

# Participación de los grupos armados en la formulación del derecho aplicable a los conflictos armados

**Sophie Rondeau**

Sophie Rondeau es asesora jurídica de la Cruz Roja Canadiense y miembro del Colegio de Abogados de Québec. Realizó una licenciatura en derecho en la Universidad de Montréal y una maestría en derecho en la Universidad de Québec en Montréal.

## Resumen

*El tema de la participación de los grupos armados en la elaboración de instrumentos jurídicos vinculantes para ellos es particularmente importante y se lo debe abordar con urgencia. Numerosos académicos y organismos han propuesto recientemente que los grupos armados participen en la elaboración de instrumentos jurídicos vinculantes para ellos, con miras a lograr su observancia del derecho. Sin embargo, algunos aspectos prácticos y jurídicos parecen dificultar esa participación en la práctica. Por lo tanto, es importante hallar soluciones creativas. Tras pasar revista a las cinco razones principales por las que los grupos armados deberían participar en la formulación del derecho que rige los conflictos armados, la autora del artículo ofrece una breve reseña de algunos medios que facilitarían la intervención de los grupos armados en la elaboración de normas futuras, así como en la interpretación y la contextualización de las normas existentes.*

\*\*\*

A fin de justificar la ausencia de los grupos armados en la elaboración del derecho aplicable a los conflictos armados, se esgrimen numerosas razones ajenas al

ámbito jurídico. Los argumentos de que los grupos armados socavan la autoridad del Estado al colocarlo en una posición de inferioridad y debilidad, o de que su influencia en el territorio y la población constituye un reconocimiento tácito de su importancia y, por ende, les da permiso para proceder con su accionar, pese a las violaciones de las normas universales, se basan en una premisa errónea: si los Estados ignoran a los grupos armados que amenazan su soberanía, éstos terminarán desapareciendo. La conducta de avestruz<sup>1</sup> que los Estados adoptan respecto de los grupos armados es acorde al orden internacional westfaliano que propugna la desestimación de todos los grupos armados con el argumento de que no son Estados y de que sólo los Estados pueden aspirar a ser sujetos del derecho internacional público<sup>2</sup>, para decirlo simplemente.

En este artículo, me propongo evaluar el valor añadido de la participación de los grupos armados en la formulación de las normas jurídicas aplicables a los conflictos armados, mediante la determinación de las razones de tal participación. Luego examinaré los medios y los mecanismos que posibilitarían la participación de los grupos armados en la elaboración del derecho, en la creación de normas futuras y en la interpretación y la contextualización de las normas existentes.

En el debate sobre la posibilidad y la oportunidad de que los grupos armados participen en la formulación del derecho aplicable a los conflictos armados, es importante definir ante todo las entidades y los sujetos analizados. En realidad, si bien todas las partes en conflictos armados no internacionales, así sean actores estatales o grupos armados, están vinculadas por las normas pertinentes del derecho internacional humanitario (DIH), el término “grupos armados” en sí no ha sido definido en el derecho convencional. Las “partes” en un conflicto armado suelen ser de muy diversa naturaleza. Los grupos armados organizados, en particular, son extremadamente variados, tal como ha explicado el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR):

Existen desde grupos armados con un gran nivel de organización (una jerarquía fuerte, una cadena de mando efectiva, capacidades de comunicación, etc.) hasta grupos descentralizados (con facciones semi autónomas o disidentes que operan dentro de un estructura de liderazgo poco definida). Los grupos también pueden diferir por lo que respecta a la amplitud del territorio que controlan, la capacidad de entrenar a sus miembros y las medidas disciplinarias o las sanciones que aplican contra los miembros que violan el derecho humanitario.<sup>3</sup>

1 Marco Sassòli, “Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law”, en *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, 2010, p. 50. Las citas en español de este texto son traducciones del CICR.

2 El orden jurídico internacional establecido en la Paz de Westfalia, en el siglo XVII, se basa en tres pilares principales: el Estado como sujeto del derecho, la soberanía estatal y la reciprocidad. Sin embargo, la Paz de Westfalia no puso término a la autoridad en múltiples estratos vigente en Europa, sino que sólo constituyó un caso de redistribución de la autoridad dentro del Santo Imperio Romano. V. Stéphane Beaulac, “The Westphalian model in defining international law: challenging the myth”, en *Australian Journal of Law History*, vol. 7, 2004, p. 181.

3 Michelle Mack, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts*, CICR, Ginebra, febrero de 2008, p. 11, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p0923.htm> (consultado el 11 de abril de 2011).

A los fines de este artículo, adoptaré la definición amplia de “grupos armados organizados”; por ello, emplearé en forma indistinta las expresiones “grupos armados” y “grupos armados no estatales”. Además, cabe observar que, si bien los grupos armados transnacionales<sup>4</sup> o las empresas militares privadas<sup>5</sup> podrían considerarse formas específicas de grupos armados, en este artículo no nos centraremos en el posible vínculo entre esos grupos armados con un Estado. En primer lugar, la descripción del CICR reúne los requisitos generales de la definición de “grupos armados no estatales” tal como la propone la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) en su *Manual de Negociaciones Humanitarias con Grupos Armados*<sup>6</sup>. En segundo lugar, muchos mecanismos de aplicación del derecho centrados en el Estado y que están incluidos en el DIH, el derecho de los derechos humanos o el derecho internacional público, ya están en vigor y, si bien valdría la pena abordar la cuestión de su eficiencia y pertinencia, no nos detendremos a hacerlo en este artículo<sup>7</sup>. Nos centraremos en los propios grupos armados y analizaremos los medios que tienen a disposición para atenerse a un orden jurídico que no los ha convocado para su elaboración, pero que sin embargo los obliga a responsabilizarse por las violaciones de sus normas.

- 4 Sobre el tema de los grupos transnacionales, v., en particular, Marco Sassòli, *Transnational armed groups and international humanitarian law, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, Universidad de Harvard, Serie de documentos específicos, N.º 6, invierno de 2006, disponible en: <http://www.hpcr-research.org/sites/default/files/publications/OccasionalPaper6.pdf> (consultado el 24 de febrero de 2012). V. también Anne-Marie La Rosa y Carolin Würzner, “Eficacia de las sanciones como medio para lograr un mayor respeto del derecho humanitario”, en *Selección de artículos 2008 de la International Review of the Red Cross*, disponible en <http://www.cicr.org/spa/assets/files/publications/pseleccion-review-2008.pdf>.
- 5 Se ha elaborado recientemente el Código Internacional de Conducta para prestadores de servicios de seguridad privados (que es el resultado de una colaboración activa de miembros de la industria de seguridad privada con el Departamento suizo de Relaciones Internacionales, el Centro de Ginebra para el control democrático de las fuerzas armadas y la Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos). Ese Código establece normas y estándares internacionales para la prestación de servicios de seguridad privados. Para más información sobre esta iniciativa en: <http://www.icoc-psp.org/> (consultado el 26 de abril de 2011).
- 6 V. McHugh y Manuel Bessler, “Humanitarian negotiations with armed groups: a manual for practitioners”, OCHA, Naciones Unidas, enero de 2006, p. 6, disponible en: <http://ochaonline.un.org/humanitarian-negotiations/index.htm> (consultado el 19 de abril de 2011): “grupos que tienen el potencial de emplear armas en el uso de la fuerza para alcanzar objetivos políticos, ideológicos y económicos, no pertenecen a las estructuras militares formales de Estados, alianzas de Estados u organizaciones intergubernamentales, y no están bajo el control de o los Estados donde operan”. (Traducción del CICR).
- 7 El lector podrá hallar una presentación de algunos de los mecanismos de aplicación establecidos por los Estados para abordar las violaciones del derecho aplicable a los conflictos armados (a través de la perspectiva de un derecho individual potencial a obtener reparación) en Sophie Rondeau, “Violations du droit international humanitaire et réparation: la place de la victime individuelle”, marzo de 2008, disponible en <http://www.archipel.uqam.ca/1277/1/M10305.pdf> (consultado el 18 de abril de 2011). V. también, en general, Marco Sassòli, “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”, en *Selección de artículos 2002 de la International Review of the Red Cross*, disponible en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecbx.htm>; Frits Kalshoven, “State responsibility for warlike acts of the armed forces”, en *Constitutional Law Quarterly*, vol. 40, N.º 1, 1991, p. 827; Emanuela Chiara Gillard, “Reparations for violations of international humanitarian law”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 85, N.º 851, 2003, p. 529; Riccardo Pissillo Mazzeschi, “Reparation claims by individuals for state breaches of humanitarian law and human rights: an overview”, en *Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, 2003, p. 339.

Por otro lado, la referencia al “derecho aplicable a los conflictos armados” debe interpretarse en un sentido amplio, es decir que no incluye sólo el derecho internacional humanitario convencional aplicable a los conflictos armados no internacionales (con los diferentes umbrales establecidos por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II), sino también el derecho consuetudinario, la normativa no vinculante e incluso algunas normas de derecho internacional público y del derecho de los derechos humanos. No abordaremos en este artículo todos esos ordenamientos jurídicos, pero daremos indicaciones a lo largo del texto para distinguir la naturaleza del ordenamiento al que hagamos referencia, cuando sea necesario. Por último, examinaremos las formas de participación de los actores no estatales en la elaboración del derecho en un sentido amplio: limitar sistemáticamente el análisis al derecho convencional impediría hallar soluciones creativas para restringir los obstáculos prácticos y jurídicos que actualmente dificultan tanto esa participación.

## **Por qué los grupos armados deberían participar en la elaboración del derecho aplicable a los conflictos armados**

Numerosas partes se beneficiarían de la participación de los grupos armados en la elaboración de normas del DIH. En las páginas que siguen, se sostendrá que esa participación no sólo redundaría en interés de la comunidad internacional en su conjunto, sino que también forma parte de la evolución normal del orden jurídico internacional y del DIH. Por otro lado, esa participación abordaría las necesidades tanto de los grupos armados como de las víctimas de violaciones del DIH.

### **Porque redundaría en interés de la comunidad internacional**

En un informe reciente presentado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la protección de los civiles en conflictos armados, el secretario general subrayó que lograr un mayor respeto del derecho por parte de los grupos armados no estatales es uno de los cinco retos principales que el Consejo de Seguridad debe abordar<sup>8</sup>. De modo que no se pone el acento en condenar los actos, sino en entablar el diálogo con los grupos armados. El secretario general dejó en claro que el mecanismo de “nombrar y avergonzar” por el cual el Consejo de Seguridad condena sistemáticamente las violaciones cometidas por los grupos armados exige observancia y aplicar medidas selectivas contra los dirigentes<sup>9</sup>, es un último recurso. Sólo se apela a las sanciones cuando la implicación de los grupos armados falla o resulta inútil<sup>10</sup>.

