

La protección jurídica de las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales

Tilman Rodenhäuser*

Tilman Rodenhäuser es asesor jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Resumen

En los conflictos armados no internacionales recientemente librados en países como Irak, Libia, Nigeria, República Centroafricana, Siria, Sudán del Sur, Ucrania y Yemen, diversos grupos armados no estatales han ejercido control sobre ciertos territorios y sobre las poblaciones que allí vivían. En muchos casos y por diferentes razones, los grupos armados no estatales desarrollan en esos territorios alguna forma de gobernanza, que puede incluir el mantenimiento del orden, la administración de justicia o la prestación de servicios sociales o de salud. La importancia de esas medidas se puso de manifiesto especialmente cuando, en 2020, no solo los gobiernos, sino también los grupos armados tomaron medidas para poner freno a la propagación de la pandemia de COVID-19. En este artículo, se examinan las principales cuestiones jurídicas que surgen en esos contextos. En primer lugar, se analiza la medida en que el derecho internacional humanitario protege la vida y la dignidad de las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales, y se despejan las dudas acerca de si esta rama del derecho internacional desempeña o no un papel en la regulación de lo que a veces se denomina “gobernanza rebelde”. En segundo lugar, se reseñan brevemente ciertos aspectos de la vida de las personas que habitan en territorios controlados por grupos armados,

* Las opiniones expresadas en este artículo son las del autor y no necesariamente reflejan las opiniones del CICR.

regulados por el derecho internacional humanitario, y algunos otros aspectos que corresponden a la esfera del derecho de los derechos humanos. En tercer lugar, se analiza si es posible afirmar que el derecho de los derechos humanos impone obligaciones a los grupos armados no estatales como cuestión de derecho y en qué medida, y se señalan las cuestiones que requieren mayor atención en los debates actuales y futuros.

Palabras clave: grupos armados no estatales, grupos armados, derecho internacional humanitario, derecho de los derechos humanos, nexo, conflicto armado no internacional, gobernanza, COVID-19, ámbito de aplicación.

Introducción

En 2012, dos grupos armados no estatales asumieron el control de la ciudad de Tomboctú en Malí. Muy pronto, los grupos promulgaron edictos que reglamentaban la vida de los habitantes de Tomboctú y de las zonas vecinas. Los edictos prohibían, entre otras cosas, fumar, consumir alcohol, ver televisión, escuchar ciertos tipos de música y las relaciones entre parejas no casadas¹. Para aplicar esas normas y resolver disputas entre los habitantes, los dos grupos establecieron “un gobierno local, que incluía un tribunal islámico, una fuerza policial islámica, una comisión de medios de comunicación y una brigada de moralidad”². En los aproximadamente diez meses durante los cuales controlaron y “gobernaron” la ciudad, los grupos hicieron cumplir –en el caso de algunas infracciones, en forma espontánea, y en otros casos, llevando el caso ante el tribunal islámico– las normas recientemente promulgadas, incluso mediante castigos corporales³. Además, destruyeron varios mausoleos de la ciudad, porque el nuevo “gobierno” consideraba que infringían su interpretación del islam⁴.

La situación en Malí no fue un caso aislado. Al echar un vistazo a los conflictos armados no internacionales recientemente librados en países como Irak, Libia, Nigeria, República Centroafricana, Siria, Sudán del Sur, Ucrania y Yemen, se observa que, a menudo, los grupos armados no estatales ejercen control sobre ciertos territorios⁵. En muchos casos y por diferentes razones, los

1 V. Corte Penal Internacional (CPI), *Prosecutor v. Al Hassan Agabdoul Azizag Mohamed Ag Mahmoud*, caso n.º ICC-01/12-01/18, Decisión sobre la confirmación de los cargos, 13 de noviembre de 2019, párr. 94.

2 CPI, *Prosecutor v. Ahmad al Faqi al Mahdi*, caso n.º ICC-01/12-01/15, Sentencia, 27 de septiembre de 2016, párr. 31.

3 V. CPI, *Al Hassan*, nota 1 *supra*, párrs. 94–128.

4 CPI, *Al Mahdi*, nota 2 *supra*, párr. 36. La CPI ha acusado –o condenado– a varias personas que formaban parte del “gobierno” establecido por los dos grupos armados no estatales por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

5 Para más ejemplos, v. Tilman Rodenhäuser, *Organizing Rebellion: Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law, Human Rights Law, and International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018 pp. 3, 185–187 en relación con el control *de facto* sobre el territorio, 164–169; Daragh Murray, *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*, Studies in International Law, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 2–7.

grupos armados no estatales desarrollan alguna forma de gobernanza en esos territorios⁶. Esto se puso de manifiesto especialmente cuando, en 2020, no solo los gobiernos, sino también los grupos armados tomaron medidas para poner freno a la propagación de la pandemia de COVID-19. Por ejemplo, en el nordeste de Siria, la “Célula de crisis de la región de Jazeera” impuso un toque de queda de dos semanas y ordenó el cierre de la mayoría de los comercios y de los organismos de gobierno, permitiendo que siguieran prestando servicios únicamente las empresas y organizaciones esenciales⁷. En ciertas regiones de Colombia, los grupos armados impusieron a las poblaciones locales una serie de medidas contra la COVID-19, como “toques de queda; cierres; restricciones a los movimientos de personas, automóviles y embarcaciones; limitaciones a los horarios y días de apertura de los comercios; y la prohibición del acceso a las comunidades de extranjeros y personas de otras comunidades”⁸. Al parecer, algunos grupos, incluso en Colombia, también anunciaron que “matarían gente para preservar vidas” porque la población ‘no había respetado las órdenes de prevenir la Covid-19’⁹.

De hecho, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha destacado que “para la población civil, vivir bajo el control *de facto* de un grupo armado no estatal puede agravar las necesidades y las vulnerabilidades preexistentes, generar nuevas o –en algunos casos– proporcionar un grado de estabilidad en entornos devastados por el conflicto”¹⁰. Como cuestión de derecho, los Estados, los expertos en derechos humanos, los académicos, las organizaciones humanitarias y los tribunales penales internacionales han adoptado diferentes puntos de vista sobre la forma de encarar esas situaciones. Debido a ello, no está claro cuáles normas del derecho

6 Mampilly ha observado que los grupos armados no estatales desarrollan con regularidad actividades de gobernanza, como “proporcionar seguridad contra la violencia; desarrollar establecimientos educativos y sanitarios; establecer un sistema de producción y distribución de alimentos; asignar tierras y otros recursos para brindar a las personas civiles la oportunidad de dedicarse a actividades que les permitan ganarse la vida (agricultura, pequeñas empresas, etc.); proporcionar vivienda a los desplazados; regular las transacciones de mercado; aplicar impuestos a las personas civiles y a las entidades comerciales; resolver disputas civiles; y abordar otros problemas sociales que normalmente se generan en situaciones de guerra interna”. Zachariah Mampilly, “Insurgent Governance in the Democratic Republic of the Congo”, en Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 44.

7 V. Fuerzas de Seguridad Interna (Assayesh) en el nordeste de Siria, “Self-Administration COVID-19 Response”, en COVID-19 Armed Non-State Actors’ Response Monitor, Llamamiento de Ginebra, disponible en www.genevacall.org/covid-19-armed-non-state-actors-response-monitor/ (se accedió a todas las referencias de internet en julio de 2021).

8 Human Rights Watch, “Colombia: Armed Groups’ Brutal Covid-19 Measures”, 15 de julio de 2020, disponible en www.hrw.org/news/2020/07/15/colombia-armed-groups-brutal-covid-19-measures.

9 *Ibíd.* Para acceder a un informe detallado sobre lo que significaron las medidas adoptadas por ciertos grupos en Colombia para las familias afectadas y sobre cómo reaccionaron otros grupos armados no estatales a los desafíos planteados por la pandemia, v. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), “*As If the War Was Not Enough*”: *Stories of Hardship and Resilience in Times of COVID-19*, Ginebra, 2021, pp. 46–51, disponible en <https://www.icrc.org/en/publication/4531-if-war-was-not-enough-stories-hardship-and-resilience-times-covid-19-report>.

10 CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, Ginebra, 2019, p. 52, disponible en <https://www.icrc.org/es/publication/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados>.

internacional deben o deberían aplicarse cuando los grupos armados no estatales controlan un territorio. Hay, como mínimo, tres problemas que caracterizan a esas situaciones. En primer lugar, aunque en los conflictos armados internacionales (conflictos entre dos o más Estados) el derecho internacional humanitario (DIH), complementado por el derecho de los derechos humanos, ofrece un régimen jurídico sólidamente establecido para la ocupación beligerante, no hay un “derecho de la ocupación” que regule la administración de los territorios y de las poblaciones por un grupo armado no estatal que ha desplazado a las autoridades del Estado en un conflicto armado no internacional¹¹. En segundo lugar, si bien es indiscutible que el DIH aplicable en los conflictos armados no internacionales establece normas fundamentales en relación con muchas preocupaciones humanitarias graves que se plantean durante los conflictos armados, se ha cuestionado la suficiencia de esas normas para proteger a las personas que viven bajo el control de un grupo armado no estatal. En tercer lugar, en los últimos años, los expertos en derechos humanos, los académicos y, a veces, los Estados han echado mano del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) para intervenir ante los grupos armados no estatales. Sin embargo, la pregunta de si los grupos armados no estatales están sujetos a obligaciones de derechos humanos como cuestión de derecho, y en qué medida, sigue “sin resolver”¹² y es “altamente controvertida”¹³ y “cuestionada como tema de derecho internacional”¹⁴.

Con el ánimo de esclarecer la forma en que el DIH protege a las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales, en este artículo se analiza, en primer lugar, la medida en que el DIH protege la vida y la dignidad de las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales que son parte en conflictos armados y se despejan las dudas acerca de si esta rama del derecho internacional desempeña o no un papel en la regulación de la manera en que los grupos armados no estatales ejercen control sobre las personas que habitan en territorios controlados por estos. En segundo lugar, el artículo presenta una breve reseña de ciertos aspectos de la vida de las personas que residen en territorios controlados por grupos armados no estatales, regulados por el derecho internacional humanitario, y algunos otros aspectos que corresponden a la esfera del derecho de los derechos humanos. En tercer lugar, se analiza si es posible afirmar que el derecho de los derechos humanos impone obligaciones a los grupos armados

11 Recordemos que los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados prolongados entre las fuerzas armadas de un gobierno y las fuerzas de uno o más grupos armados no estatales, o entre grupos armados no estatales.

12 CICR, *Comentario sobre el I Convenio de Ginebra: Convenio (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, 2.^a ed., Ginebra, 2016 (CICR, Comentario sobre el CG I), párr. 517.

13 Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 530; Marco Sassòli, “L’administration d’un territoire par un groupe armé, peut-elle être régie par le droit?”, en Michel Hottelier, Maya Hertig Randall y Alexandre Flückiger (eds.), *Études en l’honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Schulthess, Ginebra, 2019, p. 271.

14 Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Internacional de Investigación encargada de investigar todas las presuntas violaciones de las normas internacionales de derechos humanos en la Jamahiriya Árabe Libia*, doc. ONU A/HRC/17/44, 12 de enero de 2012, párr. 62.

no estatales como cuestión de derecho y en qué medida, y se señalan las cuestiones que requieren mayor atención en los debates actuales y futuros.

Antes de embarcarnos en el análisis jurídico, es necesario aclarar algunas cuestiones terminológicas. El análisis de las cuestiones jurídicas exige la generalización de realidades complejas. En el mundo, hay miles de grupos armados activos que persiguen objetivos, ideologías o religiones diferentes, que actúan en contextos distintos y que exhiben diferentes tipos de conductas¹⁵. Entre esos grupos armados, en 2020, había más de 100 que el CICR podía clasificar jurídicamente como partes en un conflicto armado no internacional¹⁶. En este artículo, esas partes no estatales en conflictos armados se denominan grupos armados no estatales¹⁷. Es importante señalar que, si bien deben poseer ciertas características para considerarlos suficientemente organizados como para ser parte en un conflicto armado no internacional¹⁸, en la práctica, los grupos armados no estatales están lejos de constituir una categoría de grupos uniforme. El presente artículo se centra en aquellos grupos que ejercen al menos un cierto grado de control sobre el territorio y, en especial, sobre las personas que habitan en él¹⁹. Esto incluye un espectro de grupos, desde los que ejercen un control un tanto fluido sobre el territorio y prestan “servicios” esporádicos a la población que habita en el mismo hasta grupos que ejercen control estable sobre el territorio y que, *de facto*, actúan como una autoridad estatal.

La aplicabilidad del DIH en territorios controlados por grupos armados no estatales

Cuando los grupos armados no estatales tomaron el control de la ciudad de Tomboctú en 2012, la Corte Penal Internacional (CPI) concluyó que la acción tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado no internacional²⁰. En efecto, si un grupo armado no estatal es capaz de utilizar medios militares para expulsar a las fuerzas armadas estatales de una parte del territorio del Estado e incluso de las

15 V. CICR, *El origen de las restricciones en la guerra*, Ginebra, 2018, p. 13.

16 V. Jelena Pejic, Irénée Herbert y Tilman Rodenhäuser, “ICRC Engagement with Non-State Armed Groups: Why and How”, *Humanitarian Law and Policy Blog*, 2021, disponible en <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2021/03/04/icrc-engagement-non-state-armed-groups/>.

17 Este artículo no aborda las obligaciones o responsabilidades de grupos armados que no son partes en conflictos armados y no están sujetos al DIH.

18 Para acceder a un análisis exhaustivo de lo que significa para el DIH el criterio de “organización” en el caso de un grupo armado no estatal, v. T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*, pp. 19–120.

19 Si bien el control territorial es uno de los elementos que se exigen para la aplicabilidad del Protocolo adicional II (PA II, v. art. 1(2)), otras obligaciones del DIH –en particular, las establecidas por el DIH consuetudinario– son las mismas para todos los grupos armados no estatales, independientemente de que ejerzan el control “estable” sobre el territorio, de que ese control sea exclusivo y de las capacidades de gobernanza que posean. Sin embargo, esas consideraciones se han mencionado en los debates acerca de la posible atribución de responsabilidades a los grupos armados conforme al DIDH.

