

El derecho internacional y los grupos armados no estatales en Afganistán

Anysa Bellal, Gilles Giacca y Stuart Casey-Maslen*

Anysa Bellal, Gilles Giacca y Stuart Casey-Maslen son investigadores de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra.

Resumen

Un régimen jurídico eficaz para regir las acciones de los grupos armados no estatales en Afganistán debería abarcar no sólo el derecho internacional humanitario sino también el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien la aplicabilidad del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 está fuera de discusión, el modo y el alcance de la aplicación del Protocolo adicional II son más difíciles de evaluar, en particular, en lo referente a los varios grupos armados que operan en el país. La aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos a los grupos armados no estatales (considerados en este artículo como actores importantes, sobre todo en Afganistán) sigue siendo una cuestión muy controvertida. Sin embargo, su aplicabilidad a los grupos que ejercen control sobre la población está cada vez más aceptada. Más aún, las violaciones de las normas imperativas del derecho internacional también pueden comprometer la responsabilidad jurídica de estos actores.

* Las opiniones vertidas en este artículo pertenecen exclusivamente a los autores y no reflejan necesariamente la visión de la Academia de Ginebra. Los autores quisieran expresar su sincera gratitud a los profesores Andrew Clapham y Marco Sassòli por sus valiosos comentarios a la primera versión del presente artículo.

El conflicto de Afganistán es uno de los más largos del mundo contemporáneo en los que participa una coalición internacional de fuerzas militares. En octubre de 2001, Estados Unidos inició una serie de ataques aéreos en Afganistán, seguidos de una ofensiva por tierra que recibió el nombre de “Operación Libertad Duradera”. Los ataques tenían como finalidad derrocar al gobierno talibán y expulsar a las fuerzas de Al Qaeda emplazadas en el país después de los ataques terroristas a Estados Unidos del 11 de septiembre de 2001. Desde entonces, el conflicto armado se ha extendido por distintas regiones del país y ha crecido considerablemente en intensidad. Los talibanes, que han cobrado nuevo impulso¹, y otros grupos armados no estatales se enfrentan con las fuerzas del Gobierno afgano y la coalición internacional integrada por unos 150.000 hombres² pertenecientes a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF, por su sigla en inglés)³ y la Operación Libertad Duradera.

En este artículo, se analiza la aplicación y la implementación del derecho internacional por los grupos armados no estatales en Afganistán⁴ examinando la aplicación a dichos grupos de los marcos jurídicos del derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). La primera parte está dedicada al estudio detallado de las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II y su aplicabilidad a las acciones de los grupos armados no estatales que operan en Afganistán. También se incluye un análisis somero del DIH consuetudinario con el fin de encontrar otras normas aplicables. Si bien la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a las acciones de los grupos armados no gubernamentales es objeto de controversia, en la práctica, los organismos internacionales tienden a considerar a estos actores como responsables de violaciones de los derechos humanos, al menos en el plano político. Desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad es más evidente en el caso de los grupos que ejercen control sobre

- 1 Sobre la derrota de los talibanes y su resurgimiento como una importante fuerza de combate, v., por ejemplo, Ahmed Rashid, *Taliban*, Londres/Nueva York, I. B. Tauris, 2010, en especial el cap. 17, “The Taliban resurgent, 2000-2009”, pp. 217-246.
- 2 V., por ejemplo, Jonathon Burch, “Foreign troop deaths in Afghanistan near 600 for 2010”, Reuters, 24 de octubre de 2010, disponible en línea en <http://www.reuters.com/article/idUSTRE69N0ZN20101024> (consultado el 18 de enero de 2011).
- 3 Desde 2003, la ISAF ha sido una operación de la Organización para el Tratado del Atlántico Norte (OTAN), cuya misión hoy es “ayudar al gobierno de la República Islámica de Afganistán a conducir [...] operaciones en Afganistán con el fin de reducir la capacidad y la voluntad de los insurgentes”. Misión de la ISAF, disponible en línea en <http://www.isaf.nato.int/mission.html> (consultado el 18 de enero de 2011).
- 4 A los efectos del presente artículo, un grupo armado no estatal es un grupo armado que no pertenece al Estado o los Estados en los cuales desarrolla hostilidades, que no está bajo el control de ese Estado o Estados y que tiene objetivos políticos, religiosos y/o militares. En consecuencia, no están incluidos ni compañías militares privadas ni bandas criminales, aunque un polémico estudio de la Comisión de Servicios Armados del Senado de Estados Unidos “revela la existencia de contratistas de seguridad privados que enviaban fondos de los contribuyentes a caudillos y señores de la guerra de Afganistán vinculados con asesinatos, secuestros y sobornos, así como a talibanes y otros actores dedicados a operaciones contrarias a la Coalición”. V. Comisión de Servicios Armados, “Inquiry into the role and oversight of private security contractors in Afghanistan”, Informe y opiniones adicionales, Senado de Estados Unidos, 28 de septiembre de 2010, p. i, disponible en línea en <http://armed-services.senate.gov/Publications/SASC%20PSC%20Report%2010-07-10.pdf> (consultado el 18 de enero de 2011).

una porción del territorio o una parte de la población, o cuando se infringen las normas fundamentales de los derechos humanos. Por último, se analizan los esfuerzos realizados para implementar el derecho aplicable en Afganistán y se proponen otras medidas para fortalecer el respeto de la ley por parte de los grupos armados no estatales, en particular los talibanes⁵.

Grupos armados no estatales en Afganistán

No existe acuerdo entre los especialistas respecto de la envergadura y la estructura de los grupos armados no estatales de Afganistán, ni sobre la naturaleza de las relaciones entre los distintos grupos. Los talibanes surgieron a principios de la década de 1990 en el norte de Pakistán, en el contexto de violencia posterior a la retirada de las tropas soviéticas de Afganistán⁶. Desde su zona de influencia inicial en el sudoeste de Afganistán, extendieron rápidamente su poder por el resto del país. En septiembre de 1996, tomaron la capital, Kabul⁷; en 1998, ya controlaban casi el 90% del territorio. Pakistán, Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos fueron los únicos tres Estados que reconocieron la legitimidad del gobierno de los talibanes en Afganistán, donde detentaron el poder hasta su derrota militar a manos de la coalición internacional encabezada por Estados Unidos en 2001⁸.

Después de la derrota, los grupos insurgentes se levantaron contra el gobierno elegido en 2002, y el levantamiento ha ido creciendo en intensidad año tras año⁹. La Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán (UNAMA) los describe como “elementos antigubernamentales” que “comprenden individuos y grupos armados de diversas extracciones, con distintas motivaciones y estructuras de mando,

- 5 De acuerdo con Ahmed Rashid, periodista y escritor pakistaní, “un talibán es un estudioso del Islam que persigue el conocimiento, mientras que un mulá es quien posee y brinda el conocimiento. Al denominarse talibanes, tomaron distancia de la política partidaria de los muyahidines y se definieron como un grupo que persigue la limpieza de la sociedad y no como un partido que tiene como objetivo tomar el poder”. A. Rashid, nota 1 *supra*, pp. 22-23.
- 6 V., por ejemplo, James Fergusson, *Taliban: The True Story of the World's Most Feared Fighting Force*, Londres, Bantam Press, 2010, p. 15.
- 7 V., por ejemplo, BBC, “Who are the Taliban?”, 1º de octubre de 2010, disponible en línea en <http://www.bbc.co.uk/news/worldsouth-asia-11451718> (consultado el 18 de enero de 2011).
- 8 International Crisis Group, “Taliban propaganda: winning the war of words?”, disponible en línea en <http://www.crisisgroup.org/en/regions/asia/south-asia/afghanistan/158-taliban-propaganda-winning-the-warof-words.aspx> (consultado el 18 de enero de 2011).
- 9 El aumento de la intensidad se observa tanto en la esfera militar como en la civil. El sitio web no gubernamental Icasualty informa que las bajas militares de la coalición internacional pasaron de ser 12 en 2001 a 191 en 2006, 521 en 2009 y 711 en 2010. Disponible en línea en <http://icasualties.org/OEF/Index.aspx> (consultado el 18 de enero de 2011).

incluidos los caracterizados como talibanes, la red Haqqani¹⁰, Hezb-e-Islami¹¹ y otros¹². Se desconoce la naturaleza exacta de las relaciones entre los distintos grupos dentro de Afganistán y en el vecino país de Pakistán¹³. Según cálculos de organismos estadounidenses, las fuerzas talibanes de Afganistán cuentan con unos 25.000 hombres, aunque hay quienes no están de acuerdo con esa cifra¹⁴. En 2010, los talibanes controlaban el sur y el este del país, y algunos bolsones en el norte y el oeste, y “en 2009 iniciaron una serie de audaces ataques en zonas urbanas”¹⁵. Se cree que los talibanes de Afganistán todavía están bajo el mando del mulá Omar, un

- 10 “La red Haqqani, así denominada en honor a su líder Jalaluddin Haqqani, es un grupo que forma parte de la insurgencia afgana que actúa desde el territorio de Waziristán del Norte, en las Áreas Tribales bajo Administración Federal. El grupo opera principalmente en la región oriental de Afganistán, en las provincias de Paktia, Paktika, Khost, Ghazni Wardak y Kabul”. Instituto para el Estudio de la Guerra, “Haqqani network”, disponible en línea en <http://www.understandingwar.org/themenode/haqqani-network>. V. también GlobalSecurity.org, “Haqqani network”, disponible en línea en <http://www.globalsecurity.org/military/world/para/haqqani.htm> (consultados el 18 de enero de 2011). Haqqani es un ex ministro talibán de Asuntos Tribales. V. A. Rashid, nota 1 *supra*, p. 224. Según James Fergusson, Haqqani siempre ha estado ideológicamente más cerca de Al Qaeda que de los talibanes. El autor cita un informe publicado por *The New York Times* en el que se afirma que la red Haqqani tenía “quizá 12.000 integrantes a finales de 2009”. J. Fergusson, nota 6 *supra*, p. 130, citando a Jane Perlez, “Rebuffing US, Pakistan balks at crackdown”, *The New York Times*, 14 de diciembre de 2009, disponible en línea en <http://www.nytimes.com/2009/12/15/world/asia/15haqqani.html> (consultado el 25 de enero de 2011).
- 11 De acuerdo con GlobalSecurity.org, “Hizb-i-Islami Gulbuddin actúa como una banda criminal y apóstol de Al Qaeda. [...] A comienzos de la década de 1990, Gulbuddin Hekmatyar fue primer ministro de Afganistán. Fue el principal responsable de las hostilidades que dejaron a Kabul en ruinas. Hizb-e-Islami fue un aliado clave, el favorito del Servicio de Inteligencia Interior pakistani. La facción de Hekmatyar fue perdiendo el apoyo que tenía en Pakistán en tanto que la de Omar fue adquiriendo cada vez más poder a finales de la década de 1990. Después de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, Hekmatyar, integrante de la etnia pastún, formó una alianza contra la coalición con el líder talibán Muhammad Omar y lo que quedaba de Al Qaeda en el país. La zona en la que Hekmatyar recibía mayor respaldo era la del paso Jyber, cerca de Jalalabad, al este de Kabul, pero aún tiene apoyo en todo el territorio de Afganistán”. GlobalSecurity.org, “Hizb-i-Islami”, disponible en línea en <http://www.globalsecurity.org/military/world/para/hizbi-islami.htm> (consultado el 18 de enero de 2011); v. también J. Fergusson, nota 6 *supra*, cap. 12.
- 12 UNAMA, “Afghanistan: mid year report 2010: protection of civilians in armed conflict”, agosto de 2010, p. 6, disponible en línea en http://unama.unmissions.org/Portals/UNAMA/Publication/August102010_MIDYEAR%20REPORT%202010_Protection%20of%20Civilians%20in%20Armed%20Conflict.pdf (consultado el 18 de enero de 2011).
- 13 Los talibanes resurgieron en Afganistán como el grupo armado no estatal más grande del país y se fortalecieron en Pakistán como entidad separada aunque relacionada con ellos. Tehrik-i-Taliban Pakistán, un movimiento que engloba a los talibanes pakistaníes, se fundó en 2002. V. J. Fergusson, nota 6 *supra*, p. 35. Se comenta que existe una “débil coordinación” entre las diferentes facciones talibanes y grupos militantes. BBC, “Who are the Taliban?”, v. nota 9 *supra*. Desde el 1º de septiembre de 2010, “Tehrik-i-Taliban Pakistán” figura en la lista de “organizaciones terroristas extranjeras” del Departamento de Estado de Estados Unidos, pero no así los talibanes de Afganistán. Oficina del Coordinador de Actividades Antiterroristas, Departamento de Estado de Estados Unidos, “Foreign terrorist organizations”, 15 de octubre de 2010, disponible en línea en <http://www.state.gov/s/ct/rls/other/des/123085.htm> (consultado el 18 de enero de 2011).
- 14 V., por ejemplo, Gilles Dorransoro, “Who are the Taliban?”, *The Huffington Post*, 27 de octubre de 2009, disponible en línea en http://www.huffingtonpost.com/gilles-dorransoro/who-are-the-taliban_b_335592.html (consultado el 18 de enero de 2011).
- 15 International Crisis Group, “Afghanisthan conflict history”, actualizado en enero de 2010, disponible en línea en <http://www.crisisgroup.org/en/key-issues/research-resources/conflict-histories/afghanistan.aspx> (consultado el 18 de enero de 2011).

religioso de aldea que lideró el grupo desde el comienzo y siguió estando al frente cuando los talibanes ocuparon el poder¹⁶. Existen informes que indican que Al Qaeda era débil en Afganistán y que, a fines de 2010, contaba con no más de 50 hombres¹⁷. Tampoco está claro el tipo de relación existente entre Al Qaeda y los talibanes¹⁸.

La población civil afgana paga un precio muy alto por el conflicto armado que afecta al país¹⁹. El sufrimiento se atribuye en gran medida a los grupos armados no estatales. Según Amnistía Internacional, por ejemplo, “los talibanes y otros grupos insurgentes de Afganistán tienen poco respeto por los derechos humanos y el derecho de la guerra, y atacan sistemática y deliberadamente a la población civil, a los trabajadores humanitarios y las construcciones civiles tales como las escuelas (en especial, las escuelas de niñas)”²⁰.