8 Informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, Doc. ONU S/2009/277, 29 de mayo de 2009, párrs. 38–47. Es interesante señalar que el primer reto señalado es el de lograr un mayor respeto del derecho internacional humanitario en la conducción de las hostilidades. Se podría considerar que el reto de lograr un mayor respeto por parte de los grupos armados no estatales es una subcategoría del primer reto; de todos modos, parece más inclinado a lograr el interés de los Estados miembros, los organismos de las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales y no gubernamentales por la cuestión de las armas explosivas.

9 *Ibid.*, párr. 37.

10 *Ibid.*, párr. 46.

En un informe de 2010, el secretario general presentó información actualizada sobre los avances logrados en la respuesta a los retos principales y analizó la necesidad de llegar hasta los grupos armados, aunque sus conductas y motivaciones sean muy diversas. Volvió a afirmar que “lograr un mejor cumplimiento del derecho internacional humanitario y de las normas internacionales de derechos humanos seguirá siendo un objetivo inalcanzable si no se entabla un diálogo sistemático y constante con los grupos armados no estatales y si no se acepta ese diálogo como necesario”<sup>11</sup>. El informe luego menciona que se ha intentado entablar el diálogo con grupos armados en Afganistán, Colombia, República Democrática del Congo, territorios palestinos ocupados, Pakistán, Somalia, Sudán, Uganda y Yemen, pero no especifica la naturaleza de las actividades realizadas. Aun sin esas especificaciones, la comunidad internacional, a través de su órgano político oficial, es decir las Naciones Unidas, ha reconocido la necesidad de dialogar con los grupos armados a fin de lograr “mejoras tangibles” en la protección de las víctimas<sup>12</sup>.

### Porque el orden jurídico internacional lo necesita

Los grupos armados, en su calidad de actores no estatales que componen el “estrato invisible” del orden público internacional<sup>13</sup>, no sólo están modificando la forma en que se libran las guerras en la actualidad; su interacción (o la falta de interacción) con las estructuras estatales pone en evidencia los defectos y las falencias del orden jurídico internacional centrado en el Estado. Sin llegar a respaldar la lógica post westfaliana, para la que el Estado Nación ha perdido su utilidad<sup>14</sup>, se ha de reconocer que el modelo centrado en el Estado ha evolucionado considerablemente.

11 Informe del secretario general sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, Doc. ONU S/2010/579, 11 de noviembre de 2010, párr. 52.

12 *Ibid.*, párr. 3.

13 Se trata de la concepción del orden público internacional compuesto por dos estratos: “un estrato tradicional consistente en el derecho que regula la coordinación y la cooperación entre los miembros de la sociedad internacional... los Estados... y un nuevo estrato consistente en el derecho constitucional y administrativo de la comunidad internacional de 6,5 mil millones de seres humanos”. Marco Sassòli y Antoine Bouvier, *How does Law Protect in War?*, segunda edición, CICR, Ginebra, 2006, pp. 89–90.

14 Sobre el orden mundial post westfaliano, v. Edward Newman, “Failed states and international order: constructing a post-Westphalian world”, en *Contemporary Security Policy*, vol. 30, No. 3, diciembre de 2009, p. 425, disponible en: <http://www.contemporarysecuritypolicy.org/assets/CSP-30-3-Newman.pdf> (consultado el 11 de abril de 2011); Russell D. Howard, “Post-Westphalian realities: incorporating transnational non state actors and weapons of mass destruction into the international relations curriculum”, febrero de 2007, p. 5, disponible en: [http://www.allacademic.com/meta/p\\_mla\\_apa\\_research\\_citation/1/8/0/5/9/pages180592/p180592-1.php](http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/8/0/5/9/pages180592/p180592-1.php) (consultado el 11 de abril de 2011); Richard A. Falk, *Law in an Emerging Global Village: A Post-Westphalian Perspective*, Transnational Publishers, Nueva York, 1999; Stephen D. Krasner, “Rethinking the sovereign state model”, en *Review of International Studies*, vol. 27, No. 5, diciembre de 2001, p. 17; Stephen D. Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, Princeton, 1999. V. también Allen Buchanan, quien critica a John Rawls por basar su teoría de la justicia en supuestos westfalianos que ya no son aplicables: Allen Buchanan, “Rawls’s law of peoples: rules for a vanished Westphalian world”, en *Ethics*, 2000, vol. 110, No. 4, pp. 697–721. V. una propuesta de un enfoque conciliatorio del “nuevo regionalismo” en Cristóbal Kay, *Globalisation, Competitiveness and Human Security*, Frank Cass & Co., Londres, 1997, p. 84.

Diversos repertorios, como el *Global Peace Index*<sup>15</sup> (Índice de la Paz Mundial), el *Failed States Index*<sup>16</sup> (Índice de los Estados fallidos), el *State Fragility Index*<sup>17</sup> (Índice de la Fragilidad de los Estados) y el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas<sup>18</sup> demuestran que los grupos armados no estatales están cada vez más presentes y activos en las guerras<sup>19</sup>. Ese diagnóstico no alcanza por sí solo para desterrar por completo la pertinencia del modelo westfaliano en el siglo XXI. En realidad, las amenazas que representan los grupos armados, si bien son reales y muy preocupantes, no necesariamente alcanzan el nivel requerido para alterar el orden jurídico internacional, sino que sólo han tenido pequeñas repercusiones a nivel regional<sup>20</sup>. La expresión de Lavoisier, según la cual “nada se pierde, nada se crea, todo se transforma” es muy elocuente respecto del hecho de que los Estados están perdiendo terreno<sup>21</sup>. Si los Estados están desestructurados, alguna entidad o alguna persona seguramente se ocupa de llenar ese vacío. Sin efectuar un análisis crítico de los paradigmas, los enfoques y las teorías existentes acerca de las relaciones internacionales, lo que superaría el ámbito de este artículo, no caben dudas de que las tres principales escuelas de pensamiento en este campo, es decir el realismo, el liberalismo y el constructivismo, están cuestionados, aunque a diferentes niveles, por el papel y el lugar de los grupos armados en el orden jurídico internacional<sup>22</sup>.

## Porque el derecho lo necesita

La inclusión de los grupos armados en la elaboración de instrumentos jurídicos vinculantes para ellos podría limitar la posibilidad de las excusas que ofrecen esos grupos para justificar su inobservancia de las obligaciones del derecho humanitario. En realidad, en cierta medida, esa participación permitiría obtener su adhesión al derecho y propiciar una mayor observancia de éste. En ese sentido, limitaría las violaciones potenciales del DIH y fortalecería los dispositivos

15 La lista completa de los 24 indicadores de paz utilizados por el *Global Peace Index* están disponibles en: <http://www.visionofhumanity.org/gpi-data/#/2010/CONF> (consultado el 11 de abril de 2011).

16 La lista de los indicadores que pueden ser incluidos en el *Failed States Index* está disponible en: <http://www.fundforpeace.org/global/?q=fsi> (consultado el 5 de enero de 2012).

17 La explicación detallada del *State Fragility Index and Matrix* de 2009 está disponible en: <http://www.systemicpeace.org/SFImatrix2009c.pdf> (consultado el 11 de abril de 2011).

18 Más información sobre el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas en: <http://hdr.undp.org/en/statistics/hdi> (consultado el 11 de abril de 2011).

19 Para un análisis exhaustivo de la interacción de esos índices y sus respectivas limitaciones respecto de la calificación de los Estados como “débiles”, “fallidos” o “desestructurados”, v. E. Newman, nota 14 *supra*.

20 *Ibid.*, p. 433.

21 “Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme”. Antoine Lavoisier, *Traité élémentaire de chimie*, edición de 1864 (primera edición de 1789), p. 101, disponible en: [http://www.lavoisier.cnrs.fr/ice/ice\\_page\\_detail.php?lang=fr&type=text&bdd=lavoisier&table=Lavoisier&bookId=89&typeofbookDes=&pageOrder=101&facsimile=off&search=no](http://www.lavoisier.cnrs.fr/ice/ice_page_detail.php?lang=fr&type=text&bdd=lavoisier&table=Lavoisier&bookId=89&typeofbookDes=&pageOrder=101&facsimile=off&search=no) (consultado el 11 de abril de 2011).

22 Para información general sobre el tema, v. la *International Relations Theory Knowledge Base* disponible en: <http://www.irtheory.com/know.htm> (consultado el 20 de abril de 2011). Para el tema de la aplicación de los diferentes enfoques de las relaciones internacionales respecto de las relaciones con los grupos armados, v. Claudia Hofmann y Ulrich Schneckener, “Participación de los actores armados no estatales en los procesos de construcción del Estado y de la paz: opciones y estrategias”, en este mismo número de la *International Review*.

de autoaplicación, es decir que se reduciría la necesidad de recurrir a mecanismos de implementación “externos”. A fin de alentar la autoaplicación por parte de los grupos armados no estatales, que es uno de los mecanismos disponibles para que el derecho humanitario siga siendo realista y pertinente, no sólo se necesitan tareas de educación; también se debe fomentar la apropiación de las normas del derecho humanitario por parte de esos grupos<sup>23</sup>.

Una de las ideas clave que sustentan el fortalecimiento de la apropiación es que alimenta una cultura positiva de la observancia del derecho. Si nos detenemos en experiencias positivas, como la del Llamamiento de Ginebra<sup>24</sup>, podemos adoptar un punto de vista optimista y creer que es posible lograr la apropiación de las normas del derecho humanitario a través de mecanismos ajenos al modelo tradicional centrado en el Estado del orden jurídico internacional, que examinaré brevemente más adelante en este artículo. En realidad, el potencial de la observancia de las normas humanitarias por parte de los grupos armados se ve realzado cuando se alimenta la adhesión recíproca, sobre la base de la posibilidad, para los grupos armados, de utilizar su juicio y su razonamiento para decir si y cómo se registrarán por esas normas.