20 CPI, *Al Mahdi*, nota 2 *supra*, párr. 31.

ciudades principales, la situación normalmente se considerará un conflicto armado no internacional al cual se aplican las normas del DIH²¹.

Hoy, es indiscutible que el DIH define un gran número de normas que son jurídicamente vinculantes para los Estados y las partes no estatales en un conflicto armado no internacional, ya sea sobre la base del derecho de los tratados (artículo común 3 y Protocolo adicional II (PA II) a los cuatro Convenios de Ginebra) o del derecho consuetudinario²². Sin embargo, también es sabido que el DIH aplicable a los conflictos armados no estatales no incluye un conjunto amplio de normas sobre la forma en que los grupos armados no estatales deben administrar el territorio que conquistan y el trato que deben dispensar a las poblaciones que viven en él. Como explica Sassòli, cuando los Estados elaboraron las normas del DIH sobre los conflictos armados no internacionales, descartaron la “horrenda idea” de que una parte no estatal controlase parte del territorio de un Estado “simplemente ignorándola”²³. En consecuencia, el DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales no contiene ciertas disposiciones importantes que se encuentran en el derecho de la ocupación, por ejemplo, “normas sobre temas como la garantía del orden público y la seguridad, la posible recaudación de impuestos, o la aprobación de leyes que reglamenten la vida en ese territorio”²⁴.

No obstante, una serie de normas del DIH aplicables a los conflictos armados no internacionales contienen prohibiciones y obligaciones que son relevantes para las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales y les brindan protección. Entre ellas, se cuentan las siguientes:

las protecciones conferidas a los heridos y enfermos; la protección de los hospitales civiles; el principio del trato humano; la prohibición de las penas colectivas, el pillaje y las represalias; la toma de rehenes; la prohibición de la deportación y de los traslados forzosos; y el derecho al debido proceso y a las garantías judiciales, [los cuales] ya son aplicables a los conflictos armados no

21 Para acceder a un análisis exhaustivo de cuándo una situación alcanza el umbral de un conflicto armado no internacional, v. CICR, *Comentario del Tercer Convenio de Ginebra: III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, 2.ª ed., Ginebra, 2020, párrs. 448–485; Lindsay Moir, “The Concept of Non-International Armed Conflict”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 404–414.

22 CICR, Comentario sobre el CG I, nota 12 *supra*, párr. 232. Si bien se acepta ampliamente que los grupos armados no estatales están sujetos a las obligaciones del DIH, continúa el debate académico acerca de cuál teoría jurídica podría explicar el efecto vinculante del DIH en el caso de los grupos armados no estatales. Para acceder a análisis recientes de esta cuestión, v. S. Sivakumaran, nota 13 *supra*, pp. 238–242; Daragh Murray, “How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 20, n.º 1, 2015.

23 M. Sassòli, nota 13 *supra*, p. 269. Aunque el PA II menciona el hecho de que los “grupos armados organizados” pueden “ejercer el control sobre una parte del territorio [de una Alta Parte Contratante] hasta el punto que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas e implementar este Protocolo” (art. 1(1)), el Protocolo no contiene normas sobre la administración de esos territorios, salvo las garantías fundamentales que protegen a las personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades.

24 CICR, nota 10 *supra*, p. 53.

internacionales, sea a través de disposiciones comparables de los tratados o del derecho internacional consuetudinario²⁵.

Así pues, aunque el derecho de la ocupación como tal no se aplica en los conflictos armados no internacionales, queda claro que “las normas esenciales para la protección de los civiles y de las personas fuera de combate son básicamente las mismas en los conflictos armados internos”²⁶. Como explica Sivakumaran, “el derecho de la ocupación beligerante es, en realidad, una categoría compuesta que contiene una serie de normas distintas”, algunas de las cuales también se encuentran contenidas en el DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales. Spoerri llega a la misma conclusión, argumentando que, si bien el derecho de la ocupación no se aplica en los conflictos armados no internacionales, ello

no significa que no se aplique ninguna norma del DIH a la parte insurgente, dado que, al controlar partes del territorio nacional, en todos los casos deben atenerse a las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional II, cuando proceda²⁷.

Otros expertos, en cambio, se han preguntado si el DIH se aplicaría a los actos de “gobernanza” realizados por un grupo armado no estatal en el territorio bajo su control²⁸. Algunas veces, los argumentos que cuestionan la aplicabilidad del DIH a esos actos también sugieren que, con respecto a la “vida cotidiana”, debería aplicarse el derecho de los derechos humanos, que es el marco jurídico más apropiado y que brinda las mayores protecciones²⁹.

25 S. Sivakumaran, nota 13 *supra*, p. 530.

26 Dieter Fleck, “The Law of Non-International Armed Conflict”, en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 605.

27 Philip Spoerri, “The Law of Occupation”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 185. Del mismo modo, Sassòli observa que el DIH aplicable en los conflictos armados no internacionales tiene “una cierta utilidad para las personas que se encuentran en un territorio administrado por un grupo armado, dado que las protege contra la tortura, las ejecuciones sumarias, el hambre como método de guerra, el saqueo, la desaparición forzada o la destrucción de su patrimonio cultural”. M. Sassòli, nota 13 *supra*, p. 269.

28 V., por ejemplo, Gilles Giacca, *Economic, Social, and Cultural Rights in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 241; William Schabas, “Al Mahdi Has Been Convicted of a Crime He Did Not Commit”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 49, n.º 1–2, 2017, pp. 97–98; Katharine Fortin, “The Application of Human Rights Law to Everyday Civilian Life Under Rebel Control”, *Netherlands International Law Review*, vol. 63, n.º 2, 2016, pp. 172, 178; M. Sassòli, nota 13 *supra*, p. 270.

29 V., por ejemplo, Katharine Fortin, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 47–51. Como señala Heffes, quienes proponen la atribución de obligaciones de derechos humanos a los grupos armados no estatales han argumentado que existen dos “brechas de protección” que exigen la atribución de esas obligaciones. En primer lugar, puede decirse que existe “una falta de normas del DIH que regulen ciertas cuestiones de la vida cotidiana” (este tema se analizará en mayor detalle en la sección titulada “El DIH proporciona normas importantes, pero limitadas”); y, en segundo lugar, que “las cuestiones de la vida cotidiana de las personas que no están vinculadas con el conflicto armado quedan fuera del alcance del DIH”. V. Ezequiel Heffes, “International Human Rights Law and Non-State Armed Groups: The (De) Construction of an International Legal Discourse”, en Robert Kolb, Gloria Gaggioli y Pavle Kilibarda (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law: Further Reflections and Perspectives*, Edward Elgar, de próxima edición.

Con el fin de determinar si las normas del DIH protegen a las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales, y en qué medida, este artículo analiza la cuestión paso por paso. Partiendo de la hipótesis de que un grupo armado no estatal asume el control de un territorio y de las personas que viven en él en el curso de un conflicto armado no internacional (dado que el DIH solo se aplica en caso de conflicto armado), en la sección que sigue se analiza dónde se aplica el DIH durante un conflicto armado y por cuánto tiempo. A continuación, se plantea la pregunta de si el DIH se aplica al trato que los grupos armados no estatales dispensan a las personas que viven en el territorio bajo su control.

Determinar dónde y por cuánto tiempo se aplica el DIH de los conflictos armados no internacionales

En 2020, el CICR estimó que entre 60 y 80 millones de personas vivían en territorios controlados exclusivamente por un grupo armado³⁰. En la mayoría de esas situaciones, el grupo armado era parte en un conflicto armado no internacional y, por ende, estaba sujeto a las normas del DIH.

A menudo, las personas que viven bajo el control de un grupo armado no estatal que es parte en un conflicto armado no internacional no residen cerca de la “línea del frente”, sino más bien en ciudades o aldeas que han caído en manos de uno de esos grupos y que pueden hallarse a grandes distancias de los lugares donde tienen lugar los enfrentamientos. Como muchos de los conflictos armados no internacionales de hoy son prolongados, lo que significa que pueden durar muchos años, la realidad es que las poblaciones pueden vivir en territorios controlados por grupos armados no estatales durante varios años³¹. Por ejemplo, en la década de 1980, en Sri Lanka, los Tigres de Liberación del Eelam Tamil (LTTE) adquirieron “cada vez más capacidad para atacar las posiciones [del ejército de Sri Lanka] y de retener territorios, lo que les permitió establecer un bastión en el norte y controlar territorios en el este de la isla”³². Según se informó, gradualmente adquirieron “los atavíos institucionales de los seudoestados, como fuerzas policiales, tribunales y centros de detención” hasta que el conflicto finalizó en 2009³³. Más recientemente, en 2014, “grupos de personas armadas comenzaron a apoderarse de los edificios de las instituciones gubernamentales en las regiones de Donetsk y Luhansk” en Ucrania y, poco tiempo después, “proclamaron su independencia de Ucrania y la creación de la ‘república popular de Donetsk’ y la ‘república popular de Luhansk’”³⁴. En 2021, esta realidad sigue siendo la misma, lo que significa que las personas que

30 V. el artículo de Jerome Drevon e Irénée Herbert en este número de la *International Review*.

31 V. CICR, *Protracted Conflict and Humanitarian Action: Some Recent ICRC Experiences*, Ginebra, 2016, disponible en www.icrc.org/en/document/protracted-conflict-and-humanitarian-action.

32 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-Derechos Humanos), *Report of the OHCHR Investigation on Sri Lanka (OISL)*, doc. ONU A/HRC/30/CRP.2, 16 de septiembre de 2015, párr. 151.

33 *Ibid.*

34 ONU-Derechos Humanos, *Human Rights in the Administration of Justice in Conflict-Related Criminal Cases in Ukraine*, abril de 2014–abril de 2020, 27 de agosto de 2020, párr. 25.

residen en las regiones de Donetsk y Luhansk viven bajo el control efectivo de esos grupos desde hace más de seis años. A los fines de este artículo, la situación plantea al menos dos preguntas importantes. Primero, ¿se aplica el DIH en algún lugar de un territorio controlado por un grupo armado no estatal? Y segundo, ¿durante cuánto tiempo rige la aplicación del DIH?

El ámbito geográfico de la aplicación del derecho internacional humanitario

Con respecto al ámbito geográfico de la aplicación del DIH, los Convenios de Ginebra estipulan que el artículo 3 común se aplica “en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes” y que se debe respetar “en cualquier tiempo y lugar”. Al interpretar esta disposición de carácter tan amplio, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) sostuvo que:

[L]as normas contenidas en el artículo 3 también se aplican fuera del estrecho contexto geográfico del teatro de las operaciones de combate. ... [E]l derecho internacional humanitario se sigue aplicando... en el caso de conflictos internos [en] todo el territorio que se halle bajo el control de una parte, sea que los enfrentamientos efectivamente tengan lugar allí o no³⁵.

Al igual que el artículo 3 común, el ámbito de aplicación del PA II no se limita estrictamente a las zonas donde se libran las hostilidades. El Protocolo se aplica “sin ninguna distinción de carácter desfavorable... a todas las personas afectadas por un conflicto armado” conforme a lo definido en el Protocolo³⁶.

En consecuencia, el derecho de los tratados de DIH y la jurisprudencia de los tribunales internacionales dejan en claro que el artículo 3 común, el PA II, si procede, y el DIH consuetudinario se aplican en todo el territorio controlado por un Estado o por una parte no estatal que son partes en un conflicto armado no internacional, incluso en las zonas donde no haya hostilidades en curso³⁷. Esto

35 Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), *Prosecutor v. Duško Tadić AKA “Dule”*, caso n.º IT-94-1, Decisión sobre la petición de la defensa relativa a un recurso interlocutorio de apelación sobre la jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párrs. 69–70 [sin cursiva en el original]. Esta opinión es respaldada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), en *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, caso n.º ICTR 96-4-T, Sentencia (Sala de Primera Instancia), 1998, párr. 636. La CPI también ha apoyado esta opinión; v. CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n.º ICC-01/05-01/08, Sentencia conforme al artículo 74 del Estatuto: Público con Anexos I, II, y A a F (Sala de Primera Instancia III), 21 de marzo de 2016, párr. 128; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga*, caso n.º ICC-01/04-01/07, Sentencia conforme al artículo 74 del Estatuto (Sala de Cuestiones Preliminares II), 7 de marzo de 2014, párrs. 1172–1173.

36 PA II, art. 2(1). Los conflictos armados a los que se aplica el PA II se encuentran definidos en el art. 1(1) del PA II.

37 V. también CICR, Comentario sobre el CG I, nota 12 *supra*, párrs. 455–464; L. Moir, nota 21 *supra*, p. 404; Eric David, “Internal (Non-International) Armed Conflict”, en A. Clapham y P. Gaeta (eds.), nota 27 *supra*, pp. 261–262; Jann K. Kleffner, “Scope of Application of Humanitarian Law”, en D. Fleck (ed.), nota 26 *supra*, p. 59. El DIH de los conflictos armados no internacionales también se puede aplicar en determinadas zonas situadas fuera del territorio del Estado en cuyo territorio tiene lugar el conflicto, por ejemplo, en el contexto de la expansión de un conflicto.

incluye la totalidad de la parte del territorio de un Estado que haya caído en poder de un grupo armado no estatal.

El ámbito temporal de la aplicación del derecho internacional humanitario

En la actualidad, se acepta ampliamente que existe un conflicto armado no internacional y que el DIH comienza a aplicarse “toda vez que haya... violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado”³⁸.

Una vez determinada su aplicabilidad, el DIH se aplica a lo largo de la duración del conflicto. El artículo 3 común y el PA II solamente disponen que los tratados respectivos se aplican “en caso de” o “a” un conflicto armado no internacional; la pregunta de cuándo termina un conflicto armado no internacional está subsumida en esas formulaciones.