DIH aplicable

Los autores del presente artículo consideran que, en la actualidad, el conflicto armado de Afganistán se rige por las normas del derecho consuetudinario y

- 16 Si bien los talibanes no están incluidos en la lista de organizaciones terroristas extranjeras elaborada por Estados Unidos, el mulá Omar y otras figuras relevantes del grupo talibán aparecen en “la lista completa establecida y actualizada por el Comité del Consejo de Seguridad en virtud de la Res. 1267 relativa a Al Qaeda, Osama bin Laden, los talibanes y otros individuos, grupos, actividades y entidades vinculados con ellos”, disponible en línea en <http://www.un.org/sc/committees/1267/consolist.shtml> (consultado el 18 de enero de 2011).
- 17 En junio de 2010, el jefe de la CIA afirmó que la cifra de combatientes oscilaba entre cincuenta y cien. “La lutte contre al-Qaïda en Afghanistan finira par porter ses fruits selon le patron de la CIA”, RFI, disponible en línea en <http://www.rfi.fr/ameriques/20100628-lutte-contre-al-qaidaafghanistan-finira-porter-fruits-selon-le-patron-cia> (consultado el 18 de enero de 2011). James Fergusson afirma: “Es evidente que desde 2002 no ha habido una presencia significativa de Al Qaeda en Afganistán”. J. Fergusson, nota 6 *supra*, p. 90.
- 18 Según la información publicada por James Fergusson, el mulá Omar no tuvo contacto con Osama bin Laden después de 2001. En un correo electrónico enviado a un periodista en enero de 2007, el mulá escribe: “Nunca hemos tenido la necesidad de mantener una relación permanente en este contexto. [...] Ellos han adoptado la yihad como objetivo y nosotros, la expulsión de las fuerzas norteamericanas de Afganistán”. J. Fergusson, nota 6 *supra*, pp. 92-93.
- 19 V., por ejemplo, Comisión Independiente de Derechos Humanos de Afganistán, “Civilian casualty figure; first seven months of 2010 (1st January - 31st July)”, Kabul, 8 de agosto de 2010, disponible en línea en http://www.aihrc.org.af/2010_eng/Eng_pages/Reports/Thematic/Civilian_Casualties_Jan_Jul31_2010.pdf (consultado el 18 de enero de 2011); UNAMA, nota 12 *supra*.
- 20 Amnistía Internacional, “Afghanistan conference raises fears of sacrificing rights for short-term peace”, 19 de julio de 2010, disponible en línea en <http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/afghanistan-conference-raisesfears-sacrificing-rights-short-term-peace-2010-07-19> (consultado el 18 de enero de 2011).

los tratados aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional²¹. Antes del conflicto armado actual, la violencia imperante en el país pasó por al menos tres etapas desde 2001. La primera fase corresponde a la situación que motivó la invasión conducida por Estados Unidos en octubre de 2001; en ese momento, la violencia entre el gobierno talibán y las fuerzas de la Alianza del Norte constituía un conflicto armado no internacional. La segunda fase comenzó con los ataques contra los talibanes por la coalición encabezada por Estados Unidos el 6 de octubre de 2001, lo que constituía un conflicto armado internacional regido por las normas del derecho consuetudinario y los tratados aplicables²². La cuestión de si las operaciones contra Al Qaeda durante ese conflicto podían considerarse parte del mismo conflicto armado internacional o si representaban un conflicto armado

- 21 Esta opinión está muy extendida. Así, Gran Bretaña considera que las hostilidades forman parte de un conflicto armado no internacional. V., por ejemplo, David Turns, "Jus ad pacem in bello? Afghanistan, stability operations and international law relating to armed conflict", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 39, 2009, p. 236. Alemania también considera que el conflicto no tiene carácter internacional. V. Christian Schaller, "Military operations in Afghanistan and international humanitarian law", Instituto Alemán de Asuntos Internacionales y de Seguridad, SWP Comments, n.º 7, marzo de 2010, p. 2. V. también *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Philip Alston, Misión a Afganistán, A/HRC/11/2/Add.4, párr. 1: "En Afganistán, el conflicto armado se lleva a cabo en una amplia franja del territorio. En términos jurídicos, es un conflicto armado sin carácter internacional entre el gobierno, que cuenta con el apoyo de fuerzas militares internacionales, y diversos grupos armados". Esta postura, sin embargo, no cuenta con apoyo entre los expertos en derecho internacional. Yoram Dinstein sostiene que las hostilidades permanentes entre las fuerzas internacionales y los grupos insurgentes podrían verse como una continuación del conflicto internacional iniciado en octubre de 2001, cuando comenzó la intervención militar dirigida por Estados Unidos contra el gobierno talibán. El conflicto seguiría teniendo carácter internacional hasta la derrota de los talibanes, en paralelo con otro conflicto no internacional entre los talibanes y el gobierno que los sustituyó. V. Yoram Dinstein, "Concluding remarks on terrorism and Afghanistan", *Israel Yearbook on Human Rights*, 2009, p. 325. Una postura similar respecto del mismo tema aparece en Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruselas, Bruylant, 2008 (4ª ed.), p. 175.
- 22 De acuerdo con Stéphane Ojeda, por ejemplo, los talibanes "controlaban y ejercían autoridad en alrededor del 95 por ciento del territorio afgano en octubre de 2001". Stéphane Ojeda, "US detention of Taliban fighters: some legal considerations", en Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, *International Law Studies*, vol. 85, US Naval War College International Studies, Naval War College Press, 2009, pp. 358-359. V. también Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 29, párr. 72. Una opinión contraria de la naturaleza del conflicto aparece en W. Hays Parks, "Combatants", en Schmitt, *The War in Afghanistan*, p. 258: "Los acontecimientos en el terreno y el derecho internacional no indican que los talibanes constituyeran el gobierno de facto, menos aún *de jure*, de Afganistán. [...] La guerra civil no culminó con una clara victoria de los talibanes y su ocupación y control de Afganistán. Cuando se iniciaron las operaciones estadounidenses y de la coalición el 20 de octubre de 2001, la guerra civil no acabó y el poder talibán se había reducido considerablemente." Como se ha comentado, sólo tres Estados habían reconocido al régimen talibán como gobierno legítimo de Afganistán; no obstante, eso no necesariamente lleva a descartar la categorización de las hostilidades como un conflicto de carácter internacional en virtud del Protocolo adicional I, art. 43, párr. 1: "Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa". Cabe preguntarse si esta cláusula ha pasado a constituir una norma consuetudinaria, pues ni Afganistán ni Estados Unidos eran Partes contratantes en el Protocolo adicional I en ese momento. Asimismo, es relevante en relación con el tema de los prisioneros de guerra el III Convenio de Ginebra, art. 4(3), que obliga a reconocer como prisioneros de guerra a "los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora".

no internacional distinto es objeto de debate²³. La tercera fase coincide con la ocupación de Afganistán por parte de Estados Unidos y otras fuerzas extranjeras. La ocupación también se considera un conflicto armado internacional de acuerdo con el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra. No hay consenso entre las autoridades en la materia respecto de la fecha de finalización de la ocupación²⁴.

Sin embargo, la violencia armada posterior era, sin duda, suficientemente intensa para considerarla un conflicto armado no internacional. Los dos conjuntos de disposiciones convencionales que en general se aplican a este tipo de conflictos son el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el 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)²⁵. Afganistán ratificó los cuatro Convenios de Ginebra en 1956 y se adhirió a los dos Protocolos adicionales en junio de 2009; el Protocolo adicional II entró en vigencia en el país el 24 de diciembre de 2009.

En esta sección se analiza la aplicación del artículo 3 y del Protocolo adicional II al conflicto armado de Afganistán. Un aspecto distinto pero relacionado

- 23 Del fallo de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en la causa *Hamdan v. Rumsfeld* se desprende que podría ser la segunda opción. Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.*, 29 de junio de 2006, p. 6, en particular (d)(ii), disponible en línea en <http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf> (consultado el 18 de enero de 2011). Para una visión crítica del fallo *Hamdan*, v. Y. Dinstein, nota 22 *supra*, pp. 56-57, párrs. 129-130. Una reseña general de la aplicación del DIH en el caso de Al Qaeda aparece en Marco Sassòli, “Transnational armed groups and international humanitarian law”, Programa de Investigación de Políticas Humanitarias y Conflictos, Universidad de Harvard, Occasional Paper Series, n.º 6, invierno de 2006.
- 24 Existen al menos cinco momentos posibles. El primero es el establecimiento de un gobierno de transición, en diciembre de 2001, en virtud del Acuerdo de Bonn (establecimiento del gobierno de transición en Afganistán encabezado por Hamid Karzai, el 22 de diciembre de 2001). V. el Acuerdo sobre Órdenes Provisionales en Afganistán hasta el Restablecimiento de un Gobierno Institucional Permanente (Acuerdo de Bonn), S/2001/1154, 5 de diciembre de 2001, art. 1(2)). El segundo es la designación de Karzai como presidente del gobierno provisional por la Loya Jirga (gran asamblea) en junio de 2002. La tercera posibilidad es la aprobación de la nueva constitución en enero de 2004. La cuarta son las elecciones presidenciales de octubre de 2004, en las que Karzai salió victorioso. La quinta fecha son las elecciones legislativas del año 2005. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), por ejemplo, considera que la designación de Karzai como jefe del gobierno provisional en junio de 2002 representó un cambio en la naturaleza jurídica del conflicto, que se transformó entonces en un conflicto no internacional. V. CICR, “Derecho internacional humanitario y terrorismo: respuestas a preguntas clave”, mayo de 2004, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/faq/5yyqg4.htm> (consultado el 18 de enero de 2011).
- 25 Como se verá más adelante, existe una diferencia respecto del ámbito de aplicación entre el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que establece un umbral relativamente bajo pero que garantiza una protección restringida, y el Protocolo adicional II, que tiene un ámbito de aplicación más restringido pero cuya protección es más amplia y aparece más detallada. No obstante, el artículo 3 común y el Protocolo adicional II sólo son válidos en situaciones de conflicto armado y, en consecuencia, no se aplican a situaciones de “tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. V. Protocolo adicional II, art. 1(2). Se considera que este umbral también es válido en situaciones contempladas en el artículo 3 común. V., por ejemplo, Sylvain Vité, “Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations”, *International Review of the Red Cross*, n.º 873, marzo de 2009, p. 76 [trad. esp. “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”]; Ministerio de Defensa del Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2005, párrs. 15.2 y 15.3.

del análisis es la aplicación directa de cada uno de estos conjuntos de obligaciones jurídicas a todos los grupos armados no estatales intervinientes en el conflicto.

Aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra

La medida en que el artículo 3 común, cuyas disposiciones forman parte del derecho internacional consuetudinario²⁶, rige la conducción de las hostilidades es tema de debate. Para algunos especialistas, el artículo 3 común sólo otorga protección a las personas que se encuentran *bajo el control directo* de una de las partes en el conflicto y, por tanto, no tiene incidencia directa en la conducción de las hostilidades²⁷. Para otros, la referencia a “los atentados contra la vida y la integridad corporal” podría abarcar los actos cometidos durante las operaciones militares. Así, por ejemplo, Rogers afirma:

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra no se ocupa directamente de la conducción de las hostilidades. A primera vista, parecería que sólo protege a las víctimas de dichos conflictos. [...] Sin embargo, una lectura más detallada del texto permite concluir que la protección va mucho más allá. Por ejemplo, el principio de inmunidad civil puede inferirse del párrafo 1, que prohíbe la violencia contra las personas que no participan directamente en las hostilidades²⁸.

Para que se aplique el artículo 3 común, debe existir un “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), deben cumplirse dos requisitos: debe haber

26 V. Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Fallo, 27 de junio de 1986, Informes de la CIJ, 1986, párr. 218. La Corte se pronunció de manera similar en la Opinión consultiva las sobre armas nucleares del 8 de julio de 1996, Informes de la CIJ, 1996, párr. 79. Se han pronunciado a favor de la naturaleza consuetudinaria del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra los tribunales penales internacionales *ad hoc* para ex Yugoslavia y Ruanda. V., en especial, Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), *El fiscal c. Tadić*, Causa IT-94-1-T, Resolución de la Moción de la Defensa para una Impugnación Interlocutoria a la Jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párr. 98; Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), *El fiscal c. Akayesu*, Causa TPIR-96-4-T, Fallo, 2 de septiembre de 1998, párr. 608.

27 V., por ejemplo, Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 83; G. I. A. D. Draper, “Wars of national liberation and war criminality”, en Michael Howard (ed.), *Restraints on War: Studies in the Limitation of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 183; Georges Abi-Saab, “Non-international armed conflicts”, *International Dimensions of Humanitarian Law*, Dordrecht, UNESCO y Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 235. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional también parece distinguir entre actos prohibidos por el artículo 3 común y otras infracciones cometidas durante la conducción de las hostilidades. V. Estatuto de Roma, arts. 8(2)(c) y 8(2)(e).

28 A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester, Manchester University Press, 2004 (2ª ed.), p. 221. V. también Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 58-61.

un estado de violencia armada “prolongada”²⁹ y alguno de los grupos armados no estatales debe tener cierto nivel de organización para que se lo considere parte en el conflicto según el derecho internacional³⁰.

Como se explicó anteriormente, Afganistán es un Estado Parte en los Convenios de Ginebra y, durante gran parte de la última década, la violencia entre el gobierno afgano y las fuerzas militares internacionales, por un lado, y los grupos armados organizados (en particular, los talibanes, pero no sólo ellos), por el otro, ha sido de tal intensidad que se considera un conflicto armado. También se ha sostenido, en relación con el requisito de organización de los grupos armados no estatales para que se los considere partes en el conflicto, que los cuatro grupos principales (los talibanes, la red Haqqani, Hezb-e-Islami y Al Qaeda en Afganistán) han demostrado tener un nivel de organización que los hace directamente responsables ante el DIH³¹. En el caso de los talibanes, la publicación de lo que no es sino un código de conducta militar es prueba de la existencia de una estructura de mando y de mecanismos y normas disciplinarias dentro del grupo³².

La medida en que el artículo 3 común se refiere directamente a los grupos armados no estatales es tema de debate. El artículo establece que “cada una de las

29 TPIY, *El fiscal c. Tadic*, nota 26 *supra*, párr. 70. “Prolongados” aquí se refiere particularmente a la intensidad de la violencia armada y no solamente a su duración, no obstante el significado corriente de la palabra. TPIY, *El fiscal c. Haradinaj*, Causa IT-04-84-84-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 3 de abril de 2008, párr. 49; v. también S. Vité, nota 25 *supra*, pp. 76-77.