## Porque los grupos armados lo necesitan

En investigaciones recientes (que analizamos más adelante) citadas por el secretario general de las Naciones Unidas, se identificó que el principal incentivo para el cumplimiento de las normas internacionales destinadas a proteger a los civiles es el propio interés del grupo, que tiene aspectos militares, políticos y jurídicos<sup>25</sup>. Como se afirma en la mencionada investigación, los argumentos militares en favor del cumplimiento se refieren tanto a la complicidad como a las decisiones estratégicas. Los argumentos políticos, por su parte, se centran en el deseo de muchos actores armados no estatales, y/o de las causas que pueden abrazar, de que se los reconozca como legítimos. Los grupos armados no se benefician de ser calificados como “fuera de la ley”. Si participaran en la formulación de las normas que rigen las hostilidades armadas, sería mucho más difícil para el

23 Para un estudio de la apropiación de las normas humanitarias por los grupos armados no estatales, v. Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, “Rules of engagement: protecting civilians through dialogue with armed non-state actors”, disponible en: <http://www.adh-geneva.ch/docs/publications/Policy%20studies/Rules-of-Engagement-EN.pdf> (consultado el 5 de enero de 2012).

24 El Llamamiento de Ginebra es una “organización humanitaria neutral e imparcial dedicada a propiciar el cumplimiento de las normas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos por parte de los grupos armados no estatales”. La organización se centra en los actores armados no estatales que operan fuera del control efectivo del Estado. Más información es: <http://www.genevacall.org/home.htm> (consultado el 27 de abril de 2011).

25 V. Doc. ONU S/2010/579, nota 11 *supra*, párr. 54, donde se cita el texto de la Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos “Armed non-state actors and international norms: towards a better protection of civilians in armed conflicts: summary of initial research and discussions during an expert workshop in Geneva in March 2010”, septiembre de 2010, p. 4, disponible en: <http://www.adh-geneva.ch/docs/reports/armednonstateactors.pdf> (consultado el 1 de mayo de 2011).

Estado considerarse libre de toda obligación y, por lo tanto, aplicar las medidas de represión más violentas<sup>26</sup>.

Por otro lado, los argumentos jurídicos en favor del cumplimiento son, ante todo, la evitación de la sanción penal internacional y otras medidas coercitivas, como los embargos de armas, las limitaciones de los desplazamientos y el congelamiento de bienes. Podría analizarse la validez jurídica de esos argumentos, como hizo René Provost en el número anterior de la *International Review*, a través del concepto de reciprocidad asimétrica y cumplimiento de las normas de la guerra, por ejemplo<sup>27</sup>. Sin embargo, también debemos reconocer y apreciar esos argumentos como una declaración de hecho de las opiniones de algunos grupos armados que están librando guerras en la actualidad. Desde un punto de vista humanitario (analizado en la próxima sección), los grupos armados no estatales ya tienen algo que ganar al responder al “imperioso llamado de civilización”<sup>28</sup> y respetar el derecho aplicable a los conflictos armados. Si participaran en la elaboración de esas normas, para los individuos será más fácil aceptarlas psicológicamente; además, se incrementaría la apropiación de las normas que rigen la forma de conducir las guerras en su conjunto, y no sólo las normas que los grupos hayan ayudado a formular.

## Porque las víctimas lo necesitan

Existen importantes argumentos humanitarios en favor del cumplimiento del derecho humanitario por parte de los grupos armados, que se refieren al deseo de algunos de esos grupos de respetar la dignidad humana. Ese deseo no ha de subestimarse y puede dar lugar a oportunidades que van más allá de las obligaciones internacionales reales y que llevarían a esos grupos a prestar un nivel más alto de protección de los civiles que el que exige estrictamente el derecho internacional<sup>29</sup>.

El deseo genuino de algunos grupos armados de comportarse de forma humanitaria no ha de subestimarse y tampoco se lo puede exagerar, al igual que la importancia crucial de la aplicación unilateral de algunas normas humanitarias clave. Salvo unas pocas normas que hablan directamente al corazón de la humanidad, podemos dejar de lado los tratados, las negociaciones e incluso la historia y quedarnos sólo con nuestro sentido común para reconocer honestamente su necesidad para los seres humanos en toda situación, particularmente en conflictos armados. La referencia al “imperioso llamado de civilización universalmente reconocido”, que figura

26 François Bugnion, “Jus ad bellum, jus in bello and non-international armed conflicts”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6, 2003, pp. 167–198, disponible en: [http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/jus\\_ad\\_bellum\\_jus\\_in\\_bello\\_and\\_non-international\\_armed\\_conflictsang.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/jus_ad_bellum_jus_in_bello_and_non-international_armed_conflictsang.pdf) (consultado el 19 de abril de 2011).

27 V. René Provost, “Hacia una igualdad concreta en derecho internacional humanitario: respuesta a los argumentos de Marco Sassòli y Yuval Shany”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 882, junio de 2011.

28 “Remarks and Proposals submitted by the International Committee of the Red Cross”, Ginebra, febrero de 1949, p. 25, tal como se las cita en Jean Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of August 12 1949: Commentaries*, CICR, Ginebra, 1958, p. 31, disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/365-570004?OpenDocument> (consultado el 14 de abril de 2011).

29 V. Doc. ONU S/2010/579, nota 11 *supra*, párr. 54. V. Academia de Ginebra, nota 25 *supra*, p. 5.



en el Comentario del CICR sobre el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, también se aplica a las normas de sentido común que prohíben el homicidio de personas indefensas y el ejercicio de la violencia en forma de violación, tortura y mutilación<sup>30</sup>. En realidad, cuando una parte en un conflicto armado, sea un Estado o un actor no estatal, evita cometer violaciones de normas de ese tipo, lo hace “por el respeto que por sí mismo tiene de esas normas y por el respeto que uno espera que la otra parte tenga de esas normas y, tal vez incluso más por la primera razón que por la segunda”<sup>31</sup>.

Sin embargo, la motivación humanitaria no existe en un vacío, sobre todo por lo que se refiere a los grupos armados que libran guerras por fines que consideren justos y válidos. La participación de esos grupos armados en la elaboración de las normas de los conflictos armados alimentaría y cultivaría su deseo de respetar la dignidad humana y lograr un equilibrio aceptable entre el propio interés y “el respeto que uno tiene por sí mismo de esas normas”. En realidad, tal participación reforzaría la idea que sustenta la distinción entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*, la que aborda “la realidad de los conflictos sin considerar las razones o la licitud del recurso a la fuerza”<sup>32</sup>.

Además, desde el punto de vista de las víctimas, la participación de todas las partes, tanto los actores estatales como los no estatales, en conflictos armados en la elaboración de las normas aumenta la probabilidad de obtener compromisos de todas ellas en pos de respetar los límites con los que han acordado librar la guerra. Las víctimas de violaciones de normas humanitarias deben ser preservadas de todo daño, y los autores de las violaciones deben rendir cuentas, independientemente de la parte que haya cometido las violaciones; por ello, la protección de las víctimas aumentaría si se obtuvieran más compromisos de las partes.

En relación con los actores no estatales, debe respaldarse y alentarse en todo momento y en cada etapa el argumento humanitario a favor del respeto del derecho humanitario. Si “la acción humanitaria es inconcebible sin un diálogo estrecho y permanente con todas las partes en conflicto”<sup>33</sup>, también se debe observar que un diálogo estrecho y permanente con partes no estatales en un conflicto comienza con su participación en la elaboración de las normas que rigen los conflictos armados. Las víctimas serán las principales beneficiarias de ese proceso.

### **¿Qué modalidad debería adoptar la participación de los grupos armados en la elaboración del derecho aplicable a los conflictos armados?**

En el derecho internacional público, existe una desconexión entre la elaboración del derecho y su aplicación. Si para que el DIH se aplique a un grupo

30 V. Jean Pictet, nota 28 *supra*.

31 *Ibid.*

32 V. CICR, “IHL and other legal regimes: jus ad bellum and jus in bello”, 2010, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm> (consultado el 5 de enero de 2012).

33 Frédéric Maurice, “Humanitarian Ambition”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 289, 1992, p. 371, citado en M. Sassòli y A. Bouvier, nota 13 *supra*, p. 84.

armado, éste debe operar *de facto* en el contexto de un conflicto armado (es decir, alcanzar uno de los umbrales establecidos en los Convenios de Ginebra o los Protocolos adicionales), ese requisito no es imprescindible para la participación en la formulación de las normas aplicables a ese conflicto. En realidad, no existe un marco explícito relativo a la participación de los grupos armados no estatales en la elaboración del derecho internacional humanitario, porque sistemáticamente se impide que las entidades no estatales participen en la elaboración del derecho *per se*<sup>34</sup>. Si bien se han logrado algunos avances en cuanto a la ampliación de la definición de los sujetos del derecho internacional más allá de los Estados en función de las “necesidades de la comunidad”<sup>35</sup>, la doctrina de los Estados adoptada en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>36</sup> respecto de las fuentes del derecho internacional público sigue siendo predominante en la práctica<sup>37</sup>. Como mencionan Anthea Roberts y Sandesh Sivakumaran, “no se ha establecido un nexo entre el reconocimiento de que las entidades no estatales tienen derechos, obligaciones y capacidades de aplicación en virtud del derecho internacional, por un lado, y su capacidad de cumplir un papel en la elaboración del derecho internacional, por otro lado”<sup>38</sup>. *A fortiori*, cuando la entidad no estatal es un grupo armado, la probabilidad de que se susciten controversias es aun mayor que cuando se debate la cuestión de las “entidades autorizadas por los Estados”<sup>39</sup>, como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia.

Habida cuenta de estas consideraciones, en las páginas siguientes procuraremos determinar algunas formas de participación de los grupos armados en la elaboración de normas que rigen los conflictos armados. En opinión de la autora, ya existe un inmenso potencial en la interpretación y la contextualización de las normas existentes, por lo que examinaremos unas pocas opciones al respecto. Sin embargo, nos detendremos en primer lugar en la posibilidad de que los grupos armados participen en la formulación de normas futuras del DIH.

34 Para un análisis de los retos que se presentan a la doctrina tradicional de la posición de las fuentes sobre la creación del derecho internacional por los positivistas modernos y los teóricos de los procesos, v. Anthea Roberts y Sandesh Sivakumaran, “Hybrid sources of law: armed groups and the creation of international humanitarian law”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 37, 2011, sección I.C.

35 V. Corte Internacional de Justicia, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949, p. 178. V. también Corte Permanente de Justicia Internacional, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Opinión consultiva, 3 de marzo de 1928 (Ser. B), No. 15, p. 17: “Legal persons may bear a broad range of rights and obligations under international law”.

36 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945, art. 38(1).

37 Cabe observar que la doctrina ha cuestionado el enfoque centrado en el Estado. V., por ej., Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Academy of European Law/European University Institute/Oxford University Press, Oxford, 2006, disponible en: <http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/NSALecture/HR%20obligations%20of%20non-State%20actors.pdf> (consultado el 1 de mayo de 2011); Robert McCorquodale, “The individual and the international legal system”, en Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, segunda edición, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 309; Robert McCorquodale, “An inclusive international legal system”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, pp. 477–504.