Al definir la noción de conflicto armado no internacional a los efectos del derecho penal internacional, el TPIY declaró en el caso *Tadić* que los conflictos armados no internacionales finalizan cuando “se alcanza un arreglo pacífico”³⁹. La jurisprudencia más reciente de la CPI indica que el análisis de si se ha alcanzado “un arreglo pacífico” “no refleja solo la mera existencia de un acuerdo de retirada o la declaración de la intención de establecer un alto el fuego”⁴⁰. En efecto, la interpretación restrictiva de que un “arreglo pacífico” requiere un acuerdo de paz o un acto igualmente formal ha sido criticada por ser “una norma demasiado estricta”⁴¹, que potencialmente introduce “un cierto formalismo en una determinación que debería basarse fundamentalmente en los hechos ocurridos en el terreno”⁴².

Si un grupo armado no estatal controla el territorio, es probable que los enfrentamientos continúen, con distintos grados de intensidad, en la línea de demarcación de ese territorio. En ese caso, el DIH indudablemente sigue aplicándose no solamente en la zona donde tienen lugar las hostilidades, sino también “en todo el territorio bajo el control de una parte, independientemente de que allí realmente

38 TPIY, *Tadić*, nota 35 *supra*, párr. 70. En este contexto, habitualmente se examinan dos elementos: “El enfrentamiento armado debe alcanzar un *nivel mínimo de intensidad* y las partes involucradas en el conflicto deben exhibir un *nivel mínimo de organización*”. CICR, *How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?*, documento de opinión, marzo de 2008, p. 5. Para acceder a un análisis detallado del umbral de aplicación del DIH en los conflictos armados no internacionales, v. CICR, Comentario sobre el CG I, nota 12 *supra*, párrs. 414–444; L. Moir, nota 21 *supra*, pp. 404–414.

39 TPIY, *Tadić*, nota 35 *supra*, párr. 70. Esta norma ha sido adoptada por otros tribunales, incluida la CPI. V. CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, caso n.º ICC-01/04-01/06, Sentencia conforme al artículo 74 del Estatuto: Público (Sala de Primera Instancia I), 14 de marzo de 2012, párrs. 541, 548; CPI, *Bemba*, nota 35 *supra*, párr. 141.

40 CPI, *Bemba*, nota 35 *supra*, párr. 141.

41 Rogier Bartels, “From Jus In Bello to Jus Post Bellum: When Do Non-International Armed Conflicts End?”, en Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday y Jens Iverson (eds.), *Jus post bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, p. 301.

42 CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, Ginebra, 2015, p. 10, disponible en <https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados>.

haya enfrentamientos o no”⁴³. Además, también puede haber situaciones en las que un grupo armado no estatal controla el territorio y las hostilidades llegan a un punto muerto, los enfrentamientos “se congelan” o las partes acuerdan la cesación del fuego. En ese caso, según el CICR, el conflicto armado no internacional solo finalizará cuando se alcance “el cese duradero de los enfrentamientos armados sin que haya un riesgo real de que se reanuden”⁴⁴.

Este enfoque cauteloso parece pertinente por motivos jurídicos y prácticos, incluso cuando un grupo armado no estatal ejerce control sobre el territorio y la población.

En primer lugar, si un grupo armado no estatal controla ciertas partes del territorio de un Estado y las dos partes no llegan a una solución política viable, es probable que exista el riesgo constante de que las hostilidades se reanuden, porque el Estado procurará recuperar el control. En segundo lugar, la conclusión apresurada de que un conflicto armado no internacional ha llegado a su fin y que la aplicación del DIH ha cesado, seguida de la reanudación de las hostilidades y de una reclasificación, posiblemente seguida de otra conclusión de que el DIH deja de aplicarse si la intensidad de la violencia nuevamente decrece, podría causar equívocos acerca del marco jurídico aplicable y de las lagunas en el régimen jurídico que protege a las personas afectadas por el conflicto y la violencia⁴⁵. En tercer lugar, si bien el cese de la aplicabilidad del DIH plausiblemente protege a las personas civiles contra “el ejercicio arbitrario del poder del Estado” porque solo se aplicaría el derecho de los derechos humanos, el mismo cálculo puede no ser aplicable a los grupos armados no estatales que están sujetos al DIH, pero probablemente no al derecho de los derechos humanos⁴⁶. En efecto, a menos que se acepte que el DIH impone obligaciones a los grupos armados no estatales, una vez que el DIH cesa de aplicarse, la conducta de estos –conforme al derecho internacional– se

43 TPIY, *Tadić*, nota 35 *supra*, párrs. 69-70.

44 CICR, Comentario sobre el CG I, nota 12 *supra*, párr. 491. En el mismo sentido, Sivakumaran concluye que un conflicto armado no internacional finalizaría solo cuando “las hostilidades disminuyen hasta desaparecer por completo”. S. Sivakumaran, nota 13 *supra*, p. 253. Para evaluar si ese umbral se ha alcanzado o no, el CICR sugiere los siguientes indicadores: “...la implementación efectiva de un acuerdo de paz o de alto el fuego; declaraciones de las Partes, no desmentidas por los hechos en el terreno, de que renuncian en forma definitiva a toda violencia; el desmantelamiento de las unidades especiales del gobierno creadas para el conflicto; la implementación de programas de desarme, desmovilización y/o reintegración; la creciente duración del período sin hostilidades; y el levantamiento del estado de emergencia u otras medidas restrictivas”. CICR, Comentario sobre el CG I, nota 12 *supra*, párr. 495.

45 Como advirtió el TPIY, si el cese de la aplicación del DIH se declara con demasiada premura, “los participantes en un conflicto armado podrían encontrarse en una puerta giratoria entre la aplicabilidad y la no aplicabilidad, lo que causaría un alto grado de incertidumbre jurídica y de confusión”. TPIY, *Prosecutor v. Gotovina*, caso n.º IT06-90-T, Sentencia (Sala de Primera Instancia), 15 de abril de 2011, párr. 1694.

46 Marko Milanovic, “El cese de aplicación del derecho internacional humanitario”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.º 893, 2014, p. 181 [en inglés].

regiría únicamente por ciertas normas del derecho penal internacional, es decir, la responsabilidad penal individual por crímenes de lesa humanidad o genocidio⁴⁷.

¿A quién protege el DIH en los conflictos armados no internacionales y contra cuáles actos? La cuestión del “nexo”

Sobre la base del análisis que antecede, debe concluirse que el DIH se aplica en la totalidad del territorio que controla una parte en el conflicto y mientras dure el conflicto. Pero ¿el DIH protege a todas las personas que viven en territorios controlados por grupos armados no estatales? Si es así, ¿contra cuáles actos las protege? Al examinar los ejemplos relacionados con la pandemia de COVID-19 presentados en la introducción de este artículo, ¿puede decirse que el DIH prohíbe a los grupos armados no estatales emplear la fuerza física contra las personas que no respetan las medidas de salud pública impuestas por ellos? Y, más en general, ¿el DIH prohibiría a los grupos armados no estatales cometer mutilaciones, actos crueles o torturas durante operaciones de mantenimiento de “la ley y el orden” incluso si las normas o “leyes” promulgadas por esos grupos permiten actos de ese tipo?

Según el artículo 3 común, cada parte en el conflicto deberá, en todas las circunstancias, tratar a “las personas que no participen directamente en las hostilidades” con humanidad y abstenerse de ciertos actos con respecto a esas personas, en particular “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios”. El Comentario sobre el CG I del CICR, de 2016, señala que las personas que no participan activamente en las hostilidades y que, por lo tanto, gozan de la protección acordada por el artículo 3 común, son “ante todo, los miembros de la población civil”⁴⁸. Según el DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales, no se exige que las personas civiles estén afiliadas al adversario para gozar de protección contra determinadas formas de violencia, sino que se entiende que el artículo 3 común protege a todos los civiles que se hallan en poder de una parte en el conflicto, lo cual incluye a los que se encuentran bajo la custodia física de esas partes, así como a “los civiles que viven en zonas controladas por una Parte en el conflicto”⁴⁹. Desarrollando y complementando el artículo 3 común, el PA II también define ampliamente el alcance de las personas protegidas por el DIH:

47 Cabe señalar, sin embargo, que ciertas normas del DIH se siguen aplicando incluso después de finalizado un conflicto armado no internacional. V., por ejemplo, PA II, art. 2(2). Con respecto a la aplicabilidad del derecho penal internacional a los grupos armados no estatales, v. T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*, Parte 3.

48 CICR, Comentario sobre el CG I, nota 12 *supra*, párr. 521. El Comentario hace referencia a los *Elementos de los crímenes* de la CPI, que definen a las personas protegidas por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de la siguiente manera: “Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido *personas civiles* o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades” [sin cursiva en el original].

49 CICR, Comentario sobre el CG I, nota 12 *supra*, párr. 541. V. también Sarah Knuckey, “Murder in Common Article 3”, en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), nota 21 *supra*, párr. 10. Este entendimiento se remonta al artículo 44 del Código de Lieber, que fija penas severas por el asesinato de los habitantes de un país invadido.

establece que el DIH se aplica sin ninguna distinción de carácter desfavorable a “todas las personas afectadas por un conflicto armado”⁵⁰, lo cual incluye a “todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad”⁵¹. Mientras se negociaba el PA II, Canadá declaró que la intención de establecer este amplio ámbito de aplicación del DIH tenía por objeto “convencer tanto a los Gobiernos como a los insurgentes de los beneficios humanitarios de actuar con una restricción razonable en el trato de *los civiles* y los combatientes capturados”⁵². Los tratados de DIH y la historia de su elaboración no dejan lugar a dudas: esta rama del derecho protege a las personas civiles que viven bajo el control de un Estado o de partes no estatales que son partes en un conflicto armado, y que se ven afectadas por dicho conflicto.

El requisito del nexo desde la perspectiva del derecho internacional humanitario

El amplio ámbito de la aplicación personal del DIH se ve restringido, sin embargo, por el entendimiento de que el DIH se aplica únicamente a conductas relacionadas con el conflicto armado o que tienen un nexo con este⁵³. No obstante, es sorprendente que ningún tratado internacional defina este requisito del nexo⁵⁴. En el PA II, esta necesidad de un vínculo entre la conducta de una de las partes en el conflicto y el conflicto armado se expresa en la precisión de que el Protocolo se aplica a las personas “afectadas por” el conflicto. El historial de la redacción del PA II apenas si contiene algún análisis de este tema⁵⁵. El escaso debate entre los redactores acerca del lenguaje similar contenido en el artículo 75 del Protocolo adicional I solo refleja que, en los *conflictos armados internacionales*, los Estados

50 PA II, art. 2(1). La cuestión de cuándo una persona es afectada por un conflicto armado se examina en mayor detalle más adelante en este artículo.

51 *Ibid.*, art. 4.

52 *Actas oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados*, vol. 8, Ginebra, 1974-77, p. 205 [sin cursiva en el original].

53 V. CICR, Comentario sobre el CG I, nota 12 *supra*, párr. 460; Gloria Gaggioli, “La violencia sexual en los conflictos armados infringe el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.º 894, 2014, p. 514 [en inglés]. La noción de “nexo” se examina más adelante en esta sección.

54 Como señaló Cassese: “Dado que ninguna norma internacional define clara y explícitamente el nexo en cuestión, los contornos y el contenido de ese nexo deben inferirse teniendo en cuenta la totalidad del espíritu del DIH y del derecho penal internacional, como así también el objetivo y la finalidad de las normas internacionales relevantes.” Antonio Cassese, “The Nexus Requirement for War Crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n.º 5, 2012, p. 1397.

55 Según la información facilitada por el CICR en relación con las conferencias de expertos gubernamentales que precedieron a las negociaciones de los Protocolos adicionales, algunos expertos consideraban que era “exagerado dictaminar la aplicación automática de todas las disposiciones del Protocolo a la totalidad del territorio de una Alta Parte Contratante, cuando quizás el conflicto armado afecta a solo una pequeña parte del país”. CICR, *Proyectos de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949: Comentario*, Ginebra, octubre de 1973, p. 134; v. también ICRC, *Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados: Informe sobre la labor de la Conferencia* (Segunda sesión, Ginebra, 3 de mayo a 3 de junio de 1972), Ginebra, agosto de 1971, p. 68.

consideraban que la cuestión de la forma en que un Estado trata a *sus propios* nacionales en relación con asuntos que no se vinculan con el conflicto quedaba fuera del alcance del DIH⁵⁶. En contraste, no cabe duda de que el DIH de los conflictos armados internacionales protege a las personas civiles que se encuentran en manos de una parte en el conflicto de la cual no son ciudadanos, con inclusión de una Potencia Ocupante⁵⁷. Melzer explica esta diferencia así:

[E]n tanto que la detención de un ladrón común en el territorio nacional de una parte en el conflicto no justificaría la aplicación del artículo 75 del PA I, la situación sería muy otra si ese mismo ladrón fuera arrestado por una potencia ocupante que ejerce su autoridad por motivos relacionados con el conflicto⁵⁸.

Si esta interpretación de la noción de personas “afectadas por” un conflicto armado, que corresponde a los conflictos armados internacionales, se aplica a los conflictos armados no internacionales, puede deducirse que, en el territorio controlado por el Estado, la interacción entre el Estado y sus ciudadanos no se rige por el DIH a menos que los actos cometidos por el Estado tengan un nexo específico con el conflicto armado. La razón que lleva a restringir el ámbito de aplicación del DIH de esta forma es clara: se espera de los Estados que posean un sistema de gobierno funcional y ajustado a las obligaciones que les impone el derecho de los derechos humanos. La finalidad del DIH no es reglamentar el modo en que un Estado gobierna un territorio o a las personas no afectadas por un conflicto armado.

La situación es mucho más compleja en un territorio controlado por un grupo armado no estatal en el contexto de un conflicto armado. Normalmente, ese escenario no es comparable a la relación entre los Estados y sus ciudadanos. Por ejemplo, antes del inicio de un conflicto, el grupo armado no existiría ni controlaría

56 V. *Actas oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados*, vol. 15, CDDH/III/SR.43, Ginebra, 1974–77, p. 35 (EE.UU.); *Actas oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados*, vol. 15, CDDH/III/SR.44, Ginebra, 1974–77, p. 49 (Canadá). Según se dice, esta interpretación respeta “la jurisdicción de las Partes en los conflictos en lo que respecta a asuntos de su competencia interna”. Michael Bothe, Karl Josef Partsch y Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2013, p. 517. V. también Theodor Meron, “On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument”, *American Journal of International Law*, vol. 77, n.º 3, 2017, pp. 596–597.

