la relación entre derecho internacional y derecho interno (dualismo y monismo), existen otros enfoques y técnicas¹³. Si bien el análisis detallado de cada uno de ellos excede el alcance de este artículo, basta con decir que el dualismo no es la única teoría existente. Sólo se puede llegar a la conclusión de que los grupos armados organizados no deberían cumplir con ninguna obligación en ausencia de la reglamentación de aplicación necesaria si los Estados adoptan un punto de vista dualista, mientras que los miembros de los grupos armados organizados pueden contraer obligaciones en el marco del DIH si se adopta un punto de vista monista.

10 Antonio Cassese, "The status of rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-international Armed Conflicts", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, 1981, p. 429.

11 *Ibid.*

12 Theodor Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection (Sir Hersch Lauterpacht Memorial Lectures)*, Cambridge, Grotius Publications, 1987, p. 39.

13 El tema de la relación entre el derecho internacional y el interno se desarrolla, por ejemplo, en Janne Nijman y André Nollkaemper (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

En segundo lugar, el supuesto de que, cuando los Estados adoptan una norma del derecho internacional (humanitario), esa norma pasa a formar parte del derecho interno y los miembros de un grupo armado organizado quedan sujetos entonces a una norma del derecho interno y no del derecho internacional no es en absoluto evidente. Así como otras áreas del derecho internacional (como el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho penal internacional) crean derechos y obligaciones individuales directamente dentro del derecho internacional, el DIH también lo hace¹⁴. No transformar la norma que crea esos derechos y obligaciones dentro del derecho internacional puede tener como consecuencia la obstrucción de su aplicación en el ámbito nacional en un Estado que ha adoptado un enfoque dualista de la relación entre derecho internacional y derecho interno. Así, un individuo que pretenda invocar un derecho humano ante un tribunal interno puede verse impedido de hacerlo, o un tribunal interno puede verse impedido de ejercer su jurisdicción sobre un acusado de un delito penal internacional. Sin embargo, las implicaciones para los procedimientos jurídicos internos no tienen relación con el hecho de que el individuo en cuestión es portador de derechos y obligaciones en el plano internacional. En efecto, ese individuo puede invocar un derecho internacional en un foro internacional, como un organismo de derechos humanos, o puede ser juzgado por un tribunal penal internacional por incumplir las obligaciones que le impone el derecho internacional. Lo mismo se aplica en el contexto del DIH: el hecho de que un individuo esté o no sujeto a las leyes nacionales como cuestión de derecho interno no tiene ninguna incidencia en el carácter vinculante de las normas del DIH como cuestión de derecho internacional¹⁵. Así, la “capacidad de legislar para todos los ciudadanos”, pieza fundamental de la doctrina de jurisdicción legislativa, no debería entenderse en sentido estricto como referencia exclusiva a la legislación mediante la adopción de normas del derecho interno, sino que también se refiere a la competencia de los Estados de aceptar derechos y obligaciones del DIH para sus ciudadanos en el plano internacional.

El hecho de que el argumento anteriormente mencionado contra la doctrina de jurisdicción legislativa no sea del todo convincente no quiere decir que dicha doctrina no sea problemática en otros sentidos. Además de su probable incapacidad de asegurar el cumplimiento de la ley por los grupos armados organizados, a la que ya se ha hecho referencia, la doctrina adolece de una serie de defectos. El primero de ellos es que se basa en la premisa de que “el gobierno tiene competencia para legislar para todos sus *ciudadanos*”¹⁶. Así entendida, la doctrina debería llamarse “doctrina de jurisdicción legislativa por *nacionalidad activa*”, en oposición a otros parámetros jurídicos como el territorio o la nacionalidad pasiva, por cuanto limita el alcance de las normas del DIH a los ciudadanos del Estado parte. No se explica, entonces, por qué las normas de los tratados de DIH son vinculantes en

14 Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Jurisdicción de las Cortes de Danzig, Opinión consultiva, 3 de marzo de 1928, CPJI, Serie B, n.º 15, p. 18.

15 S. Sivakumaran, nota 7 *supra*, pp. 384-385.

16 *Ibid.*, p. 381 (el subrayado es mío). Sivakumaran luego reproduce la opinión del delegado griego en la Conferencia Diplomática de 1974-1977, que también relaciona la naturaleza vinculante del DIH para los grupos armados organizados con el hecho de que sus integrantes “evidentemente tenían la nacionalidad de algún Estado y debían, por lo tanto, cumplir con las obligaciones contraídas por éste”, *ibid.*

una situación en la que un grupo armado organizado (también) está compuesto por ciudadanos extranjeros de un Estado que no ha ratificado los tratados en cuestión. Eso puede no ser relevante en el caso del artículo 3 común, pues los Convenios de Ginebra han sido ratificados por todos los Estados, pero sí lo es en el caso del Protocolo adicional II y otros tratados ratificados por menos Estados, como el Protocolo sobre el empleo de minas de la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales¹⁷ o la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su Segundo protocolo¹⁸.

Una objeción de mayor peso a la doctrina de jurisdicción legislativa por nacionalidad activa son las graves limitaciones que surgen a la luz de acontecimientos recientes que ponen en tela de juicio el concepto de “nacionalidad”. De acuerdo con el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, el concepto de nacionalidad no puede reducirse a un ejercicio formal, especialmente en el caso de los conflictos armados con connotaciones étnicas, religiosas o similares, que hoy en día constituyen la norma más que la excepción: también es preciso evaluar su dimensión fundamental, a saber, la lealtad (o falta de lealtad) de un individuo a un Estado o gobierno¹⁹. Dicho de otro modo, los individuos leales a un Estado o una entidad distintos del Estado del que son ciudadanos desde el punto de vista formal no deben considerarse ciudadanos de este último Estado en esencia. Si se trasladara esta concepción de la “nacionalidad” a la doctrina de jurisdicción legislativa por nacionalidad activa, la jurisdicción no se extendería a los miembros de los grupos armados organizados porque éstos no deberían considerarse “ciudadanos” del Estado al que se oponen. Después de todo, la pertenencia a un grupo armado organizado que es parte en un conflicto armado sin carácter internacional contra el Estado es la máxima expresión de la falta de lealtad a ese Estado.