38 A. Roberts y S. Sivakumaran, nota 34 *supra*, sección I.C.

39 Esta expresión se utiliza en A. Roberts y S. Sivakumaran, nota 34 *supra*, sección II.A.2, para describir las entidades internacionales creadas por dos o más Estados y autorizadas a tomar decisiones o medidas, como elaborar, interpretar, aplicar e implementar el derecho internacional.

## Mirar hacia adelante: participación en la creación de normas futuras

El hecho de que la elaboración formal del derecho siga dominada por la doctrina de los Estados dificulta en gran medida la participación formal de los grupos armados en la elaboración de tratados multilaterales. La politización excesiva del proceso de elaboración de tratados, las dificultades prácticas y las potenciales consecuencias penales de vincularse con grupos armados considerados ilegales<sup>40</sup>, el posible reconocimiento del estatuto del grupo armado, contra la voluntad del Estado, que pasaría de ser un criminal común a un interlocutor “del mismo nivel”, la legitimación inapropiada de los grupos armados y el debilitamiento de las protecciones que confiere el derecho humanitario (mediante enmiendas del derecho para reflejar prácticas reales que constituyen infracciones de las normas humanitarias) son sólo algunas de las posibles dificultades observadas en las contribuciones recientes a la doctrina sobre la cuestión<sup>41</sup>. Y además de estos obstáculos, la falta de un denominador común entre todos los grupos armados impediría determinar qué grupos podrían participar. “Sería casi imposible llegar a un acuerdo en cuanto a qué grupos se debería invitar a participar en las respectivas conferencias diplomáticas en las que se elaboran esos tratados”<sup>42</sup>.

De todos modos, la historia nos ofrece un relato menos pesimista. Los grupos armados sí se sentaron a la mesa de negociaciones cuando se elaboraron los tratados más importantes. Once movimientos de liberación nacional, como la Organización para la Liberación Palestina y la Organización Popular de África del Sudoeste, participaron como observadores en las negociaciones de los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra<sup>43</sup>. Por otro lado, se ha documentado que algunos grupos armados, como las guerrillas en Colombia, el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional en El Salvador y el Frente Liberal Nacional en Vietnam, si bien apoyaron las normas humanitarias en teoría, no aceptaron el derecho humanitario convencional aplicable al conflicto que estaban librando, porque ese

40 M. Sassòli, nota 1 *supra*, p. 22.

41 A. Roberts y S. Sivakumaran, nota 34 *supra*, sección III.B.

42 M. Sassòli, nota 1 *supra*, p. 22. V. también 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*, 25 y 26 de octubre de 2002, Vvl. 27, Collegium N.º 123, primavera de 2003, p. 128.

43 Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds), Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 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), Tomo I, CICR-Plaza y Janés Editores, Bogotá, Colombia, primera edición española de 2000, “Introducción general”: “Se invitó a todos los Estados que eran Partes en los Convenios de Ginebra o Miembros de las Naciones Unidas, o sea, a un total de 155 países. El número de los que participaron osciló entre 107 y 124, según los períodos de sesiones. Tomaron, además, partes como observadores 11 movimientos de liberación nacional y 51 organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales, de modo que el número total de delegados fluctuó en torno a los 700”.

derecho no había sido negociado directamente con ellos<sup>44</sup>. En términos jurídicos, ese argumento, que instrumentaliza el derecho, nunca justificará las violaciones de las normas humanitarias por parte de los grupos armados, dado que las normas vinculan a todas las partes en conflicto, así estén de acuerdo o no. Sin embargo, el valor añadido de obtener los aportes de todos los interesados, y no sólo de los Estados, en el proceso de elaboración de nuevas normas del derecho humanitario reside no sólo en que el derecho será más realista, sino también en que sumará un incentivo psicológico y limitará la posibilidad de que un grupo armado justifique las infracciones amparándose en su ausencia en la mesa de negociaciones.

Por estos motivos, nos detendremos brevemente en los tratados híbridos (“híbridos” significa que los grupos armados no estatales han participado en su elaboración) como fuente sugerida por Roberts y Sivakumaran para “propiciar la participación constructiva de los grupos armados en la elaboración de normas humanitarias internacionales sin tratarlos como iguales a los Estados y sin debilitar algunas importantes normas jurídicas”<sup>45</sup>.

### ¿Los grupos armados cumplen un papel activo en la negociación de tratados híbridos?

Roberts y Sivakumaran propusieron dos posibilidades respecto del papel de los grupos armados en la negociación de nuevos tratados: un papel directo y un papel indirecto. En opinión de la autora, el papel indirecto superpone la labor de los grupos armados con la de la sociedad civil y la academia a fin de interpretar las normas existentes, que analizaremos más adelante. Por ello, nos centraremos en el papel directo formal que se asignaría a los grupos armados. Como proponen los mencionados autores, esta posibilidad deja un espacio considerable para que los grupos armados hagan sus contribuciones, sean participantes activos en la elaboración y la codificación del DIH aplicable en los conflictos armados e interactúen con los Estados y otros grupos armados presentes, pero deja la decisión final en manos de los Estados. Este mecanismo parece reproducir el modelo del “estatuto de observador sin derecho a voto” adoptado en la Conferencia Diplomática de 1974-1977, a la que hemos hecho referencia. Aparte de que no todas las entidades presentes reciben el mismo trato, un aspecto muy interesante para destacar es que el formato permite el surgimiento de un denominador común: la propia conferencia. Un foro diplomático podría dar la posibilidad de retroceder, volver a centrarse en los imperativos humanitarios y hallar un terreno común. Sin embargo, el fantasma de la politización excesiva sigue presente, por lo que esta opción se vuelve controvertida. Habida cuenta de que se necesitan

44 V. “The law of war and Colombia” (texto relativo a la nota 34) en Human Rights Watch, “War without quarter: Colombia and international humanitarian law”, 1998, citado en A. Roberts y S. Sivakumaran, nota 34 *supra*, notas 133 y 134. Para El Salvador, v. la declaración de la Comisión Política y Diplomática del Frente Farabundo Martí según la cual estaban autorizados a detener una ambulancia que transportaba un herido en un cruce de carreteras, porque no había acuerdo o promesa entre las partes respecto de la evacuación por tierra de los heridos de las fuerzas armadas. Segundo informe de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador, Doc. ONU A/46/658, 15 de noviembre de 1991, párrs. 64-65.

45 A. Roberts y S. Sivakumaran, nota 34 *supra*, sección IV.

enfoques diversos para abordar situaciones diversas, esta visión podría funcionar para algunos grupos armados, pero no para todos. En realidad, se podría decir que son posibles, e incluso necesarios, diferentes papeles y enfoques.

### Abordar la realidad de los grupos armados: interpretación y contextualización de las normas existentes

Si bien no es sencillo hallar un denominador común entre los diferentes grupos armados activos en conflictos armados no internacionales, existe un elemento principal y vital en todas las situaciones por lo que respecta a mejorar la condición y el trato de las personas afectadas por conflictos armados: la observancia del marco jurídico existente. Para negociar y adoptar nuevas normas aplicables a los conflictos armados, se han de considerar las propuestas esbozadas más arriba, a fin de que todos los interesados, incluidos los grupos armados no estatales, estén representados. De todas maneras, la cuestión principal deberá ser el fortalecimiento del DIH.

Tal como ha dicho recientemente el doctor Jakob Kellenberger, presidente del CICR: “Uno podría decir, con bastante certeza, que si las partes respetaran plenamente el derecho internacional humanitario, la mayoría de las preocupaciones humanitarias actuales no existirían”<sup>46</sup>. Sobre la base de estas consideraciones, ahora analizaremos las mejores maneras de abordar la realidad de los grupos armados a través de la interpretación y la contextualización de las normas existentes.

### *Contribuir a la interpretación de las normas existentes: labor conjunta con la sociedad civil y los círculos académicos*

La interpretación y la contextualización de las normas existentes no es una prerrogativa exclusiva de los Estados; se podría sostener incluso que esa tarea corresponde a los círculos académicos, que son menos un sujeto de derecho internacional que los grupos armados, al menos por lo que respecta a la aplicación. En realidad, la participación de los Estados a ese nivel incrementaría su observancia de las normas aplicables a los conflictos sin ninguna infracción de los derechos soberanos de los Estados.

Las iniciativas en cuyo marco se están realizando investigaciones y se han identificado “temas emergentes” y “retos contemporáneos” al DIH suelen ser conducidas por organizaciones independientes y de la sociedad civil, lo que brinda una valiosa oportunidad para recoger las opiniones de los grupos armados. Por lo tanto, sorprende que rara vez se los invite a participar en esos proyectos<sup>47</sup>.

46 Jakob Kellenberger, “Fortalecer la protección jurídica de las víctimas de conflictos armados”, 21 de septiembre de 2010, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/ihl-development-statement-210910.htm> (consultado el 29 de abril de 2011).

47 Como ha observado Sassòli, es notable que los grupos armados hayan sido totalmente excluidos del Proceso de Alabama, un proceso informal no gubernamental “posmoderno” destinado a la investigación centrada en la acción, el diálogo informal con los Gobiernos y posibles nuevas interpretaciones del derecho humanitario. M. Sassòli, nota 1 *supra*, p. 24. V. también “The Alabama Process”, coorganizado por el Departamento suizo de Relaciones Exteriores y el Programa de Política Humanitaria e Investigación sobre Conflictos de la Universidad de Harvard, disponible en <http://ihl.ihlresearch.org/index.cfm?fuseaction=Page.viewPage&pageId=481> (consultado el 1 de mayo de 2011).

Naturalmente, los círculos académicos y los grupos armados tienen motivaciones diferentes y persiguen objetivos diferentes al participar en los debates en torno a la interpretación y la contextualización de las normas existentes: los profesores y los investigadores gozan de libertad académica y de objetividad científica para abstenerse de los sesgos de los programas políticos y de la eventual corrupción<sup>48</sup>, lo que no es el caso de los grupos armados. De todos modos, ello no debe llevarnos a desacreditar la posible contribución de los grupos armados a los debates y, por ende, a la evolución del derecho aplicable a los conflictos armados hacia un marco jurídico más realista. Lo que los grupos armados podrían llevar a la mesa de negociaciones es un complemento necesario para las contribuciones de la academia, el sector humanitario, la sociedad civil y la comunidad internacional. Sus opiniones y perspectivas se basan en sus experiencias, como partes en conflictos armados, y por eso mismo se las debería recoger y documentar.