57 V. IV Convenio de Ginebra, art. 4.

58 Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 143. Del mismo modo, en un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y de la cuestión de cuáles eran los crímenes que se consideraba tenían un nexo con la Segunda Guerra Mundial, Cassese sostuvo que “[n]o era necesario demostrar que esos civiles se habían alzado en armas contra Alemania o sus aliados, ni demostrar el estatuto formal de los prisioneros de guerra; tampoco era necesario que los experimentos médicos estuviesen directamente vinculados a los esfuerzos de guerra. La existencia del conflicto armado, sumada al hecho de que los experimentos médicos en cuestión se llevaron a cabo en unísono con un plan persecutorio que *no podría haberse implementado concretamente* en ausencia de las hostilidades, fueron elementos suficientes para considerar que la conducta en cuestión equivalía a la comisión de crímenes de guerra.” A. Cassese, nota 54 *supra*, p. 1401 [cursiva en el original].

territorios o personas, y no estaría obligado por el derecho internacional. En muchos casos, la toma de control del territorio y de la población por un grupo armado no estatal objetivamente se asemeja más a una ocupación beligerante, incluso si jurídicamente no es posible calificarla como tal⁵⁹. Por ello, resulta difícil imaginar que las personas que residen en ese territorio no deben considerarse afectadas por el conflicto y que, por consiguiente, no deberían aplicarse las normas del DIH. Por ejemplo, si una parte no estatal asume el control de porciones del territorio de un Estado en el curso de un conflicto armado no internacional, las personas que viven en ese territorio a menudo se verán afectadas por las hostilidades entre las partes. Al menos durante el período en que se lucha por el control de una aldea o ciudad y las fuerzas del Estado y las fuerzas no estatales se disputan el control territorial, es indudable que los habitantes se verán afectados. Más en general, una vez que el grupo armado no estatal se ha establecido como la nueva autoridad militar (y política), las personas que residen en el territorio controlado por el grupo se hallarán sujetas a una nueva autoridad gobernante y, por ende, se verán afectadas por los actos de una de las partes en el conflicto⁶⁰. Esto sucede especialmente cuando el grupo armado no estatal decide cambiar el orden jurídico previamente existente e impone reglas nuevas. Como argumentó el CICR durante las negociaciones relativas al PA II, estas son precisamente las situaciones en las que el DIH se debe aplicar para proteger a la población civil “contra la autoridad arbitraria de las Partes en el conflicto cuando las garantías constitucionales se han suspendido en forma generalizada o... han dejado de aplicarse en forma efectiva”⁶¹.

Esta conclusión amplia ha sido cuestionada invocando el ámbito de aplicación plausiblemente más estricto contenido en algunas normas del DIH⁶². Concretamente, las garantías judiciales definidas en el artículo 6 del PA II se aplican únicamente “al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado”. Podría interpretarse que esta frase sugiere que el artículo no se aplica al enjuiciamiento de crímenes no vinculados al conflicto, como el hurto común. Lamentablemente, los *travaux préparatoires* del PA II no ofrecen

59 La cuestión de si este entendimiento del “nexo” contradice el principio de la “igualdad de los beligerantes” se examina en la sección “Advertencias contra el requisito de un nexo amplio” de este artículo.

60 Elvina Pothelet, “Life in Rebel Territory: Is Everything War?,” *Armed Groups and International Law*, 20 de mayo de 2020, disponible en <https://www.armedgroups-internationallaw.org/2020/05/20/life-in-rebel-territory-is-everything-war/>. Este argumento se profundiza en Elvina Pothelet, *Searching for the Nexus: A Proposal to Refine the Scope of Applicability of International Humanitarian Law and War Crimes Law*, 2021 (este documento se halla en los archivos del autor).

61 *Actas oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados*, vol. 8, CDDH/I/SR.22, Ginebra, 1974–77, p. 201. En opinión de Cassese, “una interpretación teleológica del DIH y del derecho penal internacional puede conducir a la clasificación correcta del delito” (cursiva en el original). Así pues, observa que “el objetivo de todo el corpus de las normas del DIH es salvaguardar en la máxima medida posible la vida y la integridad física de las personas atrapadas en la vorágine de la violencia armada. El derecho penal internacional apoya y hace cumplir ese objetivo previniendo el enjuiciamiento y castigo de todos aquellos que, debido a su conducta, contravienen dicho objetivo y ponen en peligro a las personas involucradas en un conflicto armado”. Antonio Cassese *et al.*, “War Crimes”, en Antonio Cassese y Paola Gaeta (eds.), *Cassese’s International Criminal Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, fn. 33.

62 V. K. Fortin, nota 28 *supra*, p. 178.

una respuesta a la pregunta de por qué el ámbito de aplicación del artículo 6 es más restrictivo que el definido para el Protocolo en su conjunto (esto es, “todas las personas afectadas por un conflicto armado”⁶³). Esta incertidumbre da lugar a interpretaciones diferentes, con posibles consecuencias para otras normas del DIH. Si el requisito del nexo establecido en el artículo 6 se interpreta estrictamente de acuerdo con su texto, se podría concluir que excluye el enjuiciamiento de delitos ordinarios cometidos por los grupos armados no estatales, del mismo modo que excluye el enjuiciamiento de delitos ordinarios que no tienen un nexo con el conflicto en el territorio controlado por el Estado. Como el PA II “desarrolla y complementa el artículo 3 [común]”⁶⁴, también puede interpretarse que las garantías judiciales previstas en el artículo 3 común y en el DIH consuetudinario solo se aplican a “delitos penales relacionados con el conflicto armado”. Sin embargo, también hay argumentos que refutan esa conclusión. Por ejemplo, podría decirse que, interpretado en su contexto, el ámbito de aplicación del artículo 6 del PA II debería leerse a la luz del ámbito de aplicación general del Protocolo, que es más amplio⁶⁵. Esa conclusión puede verse avalada también por una interpretación teleológica: si una persona es, por ejemplo, enjuiciada por un delito que carece de nexo con el conflicto pero que fue tipificado como delito solo por el grupo armado no estatal, podría argumentarse que, de hecho, esa persona es afectada por el conflicto. Asimismo, incluso si se adopta una interpretación estricta del requisito del nexo previsto en el artículo 6, podría argüirse que las garantías judiciales del artículo 3 común y del DIH consuetudinario mantienen un ámbito de aplicación más amplio, “una existencia autónoma”⁶⁶.

En resumen, existen razones sólidas para concluir que el DIH se aplica al trato que un grupo armado no estatal dispensa a las personas que viven bajo su control incluso si la conducta en cuestión se puede describir como parte de la “gobernanza” y no está directamente vinculada con las operaciones de combate. Esta conclusión es avalada también por la jurisprudencia del derecho penal internacional.

El requisito del nexo en el derecho penal internacional

La conclusión de que el DIH se aplica al trato dispensado por un grupo armado no estatal a las personas que viven bajo su control es avalada, además, por las interpretaciones que los tribunales penales internacionales hacen del requisito

63 PA II, art. 2(1).

64 *Ibíd.*, art. 1(1).

65 V. CICR, *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II): Comentario de 1987*, Ginebra, 1987, párr. 4568, que dispone lo siguiente: “El término ‘privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado’ fue tomado del artículo 2 (Ámbito de aplicación personal), párrafo 2, del Protocolo. En este punto, cabe recordar su extenso alcance. ... Sin embargo, debe existir un vínculo entre la situación de conflicto y la privación de libertad; en consecuencia, los prisioneros detenidos conforme a las normas ordinarias del derecho penal no están comprendidos en esta disposición”. El significado de la frase “normas ordinarias del derecho penal” no queda claro.

66 *Ibíd.*, párr. 4457.

del nexo en la jurisprudencia relativa a los crímenes de guerra. Dado que los crímenes de guerra son, por definición, violaciones del DIH, la interpretación del nexo por esos tribunales incide en forma directa en la interpretación del DIH⁶⁷.

En los *Elementos de los crímenes* de la CPI, los Estados definieron que el nexo requiere que “la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él”⁶⁸. En varios casos, los tribunales y las cortes han afirmado que un acto puede constituir un crimen de guerra –esto es, una violación grave del DIH– si existe “un nexo evidente entre los presuntos crímenes y el conflicto armado en su conjunto”⁶⁹. En su opinión,

la existencia de un conflicto armado debe, como mínimo, haber influido de manera sustancial o importante en la capacidad del autor para cometer [el acto], en su decisión de cometerlo, en la forma en que lo cometió o en el fin para el cual fue cometido⁷⁰.

En la práctica, los tribunales han aplicado una serie de factores indicativos para determinar si un acto está suficientemente vinculado con un conflicto armado. Esos factores son, entre otros:

el hecho de que el autor es un combatiente; el hecho de que la víctima es una persona no combatiente; el hecho de que la víctima es miembro de la parte adversa; el hecho de que pueda decirse que el acto contribuyó al objetivo final de

67 Como explica Bothe, “[l]as normas relativas al castigo de los crímenes de guerra son secundarias en relación con las normas primarias relativas a la conducta prohibida en el caso de un conflicto armado”. Michael Bothe, “War Crimes”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 381. En efecto, si un acto se comete como parte de las “funciones oficiales” de un miembro del grupo armado no estatal y se determina la existencia de un nexo entre el acto y el conflicto, ese mismo acto también estará suficientemente vinculado al conflicto como para que entren en juego las obligaciones del grupo armado no estatal en materia de DIH.

68 Con respecto a los crímenes de guerra cometidos en el contexto de un conflicto armado sin carácter internacional, v. CPI, *Elementos de los crímenes*, 2011, arts. 8(2)(c), 8(2)(e).

69 TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, caso n.º IT-95-14, Sentencia (Sala de Primera Instancia), 3 de marzo de 2000, párr. 69; TPIR, *Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, caso n.º ICTR-96-3-A, Sentencia (Sala de Apelaciones), 26 de mayo de 2003, párrs. 569–570. Para consultar un análisis más detallado de la jurisprudencia, v. G. Gaggioli, nota 53 *supra*, pp. 513–517.

70 TPIY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, caso n.º IT-96-23 & 23/1, Sentencia (Sala de Apelaciones), 12 de junio de 2002, párr. 58; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n.º ICC-01/05-01/08, Sentencia (Sala de Primera Instancia), 21 de marzo de 2016, párr. 142; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga*, caso n.º ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Sentencia (Sala de Primera Instancia), 7 de marzo de 2014, párr. 1176. Cabe señalar que estos elementos fueron objeto de críticas por su excesiva amplitud y por permitir conclusiones diferentes en situaciones similares. V. Harmen van der Wilt, “War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n.º 5, 2012.

una campaña militar; y el hecho de que el crimen se comete como parte de las funciones oficiales del autor o en el contexto de estas⁷¹.

Es importante destacar que los elementos y factores indicativos se enumeran como alternativas, lo que significa que no es necesario demostrar la presencia de todos ellos para demostrar la existencia de un nexo entre un acto y el conflicto; en otras palabras, no constituyen una lista de control. Sobre la base de esta jurisprudencia y de los factores que se describirán más adelante, hay razones convincentes para concluir que el DIH se aplica a un amplio espectro de interacciones entre los grupos armados no estatales y las personas que viven bajo su control⁷².

Tomemos como ejemplo un grupo que asume el control de un territorio durante un conflicto armado no internacional y que impone un nuevo orden político o religioso a los habitantes, como hicieron en Malí los dos grupos ya mencionados. No es posible separar la presencia y la gobernanza del grupo en ese territorio del conflicto armado en curso. La existencia del conflicto armado “influye de manera sustancial” en los siguientes aspectos:

- La capacidad del grupo para afectar la vida de las personas bajo su control: en la mayoría de los casos, el grupo no controlaría el territorio y a la población sin antes haber expulsado –y seguir rechazando– por medio de la fuerza a las fuerzas armadas del Estado o a otros grupos.
- Asimismo, la posición del grupo armado no estatal como nueva autoridad influye en la forma en que el grupo afecta a las personas bajo su control.
- Además, el hecho de ejercer control sobre el territorio y la población e imponer un orden político o religioso que refleja los intereses del grupo armado no estatal es, probablemente, una de las razones por las que el grupo lucha en el conflicto. Mientras que la razón por la que un grupo armado no estatal practica la violencia armada no influye en la determinación de la existencia un conflicto armado⁷³, sí es un aspecto pertinente para determinar la presencia de un vínculo entre el acto y el conflicto⁷⁴. Por ejemplo, si un grupo no armado no estatal interviene en un conflicto armado para establecer una población étnicamente homogénea en las zonas que controla y comete actos de violencia contra las personas de una etnia distinta que encuentra en ese territorio, el objetivo del grupo es un factor que incide en la determinación de si los actos de violencia están vinculados con

71 TPIY, *Kunarac*, nota 70 *supra*, párr. 59; TPIR, *Rutaganda*, nota 69 *supra*, párrs. 569–570. V. también CPI, *Bemba*, nota 70 *supra*, párr. 143. En el caso *Bemba*, la CPI omitió el hecho de que “la víctima es miembro de la parte adversa”.

72 Como ya se ha dicho, esta conclusión se limita, lógicamente, a las cuestiones regidas por normas del DIH. Como se verá en la sección que sigue, titulada “¿Los grupos armados no estatales tienen obligaciones de derechos humanos?”, hay una serie de temas que el DIH no contempla, para los cuales podría ser relevante el derecho de los derechos humanos.

73 V. CICR, Comentario sobre el CG I, nota 12 *supra*, párrs. 447–451; TPIY, *Prosecutor v. Fatmir Limaj et al.*, caso n.º IT-03-66, Sentencia (Sala de Primera Instancia), 30 de noviembre de 2005, párr. 170.