Si bien los argumentos de los párrafos precedentes indican que el valor explicativo de la doctrina de jurisdicción legislativa sería muy limitado si se tomara la nacionalidad activa como base de la jurisdicción, la situación sería muy distinta si se tomara como base la jurisdicción territorial. Incluso hay quienes consideran que el carácter vinculante del DIH para los miembros de los grupos armados organizados surge del hecho de que las normas internacionales adoptadas por un Estado rigen a todos los individuos que residen “dentro del *territorio nacional* de ese Estado”²⁰ y su aplicación no depende de que esos individuos sean ciudadanos

17 Protocolo sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996).

18 Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 14 de mayo de 1954; Segundo protocolo de la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 26 de marzo de 1999.

19 V. TPIY, *El fiscal c. Tadic*, Decisión (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párr. 166.

20 Sylvie Junod, en Claude Pilloud, Jean Pictet, Yves Sandoz y Christophe Swinarski, *Comentario de los Protocolos del 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Dordrecht, Comité Internacional de la Cruz Roja y Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 1345, párr. 4444 (el subrayado es mío). V. también la declaración del delegado de la URSS en la Conferencia Diplomática de 1974-1977, en *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (1974-1977)*, CDDH/III/SR.32, vol. XIV, p. 314, párr. 22 (“Los instrumentos internacionales suscritos por un gobierno eran vinculantes para todos dentro de su territorio”).

de ese Estado. Este enfoque estaría libre de las objeciones hechas a la doctrina de jurisdicción legislativa por nacionalidad activa, pues la competencia de los Estados de legislar para todos los individuos que residen dentro de su territorio es independiente de cualquier lealtad.

Sin embargo, la doctrina de jurisdicción legislativa en su conjunto (ya sea que adopte la forma de la nacionalidad activa o la de la jurisdicción territorial) presenta otro problema conceptual más básico, por cuanto en ella el carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados como entidades colectivas se deriva de su carácter vinculante para los *miembros individuales* del grupo. Esta conceptualización merece un análisis aparte, pues su potencial explicativo va más allá de la doctrina de jurisdicción legislativa, que se concentra en el DIH convencional. En cambio, el razonamiento a través de los individuos se basa en la afirmación de que el DIH se aplica a los grupos armados organizados porque sus miembros, en cuanto individuos, están sujetos tanto al DIH convencional como al DIH consuetudinario.

Carácter vinculante a través del individuo

El carácter vinculante del DIH para los individuos está reconocido desde hace mucho tiempo. Dado que los individuos son juzgados por crímenes de guerra, está claro que tienen obligaciones que surgen directamente del DIH²¹. Esas obligaciones se aplican a todos los individuos, ya sea a los que ostentan el estatuto formal de combatientes en un conflicto armado internacional como miembros de las fuerzas armadas de alguna de las partes en el conflicto, a los miembros de las fuerzas armadas en un conflicto no internacional o a la población civil²². Sin embargo, el DIH distingue claramente entre dos destinatarios: por un lado, las partes en un conflicto armado (es decir, las entidades colectivas de los Estados y los grupos armados

21 Christopher Greenwood, "Historical development and legal basis", en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 (2ª ed.), p. 39, párr. 134. Con respecto a la larga historia de los procesos judiciales por crímenes de guerra, v. el emblemático caso Henfield, 11 F. Cas. 1099 (C. C. D. Pa. 1793) (n.º 6.360), citado en Jordan J. Paust et al. (eds.), *International Criminal Law: Cases and Materials*, Durham, Carolina del Norte, Carolina Academic Press, 2000 (2ª ed.), pp. 232-238.

22 Respecto de los combatientes, v. por ejemplo, el juicio de Núremberg a los miembros de la Wehrmacht y la Kriegsmarine de Alemania Wilhelm Keitel, Karl Dönitz, Erich Raeder y Alfred Jodl, todos sentenciados por haber cometido crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial, Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMIN), *The Trial of German Major War Criminals*, Fallo, 1º de octubre de 1946; Juicio del TMIN, Alemania, Parte 22, 22 de agosto al 1º de octubre de 1946, pp. 492-493, 508-510, 511-512, 516-517. Respecto de miembros de grupos armados organizados en un conflicto armado no internacional, v. por ejemplo, Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), *El fiscal c. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu*, Causa TESL-04-16-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 20 de junio de 2007, y Causa TESL-2004-16-A, Fallo (Sala de Apelaciones), 22 de febrero de 2008. Con respecto a los civiles, v. por ejemplo, Tribunal Militar Británico para el Procesamiento de Criminales de Guerra, Juicio a Erich Heyer y a otros seis acusados (Caso del linchamiento de Essen), Essen, 18-19 y 21-22 de diciembre de 1945, *Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. I, Londres, HMSO, 1947, Causa 8, pp. 88-92.