Es de suma importancia llevar un registro de la experiencia de la participación de los grupos armados y difundir la información que no sea sensible, cuando sea posible. Las nuevas tecnologías ahora permiten una amplia difusión, lo que podría ser tanto una bendición como una maldición. A fin de que los grupos armados no abusen de estas oportunidades, las organizaciones que encaren investigaciones de ese tipo deberán asegurarse de que su versión de la historia también sea de dominio público: redactar un informe público es una solución simple y elegante. Incluso una organización como el Comité Internacional de la Cruz Roja, que es universalmente conocida por atenerse a la confidencialidad como herramienta operacional básica, es muy activa en sus contribuciones a la evolución del DIH. A veces publica informes generales o documentos sobre su interacción con los grupos armados, sin infringir su confidencialidad, en la medida en que se abstiene de hacer referencias concretas a la práctica.

En realidad, el proyecto en curso titulado “Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de conflictos armados” y conducido por el CICR, ofrece el amplio potencial de entablar diálogos paralelos con actores no estatales, además del diálogo bilateral principal entre el CICR y los Estados. Este proyecto dio como primer resultado un informe interno (que no se dio a conocer públicamente) y condujo, a finales de 2011, a la adopción por los Estados y las Sociedades Nacionales de una resolución, que lleva el mismo título, en la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Esa resolución sienta las bases para el fortalecimiento del DIH en dos ámbitos en los que se han hallado deficiencias: la protección de las personas privadas de libertad y los mecanismos para garantizar la observancia del DIH<sup>49</sup>. Si bien se basa, ante todo, en la cooperación y el apoyo de

48 Cf. Ed Pilkington, “The Monitor Group: Gaddafi’s PR firm used academics”, en *The Guardian*, 4 de marzo de 2011, disponible en: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/mar/04/the-monitor-group-gadafi-pr> (consultado el 27 de abril de 2011): “Ethical problems arise when the distinction between lobbying and academia becomes blurred”.

49 “Resolución 1: Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados”, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, Suiza, 28 de noviembre-1 de diciembre de 2011, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm>.

los Estados que, según el CICR, son los únicos que “pueden lograr que el derecho internacional evolucione”<sup>50</sup>, el proyecto ofrece una oportunidad importante para recoger las opiniones de los grupos armados sobre, por ejemplo, la posibilidad de concertar acuerdos específicos y adaptados o de formular declaraciones que los vinculen expresamente al DIH, que luego podrían reflejarse en las negociaciones para elaborar nuevas normas.

Otro ejemplo es la iniciativa “Hacia una mejor protección de los civiles en los conflictos armados”, conducida por la Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Ofrece una mirada interesante de la capacidad y la disposición de los grupos armados a aceptar las normas destinadas a proteger a los civiles y asumir responsabilidades en cuanto a la observancia de éstas. Para establecer un nexo con la noción de participación indirecta de grupos armados en la negociación de tratados híbridos, es interesante observar las prácticas idóneas propuestas, en las que se aborda la relación con los actores armados no estatales:

No es realista que los actores armados no estatales participen formalmente en la redacción de tratados multilaterales ni que esos actores se adhieran formalmente a los tratados, pero es posible reflejar sus opiniones en las negociaciones de nuevas normas. A veces, los actores armados no estatales pueden argüir que no están vinculados por las normas internacionales porque no han tenido ningún papel en su negociación y adopción. Si bien se debe rebatir ese argumento, vale la pena propiciar la participación de los actores armados no estatales en los debates internacionales sobre nuevas normas. Por ejemplo, sus opiniones podrían conocerse mediante el análisis de acuerdos o de declaraciones unilaterales. Tal vez sea más fácil asociar a ex miembros de grupos armados no estatales en procesos de esa índole. Por otro lado, es posible realizar mayores esfuerzos para garantizar que los tratados internacionales aborden directamente el comportamiento de los actores armados no estatales<sup>51</sup>.

El resultado de ese proyecto fue la elaboración de herramientas para los actores armados no estatales y para la comunidad internacional<sup>52</sup>, y para los actores humanitarios y los mediadores que trabajan para fortalecer la observancia de las normas por parte de los actores armados no estatales, respectivamente<sup>53</sup>. Grupos armados de diferentes regiones asistieron a las reuniones que dieron como

50 J. Kellenberger, nota 46 *supra*.

51 Academia de Ginebra, nota 25 *supra*, p. 8 (Traducción del CICR).

52 Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos, “Armed non-state actors and international norms: towards a better protection of civilians in armed conflicts. Summary of good practice discussed and elaborated during an expert workshop in October 2010”, febrero de 2011, disponible en: [http://www.adh-geneva.ch/docs/projets/NonStateActors/Armed%20Non-State%20Actors%20and%20International%20Norms\\_Workshop%20Summary\\_ENG.pdf](http://www.adh-geneva.ch/docs/projets/NonStateActors/Armed%20Non-State%20Actors%20and%20International%20Norms_Workshop%20Summary_ENG.pdf) (consultado el 1 de mayo de 2011).

53 Academia de Ginebra, nota 25 *supra*.

resultado esos informes; las zonas representadas incluyen Colombia, Congo, Darfur, Kosovo, Kurdistán, Irlanda del Norte, Malasia, Nepal, Nigeria, Palestina, Sierra Leona y Sri Lanka. Uno de los participantes, la Organización para la Liberación de Patani Unido (PULO, por las siglas en inglés), parte en un conflicto armado contra el Estado malayo, hizo una declaración pública sobre su presencia en ese “foro internacional”:

Ese honor colocó a la organización PULO en línea con los movimientos de liberación, reconoció su existencia entre las organizaciones internacionales, al mismo tiempo que llevó la lucha por la liberación patani a un nivel bastante considerable y nunca antes alcanzado en la historia de la lucha patani. Ello demuestra que la sociedad internacional ha prestado atención a la lucha por la liberación patani y que ha sido incluida en la lista de las zonas a las que se debe prestar particular atención y que deben ser objeto de una observación más estricta por parte de la comunidad internacional<sup>54</sup>.

Este ejemplo de la participación de un grupo armado, hecha pública, en un foro internacional sobre el respeto del derecho humanitario ilustra cabalmente la intrincada operación de entablar el diálogo con los grupos armados destinado a hallar un lugar legítimo en el “primer estrato” del derecho internacional público: el contenido de la declaración formulada por la organización PULO puede ser acertado o no; a los Estados miembros de la comunidad internacional corresponderá decidir si ello crea un antecedente político en la escena internacional o no. Sin embargo, lo que queda demostrado es que este grupo armado en particular reconoció públicamente su participación en la conferencia y, en cierta medida, el valor, la seriedad y la validez de esa iniciativa. Desde un punto de vista humanitario, ello constituye una ganancia neta.

Un último ejemplo que demuestra cómo se logró la participación de una amplia gama de interlocutores, incluidos grupos armados, documentar sus opiniones e informar de lo que es viable y factible por lo que respecta a la interacción con los grupos armados, es el proyecto “Viewpoints” del Centro para el Diálogo Humanitario. Los dos volúmenes publicados en el marco de este proyecto compilan informes de primera mano y observaciones de personas con diversas conexiones y experiencias, como investigadores, asesores políticos, ex miembros de grupos armados, académicos, directores de ONG, mediadores y asesores de procesos de paz, y ex diplomáticos<sup>55</sup>. El lector observará que el ámbito de esa iniciativa es más que nada el *jus in bello*: aborda los procesos de paz de forma general, analiza las cuestiones del control armamentístico, la reducción de la violencia, el desarme, la

54 “PULO towards the international forum”, 11 de marzo de 2010, disponible en://puloinfo.net/Statements.asp? ID=12 (consultado el 2 de mayo de 2011) (Traducción del CICR).

55 Cate Buchanan (ed.), *Viewpoints: Negotiating Disarmament*, Vol. 1, Centro para el Diálogo Humanitario, marzo de 2008, disponible en: <http://www.hdcentre.org/publications/reflections-guns-fighters-and-armedviolence-peace-processes> (consultado el 26 de abril de 2011) y vol. 2, noviembre de 2008, disponible en: <http://www.hdcentre.org/publications/viewpoints-volume-2-negotiating-disarmament> (consultado el 26 de abril de 2011).



desmovilización y la reintegración. No analiza específicamente cuestiones de DIH. Cuando se está librando un conflicto, la distinción entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello* y el reconocimiento de la autonomía de ambos conceptos es fundamental para contener la violencia y proteger mejor a las víctimas de los conflictos armados no internacionales<sup>56</sup>. Sin embargo, cuando se inicia un ejercicio académico destinado a recabar información por fuera de un marco operacional, puede resultar útil abordar ambos ordenamientos jurídicos al mismo tiempo y permitir que los actores clave expresen sus opiniones sin las restricciones jurídicas necesarias en un contexto operacional. No debemos olvidar que, para algunos grupos armados, el proceso de paz es el fin para el cual el respeto o la violación de las normas del derecho humanitario es el medio.

*Ejemplos de iniciativas formales relativas a normas existentes: acuerdos especiales, declaraciones unilaterales y estructuras paralelas a los mecanismos del "derecho convencional"*

En el párrafo 3 del artículo 3 común, se insta<sup>57</sup> a las partes en conflictos armados no internacionales a que declaren su intención y su consentimiento mutuo de aplicar la totalidad o parte de las otras disposiciones de los Convenios de Ginebra mediante la conclusión de acuerdos especiales. Ese mecanismo, promovido por el CICR, se ha utilizado en muchas ocasiones<sup>58</sup>, pero no puede decirse que se trata de una herramienta común. Si bien el artículo 3 común deja en claro que la conclusión de un acuerdo especial de ningún modo afecta el estatuto jurídico de las partes en conflicto, es cierto que, políticamente, establecer un documento vinculante por acuerdo mutuo sin ninguna necesidad jurídica de hacerlo podría otorgar cierto grado de legitimidad al beligerante. Incluso el CICR ha reconocido que:

en la práctica, los acuerdos especiales podrían dar mejores resultados cuando el conflicto sea aparentemente irresoluble y/o tenga lugar en términos más o menos iguales entre el Estado y el o los grupos armados, es decir cuando un grupo armado ejerza un control territorial significativo, tenga una cadena de mando efectiva, etc.<sup>59</sup>

56 V., en general, F. Bugnion, nota 26 *supra*.

57 En realidad, en el comentario del CICR se sostiene que "la disposición no se refiere sólo a una posibilidad conveniente, sino que también formula un pedido urgente, señala una obligación." V. Jean Pictet, nota 28 *supra*.

