

**EL RÉGIMEN DEL CONTROL *DE FACTO* POR PARTE DE GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES
BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO¹**

**THE *DE FACTO* CONTROL REGIME BY NON-STATE ARMED GROUPS UNDER INTERNATIONAL
HUMANITARIAN LAW**

Adriana Rodas Merino²

adriana.rodasmerino@gmail.com

RESUMEN

En contraposición al tradicional régimen de la ocupación en los conflictos armados internacionales, el control *de facto* está insuficientemente regulado dentro del derecho internacional humanitario. Si bien se pretende que este vacío legal sea resuelto con la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, la atribución de responsabilidad por violaciones en esta materia a grupos armados no estatales sigue siendo cuestionable. Esto da paso a la impunidad y a la desprotección de civiles. Al analizar como caso de estudio al control *de facto* establecido por el Estado Islámico en Siria e Irak, se concluye que existe la necesidad de ampliar la regulación de este régimen en materia de derecho internacional humanitario.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, conflictos armados no internacionales, control *de facto*, responsabilidad internacional.

ABSTRACT

In contrast with the traditional occupation regime in international armed conflicts, the *de facto* control is poorly regulated under International Humanitarian Law. Although it is intended that this legal void be resolved with the application of International Human Rights Law, the attribution of responsibility for violations in this matter to non-State armed groups remains questionable. This may cause impunity and, ultimately, the lack of protection of civilians. Having analyzed the *de facto* control established by the Islamic State in Syria and Iraq as a case study there is, concludingly, the need to expand the regulation of this regime under International Humanitarian Law.

KEYWORDS

International Humanitarian Law, International Human Rights Law, non-international armed conflicts, *de facto* control, international responsibility.

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020

Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Hugo Cahueñas Muñoz.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- 1. EL ACTUAL RÉGIMEN DEL CONTROL *DE FACTO*.- 1.1 LA OCUPACIÓN Y EL CONTROL *DE FACTO*.- 1.2 LA *LEX SPECIALIS* EN CONTROL *DE FACTO*.- 1.3 OBLIGACIONES DE GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES QUE EJERCEN CONTROL *DE FACTO*.- 1.3.1. OBLIGACIONES RESPECTO DEL DIH.- 1.3.2. OBLIGACIONES RESPECTO DEL DIDH.- 2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE GRUPOS ARMADOS QUE EJERCEN CONTROL *DE FACTO*.- 2.1 RESPONSABILIDAD POR VIOLACIONES AL DIH.- 2.2. RESPONSABILIDAD POR VIOLACIONES AL DIDH.- 3. EL CONTROL *DE FACTO* ESTABLECIDO POR EL ESTADO ISLÁMICO EN SIRIA E IRAK.- 3.1. VULNERACIONES AL DIH.- 3.1.2. VULNERACIONES AL DIDH.- 3.1.3. VULNERACIONES AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.- CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional humanitario (DIH) no permite ni prohíbe los conflictos armados; los regula con el objetivo de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario³. Según la jurisprudencia, un conflicto armado surge “cuando se recurre a la fuerza entre Estados, o cuando hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado”⁴. En el marco de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, un conflicto armado puede ser de carácter internacional o no internacional.

Los conflictos armados internacionales (en adelante, CAI o conflictos internacionales) ocurren: (i) en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados, aunque el estado de guerra no sea reconocido por uno de ellos; (ii) en casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado, a pesar de que tal ocupación no encuentre resistencia militar⁵; y, (iii) en “conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”⁷.

³ Ver Elizabeth Solomon, *Introducción al Derecho internacional humanitario* (Lima: CICR, 2012), 27.

⁴ Case No. IT-94-1-T, Prosecutor v. Tadić a/k/a/ “DULE”, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Opinion and Judgment, 7 May 1997, par. 628 (traducción no oficial).

⁵ Ver Convenios de Ginebra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, ratificados por Ecuador el 11 de agosto de 1954.

⁶ Ver Artículo 2 común, Convenios de Ginebra.

⁷ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales, Ginebra, 8 de junio de 1977, ratificado por Ecuador el 10 de abril de 1979.

Los CAI se rigen, principalmente, por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁸, el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales⁹ (en adelante, Protocolo I adicional), los Reglamentos sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de la Haya de 1907 (en adelante, Reglamentos de la Haya), las normas consuetudinarias y los principios del DIH¹⁰.

Por otra parte, los conflictos armados no internacionales (en adelante, CANI o conflictos no internacionales) ocurren dentro del territorio de un Estado. Pueden darse cuando autoridades gubernamentales se enfrentan a fuerzas armadas disidentes o a grupos armados organizados¹¹, o cuando existe un enfrentamiento entre estos grupos¹². Los CANI pueden ser de baja o de alta intensidad¹³. Los primeros surgen con la concurrencia de dos requisitos: (i) la situación de violencia debe alcanzar cierto grado de intensidad; y, (ii) las partes deben tener un nivel determinado de organización¹⁴. Mientras que los conflictos no internacionales de alta intensidad deben cumplir con dos requisitos adicionales: (i) el Estado debe ser necesariamente parte del conflicto; y, (ii) las fuerzas disidentes o los grupos armados deben ejercer “sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”¹⁵, es decir, deben ejercer control *de facto*¹⁶.

Cabe señalar que la presente investigación parte de la distinción entre los “regímenes *de facto*” y el “control *de facto*”. Es cierto que ambas instituciones son establecidas por actores no estatales que controlan de manera efectiva un territorio, por lo que podrían adquirir facultades gubernamentales, sin ser reconocidos como Estados soberanos¹⁷. Sin embargo, los “regímenes *de facto*” pueden surgir tanto en tiempos de paz como durante conflictos armados¹⁸,

⁸ Ver Artículo 2 común, Convenios de Ginebra.

⁹ Ver Artículo 1, Protocolo I adicional.

¹⁰ Ver Elizabeth Solomon, *Introducción al Derecho internacional humanitario* (Lima: CICR, 2012), 87.

¹¹ Ver A lo largo de esta investigación, se utilizará a “grupos armados organizados”, “grupos armados no estatales” y “grupos armados” como sinónimos.

¹² Ver Case No. IT-94-1-T, Prosecutor v. Tadić a/k/a/ “DULE”, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Opinion and Judgment, 7 May 1997, par. 628.

¹³ Ver Jonathan Somer, “Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross* 89 (2007), 657.

¹⁴ Ver Case No. T-04-84bis-T, Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj, Judgment, 29 November 2012, par. 392.

¹⁵ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Ginebra, 8 de junio de 1977, ratificado por Ecuador el 10 de abril de 1979.

¹⁶ Ver Tatyana Eatwell, *State Responsibility for Human Rights Violations Committed in the State’s Territory by Armed Non-State Actors* (Geneva: Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2018), 26 y 34; CICR, “El DIH y los grupos no estatales”, en *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 49-77.

¹⁷ Ver Ignaz Stegmiller, “The Right of Self-Defence under Article 51 of the UN Charter against the Islamic State in Iraq and the Levant”, *Die Friedens-Warte* 90 (2015), 264.

¹⁸ Ver Si bien es lo más común, existen regímenes *de facto* en situaciones de paz. Este es el caso de los regímenes de facto de Nagorno-Karabakh en Azerbaiyán, Transdniestria en Moldova y Taiwán en la República

mientras que el “control *de facto*”, objeto de este trabajo, es propio de los conflictos no internacionales de alta intensidad. Se debe precisar que la presente investigación se referirá al “régimen de control *de facto*”, entendido como el régimen legal del control *de facto*. El uso de este término no deberá ser interpretado de manera alguna como “régimen *de facto*”.

Los CANI son esencialmente regulados por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra¹⁹ (en adelante, artículo 3 común), la costumbre internacional y los principios del DIH²⁰. En el caso de CANI de alta intensidad, se aplica también el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, Protocolo II adicional)²¹.

Convencionalmente, los conflictos armados internacionales son más regulados que aquellos de carácter no internacional. Esto se debe a que, al momento de la elaboración de los Convenios de Ginebra de 1949, la mayoría de conflictos había sido entre Estados²². Es más, los Estados se han resistido tradicionalmente a permitir que el DIH regule los CANI por la generalizada percepción de que constituiría una violación a los principios de derecho internacional de respeto la soberanía y no intervención en los asuntos internos estatales²³. Por ejemplo la creación del artículo 3 común fue sumamente debatida, pues muchos Estados temían que éste amparase “la insurrección, la rebelión y la desintegración del Estado”²⁴. Si bien su adopción fue un avance significativo, hacia 1965 surgió la necesidad de ampliar su regulación, específicamente con respecto a los CANI de alta intensidad²⁵. No obstante, durante los trabajos preparatorios del Protocolo II adicional, persistió el recelo de los Estados, temerosos de que no se ofrezcan “garantías suficientes acerca del respeto de la soberanía nacional y de la no

Popular China. Anthony Cullen y Steven Wheatley, “The Human Rights of Individuals in De Facto Regimes under the European Convention of Human Rights”, *Human Rights Law Review* 13 (2013), 694; Jonte Van Essen, “De Facto Regimes in International Law”, *Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law* 28 (2012), 34-35; Christy Shucksmith-Wesley, *The International Committee of the Red Cross and its Mandate to Protect and Assist: Law and Practice* (Oregon: Bloomsbury, 2017), 40; The Redress Trust, *No solo el Estado: tortura por actores no estatales* (2006), 17.