organizados)²³; por el otro, los individuos. Más aún, es la naturaleza *colectiva* de la violencia política y la *organización* de un grupo de individuos que participa en esa violencia lo que eleva una determinada situación a la categoría de conflicto armado. Las partes en un conflicto armado no son la mera suma de sus miembros, que actúan como individuos atomizados; los grupos armados organizados (al igual que los Estados que participan en un conflicto armado) son entidades identificables con objetivos políticos (concebidos ampliamente) que pretenden alcanzar por medios violentos. Poseen una fuerza militar organizada y una autoridad responsable de sus actos²⁴, mientras que los miembros individuales actúan en nombre del grupo armado organizado. La naturaleza rudimentaria del marco jurídico que rige la responsabilidad colectiva de los grupos armados organizados, incluida la incertidumbre respecto de la atribución de los actos individuales a un grupo armado organizado²⁵, no debe distraer la atención del hecho de que el individuo participa en la violencia como parte de una entidad colectiva. Así como las violaciones del DIH por un particular pueden entrañar simultáneamente la responsabilidad penal del particular y la del Estado al que pueden atribuirse sus actos u omisiones²⁶, los actos de ese particular pueden entrañar tanto la responsabilidad penal individual como la responsabilidad del grupo armado organizado del que es miembro. Esto no equivale a decir que sólo los miembros de una parte en el conflicto armado pueden cometer violaciones del DIH, pero sí indica que los grupos armados organizados como tales tienen obligaciones frente al DIH que son independientes de las obligaciones de los individuos.

Esto también queda claro al estudiar las normas del DIH. Por ejemplo, cuando el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra prohíbe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”²⁷ y el Protocolo adicional II especifica en el artículo 6 las diligencias penales, las normas implican que, para cumplir con el DIH, al juzgar las causas, las partes en un conflicto armado (incluidos los grupos armados organizados) deben

23 V. el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 3 *supra*, Norma 139. Aparentemente, el mismo principio se aplica al art. 10 de los Artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional, que atribuye al Estado la conducta de un movimiento de oposición armada (no de los individuos que lo componen); v. James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 117, párr. 4. (El autor hace una clara distinción entre la conducta del movimiento como tal y la de los individuos que lo componen cuando actúan por cuenta propia).

24 V. Jean Pictet, (ed.), *Commentary to the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and the Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra, 1952, p. 49, en referencia a los criterios basados en la posesión de una fuerza militar organizada y de una autoridad responsable de sus actos, entre otros, que pueden servir para indicar la existencia de un conflicto armado no internacional conforme a lo establecido en el artículo 3 común. Sobre el nivel de organización requerido, v. TPIY, *El fiscal c. Boskoski y Tarculovski*, nota 1 *supra*, párrs. 194-205.

25 V. análisis en J. Kleffner, nota 4 *supra*, pp. 257-264.

26 V., en general, André Nollkaemper, “Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 615-640.

27 Art. 3 común, disposición (1)(d).

implementar mecanismos judiciales que satisfagan los requisitos mencionados. Esta tarea compete no a los miembros individuales sino al grupo armado organizado como un todo. Del mismo modo, la obligación estipulada en el Protocolo adicional II de proporcionar a los niños una educación conforme a los deseos de los padres o de las personas que estén a cargo de su cuidado²⁸ exige al grupo armado organizado (a nivel colectivo) tomar las medidas necesarias dentro del territorio en el que ejerce su dominio²⁹. Asimismo, las normas que reglamentan el internamiento y la detención de las personas privadas de libertad estipuladas en el artículo 5 del Protocolo adicional II³⁰ van en su mayor parte dirigidas a la autoridad detenedora como tal y no (sólo) a los miembros individuales que la constituyen³¹. En vista de los ejemplos precedentes, derivar el carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados del carácter vinculante que éste tiene para los individuos no es una estrategia convincente. La explicación desconoce el hecho de que los grupos armados organizados están, por sí mismos, sujetos a las claras obligaciones del DIH, que son independientes y distintas de las que rigen a los individuos.

Carácter vinculante a través del ejercicio de funciones gubernativas de facto

La tercera explicación del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados se apoya en el ejercicio de funciones gubernativas de facto por dichos grupos. Como afirma Jean Pictet, “si la autoridad responsable que lidera el grupo ejerce una soberanía efectiva, el carácter vinculante surge del mero hecho de que pretende representar al país, o a parte de él”³². Este enfoque encuentra sustento en el principio de efectividad³³ como elemento constitutivo tanto de la categoría de Estado como del reconocimiento de un gobierno³⁴. También concuerda con el derecho de la responsabilidad del Estado, por cuanto la ley equipara los actos cometidos por un grupo armado organizado que consigue el objetivo de convertirse en el nuevo gobierno de un Estado preexistente o de fundar un nuevo Estado con la conducta de ese Estado nuevo o preexistente³⁵.

Un enfoque de este tipo ciertamente traslada el foco del carácter vinculante

28 Protocolo adicional II, art. 4(3)(a).

29 C. Pilloud et al., nota 20 *supra*, pp. 1377-1378, en especial párr. 4546.

30 Protocolo adicional II, art. 5.

31 C. Pilloud et al., nota 20 *supra*, p. 1384, párrs. 4.573-4.574.

32 Jean Pictet (ed.), *Commentary to the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, CICR, Ginebra, 1958, p. 37. V. también L. Moir, nota 6 *supra*, p. 55.

33 Roger Pinto, “Les règles du droit international concernant la guerre civile”, en *Recueil des cours*, vol. 114, 1965-I, p. 528.

34 Volker Epping, “Völkerrechtssubjekte”, en K. Ipsen (ed.), *Völkerrecht*, Múnich, C. H. Beck, 2004 (5ª ed.), p. 63, párr. 10; V. Epping, “Der Staat im Völkerrecht”, en *ibíd.*, p. 273, párr. 40.