58 Por ejemplo, la guerra civil en Yemen (1962), la guerra civil en Nigeria (1967) y el conflicto en ex Yugoslavia (1992). Algunos acuerdos especiales específicos para el establecimiento de zonas protegidas que logró el CICR son los de Dacca/Dhakka (1971), Nicosia (1974), Jaffna (1990), Dubrovnik y Osjek (1991), analizados por Michel Veutey en "Implementing international humanitarian law: old and new ways", en Bertrand G. Ramcharan (ed.), *Human Rights Protection in the Field*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, p. 87, disponible en: <http://evenium.com/uploads/contents/100000796002/File/71498//mvimplementingihlramcharan.pdf>, p. 11 (consultado el 26 de abril de 2011). V. también M. Mack, nota 3 *supra*, pp. 16-18.

59 M. Mack, nota 3 *supra*, p. 17.

El segundo tipo de iniciativa formal que pueden adoptar los grupos armados es una declaración unilateral (también llamada declaración de intención). Se trata de la “segunda mejor opción” que tienen los grupos armados para ratificar o para hacerse parte formalmente en los tratados de DIH. Sin embargo, las declaraciones unilaterales permiten que esos grupos expresen su compromiso a obligarse por las normas. De modo que se las ha utilizado en varias ocasiones y contextos: el Frente de Liberación Nacional en Argelia (1956), el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional en El Salvador (1988), el Frente Democrático Nacional de Filipinas (1991) y el Ejército de Liberación Nacional en Colombia (1995), por nombrar sólo algunos ejemplos<sup>60</sup>. Políticamente, es un procedimiento viable el hecho de poder formular una declaración de intención ante la población; sin embargo, es muy difícil darle aplicación jurídica<sup>61</sup>, por lo que existe un riesgo de instrumentalización.

Una tercera iniciativa, que no debe confundirse con las declaraciones unilaterales, está disponible sólo para los movimientos de liberación nacional. Una declaración formulada ante el depositario, conforme al artículo 96(3) del primer Protocolo adicional<sup>62</sup> por un movimiento de liberación nacional creará derechos y obligaciones recíprocos entre las partes, lo que no ocurre en el caso de las declaraciones de intención.

Los acuerdos especiales y las declaraciones unilaterales por parte de grupos armados pueden tener un alcance limitado, pero los grupos armados no son monolíticos<sup>63</sup>. La interacción entre las partes en conflictos armados y el CICR que conduce a la conclusión de acuerdos formales puede sentar las bases para la acción humanitaria y el acceso a las víctimas, además de ofrecer la oportunidad de difundir el DIH entre todas las entidades que estén librando la guerra.

Además, el establecimiento de estructuras paralelas que reflejen los mecanismos del “derecho convencional” es una medida interesante para fomentar la participación de los grupos armados en el desarrollo del derecho humanitario

60 Ibid., p. 20.

61 Sin embargo, cabe señalar que el carácter vinculante de una obligación asumida mediante una declaración unilateral se basa en la buena fe. V. *ICJ Nuclear Tests (Australia v. France)*, Fallo, Informes CIJ 1974, p. 268, párr. 46: “Los Estados interesados pueden tomar conocimiento de las declaraciones unilaterales y confiar en ellas y están autorizados a requerir que se respete la obligación creada”.

62 Desde 1963, se han emitido las siguientes declaraciones unilaterales: Declaración del 23 de mayo de 1968 en Kampala por las autoridades rebeldes de Biafra; Declaración del 16 de junio de 1977 por Joshua Nkomo del Congreso Nacional Africano y la Unión Popular Africana de Zimbabue; Declaración del 8 de septiembre de 1977 por Ndabaningi Sithole del Congreso Nacional Africano (Zimbabue); Declaración del 23 de septiembre de 1977 por el Obispo Muzorewa del Consejo Nacional Africano Unido; Declaración del 25 de julio de 1980 por la Uniao Nacional para a Independencia Total de Angola; Declaración del 28 de noviembre de 1980 por el Congreso Nacional Africano (Sudáfrica); Declaración de la Organización Popular del Sudoeste de África; Declaración del 5 de abril de 1988 por la Uniao Nacional para a Independencia Total de Angola; Declaración de junio de 1988 por John Garang (Sudán); Declaración del 6 de octubre de 1988 en Ginebra por la Organización Popular del Sudoeste de África; Declaración del Frente Patriótico Ruandés del 22 de octubre de 1992. V. Churchill Ewumbue-Monono, “Respect for international humanitarian law by armed non-state actors in Africa”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, N.º 864, 2006, p. 907.

63 Esta expresión fue empleada recientemente por el secretario general de las Naciones Unidas; v. Doc. ONU S/2009/277, nota 8 *supra*, 2006, p. 907.

y su contribución a las normas existentes. Por ejemplo, algunos grupos armados manifestarán su intención de adherirse al derecho internacional humanitario convencional existente directamente a Suiza, en su calidad de depositario oficial de los instrumentos. Un ejemplo (aunque no el mejor, dado que por ese entonces Palestina se autoconsideraba un Estado) es el de las autoridades palestinas que se adhirieron a los cuatro Convenios de Ginebra y los dos Protocolos adicionales (aunque sin una firme aceptación de esa adhesión por parte del Consejo Federal Suizo)<sup>64</sup>. Otro ejemplo es el del Gobierno Provisional de la República Argelina, que se adhirió a los Convenios de Ginebra dos años antes de que Argelia se independizara como Estado<sup>65</sup>. Según el saber de esta autora, el Consejo Federal Suizo no publica su correspondencia, de modo que es imposible decir si recibió otros documentos de adhesión y, en tal caso, cuál es el contenido de los documentos. De todos modos, es posible observar que algunos grupos armados que han sido partes en conflictos armados no internacionales han tomado medidas para vincularse por el derecho aplicable a los conflictos armados. Por supuesto, los grupos armados siempre tendrán un programa político y estratégico: con mucha frecuencia, es esa la razón principal por la que libran las guerras. Sin embargo, no es necesariamente pertinente deconstruir la negociación de instrumentos internacionales y la conclusión de documentos jurídicamente vinculantes mediante el estudio de consideraciones egocéntricas y tácticas, cuando el resultado final es positivo por lo que se refiere al compromiso de respetar el espíritu del DIH. ¿Qué diferencia representa para la población civil afectada por un conflicto armado el hecho de que, al establecer límites técnicos al empleo de ciertos proyectiles en la Declaración de San Petersburgo de 1868, el zar Alejandro II no haya realmente deseado “atenuar en cuanto sea posible las calamidades de la guerra”<sup>66</sup>, sino que más probablemente supiera que no disponía de fondos suficientes para adquirir los proyectiles explosivos que la Declaración prohíbe? ¿Qué efectos negativos tiene en la población civil el hecho de que muchos grupos armados que eran partes en guerras civiles firmaran el acta de compromiso que prohíbe las minas antipersonal no sólo por razones humanitarias sino, principalmente, porque todos los demás grupos hicieron lo propio antes que ellos?

64 “El 21 de junio de 1989, el Departamento Federal Suizo de Relaciones Exteriores recibió una carta del Observador Permanente de Palestina ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra en la que se informaba al Consejo Federal Suizo de que “el Comité Ejecutivo de la Organización por la Liberación Palestina, al que el Estado de Palestina confió las funciones de Gobierno del Estado por decisión del Consejo Nacional Palestino, decidió, el 4 de mayo de 1989, adherirse a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y a los dos Protocolos adicionales a éstos”. El 13 de septiembre de 1989, el Consejo Federal Suizo informó a los Estados que no estaba en condiciones de decidir si la misiva constituía un instrumento de adhesión, “debido a la incertidumbre imperante en la comunidad internacional en torno a la existencia o la inexistencia del Estado de Palestina”, CICR, “International humanitarian law: treaties & documents: Palestine”, disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/Pays?ReadForm&c=PS> (consultado el 27 de abril de 2011).

65 V. M. Veuthey, “Learning from history: accession to the conventions, special agreements, and unilateral declarations”, en *Proceedings of the Bruges Colloquium*, nota 42 *supra*, p. 143.

66 Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra, San Petersburgo, 29 de noviembre-11 de diciembre de 1868, Preámbulo.

Por último, otra forma de hacer oír la voz de los grupos armados acerca del derecho internacional humanitario convencional vinculante para ellos consiste en establecer un mecanismo análogo al procedimiento de reservas accesible para los Estados. Como se dispone en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, cuando un Estado ratifica (o firma, acepta, aprueba o se adhiere a) un instrumento internacional, puede formular una reserva respecto de algunas de las disposiciones del tratado a fin de proteger su voluntad soberana<sup>67</sup>. Esas reservas modifican las disposiciones respecto de las cuales se formularon en la misma medida para las demás Partes en relación con el Estado que hace la reserva. Por lo tanto, las reservas componen un mecanismo fundamentalmente recíproco y permite que las Partes enuncien claramente su intención de aplicar y respetar (o no) las disposiciones de un tratado. Una reserva no repercute directamente en el tratado como “institución”; más bien establece límites a las relaciones que las Partes construyen juntas en torno al tratado<sup>68</sup>.

Conforme al derecho convencional, las reservas que sean compatibles con el objeto y el propósito de los instrumentos no están prohibidas *per se* por los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales. En efecto, veintidós Estados Partes en los Convenios de Ginebra<sup>69</sup> y treinta y cinco Estados Partes en los Protocolos adicionales<sup>70</sup> hicieron reservas al firmar o ratificar esos instrumentos. Con tantas reservas, las relaciones entre los Estados Partes seguramente varíen en función del contenido de la reserva formulada por cada Estado<sup>71</sup>. Además, el concepto pierde validez en relación con los conflictos armados no internacionales, ya que las reservas son mecanismos accesibles sólo para los Estados. En realidad, al no tener la posibilidad de formular reservas, los grupos armados pierden la posibilidad de influir en la aplicación de las normas que se les solicita observar y respetar. En este contexto, cuanto menos inclusivo es el contexto, menos motivación se genera para fomentar el respeto de las normas emergentes. Por supuesto, como hemos dicho antes, en términos jurídicos, la falta de motivación nunca justificará las violaciones de las normas humanitarias por parte de los grupos armados, dado que las normas vinculan a todas las partes en conflicto, así estén de acuerdo o no. De todos modos, es posible que falten incentivos psicológicos y morales.

67 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331, art. 21.

68 *Ibid.*, art. 21(2).