¹⁹ Ver Artículo 3 común, Convenios de Ginebra.

²⁰ Ver Elizabeth Solomon, *Introducción al Derecho internacional humanitario* (Lima: CICR, 2012), 136.

²¹ *Id.*, 122-129.

²² *Id.*, 81.

²³ Ver Sandesh Sivakumaran. “Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict”, *The European Journal of International Law* 22 (2011), 222; Jonathan Somer, “Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross* 89 (2007), 656.

²⁴ Hugo Cahueñas, “El camino recorrido para alcanzar los Convenios de Ginebra y su artículo 3 común”, *Boletín Panorama Global* 6 (2019), 10.

²⁵ Ver Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los conflictos armados han sido no internacionales. Además, “[e]l artículo 3 común se limita a enunciar normas mínimas fundamentales; su contexto establece los principios sin desarrollarlos, lo cual ha dado lugar, en ocasiones, a interpretaciones restrictivas”. CICR, *Comentario del Protocolo II y del artículo 3 de los Convenios de Ginebra* (Buenos Aires: CICR, 2008), 53.

injerencia en los asuntos internos”²⁶. En 1977, se aprobó finalmente el Protocolo II adicional²⁷. Sin embargo, como se explicará, sus normas sobre el control *de facto* resultaron insuficientes.

A pesar de que actualmente representan la gran mayoría de conflictos armados en el mundo ²⁸, el marco jurídico de los CANI cuenta con una serie de limitaciones que constituyen un gran desafío para el DIH²⁹. Específicamente, es de suma importancia ampliar la regulación del control *de facto* en esta materia, pues el vacío legal resulta en la falta de protección de los civiles que viven bajo este régimen. La presente investigación demostrará esto mediante un análisis del actual régimen del control *de facto* y la responsabilidad internacional de grupos armados que lo ejercen. Adicionalmente, se tomará como caso de estudio al control *de facto* establecido por el Estado Islámico de Irak y el Levante en Siria e Irak.

1. EL ACTUAL RÉGIMEN DEL CONTROL *DE FACTO*

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) define al control *de facto* como “el régimen jurídico que protege a las personas que habitan en un territorio controlado por grupos armados no estatales”³⁰. Como se mencionó anteriormente, este régimen es exclusivo de los conflictos no internacionales de alta intensidad. A diferencia de los CAI, los CANI “no cuentan con un derecho de ocupación, es decir que no existen normas de DIH expresamente elaboradas para regular la relación entre los grupos armados no estatales y las personas que viven bajo su control”³¹. Sin embargo, el DIH contiene “normas humanitarias fundamentales que protegen a los civiles en situaciones de conflicto armado”³² incluso de carácter no internacional. Son estas normas las que configuran el régimen del control *de facto*³³.

²⁶ CICR, *Comentario del Protocolo II y del artículo 3 de los Convenios de Ginebra* (Buenos Aires: CICR, 2008), 67.

²⁷ *Ver Id.* 53-70.

²⁸ *Ver Sandesh Sivakumaran. “Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict”, The European Journal of International Law* 22 (2011), 219.

²⁹ *Ver CICR, El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 52.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *Ver* Tabla 1.

1.1. LA OCUPACIÓN Y EL CONTROL *DE FACTO*

La ocupación es el “control efectivo de un territorio extranjero por parte de fuerzas armadas hostiles”³⁴, es decir, por parte de otro Estado. Las disputas territoriales ocurrían tradicionalmente entre dos o más Estados, lo que explica por qué la ocupación fue concebida como un conflicto internacional. Algunos ejemplos de ocupación son la de Egipto por parte de Reino Unido en 1882³⁵, la de Indonesia en Timor Oriental en 1975³⁶, y la de Afganistán por parte de Estados Unidos en 2001³⁷. Según el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, un CAI ocurre incluso en casos de ocupación que no encuentre resistencia militar³⁸. Este fue el caso de la ocupación de Dinamarca por parte de Alemania en 1940³⁹.

En sus primeras etapas, el régimen de la ocupación tenía el objetivo de mantener los derechos soberanos del Estado ocupado hasta que las condiciones de su recuperación eran aceptadas por el ocupante⁴⁰. Sin embargo, la ocupación actual se enfoca en atenuar las consecuencias adversas del conflicto armado para proteger a los civiles en este régimen⁴¹. Así, la ocupación es altamente regulada; prevé un marco legal para el ejercicio de autoridad temporal que ejerce el poder ocupante, buscando un balance entre sus intereses y las necesidades de la población local⁴². Por ende, el poder ocupante tiene la obligación de preservar el *status quo ante*. En otras palabras, debe respetar, en la medida de lo posible, las leyes e instituciones preexistentes en el territorio ocupado⁴³.

En contraposición con el régimen de la ocupación, el control *de facto*, propio de los CANI, ocurre cuando grupos armados no estatales ejercen control sobre un territorio “sin la presencia de fuerzas u órganos estatales”⁴⁴. En esas situaciones, y en particular si el control es

³⁴ *Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory*, ed. de Tristan Ferraro (Geneva: CICR, 2008), 7 (traducción no oficial).

³⁵ Ver John S. Galbraith y Afaf Lutfi al-Sayyid-Marsot, “The British Occupation of Egypt: Another View”, *International Journal of Middle East Studies* 9 (1978), 471.

³⁶ Ver CICR, *Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory*, ed. de Tristan Ferraro (Geneva: CICR, 2008), 7.

³⁷ Ver Annyssa Bellal, Gilles Giacca, y Stuart Casey-Malsen, “International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan”, *International Review of the Red Cross* 93 (2011), 51.

³⁸ Ver Artículo 2 común, Convenios de Ginebra.

³⁹ Ver C. M. C., “Denmark under German Occupation”, *Bulletin of International News* 20 (1943), 811-819.

⁴⁰ Ver Knut Dörmann, “Foreword”, en *Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory*, ed. de Tristan Ferraro (Geneva: CICR, 2008), 4.

⁴¹ *Id.*

⁴² Ver CICR, *Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory*, ed. de Tristan Ferraro (Geneva: CICR, 2008), 7.

⁴³ Ver *Id.*

⁴⁴ CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 52.

prolongado, los grupos armados pueden sustituir de forma efectiva al Estado⁴⁵, siendo capaces de mantener la ley y el orden, controlar tribunales de justicia, adoptar e imponer leyes y regular las relaciones entre quienes habitan en el territorio controlado⁴⁶. No obstante, algunos de estos aspectos no están regulados por el DIH.

Así como los CANI han adquirido gran relevancia en el DIH contemporáneo, el mundo ha presenciado cada vez más situaciones de control *de facto*. Algunos ejemplos son el establecido por el Estado Islámico de Irak y el Levante, que hacia el 2015 tenía a más de once millones de civiles viviendo bajo su control en Siria e Irak⁴⁷; el del Talibán, que hacia 2017 controlaba 14 distritos en Afganistán⁴⁸; y, el que las Fuerzas Armadas Revolucionarias Colombianas (FARC) establecieron previo al Acuerdo de Paz de 2016, cuando controlaba, por ejemplo, el departamento colombiano de Arauca⁴⁹.

En resumen, la ocupación y el control *de facto* son regímenes análogos, pues ambos reglamentan la relación entre las fuerzas que controlan un territorio y la población civil habitando en él. No obstante, el nivel de regulación de la ocupación es exponencialmente mayor al del control *de facto*. Como resultado, varios aspectos que regulan la protección de civiles viviendo bajo su control no están normados. Así lo demuestra la Tabla 1, que resume los aspectos relacionados a la protección de civiles bajo el DIH, y compara las obligaciones, prohibiciones y regulaciones que tienen los Estados ocupantes, con las de los grupos armados que ejercen control *de facto*.

⁴⁵ Ver The Redress Trust, *No solo el Estado: tortura por actores no estatales* (2006), 11.

⁴⁶ Ver *Id.*

⁴⁷ Ver Katherine Fortin, “The Application of Human Rights Law to Everyday Civilian Life Under Rebel Control”, *Netherlands International Review* 63 (2016), 162; Tim Lester, “Mapa de ISIS: su alcance es cada vez mayor... pero es un cuadro complejo”, *CNN Mundo* (17 de diciembre de 2015); Pablo Guimón, “Trump anuncia la muerte de Al Bagdadi, líder del Estado Islámico, en una operación militar en Siria”, *El País* (27 de octubre de 2019).

⁴⁸ Ver A/71/826-S/2017/189, Asamblea General y Consejo de Seguridad [La situación en Afganistán y sus implicaciones para la paz y seguridad internacional], 13 de marzo de 2017, párr.13; Geneva Academy, “Non-International Armed Conflicts in Afghanistan” *RULAC* (2018).

⁴⁹ Ver Rene Provost, “FARC Justice: Rebel Rule of Law”, *IC Irvine Law Review* 8 (2018), 228; Human Rights Watch, *La guerra en el Catatumbo*, (2019).