35 Arts. 10(1) y (2), Artículos de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001), Resolución 56/83 de la Asamblea General de la ONU del 12 de diciembre de 2001, texto corregido por el documento A/56/49 (vol. I)/Corr.4. Para un análisis de los fundamentos teóricos de la responsabilidad del Estado en el caso de un grupo armado organizado que establece un nuevo Estado, v. Patrick Dumberry, “New state responsibility for internationally wrongful acts by an insurrectional movement”, en *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, pp. 605-621.

del DIH para el individuo a la entidad colectiva que constituye un grupo armado organizado. Así evita las desventajas de la línea de razonamiento descrita en la sección anterior. Además, el hecho de derivar el carácter vinculante del ejercicio de funciones gubernativas de facto permite avanzar en la caracterización de los grupos armados organizados como actores autónomos, independientes y distintos de los Estados³⁶. El derecho de la responsabilidad del Estado refleja esta posición con máxima claridad al reconocer que los actos de un movimiento de insurrección *no son* atribuibles al Estado si la insurrección fracasa. Así, las normas sobre la responsabilidad de los Estados por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos dejan en claro que la estructura, la organización y la conducta de este tipo de movimientos son independientes de las del Estado³⁷. Además del reconocimiento de la autonomía de los grupos armados organizados, el argumento del ejercicio de funciones gubernativas de facto se basa en el elemento fáctico del ejercicio de funciones gubernativas por un grupo armado organizado y su aspiración a convertirse en el nuevo gobierno de un Estado existente o a fundar un nuevo Estado independiente y gobernarlo.

A su vez, salta a la vista que esta interpretación no disocia el carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados de su carácter vinculante para el Estado relacionado con esos grupos. El origen de ese carácter vinculante sigue siendo el hecho de que el Estado que el grupo armado organizado pretende representar ha aceptado determinada norma del DIH. La aceptación de ese Estado se manifiesta en que ha expresado su consentimiento a regirse por el tratado en cuestión o en que ha contribuido a la formulación de una determinada norma del DIH consuetudinario o, al menos, en que no se ha opuesto sistemáticamente a la norma consuetudinaria en cuestión. De este modo, el argumento basado en el ejercicio de funciones gubernativas de facto sigue siendo un modelo Estado-céntrico de explicación del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados. En consecuencia, no puede descartarse por completo la posibilidad de que un grupo armado organizado formule un argumento similar al utilizado para responder al análisis de la doctrina de jurisdicción legislativa, es decir, que el grupo armado organizado rechace el carácter vinculante de aquellas normas que han sido aceptadas precisamente por el Estado al que se opone. Sin embargo, hay dos diferencias importantes.

En primer lugar, a diferencia de la doctrina de jurisdicción legislativa, que se despliega de arriba abajo, el argumento de que los grupos armados organizados están regidos por el DIH porque ejercen funciones gubernativas de facto se aplica de abajo arriba. En lugar de empezar por un Estado contra el cual lucha el grupo, comienza por la capacidad de acción independiente de los grupos armados organizados y sus aspiraciones de reemplazar al actual gobierno y pasar a ser el Estado. Dado que es razonable esperar que los grupos armados organizados que tienen estas aspiraciones estén interesados en ser considerados legítimos por otros Estados

36 Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 15.

37 J. Crawford, nota 23 *supra*, p. 117, párr. 4.

y por la comunidad internacional en general, es posible que sean susceptibles al argumento de que deben cumplir con las normas que se consideran parte fundamental de esa legitimidad. Y entre esas normas figuran, sin duda, las “consideraciones elementales de humanidad”³⁸ que se plasman en el DIH.

Otra diferencia importante es que la doctrina de jurisdicción legislativa es básicamente retrospectiva, en el sentido de que ubica en el centro de la argumentación el hecho de que el Estado en cuestión ha adoptado las normas del DIH *en el pasado*. El argumento del ejercicio de funciones gubernativas de facto, en cambio, se centra en las circunstancias fácticas *presentes* y en la posición que el grupo armado organizado aspira a ocupar en el *futuro*. Así, con este argumento es más difícil que un grupo armado organizado rechace el carácter vinculante del DIH que con la justificación de la doctrina de jurisdicción legislativa, pues se exige que el grupo armado reconozca sus responsabilidades como entidad independiente que se asemeja a un gobierno y aspira a representar al Estado en el futuro.

Pese a las virtudes mencionadas, el argumento del ejercicio de funciones gubernativas de facto ha sido blanco de una cantidad de objeciones. Contemplar una situación en la que un grupo armado organizado ejerce funciones gubernativas de facto supone al menos un control relativamente estable de una parte del territorio del Estado o de las personas que habitan en él, además de la existencia de órganos del grupo armado que reemplazan a los del Estado en el ejercicio del poder público. Una situación de ese tipo podría parecerse a aquellas en las que se alcanza el elevado umbral de aplicación del Protocolo adicional II, que requiere que los grupos armados organizados “ejercen sobre una parte del territorio [de un Estado] un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”³⁹. Como es sabido, en la actualidad, no muchos de los conflictos armados no internacionales alcanzan ese umbral. Si no se alcanza el umbral del Protocolo adicional II, el argumento del ejercicio de funciones gubernativas de facto no logra explicar por qué se aplica el DIH a los grupos armados organizados⁴⁰.

Al pasar de la cuestión fáctica de si un grupo armado organizado ejerce o no funciones gubernativas de facto a la cuestión de sus aspiraciones, aparece otro punto débil, que se desprende del hecho de que no es para nada seguro que todos los grupos armados organizados quieran ser gobierno de un Estado. En efecto, se ha demostrado que las partes en un conflicto armado a veces pueden *no* estar interesadas en terminar con el conflicto y convertirse en el nuevo gobierno, sino que prosperan en la situación general de inseguridad de la región en la que operan porque les permite conservar el acceso a los recursos económicos⁴¹. En estos y en otros casos en los que los grupos armados organizados no se convierten (ni aspiran a convertirse) en el nuevo gobierno, el argumento del ejercicio de funciones gubernativas de facto no resulta convincente.