74 Basándose en la jurisprudencia pertinente, Cassese ha argumentado que, para que exista un nexo, “el delito se debe cometer para perseguir los objetivos del conflicto o, como alternativa, para contribuir de alguna manera al logro de los objetivos últimos de una campaña militar o, como mínimo, debe cometerse al unísono con la campaña militar”. A. Cassese, nota 54 *supra*, p. 1397.

el conflicto. En esos casos, la decisión del grupo de imponer su voluntad a las personas civiles, incluso por la fuerza, y el objetivo que lo impulsa a hacerlo son aspectos difíciles de separar del conflicto⁷⁵.

Cuando se aplican los factores indicativos, se alcanzan los mismos resultados:

- la persona que interactúa con la población civil es un miembro del grupo armado no estatal;
- la persona afectada no participa o ha dejado de participar en las hostilidades;
- el acto se comete como parte de las funciones oficiales del miembro del grupo;
- un acto cometido en el desempeño de funciones oficiales probablemente sirva para establecer o reforzar la autoridad del grupo armado no estatal como nuevo gobernante del territorio, lo cual, en muchos casos –pero no en todos– se vincula con el “objetivo final de la campaña militar”.

Dos escenarios habituales pueden ayudar a explicar el último punto. En primer lugar, si un grupo se propone controlar el territorio para establecer un orden político o religioso que refleje sus intereses, los actos que sirven para imponer “la ley y el orden” aparecen estrechamente vinculados al objetivo final de la intervención del grupo en el conflicto armado⁷⁶. En segundo lugar, hay grupos que persiguen objetivos delictivos (por ejemplo, controlar un territorio para facilitar la producción y el contrabando de drogas o la extracción de minerales), ya sea como el objetivo primario de la participación del grupo armado no estatal en el conflicto armado no internacional, o como un objetivo que se suma a otros de índole política o religiosa. Si un grupo de ese tipo impone normas (formales o informales) a los civiles que residen en zonas bajo su control para asegurar algún nivel de estabilidad y así proteger los negocios del grupo, no es difícil establecer que el maltrato de una persona civil que “viola” las nuevas normas se vincula con el conflicto. Después de todo, para la protección de las personas civiles no debería importar si el grupo afirma que actúa por razones políticas, económicas, religiosas o de otra índole.

75 Para acceder a una conclusión similar con respecto a la conducta de los grupos armados no estatales en Tomboctú en 2012, v. CPI, *Prosecutor v. Ahmad al Faqi al Mahdi*, caso n.º ICC-01/12-01/15-66-Conf, versión pública expurgada del informe “Document présentant les conclusions factuelles et juridiques du Bureau du Procureur au soutien du Chef d'accusation dans l'affaire contre Ahmad al Faqi al Mahdi”, 17 de diciembre de 2015, párrs. 258–261.

76 Podría decirse que existe un nexo con el conflicto si el grupo asume el control del territorio y hace cumplir las normas preexistentes, por ejemplo, el derecho penal del Estado territorial. Aun así, el acto sería cometido por un miembro del grupo armado no estatal en el ejercicio de “funciones oficiales” contra una persona protegida por el DIH, y es probable que, en muchos casos, la consolidación del control territorial –y del control sobre la población civil que reside en el territorio– se alinea con los objetivos militares del grupo. Para consultar una opinión diferente, v. W. Schabas, nota 28 *supra*, p. 97, quien argumenta que “la observación de que, después de asumir el poder, un grupo puede hallarse en una posición que le permite hacer cosas que antes no podía, no parece ser un nexo adecuado para la aplicación de la figura de los crímenes de guerra”.

Advertencias contra el requisito de un nexo amplio

Sin embargo, no se debe caer en el equívoco de que las conclusiones expuestas en los párrafos precedentes sugieren que el DIH rige todo lo que sucede en un territorio controlado por un grupo armado.

En primer lugar, es razonable que el DIH se aplique únicamente si un grupo armado es parte en un conflicto armado no internacional. El DIH no se aplica y no es vinculante para ese grupo incluso si este controla el territorio y la población, pero no participa o ha dejado de participar en un conflicto armado.

En segundo lugar, el DIH define un conjunto de normas limitado para regular las hostilidades y proteger contra la violencia a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades y para aliviar sus sufrimientos. Hay muchas “cuestiones de gobernanza”, como las relacionadas con los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de las personas, que el DIH no aborda (véase la sección “El DIH establece normas importantes, pero limitadas”). Aunque el DIH de los conflictos armados no internacionales se aplica en general, guarda silencio acerca de esas cuestiones.

No obstante, el autor afirma que el DIH sí impone límites a la forma en que un grupo armado no estatal hace cumplir las medidas de “gobernanza”. Concretamente, aunque el DIH de los conflictos armados no internacionales no se pronuncia acerca de si un grupo puede llevar a cabo operaciones de “aplicación de la ley”, fija normas sobre el ejercicio de su poder sobre la población civil: prohíbe la tortura, otras formas de maltrato, la privación arbitraria de libertad y el asesinato, y esas normas se aplican incluso si los actos de violencia forman parte de lo que el grupo denomina “aplicación de la ley”, “investigaciones” o “enjuiciamiento penal”⁷⁷. Del mismo modo, aunque el DIH no prescribe las medidas concretas que una parte en un conflicto armado no internacional puede adoptar para contener una pandemia como la de COVID-19, el DIH prohibiría que un grupo armado no estatal maltrate o asesine a una persona civil que no respeta las políticas del grupo sobre la COVID-19.

En tercer lugar, el DIH no necesariamente aborda las interacciones *entre personas civiles* en un territorio controlado por un grupo armado no estatal. Esto significa que, en esos territorios, pueden cometerse delitos que no guardan relación con el conflicto armado no internacional. Por ejemplo, un civil que hurta un pan en la panadería local o un civil que “aprovecha la eficacia disminuida de la policía en las condiciones de desorden creadas por un conflicto armado para asesinar a un vecino que ha odiado por años” son casos que pueden ocurrir en el territorio controlado por un grupo armado no estatal, pero que no exhiben un nexo suficiente con el conflicto armado⁷⁸. Esos actos no están reglamentados por el DIH

⁷⁷ Aunque esta conclusión se basa en el análisis del entendimiento del nexo y de los factores indicativos presentados por los tribunales penales, cabe señalar que los artículos 5 y 6 del PA II no se aplican a las condiciones de detención de las personas detenidas por motivos no relacionados con el conflicto armado ni a los enjuiciamientos por delitos penales no vinculados con el conflicto.

⁷⁸ V. TPIR, *Rutaganda*, nota 69 *supra*, párr. 570.

y el asesinato del vecino no constituiría un crimen de guerra. Sin embargo, como ya se ha dicho, el DIH sí impone límites al modo en que un grupo armado no estatal puede responder a presuntos delitos.

La interpretación del requisito del nexo que se presenta en este artículo ha sido objeto de críticas por considerársela “un enfoque unilateral de la guerra civil incompatible con los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, que trata como iguales a todas las partes en un conflicto”⁷⁹. En efecto, según el principio de la igualdad de los beligerantes establecido en el DIH, según el cual “las partes en un conflicto armado tienen los mismos derechos y obligaciones de conformidad con el DIH”⁸⁰, si bien es verdad que el análisis que antecede concluye que el mismo acto –por ejemplo, el maltrato de un civil en el contexto de una operación de orden público– puede ser considerado de manera diferente en el territorio controlado por el gobierno y en el territorio controlado por un grupo armado no estatal, esta conclusión no se debe a las diferentes obligaciones de las partes, sino a las distintas formas en que la víctima es afectada por el conflicto armado. Lo que distingue a una situación de la otra no es una obligación diferente, sino el hecho de que una de ellas no tiene nexo con el conflicto y la otra sí. Sin duda alguna, el Estado y la parte no estatal en el conflicto están sujetos a las mismas normas del DIH. Sin embargo, no puede decirse que una persona común que es maltratada por las fuerzas policiales del Estado en un contexto no vinculado con el conflicto sea afectada por el conflicto. En contraste, una persona común es afectada por el conflicto si él o ella sufre maltrato por parte de un miembro de un grupo armado no estatal que se ha impuesto como nueva autoridad militar y política en el contexto de un conflicto armado no internacional. Dicho de otro modo, las mismas reglas se aplican de modo diferente en situaciones que pueden parecer similares pero que son distintas.

El requisito del nexo en los conflictos armados prolongados

También cabría preguntarse si el análisis presentado en la sección precedente llega o debería llegar a sus límites en los conflictos armados no internacionales prolongados en los que un grupo armado no estatal ejerce un control estable sobre el territorio y sobre las personas que viven en él, y establece estructuras de gobernanza comparables a las de un Estado. Se ha señalado que “inevitablemente, los rebeldes empiezan por instaurar un sistema de gobierno unitario en el cual las decisiones sobre los actos de gobierno incumben al comando militar”⁸¹, pero también hay ejemplos de grupos armados no estatales que desarrollan diversas formas de estructuras de gobernanza (civiles)⁸². En algunos casos, un grupo armado no estatal puede incluso establecer o permitir el establecimiento de un

79 W. Schabas, nota 28 *supra*, p. 98.

80 CICR, nota 42 *supra*, p. 17.

81 Zachariah Mampilly y Megan A. Stewart, “A Typology of Rebel Political Institutional Arrangements”, *Journal of Conflict Resolution*, vol. 65, n.º 1, 2020, p. 8.

82 Para acceder a varios ejemplos, v. T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*, pp. 159–180.

gobierno civil con algún grado de independencia respecto del grupo. En diversos lugares, hubo regímenes de este tipo que gobernaron efectivamente el territorio durante varios años. Cuanto mayor sea el número de estructuras de gobernanza comparables a las de los Estados, con separación entre los componentes civiles y militares de la administración, tanto más se puede cuestionar si el DIH sigue siendo el ordenamiento jurídico internacional apropiado y aplicable a los “actos de gobernanza” ejecutados por una entidad que se asemeja a una nueva autoridad cuasiestatal⁸³. En tales casos, también podría cambiar la evaluación del requisito del nexo interpretada en el derecho penal internacional. Al evaluar esas situaciones, es preciso tener en cuenta varios aspectos.

En primer lugar, como ya se ha señalado, cuando una situación se ha estabilizado hasta el punto en que ya no es posible clasificarla como un conflicto armado no internacional, la aplicación y la pertinencia del DIH cesan. Pero, si el conflicto armado no internacional prosigue, continúa aplicándose el DIH.

En segundo lugar, si es aplicable, el DIH se aplicará en la totalidad del territorio controlado por una de las partes y a los actos que tienen un nexo con el conflicto. De acuerdo con el análisis presentado anteriormente, el requisito del nexo se cumple casi necesariamente si los miembros del grupo armado no estatal ejercen funciones de gobernanza.

En tercer lugar, si un grupo armado no estatal logra establecer una administración en el territorio bajo su control (dirigida por lo que podría considerarse el ala política del grupo armado), es probable que esta nueva administración realice actos que el DIH no contempla, por ejemplo, encarar cuestiones políticas, económicas o culturales. Esos actos son regidos por el derecho de los derechos humanos, no por el DIH. Aun así, los tratados de DIH y la interpretación del “nexo” por las cortes y tribunales penales internacionales sugieren que el DIH –mientras dure su aplicación– protege a las personas civiles con respecto a los actos de un grupo armado no estatal reglamentados por el DIH⁸⁴. Esta conclusión es sin perjuicio de que, en la práctica, también se podría invocar el derecho de los derechos humanos⁸⁵.

En cuarto lugar, puede suceder que, en un territorio controlado por un grupo armado no estatal, se establezca un gobierno civil que no haya sido instaurado o controlado de otro modo por el grupo, o que al menos haya logrado un grado importante de independencia respecto del grupo. Al determinar si el DIH se aplica a la conducta de ese gobierno, el examen de la existencia de un nexo entre la conducta de esa entidad independiente y el conflicto armado podría alcanzar la

83 V., por ejemplo, K. Fortin, nota 28 *supra*.

84 Las normas del DIH y el régimen asociado que rige los crímenes de guerra continuarían aplicándose a los actos reglamentados por el DIH, independientemente de que también puedan considerarse pertinentes otros ordenamientos jurídicos, como el derecho de los derechos humanos. Este enfoque sería análogo al modo en que abordaría la cuestión el derecho de la ocupación aplicable en los conflictos armados internacionales.

85 V. la sección titulada “¿Los grupos armados no estatales tienen obligaciones de derechos humanos?”.

conclusión de que determinados actos no están suficientemente vinculados con el conflicto⁸⁶.

El DIH establece normas importantes, pero limitadas, que imponen obligaciones a los grupos armados no estatales que ejercen control sobre un territorio y las personas que viven en él

La siguiente pregunta se refiere al ámbito de las obligaciones que el DIH impone a los grupos armados no estatales que controlan un territorio durante un conflicto armado no internacional. Regresemos al ejemplo de las medidas relativas a la pandemia de COVID-19 adoptadas por algunos grupos en diversas partes del mundo. En Myanmar, por ejemplo, un grupo armado no estatal al parecer difundió “información de salud pública”, impuso “restricciones de viaje a las personas que llegaban desde las ciudades y pueblos fuera de las zonas de la KIO [Organización para la Independencia de Kachin]”, implantaron “medidas de distanciamiento social y exámenes de temperatura”, proporcionaron “puestos de lavado de manos”, establecieron “áreas de cuarentena creadas en chozas de bambú”, restringieron “la entrada y salida de los campamentos” y publicaron “directrices relacionadas con la pandemia sobre temas tales como las reuniones grandes y los horarios de trabajo”⁸⁷. Como se señaló al comienzo de este artículo, hubo grupos en Colombia que también adoptaron diversas medidas para hacer frente a la pandemia de COVID-19. Es de suponer que algunas de esas medidas de salud pública tuvieron efectos positivos. Pese a ello, desde el punto de vista de las personas que vivían bajo el control de esos grupos, algunas medidas también podrían plantear preocupaciones en relación con el derecho a la libertad de movimiento, de reunión o de trabajo, cuya restricción podría causar graves necesidades humanitarias. Asimismo, si las personas deciden no respetar esas medidas, corren el riesgo de sufrir violencia contra su vida y su integridad física, como el asesinato (o “privación arbitraria de la vida”, para usar la terminología de los derechos humanos), tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes o castigos corporales.