Tabla 150:

Regulaciones para la protección de civiles que no participen en hostilidades, bajo el DIH	Ocupación	Control de facto
Obligaciones respecto de necesidades básicas como comida, medicamentos, vestimenta y refugio	Sí	No
Prohibición de atentados contra la vida e integridad corporal	Sí	Sí
Prohibición de tomar rehenes	Sí	Sí
Prohibición de atentados contra la dignidad personal	Sí	Sí
Obligación de restablecer y conservar el orden público	Sí	No
Prohibición de condenas y ejecuciones sin previo juicio	Sí	Sí
Obligación de respetar las garantías procesales fundamentales	Sí	Sí
Obligación de recoger y asistir a heridos y enfermos	Sí	Sí
Protección especial de hospitales y transportes de heridos y enfermos civiles	Sí	Sí
Obligación de abastecer víveres y medicamentos a la población	Sí	No
Prohibición de castigos colectivos y actos de terrorismo	Sí	Sí
Prohibición de esclavitud	Sí	Sí
Obligación de mantener la higiene y sanidad pública	Sí	No
Normas sobre las personas privadas de libertad	Sí	Sí
Prohibición de coacción	Sí	No
Normas sobre la aceptación de acciones de socorro y su distribución	Sí	Sí
Prohibición de atacar a la población civil	Sí	Sí
Prohibición de obligar a civiles a proporcionar información sobre la otra parte del conflicto	Sí	No
Protección de bienes indispensables para la supervivencia de civiles	Sí	Sí
Protección de bienes culturales y lugares de culto	Sí	Sí
Prohibición de desplazamientos forzados	Sí	Sí
Normas sobre la legislación penal en el territorio	Sí	No
Normas sobre la evacuación a zonas cercadas	Sí	No
Obligación de respetar la humanidad, honra y convicciones religiosas	Sí	Sí
Normas sobre noticias familiares y búsqueda de familias dispersadas	Sí	No
Normas sobre la recolección de impuestos	Sí	No
Prohibición de confiscar propiedad privada	Sí	No
Prohibición de violaciones y otros abusos sexuales	Sí	Sí
Prohibición de pillaje	Sí	Sí

⁵⁰ Elaborada por Adriana Rodas Merino, para efectos de esta investigación. Su contenido se basa en las normas de los Reglamentos de la Haya, el cuarto Convenio de Ginebra, el Protocolo I, el artículo 3 común, el Protocolo II adicional, y el ICRC Customary IHL Database.

Normas sobre la asistencia espiritual	Sí	No
Obligación de proteger al personal médico, religioso, humanitario y a periodistas	Sí	Sí
Obligaciones respecto de personas desaparecidas	Sí	Sí
Obligaciones respecto de los restos de civiles fallecidos	Sí	No
Obligaciones respecto de refugiados/desplazados internos	Sí	Sí
Obligaciones respecto de socorros colectivos	Sí	Sí
Prohibición de obligar a civiles a prestar juramento	Sí	No
Protección especial a personas protegidas	Sí	No
Prohibición de modificar el estatuto de funcionarios o magistrados	Sí	No
Normas sobre el internamiento o residencia forzosa	Sí	No
Normas sobre el alistamiento y trabajo forzado	Sí	Sí
Normas para la protección especial de niños	Sí	Sí
Regulaciones sobre la requisita de hospitales	Sí	No
Prohibición de desapariciones forzadas	Sí	Sí
Obligaciones para la protección de trabajadores	Sí	No

El régimen de ocupación impone entonces un sinnúmero de obligaciones a la parte ocupante. Por ejemplo, ésta debe respetar el honor familiar, la vida de los civiles, sus prácticas religiosas y la propiedad privada⁵¹. Asimismo, debe hacer todo lo que esté a su alcance para asegurarse que los civiles viviendo en el territorio ocupado tengan, sin distinción alguna, acceso a comida, vivienda, vestimenta, medios de refugio y objetos necesarios para el culto⁵². Incluso prevé reglas expresas con relación a los impuestos: el poder ocupante debe recolectarlos siguiendo el principio de legalidad⁵³, y debe utilizarlos para el beneficio tanto de las fuerzas armadas ocupantes como de la administración del territorio ocupado⁵⁴. Por tanto, no cabe duda de que este régimen tiene como objetivo regular la mayor cantidad de aspectos relacionados con la vida diaria de los civiles que habitan en el territorio.

Por el contrario, el control *de facto* es muy limitado con relación a la protección de los civiles. La realidad del siglo XIX con la que se formó la ocupación ha evolucionado, pues las disputas territoriales se dan principalmente entre grupos armados organizados y Estados. En virtud de esto, no existe motivo alguno que justifique la falta de regulación del control *de facto*.

⁵¹ Ver Reglamentos de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, la Haya, 18 de octubre de 1907, ratificado por Ecuador el 18 de octubre de 1907.

⁵² Ver Artículo 69, Protocolo I adicional.

⁵³ Ver Artículo 51, Reglamentos de la Haya.

⁵⁴ Ver *Id.*, Artículo 49.

Siguiendo las necesidades contemporáneas, es imperativo que este régimen contenga, cuanto menos, las mismas regulaciones que la ocupación con respecto a la protección de civiles.

Es importante señalar, sin embargo, que sería utópico suponer que todos los aspectos que tienen por objeto proteger a la población civil, incluidos en la Tabla 1, puedan ser normados por el control *de facto* bajo el DIH. El marco jurídico de los CANI es limitado debido a que los Estados rechazan la interferencia en su soberanía y asuntos internos, por lo que es poco probable que estén dispuestos a regular, en el contexto de un control *de facto*, determinados aspectos que son propios de un gobierno soberano.

Seguramente las disposiciones relacionadas con el restablecimiento y conservación del orden público, el mantenimiento de la higiene y sanidad pública, la recolección de impuestos, y la legislación penal en territorios controlados⁵⁵, queden fuera de la eventual ampliación del régimen de control *de facto*. En cuanto a los aspectos restantes de la Tabla 1, se podría afirmar que son consideraciones elementales de humanidad, cuyo único objetivo es la protección de civiles. Al no implicar estos aspectos el ejercicio directo de facultades propias de un gobierno, la comunidad internacional no debería oponerse a que sean regulados en materia de DIH.

1.2. LA *LEX SPECIALIS* EN CONTROL *DE FACTO*

Si bien la doctrina tradicional solía señalar que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) era excluido en situaciones de conflicto armado, actualmente existe un consenso sobre la complementariedad entre DIH y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)⁵⁶. La doctrina ha propuesto incluso un modelo integrador, según el cual el DIDH debería tener una función interpretativa, con el fin de que el DIH tenga una perspectiva más humana y eleve sus estándares de aplicación⁵⁷.

Ahora bien, en caso de conflicto entre el DIH y el DIDH, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) ha determinado que la *lex specialis*⁵⁸ en conflictos armados es el

⁵⁵ Ver Artículo 3, Protocolo II adicional.

⁵⁶ CICR, *Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory*, ed. de Tristan Ferraro (Geneva: CICR, 2008), 12.

⁵⁷ Ver Gabriela Monserrat Flores Villacís, “Injecting Human Rights into International Humanitarian Law: Least Harmful Means as a Principle Governing Armed Conflicts”, *USFQ Law Review* (2018), 242-243.

⁵⁸ Ver La *lex specialis* es un principio según el cual, al momento de escoger entre dos normas, se debe elegir a la más específica y pertinente, dado que una regla especial da generalmente una respuesta más clara a la situación dada, que una norma general. CICR, *Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory*, ed. de Tristan Ferraro (Geneva: CICR, 2008), 12.

DIH⁵⁹. Sin embargo, la Corte también ha explicado que “[e]n un territorio controlado por un Estado o una parte no estatal en el conflicto, las partes están obligadas por el DIH respecto de todos los actos que tengan un ‘nexo’ o estén vinculadas con el conflicto”⁶⁰. Esto quiere decir que, tanto en casos de ocupación como en control *de facto*, el DIH será *lex specialis* siempre y cuando cumpla con el llamado requisito del nexo. Es decir, cuando se demuestre la existencia de un nexo causal entre el conflicto armado y determinado hecho. El nexo se verifica cuando un acto está sustancialmente relacionado con un conflicto armado ⁶¹. En otras palabras, el acto debe ser dependiente del conflicto armado para someterse al DIH⁶².

Si bien el requisito del nexo parece un obstáculo que probablemente limite la aplicación del DIH en casos de ocupación o control *de facto*, la jurisprudencia ha aclarado que el estándar de prueba del nexo es muy bajo. Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha determinado que, si una persona actúa “en apoyo o bajo la apariencia del conflicto armado, sería suficiente para concluir que sus actos estaban estrechamente relacionados con el conflicto”⁶³.

Con esto, resulta lógico afirmar que el requisito del nexo no representa mayor complicación para la aplicación del DIH. Considerando que muchos grupos armados no estatales que ejercen control *de facto* adquieren facultades gubernamentales, estos grupos suelen intervenir en cada aspecto de la vida diaria de los civiles que están bajo su control. Por ende, los actos que cometa el grupo armado dentro del territorio controlado o en uso de las facultades que ha adquirido, pueden ser fácilmente vinculados con el conflicto armado. Consecuentemente, dichos actos serían analizados bajo el DIH.

En casos de ocupación, la plena obligatoriedad que tienen los Estados respecto al DIDH⁶⁴ blinda la protección de civiles incluso frente a un eventual escenario que no sea contemplado por las normas del DIH. Por el contrario, el DIDH no necesariamente subsana la falta de aplicación de normas humanitarias en control *de facto*. Hay que considerar, en primer lugar, que el DIH que regula a los CANI tiende a ser menos elaborado y silencioso sobre la protección

⁵⁹ Ver La legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, 8 de julio de 1996, párr. 25.