69 Albania, Angola, Australia, Bangladesh, Barbados, China, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Guinea-Bissau, Israel, Kuwait, Nueva Zelandia, Pakistán, Portugal, Surinam, Reino Unido, República Checa, República de Corea, República Democrática de Corea, República Islámica de Irán, Vietnam y Yemen hicieron reservas al firmar o ratificar los Convenios de Ginebra. V. Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, vol. I, Departamento Político Federal, Berna, p. 342, disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P> (consultado el 26 de abril de 2011).

70 De los 167 Estados que ratificaron el Protocolo adicional I, Albania, Alemania, Angola, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, China, Dinamarca, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, España, ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Kuwait, Liechtenstein, Malta, Mauricio, Mongolia, Oman, Países Bajos, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Árabe Siria, República de Corea, Santa Sede y Suecia hicieron reservas al firmar o ratificar esos instrumentos. V. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> (consultado el 26 de abril de 2011).

71 Acerca del concepto y el impacto de la reciprocidad inmediata en el DIH, v. René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 147.

Se podría argüir con razón que el efecto del mecanismo de reserva en el derecho internacional humanitario consuetudinario es considerablemente limitado. La Corte Internacional de Justicia nos ha enseñado que las reservas deben ser compatibles con el objeto y el propósito de la Convención; si no, otras Partes en la Convención podrían cuestionarlas y tendrían el derecho de considerar que el Estado que formula las reservas no es Parte en la Convención<sup>72</sup>. Esto permite que el Estado que cuestione la reserva se sienta libre de las obligaciones convencionales bilaterales en su relación con el Estado que ha formulado la reserva. En el derecho internacional humanitario consuetudinario, varias secciones clave se consideran obligaciones *erga omnes*<sup>73</sup>. Por ello, aunque un Estado Parte formule reservas respecto de las normas que no se aplicarán bilateralmente, otros Estados Partes no pueden ampararse en esas reservas para modificar sus propias obligaciones. En realidad, esas obligaciones formulan normas básicas que se deben a todos los Estados y a la comunidad internacional en su conjunto. El hecho de que un Estado Parte formulara reservas sobre esas obligaciones humanitarias clave tendría un impacto considerable. De ese modo se nivela la relación entre los Estados y los grupos armados no estatales, ya que ninguno podrá modificar sustancialmente el contenido de esas obligaciones humanitarias<sup>74</sup>. Sin embargo, se podría lograr un mayor compromiso respecto de las normas humanitarias si existiera un mecanismo paralelo al del proceso de reservas disponible para los grupos armados.

### *Breves observaciones sobre la cristalización de las normas consuetudinarias*

Una vez más, la aplicación de la doctrina del Estado sobre la costumbre como fuente del derecho internacional público amenaza la aplicación realista del derecho humanitario a los grupos armados no estatales. Según esa doctrina tradicional, el DIH consuetudinario sólo puede derivar de la práctica de los Estados y de la *opinio juris*. El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario se realizó siguiendo esa línea, por lo que se calificó el significado

72 Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinión Consultiva, 28 de mayo de 1951, Informes de la Corte Internacional de Justicia, 1951, p. 8.

73 Ejemplos de esas normas son el artículo 3 común; el Título II del IV Convenio de Ginebra (que dispone la protección general de la población contra determinadas consecuencias de la guerra); las secciones del Protocolo adicional I relativas al trato de los refugiados y los apátridas en poder de una parte en conflicto (art. 73) y las garantías fundamentales de todas las personas en poder de una parte en conflicto (art. 75); y el Protocolo adicional II en su conjunto, *ibíd.*, p. 150.

74 Se debe añadir que la *clausa si omnes* (la cláusula de participación), que originalmente se encuentra en la Convención de La Haya de 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 29 de julio de 1899 (reimpresión en Dietrich Schindler y Jiri Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, cuarta edición, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2004, p. 69) y que permitió a los Estados Partes ignorar las Convenciones si una o más partes en el conflicto no las hubiesen ratificado, ya no se halla en el DIH convencional. Tal como explica Theodore Meron, esa cláusula amenazó la integridad de los juicios de Nuremberg, pero el tribunal rebatió ese argumento al sostener que las normas establecidas en la Convención IV de La Haya de 1907 se consideraban consuetudinarias en 1939, por lo que la cláusula de la participación general cayó en desuso. V. Theodore Meron, "The humanization of humanitarian law", en *American Journal of International Law*, vol. 94, N.º 2, abril de 2000, pp. 247-248.

jurídico de la práctica de los grupos armados en la cristalización de las normas consuetudinarias como “poco claro”<sup>75</sup>. Como mínimo, puede argüirse que la práctica de los grupos armados es por lo menos declaratoria de las normas consuetudinarias existentes.

Si bien reconocemos la necesidad de expandir el enfoque tradicional del derecho consuetudinario para considerar las prácticas de los grupos armados como contribución de las normas consuetudinarias, la complejidad de ese esfuerzo no ha de subestimarse: el intrincado sistema actual que respalda la creación y la confirmación de normas consuetudinarias en el derecho internacional público no ha sido necesariamente elaborado para tomar en consideración las opiniones y las prácticas de otros actores además de los Estados. Para abrir la puerta a miradas de otros interesados, sería necesario introducir ajustes importantes en numerosos ámbitos. Por ejemplo, todas las prácticas de “interacciones mutuas de diversos actores internacionales (Estados, entidades subestatales, “personas” y organizaciones internacionales)”<sup>76</sup>) bien podrían ser necesarias para determinar la existencia de una norma consuetudinaria, sin dejar de mantener la coherencia del sistema. Como menciona Arend, esto conduciría a la presencia de múltiples niveles de normas consuetudinarias en el derecho internacional, así como a límites diferentes y adaptados de las normas consuetudinarias en función de quién esté implicado<sup>77</sup>. Por ejemplo, si la práctica de un grupo armado contribuye a la creación o a la cristalización de una norma consuetudinaria de derecho humanitario, se la podría aplicar a las relaciones entre el grupo armado y cualquier organización internacional.

Sin embargo, lo que percibimos como mayor impedimento aquí no se vincula necesariamente con los grupos armados mismos o con las dificultades para recabar sus prácticas de forma fiable y precisa (si bien éste es uno de los problemas que deberían abordarse), sino más bien con la dificultad de recabar prácticas de la “vida real”, así sea de actores estatales o no estatales. En realidad, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia afirmó en el caso *Tadić* que:

Al intentar determinar la práctica de un Estado con miras a establecer la existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general, es difícil, si no imposible, precisar la conducta real de las tropas en el terreno a los fines de establecer si han observado o no determinadas pautas de comportamiento. Ese examen se vuelve extremadamente difícil debido a que no sólo se suele rechazar el acceso de observadores independientes

75 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, CICR, Buenos Aires, 2007, p. XLI. V. también Jean-Marie Henckaerts, “International Humanitarian Law” en *Refugee Survey Quarterly*, vol. 21, N.º 3, 2002, p. 192. “La práctica de los grupos de oposición armados no constituye práctica estatal, dado que esos grupos carecen de personalidad jurídica internacional. De todos modos, dicha práctica puede contener evidencia de la aceptación de determinadas normas en los conflictos armados no internacionales. Esa práctica incluye códigos de conducta, denuncias de violaciones cometidas por las fuerzas armadas gubernamentales, compromisos de observar determinadas normas del derecho internacional humanitario, así sean unilaterales o ante el CICR”.

76 Anthony C. Arend, *Legal Rules and International Society*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 177.

77 *Ibid.*

(incluido, con frecuencia, el CICR) al teatro de las operaciones militares, sino a que también la información sobre la conducción real de las hostilidades es retenida por las partes en conflicto y, lo que es peor, con frecuencia se brinda información errónea con miras a confundir al enemigo, a la opinión pública y a los Gobiernos extranjeros. Al evaluar la formación de normas consuetudinarias o de principios generales, se ha de recordar que, dada la naturaleza inherente de este tema, primero se debe recurrir a elementos como pronunciamientos oficiales de los Estados, manuales militares y decisiones judiciales<sup>78</sup>.

La tendencia a evitar la espinosa cuestión de la práctica centrándose más en la *opinio juris* respalda la propuesta de que el problema reside en el propio sistema jurídico internacional consuetudinario, y no en los grupos armados específicamente. En realidad, en la decisión sobre el caso *Tadić* antes mencionada, el Tribunal afirmó que el comportamiento de los insurgentes entre otros actores ha sido “instrumental para posibilitar la formación de normas consuetudinarias”<sup>79</sup>.

Sin ahondar más en el análisis de esta cuestión específica, alcanza con decir que seguimos los pasos de Arend<sup>80</sup>, Sassòli<sup>81</sup> y McCorquodale<sup>82</sup> y, en cierta medida, Roberts y Sivakumaran (principalmente su concepto de costumbre híbrida)<sup>83</sup>, y coincidimos en que la práctica de los grupos armados debería contribuir a la formación de nuevas normas consuetudinarias<sup>84</sup>.

## Soluciones que ofrece la normativa no vinculante y adaptada

Antes de concluir este artículo, debemos detenernos en las posibles soluciones para abordar la situación de los grupos armados. Cabe observar que esta cuestión tal vez exija un análisis más exhaustivo que el que podremos realizar aquí.

Para aprovechar las normas existentes, debemos recurrir a los mecanismos que formalizan los compromisos de los grupos armados no estatales y buscar inspiración en ramas análogas del derecho internacional respecto de las cuales los actores no estatales son activos: el derecho cibernético, el derecho internacional del deporte,

78 Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Tadić*, Caso N.º IT-94-1-AR72, Decision on the Defense for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, párr. 99. V. también Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 22.

79 *Prosecutor v. Tadić*, nota 78 *supra*, párr. 108.

80 A. C. Arend, nota 76 *supra*, pp. 177–178.

81 M. Sassòli, nota 1 *supra*, pp. 21–22: “En mi opinión, el derecho consuetudinario se basa en la conducta de los sujetos de una norma, en la forma de actos y omisiones, o en la forma de declaraciones, acusaciones mutuas y justificaciones de su propio comportamiento. Lógicamente, los actores no estatales serían sujetos del derecho consuetudinario que contribuyen a crear”.