38 Corte Internacional de Justicia (CIJ), Caso del Canal de Corfú, Méritos, Fallo, 9 de abril de 1949, Informes de la CIJ de 1949, p. 22, párr. 215.

39 V. Protocolo adicional II, art. 1(1).

40 En este sentido, v. también. L. Zegveld, nota 36 *supra*, p. 15.

41 Herfried Münkler, *Die neuen Kriege*, Reinbek, Rowohlt Verlag, 2002, pp. 159-173 [trad. esp. *Viejas y nuevas guerras: Asimetría y privatización de la violencia*, Carlos Martín Ramírez, Madrid, Siglo XXI, 2005].

En resumen, el argumento es sólido sólo cuando se aplica a un tipo limitado de grupos armados organizados y no permite explicar por qué se puede presumir que el DIH se aplica a todos los grupos armados organizados.

Carácter vinculante a través del DIH consuetudinario: los grupos armados organizados como personas jurídicas internacionales

Otra explicación que suele darse de por qué se aplica el DIH a los grupos armados organizados es que éstos están regidos por el DIH consuetudinario porque poseen personería jurídica internacional. La Comisión Internacional de Investigación para Darfur lo afirma en estos términos: “[T]odos los grupos insurgentes que alcanzan un cierto umbral de organización, estabilidad y control efectivo del territorio poseen personería jurídica internacional y, en consecuencia, están sujetos a las normas pertinentes del derecho internacional consuetudinario sobre los conflictos armados internos”⁴².

Esta explicación tiene ciertas virtudes de las que carecen las descritas en las secciones precedentes. A diferencia de la doctrina de jurisdicción legislativa, el argumento de la personería jurídica internacional no pasa por el Estado al que combate el grupo armado organizado. Al mismo tiempo, es preciso reconocer que el argumento no separa completamente la construcción del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados del carácter vinculante para los Estados. Hay en esta explicación un punto débil similar al identificado en el caso del ejercicio de funciones gubernativas de facto, por cuanto las dos explicaciones se basan en el hecho de que los *Estados* conservan la competencia legislativa (que, hasta cierto punto, comparten con los organismos internacionales) de crear el DIH consuetudinario por medio de la práctica y de la *opinio juris*. De hecho, en el estudio sobre el DIH consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) se reconoce que las prácticas de los grupos armados organizados “no constituyen prácticas de los Estados como tales” y que “la importancia jurídica [de las prácticas de los grupos armados organizados] no está clara”⁴³. Mientras se siga excluyendo de este modo a los grupos armados organizados del proceso de formación del DIH consuetudinario, el carácter vinculante del DIH seguirá siendo algo “impuesto” y el sentido de apropiación de sus normas por parte de esos grupos seguirá siendo débil. En cambio, al interpretar el carácter vinculante del DIH sobre la base de la personería jurídica internacional y el derecho internacional consuetudinario, se evita el argumento de que los grupos armados organizados están regidos por el DIH sólo a través del Estado al que se enfrentan. En lugar de ese Estado, es la comunidad internacional de Estados en su conjunto la que los obliga a cumplir con el DIH. Así, es posible que los grupos armados organizados perciban el DIH

42 Informe enviado por la Comisión Internacional de Investigación para Darfur al Secretario General de la ONU en atención a la Resolución 1564 del Consejo de Seguridad de la ONU del 18 de septiembre de 2004, 25 de enero de 2005, párr. 172, disponible en línea en http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (consultado el 15 de junio de 2011).

43 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 3 *supra*, p. xxxvi.

consuetudinario como un ordenamiento jurídico de carácter más universal, con lo que se les hace más difícil (aunque no imposible) rehusarse a adoptarlo.

Otro punto fuerte de la explicación que recurre a la personería jurídica internacional de los grupos armados organizados para justificar la aplicabilidad del DIH consuetudinario a dichos grupos es que tiene en cuenta debidamente su dimensión colectiva. Por lo tanto, no adolece de los mismos defectos que el argumento basado en el carácter vinculante del DIH para los individuos.

Aun así, la interpretación del carácter vinculante del DIH que se apoya en la personería jurídica internacional que se confiere a los grupos armados organizados también presenta algunos problemas. En primer lugar, no puede proporcionar una justificación del supuesto carácter vinculante del DIH convencional para los grupos armados organizados, más allá del consentimiento de estos últimos. Esta imposibilidad, en la medida en que el derecho consuetudinario de los conflictos armados no internacionales corre muy a la zaga del derecho convencional⁴⁴, tiene consecuencias que podrían llevar a graves problemas con respecto al cumplimiento del DIH convencional. Mientras que, en el plano jurídico, la no aceptación de las obligaciones del DIH convencional por un grupo armado organizado no liberaría al Estado que ratificó un determinado tratado del DIH de las obligaciones que ha aceptado como vinculantes⁴⁵, esa desigualdad ante la ley sería problemática desde el punto de vista de la reciprocidad como factor crucial para promover el cumplimiento de la ley en la práctica⁴⁶.