⁶⁰ CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 53.

⁶¹ Ver Case No. IT-96-23-A, 23/1-A, Prosecutor v. Kunaraç, et al., International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Judgment, 12 June 2002, par. 57.

⁶² Ver *Id.*

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Ver Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, 13 de julio de 2004, párr. 106.

de derechos humanos⁶⁵. Adicionalmente, la obligatoriedad del DIDH hacia grupos armados no estatales que ejercen control *de facto* permanece cuestionada.

1.3. OBLIGACIONES DE GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES QUE EJERCEN CONTROL DE FACTO

Partiendo de que el control *de facto* se da en el marco de un CANI, los grupos armados que establecen este régimen están, indudablemente, vinculados por las normas del DIH. Ahora bien, considerando que estos grupos pueden sustituir de manera efectiva al Estado, se debe analizar si están obligados a cumplir también con el DIDH.

1.3.1. OBLIGACIONES RESPECTO DEL DIH

Los grupos armados organizados tienen personalidad jurídica limitada⁶⁶, por lo que no pueden ser parte de los Convenios de Ginebra ni de sus Protocolos adicionales. A pesar de esto, la CIJ ha sido enfática en que las reglas contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra son consideraciones elementales de humanidad aplicables a todas las partes de un conflicto armado⁶⁷. De esta manera, la Corte reafirma el principio de igualdad de beligerantes⁶⁸, según el cual las normas del DIH obligan tanto a Estados como a grupos armados⁶⁹. De igual manera, el Tribunal Especial para Sierra Leona ha recalcado que el DIH es obligatorio para todas las partes del conflicto armado, sean o no estatales, pese a que únicamente los Estados pueden ser parte de tratados internacionales⁷⁰.

El principio de igualdad de beligerantes se fundamenta en que los grupos armados no estatales son sujetos del derecho internacional⁷¹. Esto deriva en su capacidad para contraer ciertas obligaciones⁷², tomando en cuenta la naturaleza limitada de su personalidad jurídica. En el caso específico del DIH, las obligaciones de grupos armados organizados devienen de

⁶⁵ Ver CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 53; Tabla 1.

⁶⁶ Ver Jean-Marie Kamatali, "The Application of International Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts," *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 4 (2013), 235.

⁶⁷ Ver *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, Nicaragua v. United States of America, International Court of Justice, Judgment, 27 June 1986, par. 218.

⁶⁸ Ver CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 79; Artículo 3 común, Convenios de Ginebra.

⁶⁹ Ver Case No. SCSL-04-15-PT-060, *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, Special Court for Sierra Leone, Decision on Challenge to Jurisdiction, 13 March 2004, par. 45.

⁷⁰ Ver *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Special Court for Sierra Leone, Decision on Preliminary Motion, 31 May 2004, par. 22.

⁷¹ Ver Ian Brownlie, "Principles of Public International Law", *Princeton University Press* (2003), 61.

⁷² Ver *Id.*

las normas consuetudinarias⁷³, que a su vez, han sido recogidas en el artículo 3 común y en algunas disposiciones del Protocolo II adicional⁷⁴.

Según el artículo 3 común, todas las partes de un conflicto armado tienen, como mínimo, las siguientes obligaciones principales: tratar con humanidad y sin distinción alguna a las personas que no participen directamente en las hostilidades, y recoger y asistir a los enfermos y heridos⁷⁵. Adicionalmente, tomando en cuenta que el control *de facto* se da necesariamente dentro de un CANI de alta intensidad, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra es también aplicable ⁷⁶. Se debe precisar, no obstante, que el Protocolo II adicional obliga a todas las partes del conflicto siempre y cuando haya sido ratificado por el Estado en el que ocurre el CANI. Sin embargo, como ya se mencionó, algunas de las normas establecidas en el Protocolo son de origen consuetudinario⁷⁷. Así, estas normas son vinculantes para las partes, incluso si el Estado no ha ratificado el Protocolo II adicional.

El Protocolo II adicional establece una serie de garantías para proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades y viven bajo un régimen de control *de facto*. Así, los miembros de grupos armados tienen, entre otras obligaciones, la de respetar la vida, honor, convicciones y prácticas religiosas de los civiles viviendo bajo su control⁷⁸. Es más, deben garantizar que los niños reciban educación, “incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos”⁷⁹. Asimismo, los grupos armados que ejercen control *de facto* están prohibidos de atentar “contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”⁸⁰. También están prohibidos los castigos colectivos⁸¹, los actos de terrorismo⁸², y “los atentados

⁷³ Ver Marco Sassoli, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 5 (2005), 13-14.

⁷⁴ Ver *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, *Nicaragua v. United States of America*, International Court of Justice, Judgment, 27 June 1986, par. 218; La legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, 8 de julio de 1996, párr. 79; CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 47; Antonio Cassese, “The Status of Rebels Under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts”, *The International and Comparative Law Quarterly* 30 (1981), 423-429.

⁷⁵ Ver Artículo 3 común, Convenios de Ginebra.

⁷⁶ Ver Artículo 1, Protocolo II adicional.

⁷⁷ Ver Por ejemplo, Artículos 4.1, 4.2, 7 y 10, Protocolo II adicional

⁷⁸ Ver *Id.*, Artículo 4.1.

⁷⁹ *Id.*, Artículo 4.3. a).

⁸⁰ *Id.*, Artículo 4.2.

⁸¹ Ver *Id.*, Artículo 4.2.b).

⁸² Ver *Id.*, Artículo 4.2.d).

contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”⁸³.

Finalmente, como fue previamente mencionado, los CANI son también regulados por la costumbre internacional y los principios del DIH⁸⁴. Esto quiere decir que los grupos armados no estatales que ejercen control *de facto* deben respetar principios como el de distinción, precaución y proporcionalidad. De conformidad con el principio de distinción, “solamente los que participan en las hostilidades [...] y los objetivos militares podrán ser objeto de ataques, no pudiendo, por ende, atacarse a la población civil, que en todo tiempo y circunstancia deberá ser respetada”⁸⁵. Por su parte, según el principio de precaución, las partes deben adoptar todas las medidas preventivas posibles para evitar y minimizar los daños incidentales en contra de personas u objetos civiles⁸⁶. Por último, el principio de proporcionalidad prohíbe a las partes del conflicto realizar un ataque cuyo daño colateral sea excesivo en relación con la ventaja militar concreta que se espera obtener⁸⁷.

Con todo, el DIH, particularmente en lo dispuesto por el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, logra proteger a los civiles que no participan directamente en hostilidades y que viven bajo control *de facto*. No obstante, se ha dejado claro que hay varios aspectos que, a pesar de ser regulados por el DIH en casos de ocupación, no son considerados en el régimen del control *de facto*⁸⁸. En virtud de esto, incluso las normas establecidas en el Protocolo II adicional resultan insuficientes.

1.3.2. OBLIGACIONES RESPECTO DEL DIDH

Retomando el mencionado principio de igualdad de los beligerantes en el DIH, la doctrina se ha cuestionado si pudiera ser aplicado también respecto del DIDH⁸⁹; es decir, si se podrían exigir estándares de derechos humanos a todas las partes de un conflicto armado, sean o no estatales. Como se anticipó, el DIDH se mantiene en casos de ocupación. Por ejemplo, en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, la CIJ “considera que la protección que ofrecen los convenios y

⁸³ *Id.*, Artículo 4.2. e).

⁸⁴ Ver CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 77.

⁸⁵ Elizabeth Solomon, *Introducción al Derecho internacional humanitario* (Lima: CICR, 2012), 57.

Ver. Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck; ICRC, *Customary IHL Database* (2005), Rules 1, 7 and 9.

⁸⁶ Ver ICRC, *Customary IHL Database* (2005), Rule 15.

⁸⁷ Ver ICRC, *Customary IHL Database* (2005), Rule 14.

⁸⁸ Ver Tabla 1.

⁸⁹ Ver Jonathan Somer, “Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross* 89 (2007), 664.

convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado”⁹⁰. Es más, la CIJ ha afirmado que el poder ocupante tiene la obligación de tener en cuenta los derechos humanos al momento de adoptar políticas en el territorio ocupado⁹¹. Por lo tanto, queda claro que el DIDH debe ser respetado durante conflictos armados internacionales, incluyendo a aquellos que surgen por un régimen de ocupación.

En contraste, no existe un consenso sobre la obligatoriedad del DIDH a actores no estatales. Una parte de la doctrina afirma que el DIDH obliga únicamente a Estados⁹². Esta posición parte de que los tratados de derechos humanos “no tenían la intención ni eran adecuados para gobernar el conflicto armado entre el Estado y los grupos armados de oposición”⁹³. Al contrario, se caracterizan por establecer normas destinadas a regular la relación entre un Estado y las personas que viven bajo su jurisdicción⁹⁴. En virtud de esto, los Estados tienen la obligación de tomar medidas para proteger, en la medida de lo posible, los derechos de las personas que viven en su territorio, incluso a pesar de que parte de éste sea controlado por grupos armados no estatales⁹⁵. Es decir, la obligación estatal en materia de derechos humanos, se mantiene en regímenes de control *de facto*.