30 Con respecto al nivel de organización de los grupos armados no estatales, los tribunales internacionales y los expertos académicos han creado una serie de elementos indicativos o guías “útiles” que se pueden tener en cuenta para decidir el grado necesario de organización del grupo, aunque ninguno de esos elementos es por sí solo fundamental para establecer si se cumple el requisito de organización. V. Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary: First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, CICR, Ginebra, 1952, pp. 49-50, disponible en línea en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/365-570006?OpenDocument> (consultado el 19 de enero de 2011); TPIY, *El fiscal c. Tadic*, nota 26 *supra*, párr. 70; TPIY, *El fiscal c. Delalic*, Causa IT-96-21-T, Fallo, 16 de noviembre de 1998, párr. 184; TPIY, *El fiscal c. Haradinaj*, nota 29 *supra*, párr. 60; TPIY, *El fiscal c. Boskoski*, Causa IT-04-82, Fallo (Sala de Primera Instancia), 10 de julio de 2008, párrs. 199-203; TPIR, *El fiscal c. Akayesu*, nota 26 *supra*, párr. 619; TPIR, *El fiscal c. Rutaganda*, Causa ICTR-96-3, Fallo (Sala de Primera Instancia I), 6 de diciembre de 1999, párr. 93. V. también Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, “Report Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004”, 25 de enero de 2005, párrs. 74-76; Asociación de Derecho Internacional, Comisión sobre Uso de la Fuerza, “Final report on the meaning of armed conflict in international law”, 2010, pp. 28-33, disponible en línea en <http://www.ila-hq.org/en/committees/draft-committee-reports-the-hague-2010.cfm> (consultado el 18 de enero de 2011).

31 Por ejemplo, el Departamento de Estado de Estados Unidos reconoce la existencia de un “conflicto armado con Al Qaeda, los talibanes y grupos vinculados con ellos”. Harold Hongju Koh, “The Obama administration and international law”, trabajo presentado en la reunión anual de la Sociedad de Derecho Internacional de Estados Unidos, Washington D.C., 25 de marzo de 2010, disponible en línea en <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm> (consultado el 18 de enero de 2011).

32 Para más información sobre las “Reglas del Emirato Islámico de Afganistán para los muyahidines”, v. “Taliban issues code of conduct”, Al-Jazeera, 28 de julio de 2009, disponible en línea en <http://english.aljazeera.net/news/asia/2009/07/20097278348124813.html> (consultado el 18 de enero de 2011). Para tener un panorama general, v. Programa de Estudios Culturales y de Conflictos, “Understanding Afghan culture: analyzing the Taliban code of conduct: reinventing the Layeha”, Departamento de Asuntos de Seguridad Nacional, Escuela Naval de Posgrado, agosto de 2010, p. 3, disponible en línea en <http://info.publicintelligence.net/Layeha.pdf> (consultado el 18 de enero de 2011).

Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo” las disposiciones que contiene. Algunos especialistas afirman que la expresión “cada una de las Partes en conflicto” no se aplica a los grupos armados no estatales, incluso si cumplen los criterios para ser partes en el conflicto, sino sólo a las fuerzas armadas gubernamentales³³. Sin embargo, la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y el trabajo académico han demostrado que el artículo 3 común se aplica directamente a los grupos armados no estatales³⁴.

Pese a esta aparente certeza, los mecanismos jurídicos concretos que obligan a los grupos no estatales a cumplir con las normas del DIH no están tan claros³⁵. Se han esgrimido distintos argumentos jurídicos para explicar cómo y por qué la acción de los grupos armados no estatales está sujeta a ciertas normas del derecho internacional. El primer argumento (y, para muchos, el más convincente) es que los grupos armados no estatales se rigen por el DIH consuetudinario³⁶. En consecuencia, al menos en el caso del artículo 3 común, la disposición expresa el derecho internacional consuetudinario y es, por tanto, aplicable a todas las partes en conflicto sin necesidad de ratificación formal³⁷. Un segundo enfoque, conocido como doctrina de jurisdicción legislativa, consiste en afirmar que las normas del DIH rigen para todos los particulares, incluidos los grupos armados no estatales, a través del derecho nacional, por medio de la integración de dichas normas en la legislación nacional o

33 Se ha propuesto que “Parte” (con “P” mayúscula) significa “Alta Parte Contratante”, es decir los Estados, y que la forma abreviada se usa para evitar las repeticiones. V., por ejemplo, Svetlana Zašova, “L’ applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés”, en Jean-Marc Sorel y Corneliu-Liviu Popescu (eds.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflits armés*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 58; L. Zegveld, nota 27 *supra*, p. 61.

34 En *Nicaragua c. Estados Unidos de América*, por ejemplo, la CIJ confirmó que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se aplicaba a los contras, la oposición armada: “El conflicto entre los contras y el gobierno de Nicaragua es un conflicto armado ‘sin carácter internacional’. Las acciones de los contras contra el gobierno nicaragüense se rigen, entonces, por el derecho aplicable a tales conflictos”. CIJ, *Nicaragua c. Estados Unidos de América*, nota 26 *supra*, párr. 219. V. también Marco Sassòli, “Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, 2010, p. 12.

35 Por ejemplo, en 2004, eludiendo el asunto, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) sólo afirmó que “se entiende que todas las partes en un conflicto armado, sean éstas Estados o grupos no estatales, deben regirse por el derecho internacional humanitario, aunque sólo los Estados pueden ser partes en los tratados internacionales”. TESL, *El fiscal c. Sam Hinga Norman*, Causa TESL-2004-14AR72(E), Decisión sobre la moción preliminar basada en la falta de jurisdicción (Reclutamiento de niños), 31 de mayo de 2004, párr. 22.

36 V., por ejemplo, Daniel Bethlehem, “The methodological framework of the study”, en Elizabeth Wilmschurst y Susan Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 8.

37 Por ello, se ha afirmado: “Sin duda, el artículo [3 común a los Convenios de Ginebra] es vinculante tanto para Estados como para fuerzas insurgentes y éstas últimas deben regirse por el derecho internacional humanitario [...]. [Una] teoría convincente sostiene que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, [los insurgentes] deben cumplir con las obligaciones que establece el artículo 3 común, destinadas a proteger a la humanidad”. TESL, *El fiscal c. Morris Kallon y Brima Bazy Kamara*, TESL-2004-15-AR72(E) y TESL-2004-16-AR72(E), Decisión sobre el cuestionamiento a la jurisdicción: amnistías conferidas por el Acuerdo de Lomé, Sala de Apelaciones, 13 de marzo de 2004, párrs. 45-47. V. también L. Moir, nota 28 *supra*, pp. 56-58.

la aplicabilidad directa de las normas de aplicación inmediata³⁸. Esta teoría no está exenta de problemas, pues lo que se discute no es el hecho de que los grupos armados no estatales estén sujetos al derecho interno, sino la reglamentación directa de las acciones de esos grupos por el derecho internacional³⁹. El tercer argumento se basa en los principios generales que gobiernan el carácter vinculante de los tratados respecto de terceros, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁴⁰. Esto implicaría investigar la intención de los Estados contratantes de imponer obligaciones a terceros y de las partes a aceptar esas obligaciones⁴¹. Sin embargo, este enfoque es fácilmente refutable, si se tiene en cuenta que la Convención de Viena sólo se refiere a tratados entre Estados que imponen obligaciones a (otros) Estados. En cuarto lugar, es posible considerar que, cuando ejercen un poder efectivo sobre la población o el territorio de un Estado, los grupos armados no estatales deben cumplir con las obligaciones del Estado en cuestión⁴². El argumento es débil, sin embargo, pues en el artículo 3 común (a diferencia del Protocolo adicional II), el control territorial no es requisito para la aplicabilidad y, como señala Moir, no todos los grupos pretenden reemplazar al Estado⁴³.

El análisis detallado de la validez relativa de las distintas teorías excede el alcance del presente artículo. Baste con mencionar que, si bien la fundamentación jurídica de esta conclusión sigue siendo objeto de debate, ya no se discute —y hasta se ha convertido en la postura más “corriente”—⁴⁴ que los grupos armados no estatales deben responder por sus actos ante el DIH.

Aplicación del Protocolo adicional II

La entrada en vigor del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 en Afganistán en diciembre de 2009 permite preguntarse

- 38 Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (en adelante, Comentario CICR), Ginebra, CICR/Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 1.345; Sandesh Sivakumaran, “Binding armed opposition groups”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, p. 381.
- 39 V. Antonio Cassese, “The status of rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-international Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, n.º 2, abril de 1981, p. 429.
- 40 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, art. 35, 1969; A. Cassese, nota 39 *supra*, pp. 424-429.
- 41 Algunos expertos sostienen que esta teoría conduce a la aplicación individual de las disposiciones del DIH a los grupos armados no estatales, sólo si cada grupo tiene la voluntad de aplicarlas. Ésta es una desventaja considerable. Además, como observa Zegveld, requerir el consentimiento de un grupo armado no estatal implicaría que “equipararlo con el Estado, lo que obviamente ha sido inaceptable para los Estados y los organismos internacionales”. L. Zegveld, nota 27 *supra*, p. 18.
- 42 De acuerdo con el CICR, “La obligación de la parte en el conflicto que representa la autoridad establecida no plantea problemas. [...] [S]i la autoridad responsable que los dirige ejerce una soberanía efectiva, está obligada por su propia pretensión de representar al país o a una parte de éste”. Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary: Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Ginebra, CICR, 1958, p. 37; M. Sassòli, nota 34 *supra*, pp. 5-51.
- 43 L. Moir, nota 28 *supra*, pp. 55-56.
- 44 Andrew Clapham, *The Rights and Responsibilities of Armed Non-state Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement*, 1º de febrero de 2010, p. 6, disponible en línea en ssrn.com/abstract=1569636 (consultado el 18 de enero de 2011).

acerca de su aplicabilidad en el actual conflicto armado. De acuerdo con el artículo 1, párrafo 1, el Protocolo se aplicará

“[...] a todos los conflictos armados que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”⁴⁵.

El Protocolo adicional II tiene un umbral de aplicación más elevado que el artículo 3 común. Además de la existencia de un conflicto armado entre el gobierno y grupos insurgentes en el territorio de una Alta Parte Contratante⁴⁶, de acuerdo con el artículo 1, párrafo 1, se han de cumplir tres condiciones materiales acumulativas: los grupos armados organizados deben estar bajo la dirección de un mando responsable; deben ejercer control sobre una parte del territorio de modo tal de poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y el control territorial debe ejercerse de modo tal que permita aplicar el Protocolo. Cuando esos criterios acumulativos de aplicación del Protocolo adicional II se cumplen objetivamente, el Protocolo es “aplicable inmediata y automáticamente”, más allá de las opiniones de las partes en el conflicto⁴⁷.

Mando responsable

Se requiere que el grupo cuente con una organización y un “sistema para asignar autoridad y responsabilidades”⁴⁸. El “Código de conducta” de los talibanes prueba que el grupo tiene un sistema de ese tipo, de modo que puede afirmarse que los talibanes cumplen con este requisito de organización, aunque existe al menos un especialista que ha cuestionado esta afirmación⁴⁹.

Control sobre una parte del territorio

Existen distintas versiones acerca de la medida en que los talibanes controlaban efectivamente el territorio de Afganistán. En diciembre de 2008, por ejemplo, se decía que los talibanes habían extendido su área de influencia al 72 por ciento del país, “confiando en su expansión más allá de las zonas rurales del sur”. Se dijo también que

45 Así, según observa Moir, las condiciones establecidas en el art. 1 del Protocolo implican que sólo se aplica a “los conflictos de mayor intensidad y a gran escala”. L. Moir, nota 28 *supra*, p. 101.

46 A diferencia del Protocolo adicional II, el artículo 3 común también rige los conflictos armados entre grupos armados no estatales, por ejemplo, en un Estado fallido.

47 Comentario CICR, nota 38 *supra*, p. 1.353; TPIR, *El fiscal c. Akayesu*, nota 26 *supra*, párr. 624.

48 Michael Bothe, Karl J. 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*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 626. V., en general, Comentario CICR, nota 38 *supra*, p. 1.352. V. también TPIR, *El fiscal c. Akayesu*, nota 26 *supra*, párr. 626.

49 D. Turns, nota 21 *supra*, p. 230.

“los talibanes están a las puertas de la capital, infiltrándose en la ciudad a su antojo”⁵⁰. También se comentó que los talibanes no controlan una gran franja del territorio sino distintas zonas intercaladas con las que se encuentran en poder del gobierno⁵¹.

El requisito del control territorial es, sin embargo, meramente funcional. El control debe ser suficiente para permitir a los talibanes realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo adicional II, condiciones que se analizan a continuación. Por ello, el criterio no se basa en la cantidad de miembros del grupo armado presentes ni en la duración de la ocupación del territorio⁵².

Operaciones militares sostenidas y concertadas contra las fuerzas armadas gubernamentales

Por operaciones militares “sostenidas” contra las fuerzas armadas gubernamentales se entienden aquellas operaciones que se mantienen en el tiempo, mientras que “concertadas” quiere decir aquí “operaciones acordadas, ideadas y planificadas, ejecutadas de acuerdo con un plan”⁵³. Dada la intensidad de las hostilidades en Afganistán y la cantidad de bajas en las filas de las fuerzas que luchan contra los talibanes (v. Introducción), este criterio se cumple perfectamente.

Aplicación del Protocolo adicional II

La capacidad de aplicar el Protocolo adicional II se considera el “criterio fundamental” que justifica los otros elementos de la definición del artículo 1 de este Protocolo⁵⁴. Se ha sostenido incluso que la condición de que los grupos armados no estatales tengan la capacidad de cumplir las obligaciones fundamentales del Protocolo constituye la base de su “obligación de hacerlo”⁵⁵. Así, al parecer alcanza con establecer que los talibanes realmente podrían aplicar las disposiciones del Protocolo adicional II si tuvieran intención de hacerlo; no hace falta constatar que de hecho lo hagan. Si fuese de otro modo, el nivel de respeto del Protocolo requerido sería tema de debate, y podría incluso afirmarse que el Protocolo sólo se aplicaría a los grupos armados que ya respetaran plenamente sus disposiciones⁵⁶.

50 Consejo Internacional sobre Seguridad y Desarrollo, *Struggle For Kabul: The Taliban Advance*, diciembre de 2008, disponible en línea en http://www.icosgroup.net/modules/reports/struggle_for_kabul (consultado el 18 de enero de 2011).

51 Yaroslav Trofimov, “U.S. rebuilds power plant, Taliban reap a windfall”, *Wall Street Journal*, 13 de julio de 2010, disponible en línea en <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704545004575352994242747012.html> (consultado el 18 de enero de 2011).

52 M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, nota 48 *supra*, p. 627.

53 Comentario CICR, nota 38 *supra*, p. 1.353.

54 *Ibid.*

55 Frits Kalshoven, *Constraints on the Waging of War*, Ginebra, CICR/Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 139.

56 V., por ejemplo, L. Moir, nota 28 *supra*, pp. 97-98. Pero hay quienes cuestionan la certeza de esta postura. V. Ministerio de Defensa del Reino Unido, nota 25 *supra*, p. 32; Françoise Hampson, “Winning by the rules: law and warfare in the 1980s”, *Third World Quarterly*, 1989, p. 44; Adam Roberts y Richard Guelff, *Documents on the Laws of War*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (3ª ed.), p. 482. De acuerdo con Cassese, para decidir si un grupo es capaz de implementar las disposiciones del DIH se requeriría cierto grado de voluntad. A. Cassese, nota 39 *supra*, p. 428.