Una segunda objeción posible a la justificación de la aplicabilidad del DIH a los grupos armados organizados basada en la personería jurídica nacional que razonablemente podrían formular los Estados es que la personería jurídica internacional, aun limitada, podría dar legitimidad a los grupos armados organizados. De hecho, esta objeción se planteó durante las negociaciones de los Convenios de Ginebra en relación con el artículo 3 común y llevó a la inclusión de la cláusula que establece que su aplicación “no afectará el estatuto jurídico de las partes en el conflicto”⁴⁷. Los avances más recientes en la elaboración del DIH confirman que ese temor de los Estados no se ha disipado⁴⁸. Sin embargo, la objeción no es convincente porque confunde personería con legitimidad. El hecho de que una entidad goce de ciertos derechos y deba cumplir con ciertas obligaciones en el marco del derecho internacional no necesariamente le confiere legitimidad. En efecto, incluso los Estados, en su carácter de únicos sujetos primarios indiscutidos del derecho internacional, pueden no ser legítimos. Y aún cuando son ilegítimos (por ejemplo, porque cometen violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos)

44 Un ejemplo es la obligación de registrar la ubicación de minas terrestres de conformidad con el Protocolo II de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, Ginebra, 10 de octubre de 1980, arts. 1(2) y 9, en comparación con el DIH consuetudinario estudiado por el CICR (v. J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 3 *supra*, Norma 82 y Resumen de la norma, pp. 323-324).

45 Cf. J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 3 *supra*, Norma 140.

46 Con respecto a este punto, v. L. Moir, nota 6 *supra*, pp. 86, 107-108.

47 J. Pictet, nota 24 *supra*, pp. 44, 60.

48 V., por ejemplo, Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, nota 44 *supra*, art. 1(6), según fue enmendada el 21 de diciembre de 2001.

conservan su personería jurídica internacional. A la inversa, los grupos armados organizados no carecen de legitimidad automáticamente, pero esa cuestión es independiente de si tienen o no personería jurídica internacional.

Pese a que la objeción planteada en el párrafo anterior no es del todo convincente, la interpretación del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados a través de la personería jurídica internacional de dichos grupos adolece de un importante defecto lógico: la circularidad en la definición del concepto de personería jurídica de acuerdo con la doctrina dominante. Esa circularidad se refleja en la fórmula de que la personería jurídica internacional de una entidad se determina en base a su titularidad de derechos y obligaciones en el ámbito del derecho internacional⁴⁹, mientras que la determinación de esos derechos y obligaciones depende de si su titular tiene personería jurídica internacional o no. Así, en el contexto actual, se considera que los grupos armados organizados son personas jurídicas en el ámbito del derecho internacional porque tienen derechos y obligaciones en el marco del DIH, y, a su vez, son titulares de esos derechos y obligaciones porque son personas jurídicas en el ámbito del derecho internacional. *Certum est quia impossibile est.*⁵⁰

Carácter vinculante a través del consentimiento de los grupos armados organizados

Todas las explicaciones analizadas hasta aquí se apoyan en el supuesto de que el DIH se impone a los grupos armados organizados sin que importe su voluntad, o incluso contra su voluntad. En marcado contraste, otra forma de justificar el carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados es el consentimiento de dichos grupos a determinadas normas del DIH. En ocasiones, el DIH refleja un enfoque de su carácter vinculante basado en el consentimiento y en otras parece indicar que ese consentimiento carece de importancia. Por un lado, en el artículo 3 común se afirma categóricamente que “cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo,” las disposiciones fundamentales de las secciones 1 y 2. El consentimiento de un grupo armado organizado (o la ausencia del mismo) no se tiene en cuenta. Por el otro, el artículo 3 común alienta a las partes en un conflicto armado no internacional a concertar “acuerdos especiales” para poner en vigor “la totalidad o parte de las otras disposiciones” de los Convenios. Además, no es en absoluto excepcional que un grupo armado declare en forma unilateral su aceptación de las normas del DIH, por ejemplo, en las “Actas de compromiso” firmadas bajo los auspicios del *Llamamiento de Ginebra* para la adhesión a una prohibición total de las minas antipersonal y para la protección de los niños de las consecuencias del conflicto armado⁵¹. Y las disposiciones del Protocolo adicional I sólo se aplican a los movimientos de liberación nacional —un subgénero definido de

49 CIJ, Reparación de heridas sufridas en servicio de las Naciones Unidas, Opinión Consultiva, Informes de la CIJ de 1949, pp. 174, 178.

50 “Es cierto, pues es imposible” [trad. del latín].

51 V., en general, Llamamiento de Ginebra, en <http://www.genevacall.org/> (consultado el 15 de junio de 2011) y la lista de signatarios de las Actas de Compromiso, en <http://www.genevacall.org/resources/list-of-signatories/list-of-signatories.htm> (consultado el 15 de junio de 2011).

grupos armados organizados que ha ganado reconocimiento y está reglamentado en el Protocolo adicional I⁵²— si éstos han expresado su consentimiento⁵³.

Las múltiples justificaciones del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados también se reflejan en algunas de las instancias en las que los organismos internacionales han expresado su opinión al respecto. Además de recurrir a la personería jurídica internacional, la Comisión Internacional de Investigación para Darfur, por ejemplo, agrega:

[L]a aceptación implícita de los principios y normas internacionales generales del derecho humanitario [...] por los grupos rebeldes [...] puede inferirse de las disposiciones de algunos de los acuerdos [entre el gobierno de Sudán y los grupos armados organizados SLM/A y JEM] [...]. Además, según el derecho internacional consuetudinario, el SLM/A y el JEM tienen el poder de concertar acuerdos internacionales vinculantes (el denominado *jus contrahendi*) y han concertado varios acuerdos vinculantes en el plano internacional con el gobierno. En esos acuerdos, los rebeldes se comprometen, entre otras cosas, a respetar el derecho humanitario⁵⁴.

Dicho de otro modo, la Comisión Internacional de Investigación para Darfur combina el argumento de que el DIH se impone a los grupos armados organizados en virtud de su personería jurídica internacional con la justificación de que el DIH se aplica a los grupos armados organizados porque han dado su consentimiento a las normas del DIH pertinentes.