En contraposición, hay doctrinarios que sostienen que los derechos humanos son reglas que median la relación entre los gobiernos u otras entidades que ejercen un poder efectivo análogo al de los gobiernos, por un lado, y aquellos que están sujetos a ese poder, por el otro⁹⁶. Es decir, que el DIDH obliga también a actores no estatales. En varios casos, las Naciones Unidas, a través de resoluciones adoptadas por distintos órganos como la Asamblea General⁹⁷

⁹⁰ Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, 13 de julio de 2004, párr. 106. Ver La legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, 8 de julio de 1996, párr. 25; Case Concerning Armed Conflicts on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda, International Court of Justice, Judgment, 19 December 2015, par. 216.

⁹¹ Ver Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, 13 de julio de 2004, párr. 102; Case Concerning Armed Conflicts on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda, International Court of Justice, Judgment, 19 December 2015, par. 178.

⁹² Ver CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 54.

⁹³ Liesbeth Zegveld, “The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law”, *Cambridge Studies in International and Comparative Law* (2002), 54.

⁹⁴ Ver Annyssa Bellal, Gilles Giacca, y Stuart Casey-Malsen, “International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan”, *International Review of the Red Cross* 93 (2011), 64.

⁹⁵ Ver CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (Ginebra: CICR, 2019), 54.

⁹⁶ Ver *Id.*, 69.

⁹⁷ Ver A/RES/70/234, Asamblea General [Situación de los derechos humanos en la República Árabe Siria], 9 de marzo de 2016; A/RES/58/170, Asamblea General [Mayor cooperación internacional en el campo de los derechos humanos], 9 de marzo de 2004; A/RES/56/156, Asamblea General [Derechos humanos y diversidad cultural], 15 de febrero de 2002.

y el Consejo de Derechos Humanos⁹⁸, han instado a los grupos armados no estatales que ejercen un control territorial a que cumplan con el DIDH, especialmente si cuentan con una estructura política que se los permita ⁹⁹. Esta evolución exigiría la aplicación tanto del DIH como del DIDH en casos de control territorial por parte de grupos armados organizados¹⁰⁰, incluyendo en situaciones de control *de facto*. No obstante, es imperativo reconocer que estas resoluciones *soft law*¹⁰¹ podrían interpretarse como una apelación o una exhortación a respetar los derechos humanos como estándares o principios.¹⁰²

Se debe reconocer, no obstante, que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha instado a grupos armados no estatales a que cumplan con el DIDH¹⁰³. Además, ha condenado, en el marco de sus competencias¹⁰⁴, al Talibán, a Al-Qaeda, y al Estado Islámico por cometer actos de terrorismo que atentan contra los derechos humanos¹⁰⁵. En virtud de esto, el Consejo ha dispuesto, entre sus sanciones, congelar los fondos, impedir la entrada o tránsito, y embargar las armas de estos grupos armados¹⁰⁶. Al respecto, cabe aclarar que, si bien el Consejo de Seguridad puede obligar y sancionar a actores no estatales¹⁰⁷, estas decisiones son necesariamente de carácter particular, dirigidas a determinado grupo armado; entre sus competencias, el Consejo de Seguridad no puede establecer obligaciones de carácter general ¹⁰⁸.

Por lo tanto, existen varias fuentes *soft law* que instan a grupos armados no estatales a cumplir con el DIDH. Si bien el Consejo de Seguridad tiene la potestad para emitir resoluciones vinculantes para sujetos no estatales, no puede establecer obligaciones *erga omnes*. Al no

⁹⁸ Ver A/HRC/RES/27/16, Consejo de Derechos Humanos [El grave y continuo deterioro de los derechos humanos y la situación humanitaria en la República Árabe Siria], 3 de octubre de 2014.

⁹⁹ Ver E/CN.4/2005/7, Comisión de Derechos Humanos [Informe del Relator Especial para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston], 22 de diciembre de 2004.

¹⁰⁰ Ver Annyssa Bellal, Gilles Giacca, y Stuart Casey-Malsen, "International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan", *International Review of the Red Cross* 93 (2011), 66.

¹⁰¹ Ver Es decir, exhortos no vinculantes. Sandesh Sivakumaran. "Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict", *The European Journal of International Law* 22 (2011), 249.

¹⁰² Ver Annyssa Bellal, Gilles Giacca, y Stuart Casey-Malsen, "International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan", *International Review of the Red Cross* 93 (2011), 68.

¹⁰³ Ver S/RES/1417(2002), Consejo de Seguridad [Derechos humanos en la República Democrática del Congo], 14 de junio de 2002; S/RES/1193(1998), Consejo de Seguridad [Derechos humanos en Afganistán], 28 de agosto de 1998.

¹⁰⁴ Ver Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945, ratificado por Ecuador el 26 de junio de 1945, Artículos 40 y 41.

¹⁰⁵ Ver S/RES/1267(1999), Consejo de Seguridad [Medidas en contra del Talibán], 15 de octubre de 1999; S/RES/1989(2011), Consejo de Seguridad [Medidas en contra de Al-Qaeda y el Talibán], 17 de junio de 2011; S/RES/2253(2015), Consejo de Seguridad [Medidas en contra de ISIS y Al-Qaeda], 17 de diciembre de 2015.

¹⁰⁶ Ver *Id.*

¹⁰⁷ Ver Artículo 40, Carta de las Naciones Unidas.

¹⁰⁸ Ver Jean-Marie Kamatali, "The Application of International Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts," *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 4 (2013), 250.

existir normas universales de DIDH vinculantes para grupos armados organizados que ejercen control *de facto*, el alcance de sus obligaciones en esta materia resulta limitado.

2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE GRUPOS ARMADOS QUE EJERCEN CONTROL *DE FACTO*

Los grupos armados no estatales que ejercen control *de facto* tienen una serie de obligaciones concretas bajo el DIH, por lo que a continuación se analizará la atribución de responsabilidad internacional por violaciones en esta materia. Adicionalmente se ha explicado la discusión entorno a la obligatoriedad del DIDH hacia grupos armados, por lo que cabe analizar si existen mecanismos efectivos que garanticen el cumplimiento de esta aparente obligación.

2.1. RESPONSABILIDAD POR VIOLACIONES AL DIH

Partiendo de que el DIH obliga a todas las partes del conflicto, la responsabilidad internacional por violaciones a las normas humanitarias puede ser estatal o individual. La primera es principalmente analizada por la Corte Internacional de Justicia; de conformidad con su Estatuto, “[s]ólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”¹⁰⁹, cuando éstos infrinjan sus obligaciones internacionales. La CIJ se ha pronunciado respecto de la responsabilidad estatal por violaciones al DIH, por ejemplo, en el caso Nicaragua c. Estados Unidos, el caso de la República Democrática del Congo c. Uganda, la Opinión Consultiva relativa a armas nucleares, y la Opinión Consultiva relativa a la construcción del muro en territorio palestino.

Siguiendo lo establecido en el artículo 38 del Estatuto, los Estados están obligados principalmente por la costumbre internacional, los convenios que suscriban, y los principios generales de derecho¹¹⁰. Por ende, todos los Estados deben respetar las normas consuetudinarias que se han desarrollado respecto del DIH. Además, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales son vinculantes para los Estados que los han ratificado.

Adicionalmente, la responsabilidad por violaciones al DIH puede ser de carácter individual. En la actualidad, la responsabilidad individual internacional ha sido

¹⁰⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco, 26 de junio de 1945, ratificado por Ecuador el 26 de junio de 1945, Artículo 34.1.

¹¹⁰ Ver Artículo 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

primordialmente desarrollada por la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) y por cortes *ad hoc*, tales como el Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona.

El Estatuto de Roma de la CPI aclara que la Corte solamente tiene jurisdicción respecto de individuos¹¹¹. Además, tipifica los crímenes de genocidio¹¹², lesa humanidad¹¹³, guerra¹¹⁴ y agresión¹¹⁵. La peculiaridad de los crímenes de guerra es que solamente pueden ser cometidos en casos de conflicto armado, tanto internacional como no internacional, por parte de quienes participan directamente en hostilidades¹¹⁶. Este delito criminaliza directamente las infracciones graves de los Convenios de Ginebra¹¹⁷ y “otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados” internacionales y no internacionales¹¹⁸. Es decir, tipifica a las trasgresiones al DIH. Como resultado, los miembros de grupos armados no estatales que ejercen control *de facto* podrían ser juzgados bajo el artículo 8 del Estatuto de Roma, recordando que se debe verificar el nexo entre el presunto delito y el conflicto armado. En este caso, el requisito de nexo sirve para distinguir los crímenes de guerra de los crímenes puramente domésticos, y también evita que los hechos criminales aleatorios o aislados se caractericen como crímenes de guerra¹¹⁹.

Finalmente, se anticipa que el resto de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma no deben ser cometidos necesariamente dentro de un conflicto armado, lo que en principio permite que “el cometimiento de los crímenes más serios”¹²⁰ no quede en la impunidad. Sin embargo, se argumentará que esto no subsana la falta de regulación en materia de DIH respecto del control *de facto*, que resulta en la desprotección de civiles viviendo en este régimen.