Al analizar esos casos, se observa que las normas del DIH aplicables en conflictos armados no internacionales encaran algunas amenazas a la vida y al bienestar de las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales. Sin entrar en detalles, el DIH aplicable en los conflictos armados no internacionales establece una serie de reglas que todas las partes en conflictos de este tipo deben respetar en su interacción con las poblaciones civiles⁸⁸, y el DIH aborda diversos

86 Cabe señalar, sin embargo, que incluso en esas situaciones existirá un nexo con el conflicto si los miembros de ese gobierno capturan y maltratan a una persona sospechada de espiar para otra parte en el conflicto, independientemente de quién cometa los actos de maltrato.

87 Jaw Tu Hkawng, Emily Fishbein y Yuichi Nitta, “Myanmar’s Ethnic Conflicts Obstruct COVID-19 Aid to Minorities”, Nikkei Asia, 3 de mayo de 2020, disponible en <https://asia.nikkei.com/Spotlight/Coronavirus/Myanmar-s-ethnic-conflicts-obstruct-COVID-19-aid-to-minorities>.

88 V. Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. 1: Normas, CICR, Buenos Aires, 2007 (Estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario), normas 40, 52, 87-99, 103-104, 136, disponible en https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf.

problemas humanitarios relacionados con los conflictos que pueden presentarse en los territorios en poder de grupos armados⁸⁹.

Las normas del DIH no regulan otras cuestiones que puedan describirse como parte de la “gobernanza”. Sin embargo, el DIDH aborda algunos de esos temas⁹⁰.

Necesidades de la población civil que el DIH no aborda o no lo hace exhaustivamente, pero que son reguladas por el DIDH

Una comparación aproximada entre las normas de los tratados de derechos humanos y el DIH indica la existencia de cierta superposición entre el DIH y el derecho de los derechos humanos, particularmente con respecto a las normas sobre el trato de las personas⁹¹. Sin embargo, los instrumentos de derechos humanos también regulan varias cuestiones importantes relativas a la población civil que el DIH no aborda o no lo hace exhaustivamente. A continuación, se analizarán estas cuestiones, es decir, aquellas que el DIH y el DIDH abordan de manera distinta.

En primer lugar, hay temas que abordan tanto el DIH como el DIDH, pero con enfoques diferentes. Por ejemplo, con respecto a la vida cultural, el DIH se centra en la protección de los bienes culturales contra los daños y la destrucción vinculados con el conflicto. En cambio, el DIDH establece un derecho más amplio para la participación en la vida cultural⁹². Otros ámbitos en los que el DIH prevé obligaciones específicamente relacionadas con el conflicto para las partes en los conflictos armados no internacionales, pero sin encarar las preocupaciones más amplias o de largo plazo que pueden afectar a la población civil durante conflictos prolongados son, entre otras, la protección de las personas detenidas, las personas internamente desplazadas, la asistencia humanitaria, la salud, la educación, el trabajo y la vida familiar⁹³.

En segundo lugar, hay varios temas que el DIH aplicable en los conflictos armados no internacionales sencillamente no aborda. Estos son, principalmente, los derechos relacionados con la capacidad civil de las personas (el reconocimiento de una persona ante la ley, el derecho a la nacionalidad), la participación en la vida civil y política en la sociedad (la libertad de pensamiento, de conciencia y de expresión, la reunión pacífica o la participación en asuntos públicos), ciertos temas relacionados con la familia (el derecho a casarse y fundar una familia), los derechos sociales y económicos (el derecho a formar sindicatos, el derecho a la seguridad social) y la protección de las minorías y de las personas perseguidas (el

89 V. *ibid.*, normas 53-56, 99-102, 109-111, 118-129, 131-133.

90 Para consultar un excelente análisis de este tema, v. K. Fortin, nota 28 *supra*, p. 169.

91 V., por ejemplo, Estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario, nota 88 *supra*, normas 87-95, 98-103.

92 Para el DIH, v. *ibid.*, normas 38-40. Para el DIDH, v. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 23 de marzo de 1976) (PIDCP), art. 27; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 3 de enero de 1976) (PIDESC), art. 15.

93 Con respecto a las normas del DIH relativas a estas cuestiones, v. Estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario, nota 88 *supra*, normas 109-111, 95, 105. En lo tocante a la educación, v. PA II, art. 4(3)(a).

derecho de asilo)⁹⁴. Tradicionalmente, estas cuestiones corresponden al ámbito de los derechos humanos. Además, el DIDH confiere a las personas el derecho a recurso por presuntas violaciones, que no existe como tal en el DIH⁹⁵.

También hay diferencias en la naturaleza o el alcance de las obligaciones previstas en el DIH y en el derecho de los derechos humanos. El DIH establece obligaciones que las partes en conflictos armados deben respetar en sus operaciones militares y en sus interacciones con las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades. Muchas normas del DIH consisten en prohibiciones. Solo algunas de sus normas exigen medidas positivas, esto es, actos para los cuales se requiere invertir recursos adicionales⁹⁶. En contraste, los tratados de DIDH exigen que los Estados partes no solo respeten los derechos humanos, sino también que “hagan cumplir” esos derechos, lo que significa protegerlos y realizarlos⁹⁷.

Como se ha explicado en esta breve reseña, si bien las normas del DIH se superponen en alguna medida con las del DIDH, también hay diferencias importantes en cuanto al tipo de cuestiones que abordan estas dos esferas del derecho internacional. En este sentido, el derecho de los derechos humanos podría complementar el DIH en lo que respecta a la protección de las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales.

¿Los grupos armados no estatales tienen obligaciones de derechos humanos?

Aunque está bien establecido que los grupos armados no estatales están sujetos al DIH⁹⁸, las posibles obligaciones de los grupos armados no estatales en materia de derechos humanos plantean varios interrogantes. Recientemente, el CICR recordó que “[h]ay interrogantes fundamentales que aún no tienen respuesta, como la fuente, el alcance y las limitaciones de las posibles obligaciones relativas a los derechos humanos de los grupos armados no estatales y la relación entre esas posibles obligaciones y las del Estado territorial”⁹⁹. Esto es así pese a que, en las últimas décadas, hubo numerosas ocasiones en las que los Estados participantes en el Consejo de Seguridad, en la Asamblea General y en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han condenado las “violaciones” o los “abusos” de los derechos humanos cometidos por grupos armados no estatales en diferentes

94 V. PIDCP, arts. 16, 18, 19, 21–27; PIDESC, arts. 8–10, 15.

95 V. PIDCP, art. 2(3). Con respecto a las reparaciones solicitadas por particulares a causa de violaciones del DIH, v. Estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario, nota 88 *supra*, norma 150, análisis del tema “Reparación solicitada directamente por particulares”.

96 Una norma que requiere medidas positivas es, por ejemplo, la obligación de todas las partes en conflictos armados de recoger y asistir a los heridos y enfermos. V. artículo 3 común; Estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario, nota 88 *supra*, norma 109.

97 V. PIDCP, art. 2.

98 V., por ejemplo, Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, caso n.º SCSL-2004-14-AR72(E), Decisión sobre la petición preliminar basada en la falta de jurisdicción (reclutamiento infantil), 31 de mayo de 2004, párr. 22.

99 CICR, nota 10 *supra*, p. 54.

contextos y han exhortado a esos grupos a respetar los derechos humanos¹⁰⁰. Con respecto a los dos primeros órganos, los analistas han considerado que esta práctica equivale a reconocer que las conductas de al menos algunos grupos armados no estatales “pueden constituir violaciones o abusos de los derechos humanos”, aunque no puede decirse que esa práctica del Estado sea, por sí sola, suficiente para atribuir a esos grupos “obligaciones de derechos humanos en general conforme al derecho internacional”¹⁰¹. Asimismo, se ha concluido que la práctica de los Estados en el Consejo de Derechos Humanos indica que “la comunidad internacional responsabiliza cada vez más [a los actores armados no estatales] por violaciones de los derechos humanos, pese a las incertidumbres jurídicas” tales como “de qué manera y en qué medida” los grupos armados no estatales están sujetos al derecho de los derechos humanos¹⁰².

Pese a esta falta de claridad jurídica, diversos procedimientos especiales o comisiones de investigación de la ONU han aplicado el derecho de los derechos humanos a la conducta de los grupos armados no estatales¹⁰³. Sin embargo, las fuentes jurídicas invocadas por esos expertos para sus conclusiones siguen sin estar claras¹⁰⁴. En sus informes, los expertos suelen comenzar por recordar que los grupos armados “no pueden adherirse a los instrumentos internacionales de derechos humanos”¹⁰⁵; por ende, la única forma posible de argumentar que los

100 Para consultar un análisis exhaustivo de las resoluciones relevantes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General de la ONU, v. Jessica Burniske, Naz K. Modirzadeh y Dustin A. Lewis, *Armed Non-State Actors and International Human Rights Law: An Analysis of the Practice of the UN Security Council and UN General Assembly*, Programa sobre Derecho Internacional y Conflicto Armado de la Facultad de Derecho de Harvard, 2017, Anexo II. Para acceder a una reseña y a un análisis de la práctica del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, v. Annyssa Bellal, *Human Rights Obligations of Armed Non-State Actors: An Exploration of the Practice of the UN Human Rights Council*, Academy In-Brief n.º 7, Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, 2016, Anexo.

101 J. Burniske, N. K. Modirzadeh y D. A. Lewis, nota 100 *supra*, p. 27.

102 A. Bellal, nota 100 *supra*, p. 32.

103 Para acceder a un análisis de muchos ejemplos similares, v., por ejemplo, Andrew Clapham, “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, *International Review of the Red Cross*, n.º 863, 2006. Para consultar análisis más recientes y exhaustivos de esta cuestión, v. D. Murray, nota 5 *supra*; K. Fortin, nota 29 *supra*; T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*; Jean-Marie Henckaerts y Cornelius Wiesener, “Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups: An Assessment Based on Recent Practice”, en Ezequiel Heffes, Marcos D. Kotlik y Manuel J. Ventura (eds.), *International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice*, Asser Press, La Haya, 2020. En 2021, un grupo de expertos en derechos humanos de la ONU declararon en forma conjunta que “como mínimo, los actores armados no estatales que ejercen funciones comparables a las de los gobiernos o el control *de facto* sobre el territorio y la población deben respetar y proteger los derechos humanos de las personas y de los grupos”. “Joint Statement by Independent United Nations Human Rights Experts on Human Rights Responsibilities of Armed non-State Actors”, Ginebra, 25 de febrero de 2021, disponible en www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26797&LangID=E.

104 Para consultar un análisis de las posibles fuentes e interpretaciones jurídicas que podrían invocarse para argüir que los grupos armados no estatales están sujetos a obligaciones de derechos humanos, v. A. Clapham, nota 103 *supra*; D. Murray, nota 5 *supra*, pp. 167–171; K. Fortin, nota 29 *supra*, pp. 273–274. V. también T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*, pp. 169–177.

105 Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria*, doc. ONU A/HRC/21/50, 16 de agosto de 2012, Anexo II, párr. 10; Consejo de Derechos Humanos, nota 14 *supra*, párr. 62; ONU-Derechos Humanos, nota 34 *supra*, párr. 31. En efecto, solo dos tratados de derechos humanos abordan el tema de los grupos armados: el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, 25 de mayo de 2000, y la Convención de la Unión Africana para la protección y la asistencia de los desplazados internos en África, 23 de octubre de 2009.

tratados del DIDH se aplican a los grupos armados no estatales es basarse en la idea de que las obligaciones en materia de derechos humanos se generan con el territorio y son vinculantes para los grupos armados no estatales aunque solo controlen una parte del territorio de un Estado¹⁰⁶. Además de los tratados de derechos humanos, la otra fuente jurídica que podría invocarse en relación con las posibles obligaciones de derechos humanos de los grupos armados no estatales es el derecho consuetudinario. Sin embargo, como ya se ha señalado, los análisis de la práctica de los Estados en los órganos de la ONU han concluido que, en la actualidad, esa práctica no parece ser suficiente como para determinar la existencia de obligaciones de derechos humanos para los grupos armados no estatales¹⁰⁷. Fuera de los órganos de la ONU, el autor de este artículo no conoce otras prácticas u *opinio juris* suficientes que avalen la noción de que las obligaciones del derecho de los derechos humanos consuetudinario se extienden a los grupos armados no estatales, ni mucha jurisprudencia que haya determinado la existencia de esas obligaciones; al respecto, las opiniones de los expertos académicos sobre esta cuestión están divididas¹⁰⁸.

Dada la ausencia de una fuente jurídica ampliamente aceptada que establezca obligaciones de derechos humanos para los grupos armados no estatales, al parecer los Estados y los profesionales han recurrido a diferentes enfoques jurídicos y de política que exigen que los grupos armados respeten los derechos humanos. Por ejemplo, en las resoluciones adoptadas por los Estados en distintos

106 V. “Joint Statement”, nota 103 *supra*. Para acceder a un análisis detallado de la idea de que el control del territorio genera obligaciones de derechos humanos, v. T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*, pp. 173–176; K. Fortin, nota 29 *supra*, pp. 275–276; D. Murray, nota 5 *supra*, pp. 134–138.

107 En 2018, la Comisión de Derecho Internacional concluyó que la práctica de los actores no estatales, incluidos los grupos armados no estatales, “no es una práctica que contribuya a la formación o a la expresión de normas del derecho internacional consuetudinario”. Comisión de Derecho Internacional, “Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries”, 2018, Conclusión 4, párr. 3, párr. 8 del comentario de esa conclusión. La cuestión de si la práctica de los grupos armados no estatales es relevante para la identificación del derecho internacional consuetudinario ha sido objeto de debate. V. Marco Sassòli, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n.º 1, 2010, pp. 21–22; Jonathan Somer, “Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n.º 867, 2007, pp. 661–662; Annyssa Bellal y Ezequiel Heffes, “Yes, I Do: Binding Armed Non-State Actors to IHL and Human Rights Norms Through Their Consent”, *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 12, n.º 1, 2018, pp. 125–126.