Esto permite concluir que el Protocolo adicional II es, en efecto, aplicable al conflicto de Afganistán, al menos a las hostilidades entre las fuerzas armadas del gobierno afgano y los talibanes, pues todos los criterios necesarios se cumplían a principios de 2011.

Contenido del Protocolo adicional II

Con respecto a las obligaciones que establece, el Protocolo adicional II incluye un conjunto de 18 disposiciones sustantivas que “desarrollan y complementan” el artículo 3 común⁵⁷. El Protocolo adicional II impone obligaciones más específicas a los Estados y a los grupos armados no estatales que son partes en un conflicto, extiende la protección a civiles, detenidos y personal médico, y agrega importantes cláusulas sobre la conducción de las hostilidades mediante los siguientes mecanismos:

- fortalecer las garantías fundamentales de todas las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas, incluido el cuidado y la atención de los niños, en especial, su educación⁵⁸;
- establecer los derechos de las personas privadas de libertad y ofrecer garantías jurídicas a los procesados en relación con un conflicto armado⁵⁹;
- prohibir los ataques a la población civil y las personas civiles, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, los bienes culturales y los lugares de culto⁶⁰;
- regular los desplazamientos forzados de civiles⁶¹; y
- proteger al personal religioso y sanitario, y las unidades y medios de transporte tanto civiles como militares⁶².

Dicho esto, lo cierto es que el derecho aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional consta de una cantidad relativamente reducida de normas, como puede apreciarse al comparar la breve lista de disposiciones del Protocolo adicional II con la extensa sucesión de normas consagradas en los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I, aplicable a los conflictos armados internacionales⁶³.

57 Comentario CICR, nota 38 *supra*, p. 1.350.

58 Protocolo adicional II, art. 4.

59 *Ibíd.*, arts. 5-6.

60 *Ibíd.*, arts. 13-16.

61 *Ibíd.*, art. 17.

62 *Ibíd.*, arts. 9-11. El art. 19 también establece que las cláusulas del Protocolo deberán difundirse “lo más ampliamente posible”.

63 A diferencia del Protocolo adicional I, las siguientes normas no están incluidas en el Protocolo adicional II: definición de civiles y combatientes, prohibición de atacar bienes de carácter civil, definición de objetivos militares y bienes de carácter civil, prohibición de ataques indiscriminados, definición de ataque indiscriminado, prohibición de ataques desproporcionados, definición de ataque desproporcionado, obligación de tomar medidas de precaución en el ataque, obligación de tomar medidas de precaución contra los efectos de los ataques. Jean-Marie Henckaerts, “Binding armed opposition groups through humanitarian treaty law and customary law”, *Proceedings of the Bruges Colloquium: Relevance of International Humanitarian Law to Non-State Actors, 25th-26th October 2002, Collegium*, n.º. 27, primavera de 2003, p. 131.

Aplicación del Protocolo adicional II a las fuerzas armadas de Afganistán

Más difícil que la aplicación del Protocolo adicional II al conflicto de Afganistán es determinar a qué partes en el conflicto se aplican sus cláusulas exactamente. Está claro que el Protocolo adicional II se aplica a todas las fuerzas armadas y otras fuerzas de seguridad de Afganistán en sus operaciones contra los talibanes; en cambio, su alcance directo sobre los grupos armados no estatales es objeto de debate. De hecho, a diferencia del artículo 3 común, el Protocolo no aplica sus disposiciones expresamente a ninguna parte en el conflicto (“Parte”). No obstante, la aplicabilidad del Protocolo a los grupos armados no estatales debe inferirse cuando éstos cumplen con los requisitos de “grupos armados organizados” a los que se hace referencia en el artículo 1, párrafo 1 del Protocolo. De acuerdo con el análisis realizado en este artículo, los talibanes claramente cumplen con dichos requisitos⁶⁴.

La segunda cuestión es si el Protocolo adicional II rige en el conflicto entre los talibanes y las fuerzas multinacionales. En sentido estricto, las disposiciones del artículo 1 del Protocolo sólo se aplican al gobierno afgano, por cuanto el alcance del Protocolo se limita a los conflictos “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados”⁶⁵. De acuerdo con esta formulación, las fuerzas extranjeras no son las del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto (en este caso, Afganistán), a menos que pueda probarse que los Estados intervinientes son agentes del Estado de Afganistán. Ello implicaría que las fuerzas extranjeras están “a disposición” del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto, pero ése no parece ser el caso en Afganistán⁶⁶.

Según una interpretación más amplia (que, en opinión de los autores de este artículo, es más acorde al lenguaje utilizado y a la lógica subyacente), el Protocolo se aplica a todas y cada una de las partes en un conflicto armado que cumplan con los criterios del párrafo 1 del artículo 1⁶⁷. Interpretar el alcance material de la aplicación de conformidad con el objeto y el propósito del derecho humanitario

64 Nótese que las fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados aparecen en plural, lo que significa que el Protocolo podría aplicarse a otros “elementos antigubernamentales” además de los talibanes, siempre que cumplan con los tres criterios comentados anteriormente.

65 Protocolo adicional II, art. 1(1) (el subrayado es nuestro). V. también D. Turns, nota 21 *supra*, p. 239; Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 257.

66 Art. 6 (Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado), Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios, 2001, en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, vol. 2, parte 2. Para determinar la atribución, las fuerzas internacionales deberían ostentar la condición de agentes estatales de Afganistán a los efectos del DIH. Debería poder afirmarse que las tropas extranjeras en territorio afgano no sólo actúan con el “consentimiento”, “bajo la autoridad” y “para los fines del Estado receptor” sino además “bajo su exclusiva dirección y control” para que les corresponda el régimen de responsabilidad que se deriva de la adhesión de Afganistán al Protocolo. V. comentario sobre el art. 6, p. 44.

67 Entre los distintos observadores, sólo Jelena Pejic parece sugerir que el Protocolo adicional II se aplica a todas las partes en el conflicto, incluidas las fuerzas militares extranjeras, una vez cumplidos los criterios y alcanzado el umbral de aplicabilidad, pero no es seguro que sea esto lo que la autora ha querido sugerir (y, contrariamente a lo que ella indica, esta postura no está ampliamente aceptada). Jelena Pejic, “Status of armed conflicts”, en E. Wilmschurst y S. Breaux, nota 36 *supra*, p. 92.

daría por tierra con el supuesto requisito territorial descrito más arriba. Así, en lugar de ser interpretado en sentido restringido de modo tal de aplicarse sólo al Estado territorial y los grupos rebeldes, el párrafo 1 del artículo 1 debería abarcar la conducta de toda parte contratante del Protocolo adicional II que intervenga en apoyo del Estado territorial por su sola participación en un conflicto que se desarrolla “en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados”.

A menudo, los especialistas simplemente descartan la posibilidad de que las fuerzas militares extranjeras estén sujetas por el Protocolo adicional II en sus operaciones en Afganistán sin fundamentar su opinión (y sin que el texto del Protocolo contenga ninguna exclusión expresa: su aplicación se limita a los conflictos armados que cumplan con ciertos criterios y no simplemente a las partes incluidas en esos criterios)⁶⁸. Si esa postura fuera correcta, ante la falta de acuerdo respecto del contenido del derecho consuetudinario, ¿qué derecho convencional correspondería aplicar si las fuerzas afganas combatieran codo a codo con fuerzas militares extranjeras? ¿El Protocolo adicional II se aplicaría a las fuerzas afganas y no a los militares extranjeros? ¿Qué deberían hacer los talibanes en ese caso? ¿Tratar de distinguir entre militares afganos y militares de otros países en la conducción de las hostilidades y adaptar sus métodos de guerra según se enfrenten a unos u otros oponentes? ¿Quedan exonerados de cumplir con las obligaciones que impone el Protocolo adicional II cuando se enfrentan a fuerzas extranjeras?

Cuando menos, las fuerzas de los Estados Partes en el Protocolo adicional II deberían estar formalmente obligadas por sus cláusulas en sus operaciones en Afganistán, por cuanto forman parte de un conflicto armado en el que se enfrentan las fuerzas gubernamentales afganas contra al menos un grupo armado que cumple con los criterios de aplicación del Protocolo. De otro modo, la situación podría dar lugar a cuestiones de interoperabilidad e incluso a una posible falta de claridad en las operaciones de las distintas partes en el conflicto.

Son pocos los Estados que no se han adherido al Protocolo adicional II; figura entre ellos el que cuenta con el mayor número de tropas en la coalición internacional que opera en Afganistán: Estados Unidos⁶⁹. Pero, incluso en esos casos, es posible afirmar que, dado que todos los Estados extranjeros están presentes en territorio afgano con el evidente propósito de apoyar al gobierno de Afganistán (al menos por razones políticas, si no jurídicas)⁷⁰, también ellos deben aplicar expresamente todas las disposiciones del Protocolo adicional II⁷¹. De hecho, en el

68 V., por ejemplo, D. Turns, nota 21 *supra*, p. 239.

69 Los Estados que no se han adherido al Protocolo adicional II y cuyas fuerzas militares operaban en Afganistán a finales del año 2010 eran Azerbaiyán (90 soldados), Malasia (40), Singapur (36), Turquía (1.790) y Estados Unidos (alrededor de 97.000).

70 Lamentablemente, a diferencia del Protocolo adicional I, el Protocolo adicional II no requiere expresamente que los Estados Parte se comprometan a “respetar y hacer respetar” sus cláusulas, como se estipula en los cuatro Convenios de Ginebra.

71 De no ser así, esto podría considerarse como un incentivo para que un Estado territorial convoque a fuerzas extranjeras que no tengan las mismas obligaciones internacionales para que conduzcan operaciones militares en su territorio.

acuerdo existente entre la ISAF y las autoridades afganas se ha establecido que “las fuerzas de la ISAF *deben respetar las leyes* y la cultura de Afganistán”⁷². Por su parte, Estados Unidos “sostiene desde hace mucho tiempo que aplicará las normas de sus manuales tanto en conflictos internacionales como no internacionales, pero esta afirmación no puede tomarse como indicación de que esté obligado a hacerlo como cuestión de derecho en conflictos no internacionales”⁷³.

DIH consuetudinario aplicable a los grupos armados no estatales

Si bien la aplicabilidad del Protocolo adicional II a algunas o todas las partes en el conflicto de Afganistán es materia de debate, la aplicación del DIH consuetudinario al gobierno, las fuerzas armadas internacionales y los grupos armados no estatales que cumplan con los criterios pertinentes está fuera de discusión⁷⁴. El principal problema del DIH consuetudinario es que en su desarrollo no se tienen debidamente en cuenta las prácticas y la *opinio iuris* de los grupos armados no estatales, sino solamente las de los Estados⁷⁵.

El estudio del DIH consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) cita una serie de normas (141 en total) aplicables a todo conflicto armado sin carácter internacional⁷⁶. En el estudio se afirma que esas normas no dependen de la caracterización específica del conflicto sino del hecho de que éste constituya un conflicto armado sin carácter internacional, afirmación no exenta de controversias⁷⁷. Las conclusiones del estudio también han sido blanco de críticas,

72 Acuerdo Técnico Militar, Afganistán-ISAF, 4 de enero de 2002, apéndice 1, punto 4.

73 John B. Bellinger III y William J. Haynes II, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, n.º 866, p. 447 [trad. esp. “Una respuesta del gobierno de EE.UU. al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc-866-bellinger.pdf>].

74 V., por ejemplo, TPIY, *El fiscal c. Haradinaj*, nota 29 *supra*, párr. 60.

75 Artículo 38 del Estatuto de la CIJ. V. también J. M. Henckaerts, nota 63 *supra*; S. Sivakumaran, nota 38 *supra*; M. Sassòli, nota 23 *supra*, p. 40.

76 Una lista del derecho internacional consuetudinario aplicable en conflictos armados no internacionales aparece en la base de datos del CICR disponible en línea en <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home> (consultado el 18 de enero de 2011). Esta sección sólo se centra en ciertas normas clave. Si se desea consultar una lista completa de la evaluación realizada por el CICR de las normas aplicables durante un conflicto armado sin carácter internacional, sección de derecho internacional del perfil de Afganistán en la base de datos del proyecto Estado de Derecho en Situaciones de Conflicto Armado, disponible en línea en http://www.adh-geneva.ch/RULAC/applicable_international_law.php?id_state=1 (consultado el 18 de enero de 2011).

77 Es decir, que no son simplemente situaciones “de disturbios o tensiones internas, revueltas, actos de violencia aislados o esporádicos y otros de naturaleza similar”. Jelena Pejic afirma que “el Estudio no distingue entre los diferentes umbrales de los conflictos armados sin carácter internacional (según el artículo 3 común y el Protocolo adicional II), porque se ha observado que, en general, los Estados no hacen esa distinción en la práctica”. J. Pejic, nota 67 *supra*, p. 88. La decisión de no distinguir entre los distintos tipos de conflictos armados sin carácter internacional ha sido calificada de lamentable por un autor que sostiene que se corre el riesgo de disminuir, si no de eliminar, la protección que otorga el derecho de los derechos humanos. V., por ejemplo, los comentarios de Françoise Hampson, *Proceedings of the Bruges Colloquium: Armed Conflicts and Parties to Armed Conflicts under IHL: Confronting Legal Categories to Contemporary Realities, 10th Bruges Colloquium, 22-23 October 2009, Collegium*, n.º 40, otoño de 2010, p. 117, disponible en línea en <http://www.coleurope.eu/content/publications/pdf/Collegium40.pdf> (consultado el 18 de enero de 2011).

algunas de ellas presentadas por ciertos Estados, en particular Estados Unidos. En particular, persisten las incertidumbres acerca del reconocimiento y la aplicación universal de todas estas normas. De hecho, si los Estados se muestran renuentes a formular obligaciones y normas consuetudinarias respecto de su propia conducta, “es difícil afirmar que las normas son consuetudinarias e imponen obligaciones vinculantes a los grupos armados no estatales”⁷⁸.

A pesar de las controversias, es posible afirmar que, junto con las cláusulas de derecho consuetudinario del artículo 3 común, las normas que rigen la conducción de las hostilidades, tales como los principios de distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque, o la prohibición de perfidia, también forman parte del derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional y, por tanto, son aplicables a los grupos armados no estatales que operan en Afganistán⁷⁹.