2.2. LA RESPONSABILIDAD POR VIOLACIONES AL DIDH

Como se ha mencionado, la doctrina contemporánea asegura que los derechos humanos son reglas que median la relación entre los gobiernos u otras entidades que ejercen un poder

¹¹¹ Ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, ratificado por Ecuador el 5 de febrero de 2002.

¹¹² Ver *Id.*, Artículo 6.

¹¹³ Ver *Id.*, Artículo 7.

¹¹⁴ Ver *Id.*, Artículo 8.

¹¹⁵ Ver *Id.*, Artículo 8 *bis*.

¹¹⁶ Ver *Id.*, Artículo 8.

¹¹⁷ Ver *Id.*, Artículo 8.2.a) y Artículo 8.2.c).

¹¹⁸ Ver *Id.*, Artículo 8.2.b) y Artículo 8.2.e).

¹¹⁹ Ver Case No. IT-04-82, Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Judgment, 10 July 2008, par. 293.

¹²⁰ Artículo 1, Estatuto de Roma.

efectivo análogo al de los gobiernos, y aquellos individuos que están sujetos a ese poder¹²¹. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el DIH, no existen fuentes principales del derecho internacional que han establecido obligaciones en materia de DIDH a actores no estatales. Por lo tanto, es debatible que la responsabilidad por violaciones de DIDH pueda ser estatal o individual.

Respecto a la responsabilidad estatal, los actos u omisiones de los Estados en materia de DIDH, están a la plena vigilancia de la Corte Internacional de Justicia. Además, las cortes regionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, juzgan a Estados por violaciones de derechos humanos.

Por el contrario, la posibilidad de que un individuo sea juzgado internacionalmente por violaciones de derechos humanos es aún discutida. La postura que defiende que los grupos armados organizados sí pueden ser juzgados por violaciones de DIDH asegura, en primer lugar, que todos los individuos, incluidos aquellos que conforman grupos armados no estatales, están obligados a respetar los *jus cogens*. Así concluyó la Asociación de Derecho Internacional al afirmar que, a pesar de que "el consenso parece ser que actualmente los [actores no estatales] no incurren en obligaciones directas de derechos humanos exigibles en virtud del derecho internacional"¹²², los grupos armados organizados aún estarían sujetos a las normas de *jus cogens*¹²³.

Atribuir responsabilidad a grupos armados por la violación de las normas fundamentales de derechos humanos, parece estar en línea con el desarrollo del derecho penal internacional¹²⁴. En este sentido, el Estatuto de Roma atribuye responsabilidad individual por crímenes que pudieron no haber sido cometidos en el contexto de un conflicto armado y, por lo tanto, están fuera del ámbito del DIH; este es el caso del genocidio y los crímenes de lesa humanidad. No obstante, se debe enfatizar que, si bien el cometimiento de estos delitos puede resultar en violaciones a los derechos humanos¹²⁵, la atribución de responsabilidad surge por concepto de violaciones al derecho penal internacional, y no por violaciones al DIDH *per sé*.

¹²¹ Ver Annyssa Bellal, Gilles Giacca, y Stuart Casey-Malsen, "International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan", *International Review of the Red Cross* 93 (2011), 69.

¹²² International Law Association. "First Report on the Committee" in *Non-State Actors in International Law: Aims, Approach and Scope of Project and Legal Issues* (The Hague Conference, 2010), 17, (traducción no oficial).

¹²³ Ver *Id.*

¹²⁴ Ver *Id.*

¹²⁵ Ver Annyssa Bellal, Gilles Giacca, y Stuart Casey-Malsen, "International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan", *International Review of the Red Cross* 93 (2011), 73.

Por otro lado, se podría afirmar que los grupos armados organizados pueden ser responsables por violaciones al DIDH con fundamento en el artículo 10 de los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, según el cual “[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado”¹²⁶. En otras palabras, de convertirse en el nuevo gobierno, los actos de grupos armados se considerarán actos del mismo Estado, y como tal, serán atribuibles de responsabilidad en caso de constituir hechos internacionalmente ilícitos, incluyendo las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, esta atribución de responsabilidad está condicionada a que los grupos armados se conviertan en el nuevo gobierno. El hecho de exigir que los grupos armados se conviertan en Estado para hacerlos responsables por violaciones de derechos humanos confirma que, en materia de DIDH, solamente cabe la responsabilidad estatal.

Por lo tanto, no se ha verificado que las obligaciones de carácter general atribuidas en materia de derechos humanos puedan ser eficazmente exigidas a actores no estatales en el ámbito internacional. Pese a que las violaciones de derechos humanos cometidas por individuos y otros actores no estatales se han abordado en la jurisprudencia de diferentes tribunales de derechos humanos, no se ha llegado a un consenso respecto de su atribución de responsabilidad. En el contexto de la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte ha considerado en varias ocasiones al gobierno responsable de no prevenir, a través de métodos judiciales o policiales, la violación de los derechos humanos de una persona por otra persona privada¹²⁷. Esta es la razón por la cual los órganos judiciales o cuasi judiciales, como la Corte Europea de Derechos Humanos o los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas han ejercido la jurisdicción solo con respecto al comportamiento de los Estados¹²⁸. En tal razón, si bien se podría afirmar que los grupos armados tienen obligaciones de derechos humanos, estrictamente con base a normas *soft law*, y que pueden tener obligaciones vinculantes de carácter particular, no existen mecanismos para hacer efectivas las obligaciones universales.

¹²⁶ A/RES/56/83, Asamblea General [Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos], 28 de enero de 2002, Artículo 10.

¹²⁷ Ver *SW c. Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia, 22 de noviembre de 2005.

¹²⁸ Ver Annyssa Bellal, Gilles Giacca, y Stuart Casey-Malsen, “International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan”, *International Review of the Red Cross* 93 (2011), 65.

3. EL CONTROL *DE FACTO* ESTABLECIDO POR EL ESTADO ISLÁMICO EN SIRIA E IRAK

Los regímenes de control *de facto* ejercen “todas las funciones de un gobierno soberano”¹²⁹ a pesar de que el grupo armado organizado tiene calidad de no-Estado bajo el derecho internacional. Es esta calidad la que precisamente dificulta una eficaz exigencia de normas de DIDH a los grupos armados no estatales, lo que resulta en la falta de protección de civiles. Esto ha quedado claramente evidenciado, por ejemplo, en el control *de facto* establecido por el Estado Islámico de Irak y el Levante (en adelante “Estado Islámico”, “EI” o “ISIS”) en Siria e Irak.

A inicios de 2014, en el contexto del CANI en contra del gobierno iraquí, el Estado Islámico se apoderó de ciudades como Fallujah, Mosul, Tikrit y Tal Afar¹³⁰. El 29 de junio, proclamó el establecimiento de un califato en los territorios que controlaba dentro de Irak, principalmente¹³¹. Para agosto, el EI tenía control sobre los campos petroleros de Ain Zalah y Batma y sobre la presa de Mosul, lo que proporcionaba al grupo fuentes adicionales de riqueza¹³². En respuesta, la coalición liderada por Estados Unidos atacó Irak, apoyando al gobierno¹³³.

Hacia finales de 2014, el EI controlaba 100,000 kilómetros cuadrados de territorio en Siria e Irak, que albergaba a más de 11 millones de personas¹³⁴. Además, ISIS tenía al menos catorce ministerios del gobierno que abordaban una amplia gama de temas tales como militares y defensa, finanzas y moneda, educación, salud y recursos naturales¹³⁵.

Documentos recientemente descubiertos sugieren que el EI gravaba todas las transacciones que se daban en los territorios controlados y mantenía registros financieros meticulosos. La extorsión y los impuestos de las comunidades locales formaron la mayor parte de los ingresos del Estado Islámico¹³⁶. Los documentos también indican que ISIS regulaba una amplia gama de temas relacionados con la vida cotidiana como la pesca, las suscripciones

¹²⁹ The Redress Trust, *No solo el Estado: tortura por actores no estatales* (2006), 11.

¹³⁰ Ver Kirk Semple and Eric Schmitt, “ISIS Keeps Up Pressure Near Baghdad as Iraqi Troops Hesitate”, *The New York Times* (October 17 2014); Martin Chulov, “ISIS insurgents seize control of Iraqi city of Mosul”, *The Guardian* (10 June 2014); BBC, “Iraq Conflict: Militants ‘Seize’ City of Tal Afar”, *BBC News* (June 16 2014); BBC, “Iraq Crisis: Militants ‘Seize Tikrit’ after Taking Mosul”, *BBC News* (June 11 2014).

¹³¹ Ver Vaios Koutrolis, “The Fight Against the Islamic State and Jus in Bello”, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 830.

¹³² Ver Mapping Militant Organizations, “The Islamic State”, *Stanford University* (2019).

¹³³ Ver Vaios Koutrolis, “The Fight Against the Islamic State and Jus in Bello”, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 830.

¹³⁴ Ver Mapping Militant Organizations, “The Islamic State”, *Stanford University* (2019).

¹³⁵ Ver *Id.*

¹³⁶ Ver Rukmini Callimachi and Ivor Prickett, “The ISIS Files”, *New York Times* (4 April 2018).

telefónicas, las vacunas, el suministro de electricidad, los servicios de saneamiento y la agricultura¹³⁷. Así, tras tomar territorios en Siria e Irak, el EI creó un sistema de gobierno y proporcionó servicios públicos en las áreas bajo su control¹³⁸.