108 Para consultar una opinión escéptica sobre las posibles obligaciones de los grupos armados no estatales en materia de derechos humanos, v. M. Sassòli, nota 13 *supra*, pp. 270–273. En esa línea, Ronen señala que “también es difícil determinar las articulaciones de los Estados en relación con las obligaciones [de los actores no estatales] en materia de derechos humanos”. Yaël Ronen, “Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors”, *Cornell International Law Journal*, vol. 46, n.º 1, 2013, p. 38. Para acceder a opiniones según las cuales los grupos armados no estatales tienen obligaciones de derechos humanos como cuestión de derecho, v. J.-M. Henckaerts y C. Wiesener, nota 103 *supra*, fn. 86, citando a K. Fortin, nota 28 *supra*, pp. 172–176; D. Murray, nota 5 *supra*, pp. 120–154; A. Bellal, nota 100 *supra*, pp. 26–30. En publicaciones anteriores, el autor de este artículo observó que “la práctica relativa a la índole y al ámbito de las posibles obligaciones de derechos humanos sigue sin esclarecerse”, pero señaló que “la práctica que siguen los Estados y los expertos en derechos humanos al abordar las obligaciones de derechos humanos que incumben a los grupos armados indica la dirección que está tomando el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”. T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*, p. 211.

foros de la ONU aparecen de tanto en tanto exigencias formuladas de manera amplia que exhortan a los grupos armados a respetar los derechos humanos y que, a menudo, también invocan obligaciones del DIH¹⁰⁹. Además, parece haber una especie de acuerdo entre varios expertos en derechos humanos de la ONU en el sentido de que el derecho de los derechos humanos puede emplearse como norma de referencia o como “una expectativa legítima de la comunidad internacional”¹¹⁰ si un grupo armado no estatal ejerce “el control *de facto*” sobre una zona¹¹¹ o “el control *de facto* sobre un territorio de manera comparable a una autoridad gubernamental”¹¹². Esas prácticas sugieren que, si bien hay incertidumbre en torno a la fuente jurídica precisa y a la índole de los derechos humanos cuando se trata de los grupos armados no estatales, las “normas” de derechos humanos o las “expectativas” parecen ser, como mínimo, un punto de referencia práctico para formular ciertos mensajes sobre la protección de las personas civiles que viven en territorios controlados por grupos armados no estatales.

Ciertas organizaciones humanitarias aplican en su práctica un enfoque afín al descrito. Por ejemplo, el CICR ha explicado que, cuando actúa en un contexto en el cual un grupo armado no estatal “controla un territorio de forma estable y tiene la capacidad de actuar como una autoridad estatal” y la organización no puede depender solamente del DIH para responder a las necesidades de protección de la población civil, el CICR adopta un “enfoque pragmático” y se refiere a las “responsabilidades de derechos humanos” de esos grupos¹¹³.

Esos enfoques parecen resonar entre al menos algunos grupos armados no estatales, que han incluido referencias al derecho de los derechos humanos en sus propios documentos. Por ejemplo, en 2016, el Ejército Libre Sirio declaró que trataría a las personas “en las zonas bajo [su] control de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos”¹¹⁴. Del mismo modo, el Movimiento por la Justicia y la Igualdad (JEM) de Sudán anunció en 2008 que haría “el máximo

109 V. las notas 100 a 102 *supra*. Aunque, en ciertos casos, esas resoluciones hacen referencia al control territorial ejercido por grupos armados, este factor no parece ser una condición. En las declaraciones progresistas de los expertos en derechos humanos, se observa un enfoque relativamente amplio de las posibles obligaciones de derechos humanos de los grupos armados, por ejemplo, que “las obligaciones de derechos humanos que constituyen normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) vinculan a los Estados, los particulares y las entidades colectivas no estatales, incluidos los grupos armados”. Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria*, doc. ONU A/HRC/19/69, 22 de febrero de 2012, párr. 106.

110 Philip Alston, Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe del Relator Especial, doc. ONU E/CN.4/2006/53/Add.5, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 27 de marzo de 2006, párr. 25.

111 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria*, doc. ONU A/HRC/21/50, 16 de agosto de 2012, Anexo II, párr. 10.

112 Consejo de Derechos Humanos, nota 14 *supra*, párr. 62. V. también ONU-Derechos Humanos, nota 34 *supra*, párr. 31.

113 CICR, nota 10 *supra*, p. 54. En esos casos, el CICR explica que “actúa conforme a la premisa de que si un grupo armado no estatal controla un territorio de forma estable y tiene la capacidad de actuar como una autoridad estatal, ‘se pueden reconocer de facto sus responsabilidades en relación con los derechos humanos’”.

114 Ejército Libre Sirio, Declaración, 2016, disponible en <https://tinyurl.com/58r9kxj4>.

esfuerzo por garantizar la protección de las poblaciones civiles de conformidad con los principios de los derechos humanos”¹¹⁵. En 2010, estableció una Comisión de Derechos Humanos del JEM con el mandato de efectuar “revisiones inmediatas y periódicas de las directivas del JEM relacionadas con el respeto de los derechos humanos y los derechos del niño y su armonización con las convenciones internacionales y la ética relevante”¹¹⁶. Siguiendo esta línea, el Movimiento/Ejército de Liberación del Pueblo Sudánés – Norte (M/ELPS-N) incluso anunció la creación de un “Tribunal de Derechos Humanos independiente... para atender las denuncias relacionadas con violaciones de los derechos humanos en las zonas liberadas por el M/ELPS-N”¹¹⁷.

Consideraciones jurídicas y de política acerca del ámbito de las posibles obligaciones

Los distintos enfoques y prácticas utilizados para exigir a los grupos armados no estatales que respeten las normas vigentes del derecho de los derechos humanos parecen ser resultado de las decisiones políticas de los Estados al adoptar resoluciones en los órganos de la ONU, del objetivo pragmático de prevenir o responder a los sufrimientos humanos que persiguen los expertos en derechos humanos y las organizaciones humanitarias, y de las ideas progresistas de los académicos. Como el autor de este artículo ha argumentado con anterioridad, “la realidad de hoy, en la cual diversos Estados y grupos armados cometen ciertos actos con total desprecio de los derechos humanos de sus víctimas, al parecer fuerza a los Estados y a los profesionales a ir más allá del enfoque habitual del DIDH, tradicionalmente centrado en los Estados”¹¹⁸. En efecto, el hecho de pedir a los grupos armados no estatales que respeten los derechos humanos parece perseguir el objetivo de proteger los derechos inalienables de todo ser humano, independientemente del tipo de autoridad que ejerce el control sobre una población. Lo que es más, para los expertos o las instituciones cuyo mandato se basa en los derechos humanos, la referencia al derecho de los derechos humanos puede ser necesaria para encarar la conducta de los grupos armados no estatales. En algunos casos, los mecanismos de derechos humanos adoptaron, en relación con los grupos armados no estatales, medidas concretas comparables a la forma en

115 Movimiento por la Justicia y la Igualdad, “Statement by the Opposition Movements”, 2008, disponible en <https://tinyurl.com/my8c4rnc>.

116 Movimiento por la Justicia y la Igualdad, “Establishment of a JEM Committee for Human Rights”, 2010, disponible en <https://tinyurl.com/2kyndfbm>.

117 Movimiento de Liberación del Pueblo Sudánés, Oficina del presidente, Res. (6)-2013, 10 de octubre de 2013, disponible en <https://tinyurl.com/498rfaks>.

118 T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*, p. 116.

que esos expertos han abordado tradicionalmente a los Estados¹¹⁹. Sin embargo, esos enfoque y prácticas aún son incipientes o están en proceso de evolución, por lo cual carecen de los detalles y precisiones que normalmente exigen los abogados. Siguen existiendo interrogantes jurídicos y prácticos; además, algunos enfoques traen consigo algunos riesgos. Incluso si se deja de lado la cuestión fundamental de la fuente jurídica, es imprescindible seguir reflexionando acerca de cuáles derechos humanos son los más relevantes al abordar esta cuestión con los grupos armados no estatales. Además, ¿a cuáles grupos armados no estatales hay que abordar con exigencias en materia de derechos humanos, y cómo se traspondrían al contexto de esos grupos las tres dimensiones de las obligaciones de derechos humanos de los Estados (respetar, proteger y realizar)?¹²⁰ Estas cuestiones se analizarán a continuación.

¿Cuáles derechos humanos se citan normalmente al abordar a los grupos armados no estatales y cuáles deberían invocarse?

Con respecto a la pregunta de cuáles derechos humanos son los más relevantes para la protección de las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales, se observa que la práctica de los Estados aporta poca claridad. Cuando los órganos de Naciones Unidas condenan las violaciones o los abusos de los derechos humanos, esas declaraciones suelen expresarse en términos generales, sin detallar los actos a los que se refieren o cuáles derechos se deben respetar¹²¹. En contraste, en la práctica de los procedimientos especiales o de las comisiones de investigación de derechos humanos, se pueden hallar menciones de derechos humanos específicos. A menudo, las violaciones o abusos que examinan esos expertos y las exigencias que formulan a los grupos armados no estatales son bastante básicos y reflejan lo que constituye de antemano una obligación jurídica de esos grupos conforme al DIH. Así sucede, por ejemplo, si el marco de referencia de los derechos humanos se define como “imperativo” o si se mencionan “las

119 Por ejemplo, en 2020, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias informó que había empezado a “documentar las violaciones equivalentes a desapariciones forzadas perpetradas por actores no estatales” y que “durante el periodo que se examina, el Grupo de Trabajo transmitió 21 casos equivalentes a desapariciones forzadas: al Ejército Nacional Libio, en Libia (4 casos); a la autoproclamada ‘República Popular de Donetsk’, en Ucrania (8 casos); a las autoridades de facto de Saná, en el Yemen (5 casos); y a Hamás, en el Estado de Palestina (4 casos)”. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, doc. ONU A/HRC/45/13, 7 de agosto de 2020, párrs. 23, 24. Sin embargo, cabe señalar que la mayor parte de los organismos de aplicación de los derechos humanos, como los órganos y tribunales creados en virtud de tratados, actualmente abordan las violaciones de los derechos humanos cometidas por los Estados, no la conducta de los grupos armados no estatales.

120 Con respecto al problema de hallar un listado de referencia de los derechos humanos que sea relevante para los diferentes grupos armados no estatales, v. T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*, pp. 177–180, 189–192, 206–208.

121 V. A. Bellal, nota 100 *supra*, Anexo; J. Burniske, N. K. Modirzadeh y D. A. Lewis, nota 100 *supra*, Anexo II. En ciertos casos, las resoluciones condenan explícitamente ciertas violaciones específicas, como la violencia contra niños y mujeres, con inclusión del reclutamiento de niños, la discriminación o la violencia sexual, o exigen protección y acceso para el personal humanitario.

obligaciones de derechos humanos más básicas” durante un conflicto armado, por ejemplo:

las prohibiciones de los asesinatos extrajudiciales, la mutilación, la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, la desaparición forzada, la violación, otros tipos de violencia sexual relacionados con el conflicto, la esclavitud sexual y otras formas de esclavitud, el reclutamiento y uso de niños en las hostilidades armadas, y la detención arbitraria¹²².

Esta superposición parece reflejar la realidad de las situaciones que se deben examinar mediante los procedimientos especiales o las comisiones de investigación, las cuales son, con frecuencia, conflictos armados no internacionales. Puesto que esas situaciones ya son regidas por el DIH, que obliga a todas las partes en conflictos armados, no está claro si la referencia a posibles responsabilidades de derechos humanos que reflejan obligaciones del DIH representa un aporte significativo en la práctica¹²³.

Sin embargo, en otros contextos, los procedimientos especiales también han centrado las exigencias relativas a los derechos humanos en cuestiones que el DIH no aborda. Por ejemplo, el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias recomendó que el LTTE en Sri Lanka “se abstuviera de violar los derechos humanos, [en particular] el respeto de los derechos de libertad de expresión, reunión pacífica, libertad de asociación, vida familiar y participación democrática, incluido el derecho a votar”¹²⁴. En 2012, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-Derechos Humanos) opinó que, cuando diferentes grupos armados no estatales obtuvieron el control del norte de Malí (la situación descrita al comienzo de este artículo), se produjeron graves violaciones de los derechos humanos, entre otras, “violaciones de la libertad de expresión y del derecho a la información, y violaciones del derecho a la educación y a la salud”¹²⁵. El DIH no aborda estas cuestiones, o lo hace solo en forma rudimentaria. Por ello, exigir a los grupos armados no estatales que respeten estos tipos de derechos humanos podría ampliar el marco de referencia aplicado por la comunidad internacional para responsabilizar a esos grupos o incluso las obligaciones jurídicas de los grupos, lo que fortalecería la protección de las personas que viven bajo su control.

122 Misión de las Naciones Unidas en la República de Sudán del Sur, *Conflict in South Sudan: A Human Rights Report*, 8 de mayo de 2014, párr. 18.

123 Sin embargo, cabe destacar que, con respecto a ciertos temas, como la edad mínima para el reclutamiento, el DIH y el DIDH abordan la misma cuestión, pero establecen normas diferentes. Compárese el art. 4(3) (c) del PA II con el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, A/HRC/22/33, 7 de enero de 2012.

124 P. Alston, nota 110 *supra*, párr. 85.

125 Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Malí*, doc. ONU A/HRC/22/33, 7 de enero de 2012.

Estos ejemplos demuestran que la referencia a los derechos humanos puede aportar una protección mayor, sobre todo fuera de los conflictos armados o al invocar derechos que el DIH no aborda. Sin embargo, en los casos en que el DIH prevé una obligación jurídica bien fundada, el DIH brinda a los abogados el argumento más sólido.