A veces se afirma que, en el campo del DIH convencional, el argumento de que el DIH rige a los grupos armados organizados siempre y cuando éstos hayan dado su consentimiento encuentra sustento en el principio de *pacta tertiis*, tal como está formulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁵. De acuerdo con ese principio, “[u]n tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”⁵⁶. Como excepción, “[u]na disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación”⁵⁷. En lo que concierne a los derechos de un tercer Estado que surgen de un tratado, corresponde hacer una excepción

[si] las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados y si el tercer Estado asiente a ello. Su asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa⁵⁸.

52 V. Protocolo adicional I, art. 1(4).

53 V. Protocolo adicional I, art. 96(3).

54 Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur, nota 42 *supra*, párrs. 173-174.

55 A. Cassese, nota 10 *supra*, pp. 423-430.

56 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente desde el 27 de enero de 1980, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679, art. 34.

57 *Ibid.*, art. 35.

58 *Ibid.*, art. 36.

Una aplicación análoga de ese régimen a la relación entre Estados y grupos armados organizados en cuanto partes en un conflicto armado no internacional implicaría que los grupos armados organizados sólo deberían respetar el DIH convencional si han expresado su consentimiento a las obligaciones (y no han rechazado los derechos) en él estipuladas⁵⁹.

Sin embargo, apoyarse en el régimen que reglamenta los derechos y obligaciones de terceros Estados establecidos en el derecho de los tratados para fundamentar el requisito del consentimiento a las normas del DIH de un grupo armado organizado puede dar lugar a una serie de problemas. Es cuando menos debatible si y en qué medida el régimen elaborado para reglamentar las relaciones entre Estados puede extrapolarse a las relaciones entre Estados y grupos armados organizados⁶⁰. No está claro tampoco por qué la extrapolación debe detenerse en los grupos armados organizados. ¿No sería posible afirmar que habría que trazar la misma analogía con los individuos, por ejemplo? Sin embargo, esa extrapolación implicaría que sus derechos (por ejemplo, dentro del DIH y el derecho internacional de los derechos humanos) y sus obligaciones (dentro del DIH y del derecho penal internacional) estarían sujetos al requisito de consentimiento, ya fuera expreso (en el caso de las obligaciones) o tácito (para los derechos). Esa consecuencia, a su vez, es a todas luces incompatible con la opinión generalizada de que el consenso de los individuos no constituye un requisito⁶¹. En resumen, el derecho de los tratados relativo a los *pacta tertiis* no ofrece argumentos contundentes para justificar que el consentimiento de los grupos armados organizados sea un requisito para la aplicación del DIH convencional.

Además, el requisito de consentimiento podría tener consecuencias negativas para la justificación del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados. En el plano de la práctica, a veces puede ser difícil establecer quién tiene la competencia dentro de un grupo armado organizado para expresar el consentimiento de ese grupo. Este aspecto cobra particular importancia en el caso de los grupos armados más amorfos o heterogéneos, o cuando de un grupo armado organizado se separan facciones por diferencias internas o cambios de alianzas⁶².

Otra consecuencia del requisito de consentimiento es que da lugar a consideraciones de reciprocidad más fundamentales aún que las observadas al analizar la personería jurídica internacional de los grupos armados organizados y el

59 A. Cassese, nota 10 *supra*, p. 428.

60 S. Sivakumaran, nota 7 *supra*, p. 377, sigue la misma línea.

61 V., por ejemplo, la condición expresa contenida en los Convenios de Ginebra (CG) de que las personas protegidas no podrán renunciar a los derechos que se les otorga en dichos convenios: CG I, art. 7; CG II, art. 7; CG III, art. 7; CG IV, art. 8.

62 En ese aspecto, el TPIY ha adoptado como un factor para determinar si el nivel de organización de un grupo armado alcanza el umbral necesario para ser considerado un grupo armado organizado de conformidad con el DIH su *capacidad* de comunicarse con una sola voz (v., por ejemplo, *El fiscal c. Boskoski y Tarculovski*, nota 1 *supra*, párr. 203). Sin embargo, el Tribunal destaca que este factor, junto con otros, es *indicativo* y se lo debe tener en cuenta, pero no es determinante ni “esencial en sí mismo para establecer si se cumple con el criterio de ‘organización’” (ibíd., párr. 198).

DIH consuetudinario como explicación posible del carácter vinculante del DIH⁶³. Requerir el consentimiento de los grupos armados organizados da lugar al interrogante de si el derecho aplicable a un conflicto armado no internacional se limita a las normas aceptadas por *ambas* partes, en simetría con el derecho de los conflictos armados internacionales⁶⁴, o si la relación entre Estados y grupos armados organizados debe conceptualizarse de modo tal que la reciprocidad no sea un requisito jurídico, en cuyo caso la reciprocidad en la práctica seguiría siendo un factor importante para inducir a las partes en el conflicto a que respeten la ley.