En el poder, el EI lideró una campaña de violencia generalizada y violaciones sistemáticas de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, actos que posiblemente pueden constituir crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio en virtud del Estatuto de Roma¹³⁹.

Desde principios de 2014 hasta finales de 2017, la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Irak (UNAMI) registró casi 30,000 civiles muertos y 55,150 heridos en Irak como resultado del conflicto con el Estado Islámico¹⁴⁰. Los informes de derechos humanos de las Naciones Unidas durante este período descubrieron que el EI había cometido graves vulneraciones al DIH que podrían ser consideradas crímenes de guerra. Además, ISIS ha realizado actos de violencia y abusos sistemáticos y generalizados contrarios al DIDH, algunos de los cuales podrían constituir crímenes de lesa humanidad y genocidio¹⁴¹.

3.1. VULNERACIONES AL DIH

De acuerdo con el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y a la costumbre internacional, son prohibidos los actos de terrorismo en contra de quienes no participan directamente en hostilidades¹⁴². No obstante, los miembros del Estado Islámico han cometido una serie de actos con el objetivo de infundir terror en la población bajo su control. Por ejemplo, los cuerpos mutilados de las víctimas masculinas a menudo se exhiben como una advertencia a la población local de las consecuencias de no someterse a la autoridad del grupo armado¹⁴³. Además, el Estado Islámico ha sido responsable de numerosos bombardeos, especialmente en restaurantes, lugares de culto, cafés, parques, edificios públicos, parqueaderos, y mercados¹⁴⁴.

¹³⁷ Ver Katherine Fortin, “The Application of Human Rights Law to Everyday Civilian Life Under Rebel Control”, *Netherlands International Review* 63 (2016), 162.

¹³⁸ Ver Mapping Militant Organizations, “The Islamic State”, *Stanford University* (2019).

¹³⁹ Ver OHCHR and UNAMI, *Unearthing Atrocities: Mass Graves in territory formerly controlled by ISIL* (2018), p. 1.

¹⁴⁰ Ver *Id.*

¹⁴¹ Ver *Id.*

¹⁴² Ver Artículo 4, Protocolo II adicional; ICRC, *Customary IHL Database* (2005), Rule 2.

¹⁴³ Ver A/HRC/27/CRP.3, Human Rights Council [Rule of Terror: Living under ISIS in Syria. Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic], 2014.

¹⁴⁴ Ver OHCHR and UNAMI, *Report on the Protection of Civilians in the Armed Conflict in Iraq: 11 December 2014 – 30 April 2015* (12 June 2015), 32; OHCHR and UNAMI, *Report on the Protection of Civilians in the Armed Conflict in Iraq: 1 May 2015 – 31 October 2015* (5 January 2016), 29.

Existen también numerosos ejemplos de asesinatos públicos por parte del Estado Islámico que incluyen disparos, decapitaciones, demoliciones, quemaduras vivas y lanzamiento de personas desde la parte superior de los edificios¹⁴⁵.

No obstante, los miembros de ISIS no podrían ser juzgados por terrorismo como un crimen de guerra, en la Corte Penal Internacional, considerando que dichos actos no se encuentran tipificados en artículo 8 del Estatuto de Roma. Podrían ser juzgados, sin embargo, bajo el crimen de lesa humanidad, si se demuestra que estos actos han constituido un ataque sistemático en contra de una población civil. De igual manera, los actos de terrorismo podrían ser juzgados como tal en el eventual caso de que se cree un tribunal *ad hoc* que sí juzgue estos actos, de la misma manera que lo hacía el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ¹⁴⁶.

Adicionalmente, en las zonas bajo su control, el EI ha cometido violaciones graves al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra al atentar “contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura”¹⁴⁷. Específicamente, el Estado Islámico ha realizado asesinatos y secuestros en masa, violaciones, detenciones y torturas¹⁴⁸. Además, ISIS ha cometido actos de violación y esclavitud sexual, que también constituyen vulneraciones graves al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra¹⁴⁹. En particular, ha promovido la esclavitud y el tráfico sexual de mujeres y niñas de comunidades religiosas minoritarias¹⁵⁰.

Al constituir infracciones graves al artículo 3 común y a las leyes y usos aplicables del DIH, hay una basta evidencia de presuntos crímenes de guerra cometidos por parte del Estado Islámico en Siria e Irak que, previo a la verificación del requisito del nexo, podrían ser juzgados de conformidad con el artículo 8 del Estatuto de Roma.

¹⁴⁵ Ver OHCHR and UNAMI, *Unearthing Atrocities: Mass Graves in territory formerly controlled by ISIL* (4 November 2018), 4.

¹⁴⁶ Ver Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, Nueva York, 8 de noviembre de 1994, Artículo 4.d).

¹⁴⁷ Artículo 8. 2.c.i), Estatuto de Roma.

¹⁴⁸ Ver OHCHR and UNAMI, *Unearthing Atrocities: Mass Graves in territory formerly controlled by ISIL* (4 November 2018), 4.

¹⁴⁹ Ver Artículo 8. 2. e.vi). Estatuto de Roma.

¹⁵⁰ Ver A/HRC/28/18, Human Rights Council [Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the human rights situation in Iraq in the light of the abuses committed by the so-called Islamic State in Iraq and the Levant and associated groups], 27 March 2015.

3.2. VULNERACIONES AL DIDH

En el control *de facto* establecido en Siria e Irak, ISIS ha cometido una serie de violaciones a los derechos humanos. Si bien algunas de éstas pueden constituir genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, hay otras que no están tipificadas como delitos conforme al Estatuto de Roma. En tal razón, algunas de las violaciones de derechos humanos cometidos por el Estado Islámico podrían quedar en la impunidad.

De acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los hombres y mujeres deberán gozar de los mismos derechos económicos, sociales y culturales¹⁵¹. Esto es corroborado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹⁵². Sin embargo, en las zonas controladas por el Estado Islámico, las mujeres y las niñas han sido confinadas en gran medida a sus casas, excluidas de la vida pública¹⁵³. Las regulaciones de ISIS han dictado qué ropa deben usar las mujeres, con quién pueden socializar y dónde pueden trabajar. Por ejemplo, las mujeres y niñas mayores de 10 años deben estar completamente cubiertas cuando se encuentran al aire libre¹⁵⁴. Es más, decenas de hombres han sido azotados por estar en compañía de mujeres que ISIS ha considerado que están vestidas "inadecuadamente"¹⁵⁵. Queda claro entonces que el derecho a la igualdad de género no ha sido respetado por el Estado Islámico.

Por otro lado, según el artículo 2.1 del PIDESC, todas las personas tienen igualdad de derechos, sin discriminación alguna por motivos, entre otros, de raza, idioma, religión¹⁵⁶. No obstante, ISIS ha obstruido el ejercicio de las libertades religiosas, la libertad de expresión, reunión y asociación, que están garantizadas por el derecho internacional¹⁵⁷. Además, decenas de hombres han sido azotados por fumar, no asistir a las oraciones de los viernes, comercializar durante las horas de oración y por hacerse tatuajes¹⁵⁸. También es conocido que miembros del Estado Islámico han realizado conversiones forzadas a los civiles viviendo bajo su control¹⁵⁹.

¹⁵¹ Ver Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificado por Ecuador el 6 de marzo de 1969, Artículo 3.

¹⁵² Ver Declaración Universal de los Derechos Humanos, Nueva York, 10 de diciembre de 1948, Artículos 1 y 7.

¹⁵³ Ver A/HRC/27/CRP.3, Human Rights Council [Rule of Terror: Living under ISIS in Syria. Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic], 2014.

¹⁵⁴ Ver *Id.*

¹⁵⁵ Ver *Id.*

¹⁵⁶ Ver Artículo 2.1, PIDESC; Artículo 18, DUDH.

¹⁵⁷ Ver A/HRC/27/CRP.3, Human Rights Council [Rule of Terror: Living under ISIS in Syria. Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic], 2014.

¹⁵⁸ Ver *Id.*

¹⁵⁹ Ver OHCHR and UNAMI, *Unearthing Atrocities: Mass Graves in territory formerly controlled by ISIL* (4 November 2018), 4.

Es más, el EI aplicó impuestos exorbitantes a los residentes locales, especialmente a las minorías como los cristianos, que se vieron obligados a pagarlos para evitar ser crucificados¹⁶⁰. Por lo tanto, no se han respetado los derechos a la vida digna, y a la igualdad y no discriminación de los civiles viviendo bajo el régimen de control *de facto* de ISIS.

Tal como se explicó previamente, el Estado Islámico ha violado una serie de derechos humanos de los civiles que viven bajo su control. Si bien la posición doctrinaria actual asegura que los Estados no son los únicos responsables de promover y proteger los derechos humanos, se ha demostrado a lo largo de la presente investigación que, en la práctica, no se puede atribuir eficazmente responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos a grupos armados organizados¹⁶¹.

Dado que no existe un tribunal internacional con la jurisdicción para juzgar al Estado Islámico por sus violaciones al DIDH, la obligación en relación con esta materia se mantendría en los gobiernos de Siria e Irak. En el caso de Irak, ahora que el gobierno y la coalición han retomado el control de cada vez más territorios¹⁶², se espera que el gobierno iraquí juzgue domésticamente las violaciones de derechos humanos cometidas por ISIS. Sin embargo, hasta que no se dé paso a estos procesos judiciales, existe el riesgo de que las violaciones de derechos humanos por parte del EI permanezcan en la impunidad.