Es preciso analizar con cuidado el ámbito de las posibles responsabilidades de derechos humanos

Otra cuestión que se debe tener en cuenta a la hora de formular exigencias relativas a los derechos humanos a los grupos armados no estatales es si la conducta esperada consiste en respetar los derechos humanos (obligaciones negativas, lo que significa exigir que los grupos armados no estatales se abstengan de determinadas conductas), o si también consiste en proteger y realizar los derechos humanos (obligaciones positivas, lo que significa solicitar a los grupos armados no estatales que adopten ciertas medidas). En la mayoría de los casos en que las resoluciones o los expertos de la ONU mencionan los derechos humanos al dirigirse a un grupo armado no estatal, condenan las violaciones o los abusos de los derechos humanos o piden que el grupo “respete” esos derechos. Por ende, exigen que el grupo se abstenga de incurrir en determinadas conductas. Aunque, en cierto momento, esa práctica era novedosa en el ámbito del derecho internacional, sigue considerándose un enfoque sensible desde el punto de vista político y continúa sujeta a debate, en lo sustancial no parece modificar las normas que ya son vinculantes para los grupos armados no estatales o sus miembros conforme al derecho nacional. En efecto, la exigencia de abstenerse de interferir con los derechos humanos de otras personas refleja una obligación a la que todos los individuos deberían normalmente estar sujetos en virtud del derecho nacional, ya que, para implementar sus obligaciones de derechos humanos, los Estados deben crear y hacer cumplir un marco jurídico que garantice que las personas o grupos de personas no interfieran con los derechos humanos de los demás¹²⁶. Así pues, el derecho nacional del Estado territorial debería prohibir de antemano que un grupo armado no estatal y sus miembros violen los derechos humanos. En este sentido, hasta podría considerarse que las condenas de las violaciones o abusos de los derechos humanos y las exigencias de respetar esos derechos refuerzan el derecho que debería estar vigente en cada Estado. Al invocar un ordenamiento jurídico diferente y las normas internacionales

126 Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos, “sólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos [en el PIDCP] si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas”. Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 31, “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 8. V. también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia, 29 de julio de 1988, párr. 175; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, Comunicación n.º 245/02, Sentencia, 15 de mayo de 2006, párrs. 143–147.

junto con sus mecanismos de aplicación (en la medida en que estos sean aplicables a los grupos armados no estatales) en lugar del derecho nacional, al menos el contenido principal de las obligaciones de los grupos armados no estatales o de sus miembros no debería necesariamente sufrir cambios¹²⁷.

Sin embargo, no se puede llegar a una conclusión análoga cuando se exhorta a los grupos armados no estatales a proteger o realizar los derechos humanos. Esas responsabilidades no reflejarían las normas que obligan a los individuos o a los grupos conforme al derecho nacional. Exigir que un grupo armado no estatal proteja los derechos humanos de las personas que viven bajo su control o que adopte medidas para la realización gradual de sus derechos humanos trae consigo efectos considerablemente más amplios. No obstante, en algunas situaciones, los expertos en derechos humanos han tenido en cuenta las obligaciones de derechos humanos positivas de los grupos armados no estatales. Por ejemplo, la Comisión de Investigación para Libia observó, con respecto a los ataques contra trabajadores migrantes y a la violencia sexual cometida por civiles en zonas bajo el control del Consejo Nacional de Transición, que esos actos “ponen de manifiesto la falta de protección contra la violencia de actores no estatales” por parte de las autoridades no estatales¹²⁸. Esos informes parecen basarse en la posición de ONU-Derechos Humanos, que ha argumentado que “[c]ada vez más se considera que, en ciertas circunstancias, también los actores no estatales pueden estar obligados por el derecho internacional de los derechos humanos y pueden contraer, voluntariamente o no, la obligación de respetar y proteger los derechos humanos y de garantizar su disfrute”¹²⁹.

La referencia a “ciertas circunstancias” en esta afirmación indica que las exigencias de proteger y realizar los derechos humanos dependen en gran medida del contexto. Como han señalado algunos académicos, mientras que “las obligaciones negativas de abstenerse de hacer daño pueden ser aplicables independientemente del nivel de control territorial,... los deberes positivos pueden depender en gran medida del grado de control que se ejerce”¹³⁰. En efecto, en el caso de Libia, la Comisión consideró que las autoridades no estatales ejercían “un control *de facto* sobre el territorio similar al de una autoridad gubernamental”¹³¹.

127 Sin embargo, se ha señalado que el hecho de tratar el tema de las obligaciones de derechos humanos directamente con los grupos armados no estatales podría legitimar a esos grupos. V. Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, doc. ONU E/CN.4/RES/1992/72, 5 de marzo de 1992, párrs. 614, 627. Para acceder a un examen de esta cuestión, v. G. Giacca, nota 28 *supra*, pp. 248–249. Para consultar una opinión opuesta, v. Frédéric Mégret, “Detention by Non-State Armed Groups in NIACS”, en E. Heffes, M. D. Kotlik y M. J. Ventura (eds.), nota 103 *supra*, p. 186; J.-M. Henckaerts y C. Wiesener, nota 103 *supra*, p. 207.

128 Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Internacional de Investigación encargada de investigar todas las presuntas violaciones de las normas internacionales de derechos humanos en la Jamahiriya Árabe Libia*, doc. ONU A/HRC/17/44, 1º de junio de 2011, párr. 218.

129 ONU-Derechos Humanos, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, 2011, p. 26. Para acceder a un excelente análisis de la capacidad de los grupos armados para respetar, proteger y realizar los derechos humanos, v. D. Murray, nota 5 *supra*, pp. 181–192.

130 G. Giacca, nota 28 *supra*, p. 267.

131 Consejo de Derechos Humanos, nota 14 *supra*, párr. 62.

Existen algunos grupos armados no estatales con tales capacidades, pero son, en gran medida, la excepción; la mayoría de los grupos armados no estatales que son parte en los conflictos armados no internacionales contemporáneos carecen de la capacidad necesaria para actuar de manera comparable a los Estados en un territorio definido¹³².

La exigencia de que los grupos armados no estatales protejan y realicen los derechos humanos es potencialmente importante y requiere un análisis cuidadoso en cada contexto. Por ello, las obligaciones positivas de los grupos armados no estatales que superan el ámbito de las normas de abstención no son necesariamente inusuales. Por ejemplo, el DIH exige que todas las partes en un conflicto armado no internacional recojan y asistan a los heridos y enfermos y, si se llevan a cabo juicios, el DIH requiere realizar esfuerzos importantes para asegurar la aplicación de las garantías judiciales básicas. Sin embargo, la exigencia de que los grupos armados no estatales también protejan y realicen los derechos conferidos por el DIDH sin duda representaría un paso adelante. Por ejemplo, si se pide a un grupo armado no estatal que proteja los derechos humanos de las personas que viven bajo su control, y si esta petición se interpreta por analogía a las obligaciones de derechos humanos de los Estados, significaría que el grupo debería ejercer “el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño” causado por particulares o entidades¹³³. ¿El grupo armado no estatal debería implementar “disposiciones de derecho penal efectivas... respaldadas por la maquinaria de la aplicación de la ley” para hacerlas cumplir?¹³⁴ En otras palabras, exigir que un grupo armado no estatal proteja y realice los derechos humanos podría significar que el grupo deba adoptar leyes, establecer instituciones judiciales y de aplicación de la ley y, como último recurso, utilizar la fuerza o armas de fuego contra las personas que viven bajo su control “en proporción a la gravedad del delito [cometido por un individuo] y al objetivo legítimo que se persiga”¹³⁵. El alcance de esas exigencias es extenso y, según la situación, puede menoscabar la protección de las personas civiles en lugar de fortalecerla. Aun así, se han presentado razones sólidas que justifican esas exigencias para proteger los derechos de las personas que viven bajo el control efectivo de grupos armados no estatales que ejercen un control territorial estable similar al de los Estados: mientras que el Estado territorial sigue teniendo ciertas obligaciones positivas (limitadas) de garantizar los derechos humanos, la medida en que esas obligaciones positivas son eficaces en la práctica es discutible¹³⁶. Y si las obligaciones del Estado realmente son ineficaces, y si el grupo armado no estatal cuenta con las capacidades institucionales necesarias para garantizar la protección

132 V. el artículo de Jerome Drevon e Irénée Herbert en este número de la *International Review*.

133 Comité de Derechos Humanos, nota 126 *supra*, párr. 8.

134 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Osman v. United Kingdom*, solicitud n.º 87/1997/871/1083, Sentencia, 28 de octubre de 1998, párr. 115.

135 V. Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, *Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, 1990.

136 V. T. Rodenhäuser, nota 5 *supra*, pp. 161–164; G. Giacca, nota 28 *supra*, p. 269; J.-M. Henckaerts y C. Wiesener, nota 103 *supra*, p. 214; D. Murray, nota 5 *supra*, pp. 172–202.

constante de los derechos humanos, puede ser necesario elucidar la cuestión de las responsabilidades de derechos humanos de la autoridad no estatal.

Conclusión

Hoy, decenas de millones de personas viven en territorios controlados exclusivamente por grupos armados no estatales. Además de defender esos territorios con las armas y, como se ha visto en el ejemplo del norte de Malí mencionado al principio de este artículo, muchos grupos también establecen alguna forma de gobernanza, incluso adoptando nuevas “leyes” o reglamentos y estableciendo instituciones encargadas de hacer cumplir esas normas.

En el presente artículo, se ha demostrado que el DIH proporciona a la población civil un marco de protección esencial contra diversos actos cometidos por los grupos armados no estatales, en particular, la mayoría de las formas de la violencia física. Durante el curso de un conflicto armado no internacional, el DIH se aplica en todo el territorio controlado por cualquiera de las partes en el conflicto y con respecto a todos los actos que tienen un nexo con el conflicto. El análisis de las normas relevantes del DIH, de las interpretaciones de los expertos y de la jurisprudencia del derecho penal internacional sugiere que los actos violentos contra la vida y la integridad física –como el asesinato, todas las formas de maltrato, la violencia sexual, las mutilaciones o el dictado de sentencias sin juicio justo– cometidos por los grupos armados no estatales contra las personas que viven bajo su control constituyen violaciones del DIH aunque se afirme que esos actos forman parte de la “gobernanza rebelde”. Si bien se ha argumentado que tales actos están demasiado alejados de la conducción de las hostilidades como para incluirlos en el ámbito de aplicación del DIH, la opinión más correcta es que las garantías fundamentales establecidas en el DIH protegen a todas las personas que se encuentran en manos de una parte no estatal en un conflicto. No cabe duda alguna de que el DIH protege a las personas civiles que residen en territorio ocupado durante un conflicto armado internacional. Por ello, es difícil concebir que los actos de violencia cometidos por grupos armados no estatales contra los civiles que viven bajo su control no se consideren vinculados con el conflicto. En un marco jurídico internacional en el cual el DIH es el único conjunto de normas que indiscutiblemente obliga a los grupos armados no estatales, desde el punto de vista jurídico y de política, sería peligroso descartar este ordenamiento jurídico de manera apresurada.

Dicho esto, también está claro que el DIH se elaboró para proteger a las víctimas de los conflictos armados contra la violencia y para abordar las necesidades humanitarias urgentes relacionadas con el conflicto. El DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales no se formuló como un régimen jurídico que reglamenta exhaustivamente la interacción entre las autoridades y las personas sujetas a su poder, ámbito que corresponde al derecho de los derechos humanos. De todos modos, el DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales contiene disposiciones cuyo objetivo es preservar un cierto nivel de vida para la población

en general, lo cual incluye la salud, la educación, el trabajo y la vida familiar. Sin embargo, no se ocupa de cuestiones relacionadas con la capacidad civil de las personas, la participación en la vida civil y política en la sociedad, muchos temas relacionados con la familia, o los derechos sociales y económicos. Concretamente, al analizar las distintas medidas adoptadas por los grupos armados no estatales durante la pandemia de COVID-19, solo el derecho de los derechos humanos aborda la libertad de movimiento o el derecho al trabajo. En consecuencia, hay argumentos válidos para sugerir que la protección jurídica de las personas que viven bajo el control de grupos armados no estatales podría fortalecerse si se exigiera a esos grupos, como cuestión de derecho internacional, que respeten los derechos humanos.

Sin embargo, es difícil concluir –sobre la base de las actuales prácticas de los Estados– que los grupos armados no estatales están sujetos a obligaciones de derechos humanos. No obstante, en las últimas dos décadas, los Estados que participan en los foros pertinentes de la ONU, así como los expertos en derechos humanos, han condenado una y otra vez las violaciones o los abusos de los derechos humanos cometidos por los grupos armados no estatales y los han exhortado a respetar esos derechos. Así ha sucedido, en particular, cuando los grupos armados no estatales controlaban un territorio y actuaban de una manera comparable a la de las autoridades estatales. Con todo, en esta práctica muy discutida y en constante evolución, quedan muchas preguntas sin responder. La más importante es la fuente jurídica de las posibles obligaciones. En muchos casos, tampoco queda claro cuál es el valor añadido de la referencia a los derechos humanos, si las disposiciones invocadas se superponen por completo con las obligaciones jurídicas de los grupos armados no estatales vigentes conforme al DIH. Asimismo, es preciso realizar un análisis cuidadoso para determinar qué tipo de exigencias basadas en los derechos humanos deberían dirigirse a qué tipo de grupos. Por ejemplo, las organizaciones humanitarias o de derechos humanos deberían evaluar, en cada contexto en particular, cuáles serían las posibles consecuencias de exigir que un grupo armado no estatal proteja los derechos humanos, ya que eso puede implicar, a su vez, la exigencia de que el grupo adopte la legislación necesaria y la haga cumplir, o puede motivar un diálogo con el grupo sobre la licitud de su restricción *de facto* de un derecho humano. En realidad, con muchos grupos armados no estatales el diálogo más importante versaría sobre la forma de que el grupo evite o mitigue las consecuencias humanitarias de su conducta, por ejemplo, absteniéndose de usar la fuerza contra las personas civiles o de “castigarlas”, de conformidad con las obligaciones impuestas a los grupos armados no estatales por el DIH.