Derecho internacional de los derechos humanos

El DIH, a través de las disposiciones convencionales y las del derecho consuetudinario, otorga un nivel considerable de protección, en especial a la población civil. Sin embargo, como su ámbito está restringido a los actos vinculados necesariamente con un conflicto armado, el DIH sólo aborda en parte las acciones dañinas perpetradas por los grupos armados no estatales contra la población civil⁸⁰. En

78 A. Clapham, nota 44 *supra*, p. 12.

79 V. Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2007, Normas 1, 2, y 5-24; Antonio Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005 (2ª ed.), pp. 415-420. La Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur dio una lista de normas aplicables a los rebeldes, por ejemplo, “(i) la distinción entre combatientes y civiles; [...] (ii) la prohibición de dirigir ataques deliberados contra la población civil; [...] (iv) la prohibición de dirigir ataques contra la población civil con fines intimidatorios; [...] (xiv) la prohibición de aplicar tortura u otro trato o castigo cruel o inhumano; [...] (xvii) la prohibición de maltrato a los combatientes enemigos fuera de combate y la obligación de brindar trato humano a los combatientes enemigos capturados”. Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, nota 30 *supra*, párr. 166.

80 El alcance del DIH abarca todo el territorio de Afganistán donde se llevan a cabo las hostilidades (*ratione loci*) y debe involucrar a una persona protegida por los instrumentos jurídicos (*ratione personae*). TPIY, *El fiscal c. Tadic*, nota 26 *supra*, párrs. 69-70; TPIR, *El fiscal c. Kayishema y Ruzindana*, Causa ICTR-95-1-T, Fallo y Sentencia, 21 de mayo de 1999, párr. 189. Los tribunales internacionales, sin embargo, han elaborado pruebas ligeramente distintas para determinar el nexo necesario entre los presuntos crímenes y el conflicto. Según el fallo de la causa contra Tadic: “Se considera suficiente que los presuntos crímenes estuvieran íntimamente ligados a las hostilidades que tenían lugar en otras partes del territorio controlado por las partes en el conflicto”. TPIY, *El fiscal c. Tadic*, Causa IT-94-1-T, Opinión y Fallo, 7 de mayo de 1997, párr. 573. Según el TPIY, *El fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, Causa IT-96-23, Fallo de la Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párr. 57, “Como lo ha expresado la Sala de Primera Instancia, el requisito de que los actos del acusado deban estar íntimamente relacionados con el conflicto armado no quedaría sin efecto si los crímenes estuviesen temporal y geográficamente distantes de las hostilidades. Sería suficiente, por ejemplo, a los efectos de este requisito, que los presuntos crímenes estuviesen íntimamente relacionados con las hostilidades que tienen lugar en otras partes del territorio controlado por las partes en el conflicto”. Según el TPIR, *El fiscal c. Musema*, Causa TPIR-96-13-T, Fallo y Sentencia, 27 de enero de 2000, párr. 260, “los presuntos crímenes [...] deben estar íntimamente relacionados con las hostilidades o deben cometerse en conjunto con el conflicto armado”.

Afganistán, esas acciones incluyen la intromisión de dichos grupos en el derecho a la libertad de expresión, la libertad de reunión, el trabajo, el alimento, la salud y la educación, junto con la violencia de género sistemática⁸¹. Por consiguiente, es crucial determinar si, cómo y en qué medida los grupos armados no estatales que operan en Afganistán deben respetar los derechos humanos.

Antes de analizar esta cuestión, es necesario reiterar que el derecho internacional de los derechos humanos también se aplica en situaciones de conflicto armado, sea éste internacional o no. Esto ya ha sido formalmente confirmado en varias ocasiones por la Corte Internacional de Justicia⁸². Al mismo tiempo, sin embargo, es necesario advertir que ciertos Estados que participan en las operaciones militares realizadas en Afganistán objetan que el derecho de los derechos humanos sea aplicable extraterritorialmente a las acciones de sus fuerzas armadas⁸³.

¿Debe aplicarse el derecho de los derechos humanos a los grupos armados no estatales?

La mayor parte de la jurisprudencia y la bibliografía sobre el tema se centra en las obligaciones de derechos humanos para los *Estados* en situaciones de conflicto armado⁸⁴. La existencia de dichas obligaciones para los grupos armados no

- 81 V. Human Rights Watch, *The Ten-Dollar Talib and Women's Rights*, 13 de julio de 2010, disponible en línea en <http://www.hrw.org/node/91466> (consultado el 18 de enero de 2011). Afganistán adhirió, entre otros, a los dos Pactos Internacionales de 1966, la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y la Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos protocolos facultativos.
- 82 CIJ, Opinión Consultiva sobre Armas Nucleares de 1966, nota 26 *supra*; Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 9 de julio de 2004, Informes de la CIJ del año 2004. La aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado ha sido confirmada por la CIJ en el Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (*Congo c. Uganda*), Fallo, 9 de diciembre de 2005, Informes de la CIJ del año 2005.
- 83 Según Stephen Pomper, asesor jurídico del Departamento de Estado de Estados Unidos (el escrito no es oficial), "a pesar de los importantes cambios jurídicos y de políticas que tuvieron lugar durante este período [2001-2008], [...] Estados Unidos mantuvo su postura jurídica contraria a la aplicabilidad extraterritorial de las obligaciones relativas a los derechos humanos en conflictos armados". Stephen Pomper, "Human rights obligations, armed conflict and Afghanistan: looking back before looking ahead", en M. N. Schmitt, nota 22 *supra*, p. 526. Una opinión diferente sobre el mismo tema es la de Françoise Hampson en "Is human rights law of any relevance to military operations in Afghanistan?", en *ibid.*, pp. 491 y ss. V. también Cámara de los Lorens del Reino Unido, *Al-Skeini y otros (Demandados) c. el Secretario de Estado de Defensa (Apelante)*, [2007] UKHL 26, disponible en línea en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070613/skeini-1.htm>; Corte Suprema del Reino Unido, *R (sobre la solicitud de Smith) (FC) (Demandado) c. el Secretario de Estado de Defensa (Apelante) y otro*, [2010] UKSC 29, disponible en línea en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2010/29.html> (consultados el 19 de enero de 2011).
- 84 V., entre otros, Noam Lubell, "Challenges in applying human rights law to armed conflict", *International Review of the Red Cross*, n.º 860, 2005, pp. 737-754 [trad. esp. "Los problemas de la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados", disponible en línea en www.ordenjuridico.gob.mx/.../CDDe-rechosHumanos/pdf/D7.pdf]; Cordula Droege, "¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario", *International Review of the Red Cross*, n.º 871, 2008, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/review-871-p501.htm>]; Alexander Orakhelashvili, "The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?", *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, 2008, pp. 161-182.

estatales en situaciones de conflicto armado sin carácter internacional sigue siendo materia de arduo debate.

El principal argumento utilizado para refutar la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a los grupos armados no estatales se relaciona con la estructura y la filosofía atribuida al derecho internacional de los derechos humanos. Los tratados de derechos humanos se caracterizan como conjuntos de normas destinadas a regular la relación entre un Estado y los individuos que habitan dentro de su jurisdicción. Así entendidos, estos tratados no tienen “ni el propósito ni la capacidad de regir en conflictos armados entre el Estado y grupos de oposición armada”⁸⁵.

Es cierto que, en términos generales, los tratados de derechos humanos no hacen mención explícita de los grupos no estatales⁸⁶. En consecuencia, dada la formulación y el alcance de la aplicación de esos tratados, los órganos judiciales o cuasi judiciales (tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas) han ejercido su jurisdicción sólo en relación con la conducta de los Estados⁸⁷.

Con todo, existen dos tratados de derechos humanos que mencionan expresamente a los grupos armados. El primero es el artículo 4 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de

85 L. Zegveld, nota 27 *supra*, p. 54.

86 Para algunos autores, sin embargo, ciertas disposiciones de los tratados sobre derechos humanos, como los arts. 5(1) y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deben interpretarse como directamente aplicables a las acciones de los actores no estatales. El art. 5(1) establece: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”. El art. 20 dispone: “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. V. Theodor Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Cambridge, Grotius, 1987, p. 34. Una postura contraria es la de Nigel Rodley, “Can armed opposition groups violate human rights?”, en Kathleen E. Mahoney y Paul Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-First Century*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 307-308.

87 No obstante, sobre las violaciones a los derechos humanos cometidas por individuos y otros actores no estatales, por ejemplo, empresas, existe jurisprudencia en los distintos tribunales de derechos humanos y en juicios nacionales. La noción de *Drittwirkung*, desarrollada en los tribunales alemanes, permite que un particular presente una demanda contra otro particular basándose en una declaración de derechos o en disposiciones constitucionales de orden nacional. Del mismo modo, en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en varias ocasiones el tribunal responsabilizó al gobierno por no evitar por medios judiciales o medidas de mantenimiento del orden público la violación de los derechos humanos de una persona por parte de otra persona o de un agente privado no estatal (v., por ejemplo, un caso relativo a la violación dentro del matrimonio, *SW c. el Reino Unido*, Fallo, 22 de noviembre de 2005). En virtud del Estatuto de Reclamación por Agravios contra Extranjeros de 1789, los tribunales nacionales estadounidenses han establecido que, en algunos casos, las empresas privadas pueden ser responsables de violaciones contra los derechos humanos. Para profundizar en estos temas, v., en general, Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Andrew Clapham, “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, en Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 163-206.

niños en conflictos armados, ratificado por Afganistán⁸⁸. De acuerdo con cómo está formulado el artículo, la obligación jurídica directa de garantizar que no se reclutarán menores de 18 años parece estar establecida en el párrafo 2 para los *Estados* partes y no para los grupos armados. Sin embargo, el argumento debe analizarse a la luz de las prácticas recientes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a la situación de los niños en conflictos armados.

En 2005, el Consejo de Seguridad estableció un mecanismo para controlar y denunciar seis “infracciones graves” cometidas por Estados y grupos armados contra los niños, una de las cuales es la de “reclutar o utilizar niños soldados”⁸⁹. Una de las consecuencias para los grupos armados no estatales que cometen esas violaciones es la inclusión en el Anexo al Informe del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados, lo que puede llevar a la imposición de sanciones contra los grupos que allí figuran⁹⁰. En ese contexto, la edad límite para reclutar niños es 18 años, como se establece en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, y no 15, la edad estipulada en los Protocolos adicionales I y II⁹¹. El establecimiento de los 18 años como edad límite se confirma en la práctica en el caso de Afganistán. El Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados ha advertido que los talibanes “figuran en el octavo Informe del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados por reclutar y utilizar a menores de 18 años en las hostilidades”⁹². Si bien el Consejo de Seguridad no aplica el Protocolo facultativo como tal, las prácticas internacionales indican que, en gran medida, se considera que esta norma se aplica a los grupos armados⁹³.

El otro tratado pertinente es la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África de 2009 (Convención de Kampala), que va aún más lejos que el Protocolo facultativo. En el artículo 2, se afirma que uno de los objetivos del tratado es “prever las respectivas obligaciones,

88 El citado artículo estipula: “1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años. 2. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas jurídicas necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas. 3. La aplicación del presente artículo no afectará el estatuto jurídico de ninguna de las partes en un conflicto armado”.

89 Las seis infracciones son: asesinatos y mutilaciones de niños, reclutamiento y utilización de niños soldados, ataques contra escuelas u hospitales, violación u otra violencia sexual grave contra niños, secuestro de niños, y negación del acceso humanitario a los niños. V. Resolución 1612 del Consejo de Seguridad de la ONU del 26 de julio de 2005.

90 Con todo, el Consejo ha sido cauteloso, “subrayando que la presente resolución no pretende determinar desde un punto de vista jurídico si las situaciones a que se hace referencia en ese informe son o no conflictos armados en el contexto de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, ni prejuzga la condición jurídica de las partes que no son Estados y están involucradas en esas situaciones”. Preámbulo, Resolución 1612 del Consejo de Seguridad de la ONU del 26 de julio de 2005.

91 Protocolo adicional I, art. 77(2); Protocolo adicional II, art. 4(3)(c).

92 Informe de la misión de la visita a Afganistán del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados, 20-26 de febrero de 2010, disponible en línea en http://www.un.org/children/conflict/_documents/countryvisits/afghanistan.pdf (consultado el 29 de enero de 2011).

93 Sin embargo, dado que se aplican distintos criterios a los actores no estatales y a los Estados (que pueden reclutar personas menores de 18 años de manera legítima), resulta difícil explicar en forma convincente a los grupos armados no estatales que dicha disposición les es directamente aplicable.

responsabilidades y roles de los grupos armados, los agentes no estatales y otros actores pertinentes, incluyendo los organismos de la sociedad civil, con respecto a la prevención del desplazamiento interno y la protección y asistencia de los desplazados internos”. En el artículo 7, se enumeran las obligaciones que podrían imponerse a dichos actores⁹⁴. Aun cuando se estipula que “la protección y asistencia a los desplazados internos en virtud del presente artículo se regirá por el derecho internacional y en particular el derecho internacional humanitario”, también se incluye una lista de obligaciones de derechos humanos (por ejemplo, la prohibición de “negar a los desplazados internos el derecho a vivir en condiciones satisfactorias de dignidad, seguridad, servicios de saneamiento, alimentos, agua, atención de salud y vivienda”). Sin embargo, es preciso no sacar conclusiones apresuradas respecto de las consecuencias del artículo 7 en relación con las obligaciones de derechos humanos de los grupos armados no estatales. En primer lugar, el artículo 7, párrafo 2, menciona la responsabilidad de los Estados en este contexto⁹⁵; en segundo término, cubre las obligaciones de los miembros de los grupos armados y no las del grupo en sí.

Aplicación del derecho de los derechos humanos a los grupos armados no estatales en Afganistán

En opinión de los autores del presente artículo, el hecho de que los dos tratados de derechos humanos referidos mencionen a los grupos armados refleja la naturaleza de los conflictos armados en el mundo contemporáneo. No se trata de conflictos de carácter internacional, sino de hostilidades en las que participan distintos grupos armados y que suelen durar varios años, como ocurre en Afganistán. Este estado de cosas exige que se aplique el derecho de los derechos humanos además del derecho humanitario para regular la situación de todos los actores que forman parte del conflicto. De hecho, el DIH no parece poder cubrir todas las infracciones cometidas por los grupos armados contra la población civil que no están directamente relacionadas con el conflicto armado. Ni el artículo 3 común

94 El art. 7 establece: “Queda prohibido para los miembros de los grupos armados: a. Realizar desplazamientos arbitrarios; b. Dificultar la prestación de protección y asistencia a los desplazados internos bajo ninguna circunstancia; c. Negar a los desplazados internos el derecho a vivir en condiciones satisfactorias de dignidad, seguridad, servicios de saneamiento, alimentos, agua, atención de salud y vivienda; y separar a los miembros de la familia; d. Restringir la libertad de circulación de los desplazados internos dentro y fuera de sus zonas de residencia; e. Reclutar niños, exigirles o permitirles tomar parte en las hostilidades en cualquier circunstancia; f. Reclutar personas por la fuerza, secuestrarlas o tomarlas como rehenes, inducir las a la esclavitud sexual y la trata de personas, especialmente a mujeres y niños; g. Impedir la asistencia humanitaria y los envíos de socorros, equipo y personal destinado a las personas desplazadas internas; h. Atacar o dañar al personal humanitario y los recursos u otros materiales desplegados para la asistencia o beneficio de los desplazados internos y destruir, confiscar o desviar tales materiales, y i. Violar el carácter civil y humanitario de los lugares donde se albergan los desplazados internos e infiltrarse en dichos lugares”.