Con todo, la consecuencia más importante del requisito de consentimiento es que, llevado a su conclusión lógica, implicaría que ninguna ley del DIH convencional se aplica a los grupos armados organizados si éstos no la han aceptado. No obstante, es necesario poner esta conclusión en perspectiva. El rechazo completo y absoluto de las normas y principios del DIH por un grupo armado organizado no es la regla sino la excepción. La cantidad de “otras prácticas” recogidas en el estudio sobre el DIH consuetudinario del CICR⁶⁵ y otros documentos de la misma organización⁶⁶ reflejan el hecho de que distintos grupos armados organizados han expresado su aceptación de las normas del DIH en numerosas ocasiones. Del mismo modo, no menos de 41 grupos armados organizados han expresado su aceptación de las normas concernientes a las minas antipersonal y los niños soldados mediante la firma de las “Actas de compromiso” bajo los auspicios del *Llamamiento de Ginebra* desde 2001⁶⁷. Es cierto que la aceptación no es automática y que un grupo armado organizado *podría* rechazar todas las normas del DIH. Sin embargo, en ese caso, habría que ser realista respecto del éxito que tendrían los argumentos destinados a imponerle las normas y principios del DIH por medio de otras justificaciones. Probablemente, la estrategia más prometedora en ese caso sería intentar conseguir una aceptación gradual de las normas del DIH. Sería lógico adoptar un enfoque similar en la situación más probable de que un grupo armado organizado decidiera expresar su consentimiento en forma selectiva a algunas de las normas del DIH aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional. Ello tendría como resultado que no se aplicarían todas las normas del DIH cuya aplicabilidad podría justificarse por medio de algunas de las explicaciones mencionadas anteriormente, sobre todo mediante la doctrina de jurisdicción legislativa. Aquí, la obligación de cumplimiento de la ley que dimana de la aceptación expresa de algunas de las normas del DIH se vería socavada por los argumentos que descartan el consentimiento por considerarlo irrelevante en la pretensión de imponer a los grupos armados organizados incluso aquellas normas del DIH que éstos

63 V. notas 45 y 46 *supra* y el texto correspondiente.

64 V. el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, según el cual los Convenios se aplicarán en todos los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja “entre dos o varias Altas Partes Contratantes”. V. también Protocolo adicional I, art. 1(3).

65 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), nota 3 *supra*, *Volumen II: Prácticas*, Partes 1 y 2.

66 V., por ejemplo, CICR, *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p0923.htm>].

67 V. nota 51 *supra*.

rechazan expresamente. En realidad, la obligación de cumplimiento es el argumento de mayor peso en una interpretación del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados basada en el consentimiento⁶⁸. Si un grupo armado se apropia del proceso de aceptación, las normas del DIH gozarán de mayor legitimidad desde el punto del grupo en cuestión. Esa legitimidad, a su vez, vuelve más probable la integración de las normas del DIH en las prácticas del grupo⁶⁹. Obviamente, el compromiso expreso con una determinada norma del DIH dista de ser una *garantía* de cumplimiento real, tal como sucede en el caso de los Estados. Así y todo, la adopción de ese compromiso hace que sea más difícil para el grupo armado organizado rechazar el carácter vinculante de la norma, facilita las acciones de seguimiento en caso de infracciones y proporciona una base para difundir la ley y establecer procesos de participación y fortalecimiento de relaciones para organizaciones humanitarias como el CICR⁷⁰. Más aún, conceder a los grupos armados organizados la posibilidad de dar o negar su consentimiento a las normas del DIH tiene la ventaja potencial de que les permite identificar aquellas normas cuyo cumplimiento pueden asegurar desde una perspectiva realista⁷¹.

Observaciones finales

La conveniencia de recurrir a una o varias explicaciones de cómo y por qué debe aplicarse el DIH a los grupos armados organizados depende en gran medida del contexto en el que se plantee la cuestión de la aplicabilidad. Las instituciones que deben ocuparse retrospectivamente de supuestas infracciones cometidas por (miembros de) grupos armados organizados, como los tribunales penales internacionales, deben enfrentar el desafío de aplicar un ordenamiento jurídico que claramente presupone que las normas primarias del DIH aceptadas por un Estado (o, en el caso del DIH consuetudinario, por una comunidad de Estados) se traducen en normas secundarias que gobiernan la responsabilidad individual de los miembros de los grupos armados organizados. Es esperable que la opción lógica en esos casos sea una explicación que proporcione los fundamentos de esa aplicabilidad: la doctrina de jurisdicción legislativa. Más allá de la actividad de los tribunales penales internacionales, la doctrina permite evitar las incómodas consecuencias de varias de las otras explicaciones, por ejemplo, la de que no todo el DIH aceptado por un determinado Estado sería aplicable en un conflicto armado entre ese Estado y un grupo armado organizado.

68 V. también Marco Sassòli, "Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law", en *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, 2010, pp. 5-51, en especial 29-32.

69 Para profundizar en el argumento de que la legitimidad de una norma promueve su cumplimiento por parte de los Estados, v. en especial Thomas M. Franck, "Legitimacy in the international legal system", en *American Journal of International Law*, vol. 82, n.º 4, 1988, pp. 709-710; T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Nueva York, Oxford University Press, 1990; T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 25-46.

70 V. CICR, nota 66 *supra*, p. 27.

71 En este mismo sentido, v. M. Sassòli, nota 68 *supra*, pp. 20-21.

Por otro lado, las instituciones y organizaciones que no tienen que aplicar sanciones retrospectivas y cuyo principal objetivo es fortalecer el cumplimiento del DIH por un grupo armado organizado en el contexto de un conflicto armado buscarán, con toda probabilidad, un diálogo directo con ese grupo armado. Para ello, al fundamentar la aplicabilidad del DIH será más aconsejable referirse al ejercicio de funciones gubernativas de facto por el grupo armado organizado, a su personería jurídica internacional y a su consentimiento.

La conclusión de todo esto es que ninguna de las explicaciones del carácter vinculante del DIH para los grupos armados organizados está libre de defectos. Sus imperfecciones reflejan el hecho de que el DIH sigue profundamente arraigado en un paradigma Estado-céntrico de elaboración y aceptación de normas. Si bien ha habido avances significativos en la reglamentación de los conflictos armados no internacionales, los grupos armados organizados siguen estando al margen de ese proceso. Es cierto que su participación en la elaboración de normas no está exenta de riesgos y que tampoco constituiría una solución fácil y definitiva a todos los problemas que se presentan en el terreno del cumplimiento del DIH. Aun así, la realidad de los grupos armados organizados, tanto en el plano militar como en el humanitario, indica que es necesario pensar en ellos como ejecutores de un derecho que consideran propio.