82 R. McCorquodale, “An inclusive international legal system”, nota 37 *supra*, pp. 498–499.

83 A. Roberts y S. Sivakumaran, nota 34 *supra*, sección IV.B.

84 V. en general sobre este tema, Hui Han Lie, “The influence of armed opposition groups on the formation of customary rules of international humanitarian law”, tesis de maestría, Universidad de Amsterdam, noviembre de 2003, disponible en: <http://www.southsouthnetwork.com/scriptie.doc> (consultado el 1 de mayo de 2011).

la *lex mercatoria* son ordenamientos jurídicos que cuestionan la doctrina del Estado y que fueron creados para llenar las lagunas prácticas a raíz de las cuales el derecho existente se volvía poco práctico y realista para determinados actores no estatales clave<sup>85</sup>. Es interesante el paralelismo con el derecho cibernético o la *lex electronica*. El ciberespacio tiene su programa, por un lado, y su interconectividad, por el otro; la guerra tiene su reglamentación sobre los métodos y los medios bélicos, por un lado, y la protección de quienes no participan en las hostilidades, por el otro, lo que los convierte en una construcción social y técnica para la que el derecho suele llegar como una ocurrencia tardía. Los imperativos técnicos y las normas sociales tienen tanta influencia como las obligaciones jurídicas (si no más), tanto para los creadores de contenido en el ciberespacio como para las partes en un conflicto armado<sup>86</sup>. Dicho esto, un obstáculo de peso reside en la mera naturaleza de los grupos armados y en la falta de una visión común para todos. Como ha observado Sassòli, “la mayor dificultad es que los grupos armados... no son actores idénticos y son ilegales en virtud de la legislación interna... y que no luchan unos contra otros a nivel mundial”<sup>87</sup>.

Otro ejemplo de aplicaciones potencialmente análogas lo brindan las soluciones de la normativa no vinculante. Por supuesto, la elaboración de normas no vinculantes es una solución complementaria a lograr la observancia de las normas obligatorias existentes, pero permite el establecimiento de una suerte de diálogo entre los grupos armados y los Estados, apartando (en cierta medida) las preocupaciones antes mencionadas<sup>88</sup> acerca de la participación de los grupos armados en la elaboración del derecho internacional sin cuestionar el orden jurídico actual centrado en el Estado. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos remitidos por el representante especial del secretario general sobre el tema de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales<sup>89</sup> ofrecen un buen ejemplo de un documento análogo de normativa no vinculante. También se puede buscar inspiración en las Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para empresas multinacionales<sup>90</sup>. Esas directrices son “reco-

85 Acerca de una nueva y posible *lex armatorum*, v. M. Sassòli, nota 1 *supra*, p. 23.

86 V. Pierre Trudel, “La *lex electronica*”, p. 8, disponible en: <http://www.chairelwilson.ca/cours/drt3808/LexelectronicaTrudel.pdf> (consultado el 5 de enero de 2012): “El ciberespacio es, a la vez, una construcción técnica y una construcción social. El sujeto de derecho actúa e interactúa en ese espacio respetando normas, organizando su conducta de manera de atenerse a los imperativos técnicos y a las exigencias sociales. Pero, en el ciberespacio, la capacidad de eludir las normas o simplemente de apartarse de su aplicación siempre es posible y parece más fácil que para las actividades que tienen lugar en el territorio de un Estado”. (Traducción del CICR).

87 Marco Sassòli, nota 1 *supra*, p. 23.

88 En particular, la excesiva politización del proceso de elaboración de los tratados, las dificultades prácticas y las potenciales consecuencias criminales de entablar contactos con los grupos armados considerados ilegales, el posible fortalecimiento del estatus de los grupos armados, la legitimación inadecuada de los grupos armados y el debilitamiento de las protecciones del derecho humanitario.

89 Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Asamblea General de la ONU, Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU A/HCR/17/3, 21 de marzo de 2011, disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf) (consultado el 5 de enero de 2012).

90 OCDE, Líneas directrices para empresas multinacionales, Revisión de 2011, disponible (en inglés) en [http://www.oecd.org/document/18/0,3746,en\\_2649\\_34889\\_2397532\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/18/0,3746,en_2649_34889_2397532_1_1_1_1,00.html) (consultado el 5 de enero de 2012).



mentaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en o desde países adheridos<sup>91</sup>. La principal diferencia, que es fundamental, entre las empresas multinacionales y los grupos armados es que estos últimos son ilegales en el marco de su jurisdicción interna, de modo que el modelo de la OCDE no podría reproducirse sin aplicarle cambios mayores. No es realista que los Estados analicen la contribución positiva de los grupos armados, pero podría ser factible que reforzaran las normas humanitarias utilizando un lenguaje actualizado y más acorde a la realidad de los conflictos armados actuales, o que ofrezcan un plan de acción a los grupos armados sobre cómo saber y demostrar que observan las normas del derecho internacional humanitario. En definitiva, si un conjunto de declaraciones no vinculantes, debido a su fuerte carácter persuasivo (y tal vez a su limitada aplicabilidad), influye en las acciones de los Estados y de los actores no estatales, la situación es beneficiosa para todos, en la medida en que sea acorde al espíritu del derecho humanitario.

## Conclusión

Los conflictos armados no internacionales contemporáneos se libran en forma cada vez más asimétrica entre dos grupos con capacidades significativamente diferentes. Las asimetrías, en cuanto al poder militar o a los recursos generales, en general redundan en favor del Estado. Los ataques terroristas, es decir actos utilizados para atemorizar a la población e influir en la conducta de un gobierno u organización, ofrecen un ejemplo de cómo los grupos armados intentan superar este desequilibrio utilizando métodos no convencionales para lograr un impacto máximo frente a un arsenal estatal cada más poderoso. En esa situación (que no debería percibirse como un fenómeno nuevo del siglo XXI<sup>92</sup>), se observan ejemplos en los que las fuerzas militares estatales han reaccionado alejándose más de las prácticas utilizadas en las guerras simétricas<sup>93</sup>, si bien podría sostenerse que las teorías sobre la contrainsurgencia propugnan el objetivo de ganar “los corazones y las mentes” y la necesidad de respetar el derecho. En este último caso, el fin justificaría los medios, ya que todas las partes en un conflicto armado, incluidos los Estados,

91 *Ibid.*, Prefacio.

92 V. Toni Pfanner, “La guerra asimétrica desde la perspectiva de la acción y el derecho humanitarios”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 857, 2005, pp.149-174.

93 V. *ibid.*, p. 163, nota 37, donde se menciona la existencia de una nueva organización estadounidense llamada “Strategic Support Branch”. El objetivo de esta organización es operar sin ser detectada y bajo el control directo del Secretario de Defensa, y desplegar pequeños equipos de agentes asignados a cada caso, lingüistas, responsables de realizar interrogatorios y especialistas técnicos junto con fuerzas de operaciones con poderes especiales. V. Barton Gellmann, “The secret unit expands Rumsfeld’s domain” en *Washington Post*, 23 de enero de 2005, disponible en <http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A29414-2005Jan22?language=printer> (consultado el 1 de mayo de 2011); cf. “Statement From Pentagon spokesman Lawrence DiRita on intelligence activities of the Defense Department”, Comunicado de prensa del Departamento de Defensa de Estados Unidos N.º 062-0523, 23 de enero de 2005, disponible en <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/dod/nr20050123-2000.htm> (consultado el 5 de enero de 2012), si bien Pfanner, en 2005, se refirió a la misma declaración, pero alojada en otra dirección electrónica que ya no es válida, y afirmó que “la creación de una nueva unidad fue confirmada en una declaración del portavoz del Pentágono, Lawrence DiRita (sobre las actividades de inteligencia del Departamento de Defensa), 23 de enero de 2005.

deben predicar con el ejemplo en lo que respecta a las normas humanitarias. Este es un elemento importante para que los grupos armados se adhieran a las ideas humanitarias, incluso más allá del ámbito de las normas jurídicas convencionales y el derecho convencional. A fin de construir una cultura de la observancia de las normas del derecho internacional humanitario, todas las partes en conflicto deben escuchar el “imperioso llamado de civilización” y ponerlo en práctica. Los actores estatales también deben contribuir activamente a esta cultura, dada su posición privilegiada en el orden jurídico internacional.

Uno de los principales propósitos de este artículo fue demostrar que era posible y oportuno salir del modelo westfaliano para incluir a los grupos armados en la elaboración del derecho que rige los conflictos armados, sin llegar tan lejos como para darles las mismas prerrogativas que a los Estados. Incluso hoy los Estados son los principales actores y sujetos del derecho internacional público, además de darle origen. Sin embargo, esas prerrogativas conllevan también obligaciones. A fin de poner término a la violencia contra las víctimas de los conflictos armados, los Estados deben hacer sólo lo que está en sus manos hacer: sus políticas y legislaciones nunca deberían terminar atentando contra la población civil, aun cuando se tomaran medidas de aislamiento económico de determinados grupos armados; deberían adoptar estrategias para la protección de los civiles a fin de fortalecer el marco normativo, la respuesta operacional y la capacidad nacional; deberían apoyar una recolección de datos más sistemática y el análisis del costo humano de utilizar armas explosivas; y, por último, deberían considerar las potenciales consecuencias humanitarias de sus iniciativas jurídicas y políticas a fin de evitar la adopción de medidas<sup>94</sup> que a menudo tienen el efecto de inhibir a los actores humanitarios en sus esfuerzos por lograr el respaldo de sus fines humanitarios por parte de los grupos armados<sup>95</sup>. Si tomaran todas estas medidas, tal vez la urgencia de lograr la participación de los grupos armados en la formulación del derecho aplicable a los conflictos armados sería un poco menos acuciante.

94 Un ejemplo estadounidense de una medida de ese tipo sería la prohibición, a través del *USA Patriot Act* (18 U.S.C. § 2339B), de apoyo material, que incluye “capacitación”, “asesoramiento o asistencia de expertos”, “servicios” y “personal”, a los grupos designados como terroristas. V. *Holder, Attorney General et al. v. Humanitarian Law Project et al.*, 561 U.S., 21 de junio de 2010. V. también Naz Modirzadeh, Dustin Lewis y Claude Bruderlein, “Humanitarian engagement under counter-terrorism: a conflict of norms and the emerging policy landscape”, en este número. Además, sobre el problema de la institucionalización de “listas negras de terroristas” a nivel internacional y nacional, v. Nicolas Florquin y Elisabeth Decrey Warner, “Engaging non-state armed groups or listing terrorists?” Implications for the arms control community”, en *Disarmament Forum*, vol. 1, 2008, p. 17, disponible en: <http://www.unidir.org/pdf/articles/pdf-art2708.pdf> (consultado el 5 de enero de 2012).

95 Estas consideraciones fueron tomadas de algunas de las recomendaciones del secretario general de las Naciones Unidas a los Estados miembros en su Informe de 2010, Doc. ONU S/2010/579, nota 11 *supra*.