95 El art. 7(2) determina: “Ninguna disposición de la presente Convención se deberá invocar con el propósito de afectar la soberanía de un Estado o la responsabilidad del gobierno, por todos los medios legítimos, para mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o para defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado”.

a los Convenios de Ginebra ni el Protocolo adicional II dan respuesta a situaciones de violación de dichas normas cometidas por grupos armados, lo que obliga a recurrir al derecho de los derechos humanos. Es obvio que, en tal caso, el Estado afgano tiene la obligación fundamental de cumplir con el deber positivo de ejercer la diligencia debida para proteger a la población de las intervenciones dañinas de los grupos armados, pero en muchos casos eso no es viable desde el punto de vista práctico, particularmente en las zonas controladas por los talibanes.

La práctica contemporánea de los organismos internacionales es bastante inconsistente en lo que se refiere a la aplicación del derecho de los derechos humanos a los grupos armados no estatales, pues en su mayor parte denuncia y condena los abusos y actos dañinos cometidos por dichos grupos en Afganistán sin considerarlos *violaciones* de los derechos humanos en sí. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha expresado su “preocupación por las consecuencias nocivas de la sublevación para la capacidad del gobierno afgano de proporcionar seguridad y servicios básicos a la población afgana, y de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales” y ha exigido “el pleno respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en todo el territorio de Afganistán”⁹⁶.

De mayor alcance es la resolución del Consejo en la que se “exhorta a todas las partes a que apliquen el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos y aseguren la protección de los civiles”⁹⁷. En el informe de marzo de 2010 sobre la situación en Afganistán, dentro de la sección dedicada a los derechos humanos, el Secretario General de las Naciones Unidas advierte: “Los ataques a la libertad de expresión, tanto por parte de agentes estatales como no estatales, están estrechamente vinculados a la impunidad y el abuso de poder”⁹⁸. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos también observa: “La violencia, la intimidación y el hostigamiento a que siguieron viéndose sometidos los periodistas y los trabajadores de los medios de comunicación en 2009, a instancias del Gobierno o a manos de la oposición armada, menoscabaron la libertad de expresión en el Afganistán”⁹⁹.

La UNAMA ha denunciado la alarmante cuestión del asesinato extrajudicial de niños y el impacto del conflicto en el acceso a los servicios básicos, tales como la salud o la educación¹⁰⁰. Por último, en una resolución reciente del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aparece una referencia más directa a las obligaciones de los grupos armados no estatales en materia de derechos humanos. La resolución fue redactada en respuesta a los frecuentes ataques a escuelas

96 V., por ejemplo, las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU S/RES/1662 (2006), S/RES/1776 (2007), S/RES/1890 (2009).

97 Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU S/RES/1746 (2007), párr. 25.

98 Informe del Secretario General, *La situación en el Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad*, 10 de marzo de 2010, doc. ONU A/64/705-S/2010/127, párr. 38.

99 Informe del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el Afganistán y sobre los logros de la asistencia técnica en la esfera de los derechos humanos, 11 de enero de 2010, A/HRC/13/62, párr. 55.

100 UNAMA, nota 12 *supra*, p. 11.

afghanas atribuidos a los talibanes durante los primeros meses de 2010. Además de reafirmar la idea de que “recae en los gobiernos la responsabilidad primordial de proteger a sus ciudadanos”, el documento insta a “*todas las partes* en el Afganistán a que adopten las medidas oportunas para proteger a los niños y salvaguardar sus derechos”¹⁰¹.

Las implicaciones de las referencias a las violaciones de los derechos humanos por parte de los grupos armados no estatales que figuran en los documentos mencionados podrían interpretarse simplemente como un llamamiento o exhortación a respetar los derechos humanos como *normas* o *principios* y no como una denuncia de la violación de obligaciones jurídicas que los actores en cuestión deben observar¹⁰². La cuestión de si se trata de principios o de obligaciones jurídicas vinculantes amerita un debate más profundo. En todo caso, lo que queda demostrado es la necesidad expresada por la comunidad internacional de responsabilizar a los distintos actores por las infracciones cometidas contra la población civil, independientemente de la fuente. Tal como destaca uno de los autores:

[E]l fundamento teórico más sólido que justifica la imposición de obligaciones de derechos humanos a los actores no estatales es recordar que la definición básica más adecuada de los derechos humanos es la de derechos que pertenecen al individuo en reconocimiento de la dignidad inherente a cada persona. Ello implica que se trata de derechos naturales que deben ser respetados por todos los individuos y todas las entidades¹⁰³.

Obligaciones de derechos humanos de grupos armados que ejercen autoridad de facto sobre la población

Aun en los casos en que es difícil establecer obligaciones jurídicas directas de derechos humanos para los grupos armados en general, parece aceptarse en forma más amplia que dichas obligaciones sí existen cuando un grupo ejerce funciones de gobierno y tiene autoridad de facto sobre la población. Éste suele ser el caso cuando un grupo armado controla una determinada porción del territorio. De hecho, se reproduciría en ese caso la necesidad de reglamentar la relación entre los que gobiernan y los gobernados, que constituye la razón de ser

101 Consejo de Derechos Humanos, “Reacción ante las agresiones a escolares en el Afganistán”, doc. ONU A/HCR/14/15 (el subrayado es nuestro). Desde otro punto de vista, es interesante observar que esta resolución fue suscrita por el Reino Unido y Estados Unidos, dos Estados que tradicionalmente se han resistido a aceptar la aplicabilidad de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

102 Como observa Zegveld, “la calificación de actos particulares de grupos armados de la oposición como violaciones de los derechos humanos debe distinguirse de la denuncia de esos actos como abusos de los derechos humanos. Los organismos internacionales a menudo han condenado actos de grupos de oposición armada por afectar los derechos humanos, sin considerarlos violaciones del derecho de los derechos humanos”. L. Zegveld, nota 27 *supra*, p. 39.

103 A. Clapham, nota 44 *supra*; v. también, en general, 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, septiembre de 2006, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/74um19.htm>.

del derecho de los derechos humanos, y eso justificaría la aplicación de ese ordenamiento jurídico¹⁰⁴.

La imposición de obligaciones de derechos humanos a los grupos armados no estatales que ejercen control de facto sobre la población tiene la ventaja de definir la relación entre los derechos humanos y el derecho humanitario en situaciones de conflicto armado, particularmente en lo que respecta al requisito de “juicio legítimo” del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra¹⁰⁵. Muchos grupos armados no estatales, incluidos los talibanes, han establecido formas de sistemas judiciales y hasta tribunales en el territorio que controlan¹⁰⁶. Por lo tanto, es necesario determinar, con fundamento en el derecho de los derechos humanos, cuáles serían los procedimientos de juicio legítimo en los casos en que los grupos que ejercen el control hayan establecido tribunales o designado autoridades judiciales, pues el artículo 3 común no es lo suficientemente explícito en ese punto¹⁰⁷.

En Afganistán, los grupos armados y los señores de la guerra tienen control real sobre poblados o partes más amplias del territorio. Como se advierte en un estudio sobre los grupos armados que operan en el país:

104 Tal como apunta Rodley, “los derechos humanos son normas que median la relación entre los gobiernos y otras entidades que ejercen un poder efectivo análogo al de un gobierno por un lado, y los que están subordinados a ese poder por el otro”. N. Rodley, nota 86 *supra*, p. 300. V. también L. Zegveld, nota 27 *supra*, p. 149.

105 El artículo 3 común prohíbe “(d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Marco Sassòli y Laura Olson comentan: “Otro factor que torna especialmente complejo nuestro análisis (y que suele pasarse por alto en los textos académicos e incluso en el estudio del CICR) es que el derecho humanitario en lo que respecta a los conflictos armados que no son de índole internacional se aplica obligatoriamente, tal y como aparece en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, a ‘cada una de las Partes en el conflicto’, es decir, tanto a los grupos armados no estatales como a las fuerzas que responden al gobierno. Surge entonces la pregunta de si los derechos humanos deben ser respetados de igual modo por todos los grupos armados o si, en virtud del principio de *lex specialis*, la respuesta a nuestros interrogantes no es la misma para los gobiernos que para las fuerzas opositoras”. Marco Sassòli y Laura M. Olson, “La relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos en ejecuciones e internamientos admisibles de combatientes en conflictos armados no internacionales”, *International Review of the Red Cross*, n.º 871, 2009, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/review-871-p599.htm>].

106 En el caso de los talibanes, los “tribunales” parecen haberse instituido para ocuparse de problemas de la vida cotidiana, no aquellos que se relacionan con la detención de combatientes enemigos, que es la situación contemplada en el artículo 3 común. Para obtener información sobre los tribunales talibanes, v. “Afghanistan: Taliban justice ‘fairer’ than state’s”, *Human Rights Tribune*, 20 de agosto de 2010, disponible en línea en <http://www.infosud.org/spip.php?article8710> (consultado el 18 de enero de 2011); Rod Norland, “In bold display, Taliban order stoning deaths”, *The New York Times*, 16 de agosto de 2010, disponible en línea en <http://www.nytimes.com/2010/08/17/world/asia/17stoning.html> (consultado el 18 de enero de 2011); Soraya Sarhaddi Nelson, “Taliban courts filling justice vacuum in Afghanistan”, NPR, diciembre 2008, disponible en línea en <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=98261034> (consultado el 18 de enero de 2011).

107 Sin embargo, Jonathan Somer adopta una postura más cautelosa sobre la aplicación a los tribunales de la oposición armada de las disposiciones de derechos humanos relativas al juicio legítimo. Jonathan Somer, “La justicia de la selva: dictar condena sobre la igualdad de los beligerantes en los conflictos armados no internacionales”, *International Review of the Red Cross*, n.º 867, septiembre de 2007, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/review-867-p655.htm>. V. también Sandesh Sivakumaran, “Courts of armed opposition groups: fair trials or summary justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n.º 3, 2009, pp. 489-513.

[H]ay dos clases de señores de la guerra o caudillos en Afganistán, categorizadas en gran medida en función del control territorial y la posición dentro de las estructuras tradicionales. Los señores nacionales y regionales dominan provincias y partidos, como lo hacen Dostum e Ismail Khan. Sin embargo, la gran mayoría de los caudillos operan en el ámbito local, dentro de una provincia, un distrito o un conjunto de poblados¹⁰⁸.

Más aun, los talibanes se autodenominan “Emirato Islámico de Afganistán”, lo que indica que dicen o pretenden ser más que un mero grupo armado. En estas circunstancias, la aplicación del derecho de los derechos humanos a los talibanes parece una teoría lógica y atractiva, por cuanto es preciso garantizar la protección del derecho internacional a las personas que viven bajo su autoridad. La teoría tendría más fuerza aún si el Estado afgano no pudiera prevenir o castigar las violaciones de los derechos humanos cometidas por el grupo armado. Garantizar la responsabilidad por la protección de los derechos humanos de los grupos armados que ejercen control sobre la población también está en consonancia con el principio establecido en el artículo 10 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, según el cual “la conducta de los insurrectos que toman el gobierno de un Estado deberá ser considerada un hecho regido por el derecho internacional”¹⁰⁹. De acuerdo con el enfoque de la Comisión de Derecho Internacional, si los talibanes llegaran a reemplazar al gobierno afgano (o a formar parte de él¹¹⁰), el Estado por ellos representado sería responsable frente al derecho internacional de todas las violaciones del derecho humanitario cometidas por los talibanes durante el conflicto armado (y podría decirse que también de las violaciones del derecho de los derechos humanos). Sin embargo, es necesario advertir que la atribución retroactiva al Estado de la conducta de un grupo armado es problemática. En primer lugar, la responsabilidad no puede aplicarse durante el conflicto armado, de modo que, en la

108 V. Michael Bhatia, “Armed groups in Afghanistan”, en Michael Bhatia y Mark Sedra (eds.), *Afghanistan, Arms and Conflict: Armed Groups, Disarmament and Security in a Post-War Society*, Londres y Nueva York, Routledge, 2008, p. 84.

109 V. Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, nota 66 *supra*. V. también Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary: Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Ginebra, CICR, 1958, p. 37.

110 No queda claro cómo se podría llegar a esa situación, y dependería del papel del movimiento insurgente en el nuevo gobierno. Al respecto, en el Comentario sobre el artículo 10 se señala: “El Estado no debería ser responsable de la conducta de un grupo armado violento de oposición sólo porque, en virtud de los intereses de un acuerdo de paz, los elementos de la oposición pasan a formar parte de un gobierno de reconstrucción. Por consiguiente, el criterio de aplicación del párrafo 1 apunta a una continuidad real y sustancial entre el movimiento insurgente anterior y el nuevo gobierno al que se ha incorporado”. Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, nota 66 *supra*, Comentario al art. 10, párr. 7. V. también, Gérard Cahin, “Attribution of conduct to the state: insurrectional movements”, en James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 247-251.

práctica, tiene un valor limitado cuando más se la necesita¹¹¹. En segundo término (y también en un sentido más general), se considera que este enfoque es bastante peculiar, “pues hace responsable al Estado de los actos de un actor sobre el que no tenía influencia alguna en el momento en que éste cometió el acto”¹¹².

Además de la cuestión específica de la responsabilidad del Estado, la teoría que pretende aplicar el derecho de los derechos humanos a los grupos que ejercen autoridad de facto sobre la población presenta otras dificultades. En primer lugar, no existen fuentes jurídicas claras que indiquen cuál es el nivel de “autoridad” o control ejercido sobre la población necesario para imponer obligaciones de derechos humanos a los grupos armados no estatales. En Afganistán, la situación de los talibanes antes de 2001 y durante ese año (es decir, en el momento en que controlaban efectivamente casi la totalidad del territorio y ejercían las funciones de un gobierno de facto) sin duda cumple con el criterio de ejercicio de autoridad de facto sobre la población¹¹³. En 2011, los talibanes controlan una parte significativa del territorio afgano, pero no está claro si ejercen un nivel de autoridad suficiente para atribuirles responsabilidad en materia de derechos humanos. Cabría preguntarse además qué leyes de derechos humanos serían aplicables en ese caso. Presuntamente, serían aplicables casi todos los derechos, probablemente en función de la capacidad del grupo de implementarlos (a semejanza de uno de los requisitos para la aplicación del Protocolo adicional II, a saber, la capacidad de aplicar el Protocolo). La ampliación del ámbito de aplicación de las normas de derechos humanos a los actores no estatales que ejercen autoridad de facto sobre la población podría justificarse si se acepta que las personas que viven bajo el dominio de un grupo armado deben recibir tanta protección como sea posible.

Se requiere una mayor reflexión para determinar cuándo se alcanza el nivel mínimo requerido de autoridad, quién lo determina y qué derechos son aplicables. La analogía con los criterios de “control” elaborados por la Comisión de Derechos Humanos con respecto al alcance de las obligaciones extraterritoriales de los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos podría ser un punto de partida¹¹⁴. La tipología tripartita de respeto, protección y cumplimiento elaborada en los órganos convencionales de derechos humanos de las Naciones Unidas para los Estados Partes podría servir de marco conceptual para el análisis del alcance de las obligaciones de derechos humanos para los grupos armados no

111 Gérard Cahin, “The responsibility of other entities: armed bands and criminal groups”, en James Crawford et al., nota 110 *supra*, p. 334. Una visión contraria se encuentra en Jean D’Aspremont, “Rebellion and state responsibility: wrongdoing by democratically elected insurgents”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, abril de 2009, p. 427.

112 M. Sassòli, nota 34 *supra*, p. 8.

113 V. Rüdiger Wolfrum y Christiane E. Philipp, “The status of the Taliban: their obligations and rights under international law”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, 2002, pp. 559-601.

114 Con respecto al alcance de las obligaciones de los Estados Partes, la Comisión subraya que éstos deben respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto “a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte”. V. Comisión de Derechos Humanos, Observación general n.º 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, aprobada el 29 de marzo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 10.

estatales¹¹⁵. El contenido de la obligación vendría determinado por el nivel de control ejercido por el grupo armado. Por ejemplo, para determinar el alcance de las obligaciones de un grupo armado no estatal podría establecerse como mínimo que dicho grupo debe abstenerse de interferir en forma directa o indirecta en el ejercicio de derechos por parte de los individuos sobre los que ejerce autoridad (obligación de respeto). Así, los talibanes, de acuerdo con el nivel de control territorial que ejerzan, estarían obligados a respetar el derecho de los niños a la educación y a no discriminar a las mujeres. El alcance de las obligaciones sería proporcional al nivel de control real, por lo que no se excluye la obligación de garantizar o asegurar los derechos humanos, aunque cabe preguntarse si una entidad de este tipo tendría la responsabilidad de proporcionar educación o promulgar legislación en materia de igualdad de género.

Por último, un problema más general relacionado con el argumento que vincula las obligaciones de derechos humanos con un nivel mínimo de “control” o “autoridad” sobre la población es que refuerza la percepción de legitimidad del grupo armado. Como indica Clapham:

[E]s sabido que ni los gobiernos ni los organismos internacionales estarán dispuestos a admitir que los rebeldes funcionan de un modo similar a los gobiernos. Vincular las obligaciones de los rebeldes con su carácter cuasi-gubernamental lleva a la conclusión de que hay pocas situaciones en las que las obligaciones de derechos humanos puedan aplicarse de manera inequívoca a los insurgentes¹¹⁶.

Un modo de evitar la cuestión de la legitimidad es advertir que las obligaciones de derechos humanos no dependen del reconocimiento político o legal¹¹⁷.

115 Esta tipología se emplea en los órganos convencionales para evaluar el grado de las obligaciones impuestas a los Estados Partes. Se hace referencia a este marco en relación con derechos sociales y económicos, así como derechos civiles y políticos. V. Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980. V. también Asbjørn Eide, *The Right to Adequate Food as a Human Right*, ONU/Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, doc. ONU C/CN.4/Sub.2/1987/23, 7 de julio de 1987. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 12 (1999): sobre el derecho a una alimentación adecuada (art. 11 del Pacto); Observación General n.º 13 (1999): sobre el derecho a la educación (art. 13); Observación General n.º 15 (2002): sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12). Nowak interpreta que la palabra “garantizar” del art. 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos implica la incorporación de las obligaciones de protección y cumplimiento. Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, Engel, 2005 (2ª ed. revisada), pp. 37-41. V. también Comisión de Derechos Humanos, nota 114 *supra*.

116 A. Clapham, “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, nota 103 *supra*, p. 502.

117 Respecto de este tema, v. el art. 7(1) de la Convención de Kampala, que determina: “Las disposiciones del presente artículo no deben ser interpretadas, en manera alguna, de forma que confieran estatuto legal, legitimación o reconocimiento a grupos armados y sin perjuicio de la responsabilidad penal individual de los miembros de esos grupos penales nacionales o internacionales”.

Los actores armados no estatales están obligados a respetar los derechos humanos fundamentales

Existe otro argumento sobre el modo de responsabilizar a los grupos armados no estatales por infracciones del derecho internacional de los derechos humanos. En un estudio publicado recientemente, la Asociación de Derecho Internacional llega a la conclusión de que, si bien “la posición aceptada en la actualidad parece ser que los actores no estatales no contraen obligaciones directas en materia de derechos humanos en virtud del derecho internacional”, sí están obligados por las normas del *jus cogens*¹¹⁸ y los grupos insurgentes deben respetar el DIH¹¹⁹. No se menciona el nivel de control del territorio ni de autoridad de facto sobre la población en la referencia al *jus cogens*, lo que podría sugerir que todos los grupos armados no estatales se regirían por las normas de derechos humanos fundamentales que forman parte del *jus cogens*. Ése parece ser el principio en el que se fundan las prácticas del Consejo de Seguridad respecto de los niños en situaciones de conflicto armado. El Consejo de Seguridad y el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados no hacen distinciones en cuanto al tipo o la estructura del grupo armado para incluirlo en el Anexo al Informe del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados. Todo lo que se requiere para incluir a un grupo es que éste haya cometido al menos una de las seis infracciones graves mencionadas en la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad.

Aún no se han determinado con precisión cuáles son las leyes de derechos humanos que forman parte del *jus cogens*. En el comentario al Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, la Comisión de Derecho Internacional identifica como normas imperativas del derecho internacional las “prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, crímenes de lesa humanidad y tortura, y el derecho a la autodeterminación”¹²⁰. La lista, sin embargo, se incluye a título ilustrativo y no es taxativa¹²¹. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas identifica los siguientes actos como violaciones a las normas de *jus cogens*: privación arbitraria de la vida, tortura y tratos inhumanos o degradantes, toma de rehenes, imposición de castigos colectivos, privación arbitraria

118 En el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, se define la noción de norma de *jus cogens* (las normas imperativas del derecho internacional) como una norma “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional prevé medios superiores de aplicación de normas de *jus cogens* mediante la inclusión de disposiciones especiales para el Estado responsable y todos los demás Estados en caso de incumplimiento de las normas. V. Christian J. Tams, “Do serious breaches give rise to any specific obligations of the responsible state?”, *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 1161-1180.

119 Asociación de Derecho Internacional, Conferencia de La Haya 2010, *Non State Actors*, Primer informe de la Comisión (Actores no estatales en el derecho internacional: objetivos, abordaje y alcance del proyecto y los aspectos jurídicos), párr. 3.2 (el subrayado es del original).

120 Comentario sobre el art. 26, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, nota 66 *supra*, p. 85.

121 A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, nota 87 *supra*, p. 88.

de la libertad y restricciones a las garantías procesales, incluida la presunción de inocencia¹²².

La responsabilidad de los grupos armados no estatales por la violación de los derechos humanos fundamentales también es coherente con la evolución del derecho penal internacional, según el cual se evalúa la responsabilidad penal de los miembros individuales de los grupos armados cuando se cometen crímenes internacionales que no necesariamente están relacionados con el conflicto armado (y, en consecuencia, quedan fuera del alcance del DIH). Éste es el caso de los genocidios y los crímenes de lesa humanidad, situaciones en las que las violaciones de los derechos humanos se consideran delitos penales¹²³.

En conclusión, hay todavía margen para debatir cómo y en qué medida los grupos armados no estatales deben responder al derecho de los derechos humanos, pero se evidencia una tendencia cada vez más clara a considerar que dichos grupos son responsables de las violaciones de los derechos humanos perpetradas durante un conflicto armado a pesar de la falta de certezas jurídicas. Esto es así por varias razones. En primer lugar, la necesidad de proteger a la población civil de la amenaza que representan los grupos armados no estatales en zonas que quedan fuera del control estatal. En segundo término, la duración de los conflictos armados, muchos de los cuales se prolongan durante años, incluso décadas. El DIH no ha sido concebido para regular la vida cotidiana de las personas que viven en zonas controladas por grupos armados no estatales durante períodos tan extensos. En el caso de Afganistán, los residentes civiles en zonas controladas por los talibanes se esfuerzan por tener una vida “normal” a pesar de las condiciones de violencia extrema: los ciudadanos hacen negocios, los periodistas tratan de informar y las mujeres van al trabajo. La conducta de los talibanes, sin lugar a dudas, constituye una amenaza a los derechos humanos de la población, en especial, los de las mujeres, los niños y los periodistas, tal como consta en las denuncias de las numerosas resoluciones de organismos internacionales y en los informes de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. El gobierno afgano parece no estar en posición de garantizar la protección de esos derechos, de modo que la impunidad parece ser la regla y no la excepción en todo el territorio nacional¹²⁴. Sin embargo,

122 Comisión de Derechos Humanos, “Observación general N° 29: Estados de emergencia (artículo 4)”, doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, pp. 4-5.

123 V. Estatuto de Roma, arts. 6 y 7; Jan Arno Hessbruegge, “Human rights violations arising from conduct of non-state actors”, *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 21, n.º 11, 2005, pp. 41-44. V. también Philippe Currat, *Les crimes contre l’humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, Bruselas, Bruylant/L.G.D.J./Schulthess, 2006.

124 En el informe de mediados de 2010, la UNAMA observa: “En Afganistán, los elementos antigubernamentales operan con impunidad. El área de Derechos Humanos de UNAMA señala que, si bien los talibanes se han comprometido públicamente a evitar las muertes civiles, incluso en distintas cláusulas de su Código de conducta de 2009, no existe información acerca de si los comandantes talibanes se han ocupado de la implementación efectiva de esas disposiciones en el terreno ni de cómo lo han hecho [...]. Con frecuencia, el gobierno de Afganistán no cumple con la obligación de investigar, detener y castigar a los culpables de incumplir las leyes nacionales, el derecho internacional humanitario o el derecho de los derechos humanos aplicable, ni siquiera cuando son miembros de elementos antigubernamentales”. UNAMA, nota 12 *supra*, p. 11.

cuando se trata de proteger los derechos humanos fundamentales y la dignidad de las personas, a los ojos de la víctima no importa si la violación fue cometida por el Estado o por un actor no estatal. Si bien aún no se han elaborado las respuestas jurídicas, la comunidad internacional apunta a la responsabilidad directa de los grupos armados no estatales por las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, y con ello avanza en la dirección correcta.

Aplicación de las leyes a los grupos armados no estatales en Afganistán

La aplicación efectiva de las leyes correspondientes a los distintos grupos armados no estatales que operan en Afganistán¹²⁵ constituye un enorme y acuciante desafío. De hecho, en el informe de mitad de año de 2010, la UNAMA sostiene:

*El costo humano del conflicto armado de Afganistán ha aumentado en 2010. [...] A nueve años del inicio del conflicto, es hoy más urgente que nunca tomar medidas para brindar protección eficaz a la población civil y minimizar las consecuencias del conflicto en el plano de los derechos humanos fundamentales*¹²⁶.

Frente a esa trágica realidad, en lo que resta de este artículo se sugieren un conjunto de medidas generales y particulares que contribuirían a reforzar el respeto de las normas aplicables por los grupos armados no estatales. Se trata de medidas de naturaleza jurídica, política y programática que afectan a una gran variedad de actores, incluidos los grupos armados no estatales, pero no sólo ellos.

En primer lugar, está claro que el DIH proporciona un marco relativamente amplio de protección a quienes se ven atrapados en un conflicto armado, tanto a través del derecho consuetudinario como mediante el derecho convencional. Sin embargo, no está claro exactamente qué normas del DIH son aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional, tanto en general como en el caso específico de las situaciones y los actores participantes en Afganistán. Eso no ayuda a proporcionar una protección eficaz, por lo que se requiere mayor precisión.

Por ejemplo, como se ha visto, la cuestión de en qué medida se aplica el Protocolo adicional II a las distintas partes en el conflicto de Afganistán dista de estar resuelta. Un primer paso importante sería que el gobierno de Afganistán y las potencias extranjeras que integran la ISAF se comprometieran públicamente a

125 Para obtener información sobre distintas propuestas encaminadas a mejorar el cumplimiento por los grupos armados no estatales, v. los primeros resultados de la investigación de la Academia de Ginebra relativa a los modos de mejorar la protección de los civiles en situaciones de conflicto armado, en especial por parte de los grupos armados no estatales: "Armed non-state actors and international norms: towards a better protection of civilians in armed conflicts: summary of initial research and discussions during an expert workshop in Geneva in March 2010", septiembre de 2010, disponible en línea en <http://www.adh-geneva.ch/news/armed-nonstate-actors-international-norms> (consultado el 18 de enero de 2011). V. también Marco Sassòli, "Possible legal mechanisms to improve compliance by armed groups with international humanitarian law and international human rights law", trabajo presentado en la Conferencia de Grupos Armados, Vancouver, 13-15 de noviembre de 2003.

126 UNAMA, nota 12 *supra*, p. i (el subrayado es nuestro).

respetar todas las disposiciones del Protocolo, y luego se solicitara a los talibanes que hicieran lo propio¹²⁷. Esta medida podría combinarse con otras normas aplicables del derecho consuetudinario en el marco de “acuerdos especiales”¹²⁸ entre el gobierno afgano, la ISAF y los talibanes, que podrían estar sujetos a controles internos y externos. En agosto de 2010, en lo que parecía ser una respuesta al último informe emitido por las Naciones Unidas sobre la población civil durante el conflicto armado, los talibanes publicaron un comunicado en su sitio Web en el que proponían el establecimiento de una comisión conjunta para investigar las denuncias de ataques y asesinatos de civiles en el conflicto de Afganistán. En el comunicado, solicitaban el establecimiento de un organismo integrado por miembros de la Organización de la Conferencia Islámica, las comisiones que investigan las violaciones de los derechos humanos de las Naciones Unidas, la OTAN y los talibanes¹²⁹. Una respuesta positiva a esa propuesta sería un avance en la causa de la protección de la población civil o un reto a los talibanes a cumplir con su palabra, según la seriedad que el lector atribuya a la propuesta.

En segundo lugar, las líneas de comunicación actuales con los talibanes y otros grupos armados no estatales para llegar a un acuerdo de paz¹³⁰ deberían abarcar también la protección de la población civil y otras consideraciones

127 Preferiblemente, sin emplear el tosco lenguaje propagandístico que caracteriza a las publicaciones del sitio Web de la ISAF.

128 Art. 3(3) de los Convenios de Ginebra.

129 “La comisión debería tener libertad para realizar encuestas en las zonas y con las personas afectadas para poder recoger datos e información precisa y luego publicar los resultados”. Citado en Jon Boone, “Taliban call for joint inquiry into civilian Afghan deaths considered: UN and NATO cautiously consider proposal, which follows reports of high levels of civilian deaths caused by insurgents”, *The Guardian*, 16 de agosto de 2010, disponible en línea en <http://www.guardian.co.uk/world/2010/aug/16/talibanafghan-civilian-deaths-nato-un> (consultado el 18 de enero de 2011). El artículo evoca las disposiciones comunes de los Convenios de Ginebra, en virtud de las cuales una parte en un conflicto armado internacional puede solicitar la realización de una investigación de cualquier denuncia de violación de los Convenios (CG I, art. 52; CG II, art. 53; CG III, art. 132; CG IV, art. 149).

130 En los últimos meses, se han multiplicado los esfuerzos para intentar poner fin al prolongado conflicto por medio de negociaciones. En marzo de 2010, el presidente de Afganistán, Hamid Karzai, recibió por primera vez a una delegación del segundo grupo militante en importancia del país, el Hizb-i-Islami de Gulbuddin Hekmatyar, para mantener conversaciones sobre la posibilidad de un acuerdo de paz. BBC, “Afghan Hezb-e-Islami militants hold peace talks in Kabul”, 22 de marzo de 2010, disponible en línea en news.bbc.co.uk/2/hi/8579380.stm (consultado el 18 de enero de 2011). En noviembre de 2010, el grupo le habría dicho a la BBC que aceptarían un alto el fuego si las fuerzas estadounidenses permanecían en sus bases. Syed Shoaib Hasan, “Afghan rebel group offers truce terms”, BBC News en línea, 18 de noviembre de 2010, disponible en línea en <http://www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-11773520> (consultado el 18 de enero de 2011). En una conferencia de paz celebrada en Kabul en junio de 2010, el presidente anunció la creación de un Consejo Superior para la Paz que iniciaría el diálogo con los talibanes. BBC, “Afghan Peace Council begins bid for talks with Taliban”, 7 de octubre de 2010, disponible en línea en <http://www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-11494247> (consultado el 18 de enero de 2011). El 11 de octubre de 2010, el presidente afgano confirmó que las autoridades habían “dialogado extraoficialmente” con los talibanes “durante algún tiempo” con el propósito de poner fin al conflicto. V., por ejemplo, BBC, “Afghan President Karzai confirms Taliban ‘contacts’”, 11 de octubre de 2010, disponible en línea en <http://www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-11511866> (consultado el 18 de enero de 2011); BBC, “NATO’s ‘safe passage’ for Taliban”, 15 de octubre de 2010, disponible en línea en <http://www.bbc.co.uk/news/world-south-asia11553388> (consultado el 18 de enero de 2011).

humanitarias¹³¹. Entre otras cosas, debería haber un debate profundo (y, de ser posible, un acuerdo) sobre a quién se considera civil y cómo aplicar el Protocolo y otras leyes pertinentes a las partes en el conflicto¹³².

En tercer lugar, respecto de los medios y métodos de guerra, hay modos de lograr que los talibanes respeten el DIH en la conducción de las hostilidades. La UNAMA ha solicitado el cese total de los ataques con artefactos explosivos improvisados (AEI), que los talibanes utilizan con mucha frecuencia. Como “los elementos antigubernamentales han dirigido los ataques con [...] AEI principalmente a objetivos militares”¹³³, en esos casos han respetado el principio de distinción (aunque podría decirse que esos ataques violan las reglas de proporcionalidad)¹³⁴. Aparentemente, la táctica ha sido muy eficaz contra el gobierno y más aún contra las fuerzas militares internacionales¹³⁵. Sin embargo, la UNAMA sostiene que los actores “con frecuencia han utilizado esas tácticas en zonas civiles donde no estaba claro cuál era el blanco u objetivo militar. Algunas tácticas y armas, en especial, los AEI y los ataques suicidas, incluso parecen haber tenido como blanco a ciertos civiles en particular”¹³⁶. El mismo organismo afirma:

131 Amnistía Internacional advierte: “Los planes para llegar a un acuerdo de paz con los talibanes en Afganistán podrían hacer peligrar gravemente los derechos del pueblo afgano, en especial de las mujeres, salvo que se incorporen criterios concretos con respecto a los derechos humanos”. Amnistía Internacional, “Afganistán: temor de que la Conferencia de Kabul sacrifique los derechos en favor de la paz a corto plazo”, 19 de julio de 2010, disponible en línea en <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/afganistan-temor-conferencia-sacrifique-derechos-2010-07-19> (consultado el 18 de enero de 2011).

132 En su informe de agosto de 2010, la ONU insta a los talibanes y a otros “grupos armados antigubernamentales” a “cancelar todas las órdenes destinadas a dar muerte a civiles, incluidos funcionarios civiles del gobierno; adoptar y hacer cumplir los códigos de conducta y otras directivas que prohíben todo ataque a la población civil; aceptar que los civiles que cooperan con el gobierno afgano y las fuerzas militares internacionales gozan de protección contra los ataques e inmediatamente poner fin a los ataques contra esos civiles”. UNAMA, nota 12 *supra*, p. v. Al parecer, esta exhortación no ha sido aceptada hasta ahora, dado que los talibanes anunciaron, aparentemente con posterioridad a la publicación del informe, la actualización de las “Reglas del Emirato Islámico de Afganistán para los muyahidines”, en las que se dictamina, entre otras cosas, que todos los que colaboran con las fuerzas de coalición o el gobierno afgano son objetivos legítimos. CBC News, “Taliban issue new code of conduct”, 3 de agosto de 2010, disponible en línea en <http://www.cbc.ca/world/story/2010/08/03/conduct-code-taliban.html> (consultado el 18 de enero de 2011).

133 UNAMA, nota 12 *supra*, p. 1.

134 Según parece, con frecuencia (pero no siempre), los artefactos explosivos improvisados son detonados a distancia y los ataques están dirigidos contra soldados de la ISAF. V., por ejemplo, Monitor de Minas Terrestres y Municiones en Racimo, “Afghanistan country profile, mine ban policy: use”, actualizado el 4 de octubre de 2010, disponible en línea en http://www.the-monitor.org/index.php/cp/display/region_profiles/theme/476 (consultado el 18 de enero de 2011).

135 En octubre de 2010, el Secretario de Asuntos Exteriores del Reino Unido, William Hague, comentó a Sky News que los AEI suponían la mayor amenaza para las fuerzas británicas en Afganistán: “Son la mayor amenaza para nuestros hombres, las armas preferidas de los talibanes. [...] Por ello, invertimos mucho en la protección de vehículos, en vehículos a control remoto y, por supuesto, gran parte de nuestras tareas militares consisten en identificar y desmantelar a los grupos responsables de la fabricación y la colocación de esos artefactos”. Andy Jack, “IEDs are biggest threat to UK forces – Hague”, Sky News Online, 21 de octubre de 2010, disponible en línea en <http://news.sky.com/skynews/Home/World-News/Foreign-Secretary-William-Hague-Says-Taliban-IED-Roadside-Bombs-Biggest-Threat-ToUK-Forces/Article/201010315764166?f=rss> (consultado el 18 de enero de 2011).

136 UNAMA, nota 12 *supra*, p. 1. No obstante, la UNAMA emplea el término “artefacto explosivo improvisado” para referirse a distintos tipos de ataques, incluidos, aparentemente, los ataques suicidas. V. *ibid.*, Glosario.

Los AEI hieren y matan a más civiles que cualquier otra táctica empleada en el conflicto. [...] Se han colocado AEI en carreteras, mercados y zonas comerciales, casas y oficinas de funcionarios del gobierno, bicicletas y bicitaxis. Los AEI pueden activarse de distintas formas: por control remoto, con cables o por medio de las víctimas (dispositivos detonados por presión o por sensores). Al detonar, los AEI producen ataques indiscriminados que afectan a todos los que se hallan próximos a la explosión¹³⁷.

En consecuencia, el diálogo podría centrarse en cómo reducir el número de víctimas civiles, dado que no es probable que los talibanes estén dispuestos a abandonar el uso de AEI.

En cuarto lugar, es necesario tratar el tema de los ataques suicidas, muy frecuentes en el conflicto de Afganistán. Todo ataque contra civiles o contra la población civil es en sí mismo claramente ilegal y constituye un crimen de guerra. Incluso cuando van dirigidos a un objetivo militar, los ataques suicidas plantean cuestiones de efectos indiscriminados, proporcionalidad y perfidia¹³⁸. En la nueva versión del Código de conducta publicada por el mulá Omar en 2009¹³⁹, figuran consideraciones indirectas relativas a la proporcionalidad y la precaución en los ataques. Los códigos de conducta de los grupos armados no estatales pueden facilitar el compromiso con un mayor respeto de las normas internacionales, pues la expresión del compromiso en un documento escrito refuerza la identificación con las leyes y promueve el respeto¹⁴⁰. Desde luego, el compromiso debe ser compatible con los principios del derecho humanitario. El Código de conducta talibán, elaborado por iniciativa propia, contiene normas que son a todas luces incompatibles

137 *Ibid.*, p. 2.

138 Con respecto a la perfidia, según el estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, “Queda prohibido matar, herir o capturar a traición a un adversario”. J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 79 *supra*, Norma 65. Según el Protocolo adicional I, constituirán perfidia los “[a]ctos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados” (art. 37). Por consiguiente, la simulación de la condición de civil por parte de quien tiene planeado perpetrar un atentado suicida para tener acceso al personal militar de forma segura estaría enmarcada dentro de esa prohibición. (Según la UNAMA, nota 12 *supra*, p. 4, el primer ataque suicida documentado en el que participó una mujer ocurrió en la provincia de Kunar el 21 de junio de 2010.) Probablemente, ese recurso se emplea en la gran mayoría de los casos.

139 “Norma 41. Asegurarse de cumplir con estas cuatro condiciones para concretar ataques suicidas: A) Antes de iniciar la misión se deberá estar bien informado sobre ella. B) Los atentados suicidas siempre deben estar dirigidos contra objetivos muy importantes. C) Hacer todo lo posible por evitar bajas civiles. D) A menos que se tenga permiso especial de un superior, los ataques suicidas deben estar autorizados por la autoridad provincial”. La norma 46 contiene la instrucción general de hacer todo lo posible para evitar bajas civiles. V. Programa de Estudios Culturales y de Conflictos, nota 32 *supra*, p. 3.

140 A. Clapham, “Human rights obligations of non-state actors in conflict situations”, nota 103 *supra*, p. 512.

con las leyes internacionales¹⁴¹. No obstante, proporciona una base para elaborar un acuerdo encaminado a limitar el uso de los ataques suicidas. La UNAMA, por ejemplo, ha hecho referencia en varias oportunidades a sus disposiciones y ha instado a los talibanes a respetarlas¹⁴².

En quinto lugar, ha llegado el momento de poner fin al rechazo casi visceral a la aplicación del derecho de los derechos humanos a los grupos armados no estatales, y aceptar que el mundo ha cambiado y que hoy en día existen diversos actores no estatales con potenciales obligaciones en materia de derechos humanos internacionales. El derecho de los derechos humanos tiene su origen en la necesidad de brindar protección jurídica a los individuos frente al Estado todopoderoso. Pero, hoy en día, ¿quién podría afirmar seriamente que los individuos no necesitan protección jurídica frente a los grupos armados no estatales en Afganistán y que el Estado reconocido como tal es capaz de brindársela? Así, los talibanes deben ser reconocidos como una entidad con una amplia variedad de obligaciones jurídicas en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en las zonas que controlan y administran¹⁴³, y deben explicitarse las obligaciones que les corresponden.

Conclusión

En este artículo, se ha intentado demostrar la importancia no sólo del derecho internacional humanitario sino también del derecho internacional de los derechos humanos para conseguir que los grupos armados no estatales de Afganistán se ajusten al derecho internacional. Sin embargo, es evidente que, sean cuales fueren los criterios aplicables o acordados, el control será un elemento fundamental en su aplicación. Las tareas de control deberán apoyarse en el trabajo realizado por las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales humanitarias y de derechos humanos, y canalizarse en iniciativas en las que los talibanes tengan una participación activa. Durante sus visitas a Afganistán, el Relator Especial sobre ejecuciones

141 Algunas normas del Código de conducta talibán de 2006 son las siguientes: "(24) Queda prohibido trabajar como maestro durante el mandato del presente gobierno títere, porque hacerlo refuerza el sistema de los infieles. Los verdaderos musulmanes deben estudiar con un maestro de formación religiosa, en una mezquita o institución similar. Los libros de texto deben ser los publicados durante el período de la yihad o el régimen talibán. (25) Todo aquel que trabaje como maestro para el actual gobierno títere debe ser advertido de que si continúa negándose a renunciar a su puesto será castigado con golpes. Si el maestro continúa enseñando sin respetar los principios del Islam, el comandante del distrito o un líder local deberá matarlo". Transcrito en el Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, nota 21 *supra*, p. 17.

142 UNAMA, nota 12 *supra*, p. 5.

143 Según la UNAMA, en 2009-2010, "los elementos antigubernamentales controlaban a la población civil mediante una serie de medidas que incluían violencia, asesinatos y secuestros". UNAMA, nota 12 *supra*, p. 1. Fergusson muestra otro costado de los talibanes cuando afirma que "el gobierno provincial oficial no podía competir con los servicios que ofrecían los talibanes, en particular, [...] en lo que respecta a la administración de justicia. Por ejemplo, un campesino implicado en una disputa por tierras debía sobornar a los funcionarios y esperar meses antes de que se resolviera el caso. Por el contrario, y para oprobio del gobierno, las sentencias de los tribunales de la *sharia* del régimen talibán se decidían de inmediato y no había dinero de por medio". J. Fergusson, nota 6 *supra*, p. 144.

extrajudiciales, sumarias o arbitrarias lamentó no haber hablado con ningún representante formal de los talibanes. Aun reconociendo las dificultades políticas y de seguridad que entraña el contacto con el grupo, Alston destacó que “no hay razón para suponer que no es posible convencer a los talibanes de que modifiquen su conducta y muestren un mayor respeto por los derechos humanos”¹⁴⁴. Así pues, la comunidad internacional enfrenta múltiples retos en su relación con los grupos armados no estatales. Algunos tienen que ver con la esfera jurídica, pero otros, enmarcados dentro del objetivo general de minimizar las consecuencias del conflicto para la población civil, exigen programas de acción, actividades de promoción, y, sobre todo, el diálogo directo con los grupos en cuestión. Todos esos elementos deben estar presentes si la ley ha de aproximarse en alguna medida a la realidad.

144 Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, nota 21 *supra*, párr. 42.