3.3. VULNERACIONES AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En áreas controladas por el Estado Islámico se han cometido una serie de actos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”¹⁶³, tales como asesinatos¹⁶⁴ y persecución de grupos por motivos políticos, culturales, religiosos, u otros universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional¹⁶⁵. Por ejemplo, miles de civiles han sido asesinados y secuestrados, de manera sistemática y selectiva¹⁶⁶. Las víctimas incluyen a individuos que se percibieron como opuestos a la ideología

¹⁶⁰ Ver Rod Nordland and Alissa J. Rubin, “Iraq Insurgents Reaping Wealth as They Advance”, *New York Times* (20 June 2014).

¹⁶¹ Ver CICR, *Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory*, ed. de Tristan Ferraro (Geneva: CICR, 2008), 12.

¹⁶² Ver Brigadier General Andrew A. Croft, deputy commander, Air, Combined Joint Forces Land Component Commander-Operation Inherent Resolve, *Department of Defense Press Briefing by Brigadier General Croft via Teleconference From Erbil, Iraq* (7 November 2017).

¹⁶³ Ver Artículo 7.1, Estatuto de Roma.

¹⁶⁴ Ver *Id.*, Artículo 7.1.a).

¹⁶⁵ Ver *Id.*, Artículo 7.1.h).

¹⁶⁶ Ver OHCHR and UNAMI, *Unearthing Atrocities: Mass Graves in territory formerly controlled by ISIL* (4 November 2018), 4.

y al gobierno de ISIS; afiliados o considerados previamente afiliados a los gobiernos de Siria o Irak, como exfuncionarios públicos y trabajadores electorales; profesionales, como médicos y abogados; periodistas; líderes tribales y religiosos; y candidatas políticas femeninas¹⁶⁷. Otros fueron secuestrados y/o asesinados por su orientación sexual o con el pretexto de ayudar o proporcionar información a las fuerzas de seguridad del gobierno sirio o iraquí¹⁶⁸. Todos estos hechos podrían constituir, de acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de Roma, crímenes de lesa humanidad.

De igual manera, el Estado Islámico ha cometido actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo étnico o religioso¹⁶⁹, por ejemplo, al haber emprendido campañas de violencia contra miembros de comunidades étnicas y religiosas, incluidos los cristianos y, en particular, la comunidad yazidí. Aproximadamente, entre 2.000 y 5.500 yazidíes han sido asesinados por ISIS desde agosto de 2014¹⁷⁰. Además, organizaciones no gubernamentales documentaron un sistema de violación organizada, esclavitud sexual y matrimonio forzado por parte de las fuerzas ISIS de mujeres y niñas yazidíes¹⁷¹. Adicionalmente, el EI ha emprendido una política de imponer sanciones discriminatorias, como impuestos o conversión forzada, sobre la base de la identidad étnica o religiosa, destruir sitios religiosos y expulsar sistemáticamente a las comunidades minoritarias¹⁷². Con todo, las minorías se han visto obligadas a asimilarse o huir¹⁷³. Así, se podrían presumir que los miembros del EI han cometido genocidio, especialmente en contra de la población yazidí y cristiana.

En principio, los miembros del Estado Islámico podrían ser responsables por los supuestos crímenes de lesa humanidad y genocidio en el supuesto de que Siria o Irak no logren sentenciar estos actos, dado el carácter complementario de la Corte Penal Internacional¹⁷⁴. No obstante, ninguno de estos Estados ha ratificado el Estatuto de Roma, de modo que las violaciones al derecho penal internacional cometidas por ISIS en estos territorios podrían no ser conocidas por la CPI. Al respecto, es necesario investigar otras vías para que la Corte Penal Internacional sea competente para juzgar los actos cometidos por el EI en Siria e Irak.

¹⁶⁷ *Ver Id.*

¹⁶⁸ *Ver Id.*

¹⁶⁹ *Ver* Artículo 6, Estatuto de Roma.

¹⁷⁰ *Ver* OHCHR and UNAMI, *Unearthing Atrocities: Mass Graves in territory formerly controlled by ISIL* (4 November 2018), 4.

¹⁷¹ *Ver* Human Rights Watch, *Iraq: Events of 2018* (2019).

¹⁷² *Ver* A/HRC/27/CRP.3, Human Rights Council [Rule of Terror: Living under ISIS in Syria. Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic], 2014.

¹⁷³ *Ver Id.*

¹⁷⁴ *Ver* Artículo 1. Estatuto de Roma.

Es evidente que la falta de regulación de los regímenes *de facto* representa un problema, principalmente, respecto a la protección de civiles viviendo bajo el control de grupos armados no estatales. Este vacío legal impide atribuir responsabilidad a grupos armados organizados en el marco del DIH, a pesar de que pueden adquirir facultades gubernamentales plenas. Como consecuencia, es muy común que estos grupos cometan abusos en contra de los civiles habitando en un territorio controlado, tal y como sucede con ISIS en Siria e Irak.

CONCLUSIONES

El DIH no tiene un instrumento específicamente elaborado para regular la relación entre grupos armados no estatales que ejercen control *de facto* y los civiles bajo su control. Sin embargo, este régimen está compuesto por un conjunto de normas recogidas en el artículo común 3 a los Convenios de Ginebra, el Protocolo II adicional, la costumbre internacional y los principios básicos del DIH.

A pesar de ser regímenes análogos, la ocupación tiene un marco jurídico significativamente más completo que el del control *de facto*. Incluso en casos no concebidos por el DIH, los Estados ocupantes mantienen plenamente sus obligaciones respecto del DIDH. Como resultado, los civiles que viven en ocupación difícilmente quedan desprotegidos por el derecho internacional. Por el contrario, la aplicación del DIDH en control *de facto* continúa siendo debatida.

La realidad es que los tratados de derechos humanos vinculan efectivamente sólo a los Estados. A esto se suma el hecho de que la Corte Internacional de Justicia, pudiendo condenar violaciones al DIDH, juzga únicamente a Estados; mientras que la Corte Penal Internacional, pudiendo juzgar a individuos, no condena las violaciones de derechos humanos como tal. Como resultado, no existen mecanismos efectivos para atribuir responsabilidad internacional a actores no estatales por violaciones al DIDH.

Así, resulta inconcebible que las normas del control *de facto* en materia de DIH sean limitadas. Esta realidad genera desprotección de civiles, como se ha demostrado en el análisis del control *de facto* establecido por el Estado Islámico en Siria e Irak. Además de los actos que posiblemente pueden constituir crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, existe un sinnúmero de violaciones de derechos humanos que tienen el riesgo de quedar en la impunidad.

Con la realidad actual, es imperativo ampliar las regulaciones con respecto a las obligaciones y a la responsabilidad internacional de grupos armados organizados que ejercen

control *de facto*. Este régimen debería incluir todas las protecciones a los civiles aplicables en la ocupación, salvo aquellas que implican directamente el ejercicio de facultades soberanas por parte de grupos armados, como lo son el mantenimiento del orden, la higiene y la sanidad pública, la recolección de impuestos y la legislación penal. Adicionalmente, debería establecer obligaciones y prohibiciones concretas para asegurar la protección de los derechos humanos en el marco del DIH.

Esto podría materializarse, por ejemplo, modificando los Convenios de Ginebra mediante una enmienda del Protocolo II adicional, siguiendo lo dispuesto en su artículo 24. El artículo 3 común y algunas disposiciones del Protocolo II adicional obligan a grupos armados organizados por ser normas consuetudinarias que contienen consideraciones elementales de humanidad. De igual manera, las normas de derechos humanos, especialmente aquellas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos se han convertido en costumbre internacional y también se basa en dichas consideraciones de humanidad. En tal razón, los derechos que consagra podrían ser incluidos en el Protocolo II adicional, de tal manera que obliguen a los grupos armados, incluso en el supuesto de que el Estado donde ocurre el CANI no ha ratificado el Protocolo II adicional.

No obstante, se debe reconocer que una regulación completa sobre el control *de facto* podría generar el mismo temor que dificultó la adopción del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. No se puede desconocer la posibilidad de que los Estados vean a la regulación del control *de facto* como una amenaza a su soberanía y a sus asuntos internos. Al respecto, la comunidad internacional debería asumir este desafío, pues el mundo entero ha sido testigo de las atrocidades que han sufrido los civiles viviendo en regímenes de control *de facto*, como consecuencia de su limitada regulación. Por lo tanto, se debe retomar el debate para decidir si se siguen priorizando los derechos soberanos por sobre el DIH y el DIDH.

Con el objetivo de que las obligaciones propuestas sean exigibles, se podría enmendar el artículo 8 del Estatuto de Roma, de conformidad con su artículo 121, de tal manera que se consideren también crímenes de guerra a los actos u omisiones que resulten violatorios a los derechos humanos de los civiles viviendo en control *de facto*. Adicionalmente, se deberían aumentar los actos tipificados como crímenes de guerra, incluyendo a aquellos aspectos de este régimen, detallados en la Tabla 1, que están regulados bajo el DIH. Caso contrario, actos como el de terrorismo no podrían ser juzgados bajo el artículo 8 del Estatuto de Roma, a pesar de constituir una violación al DIH. De esta manera, se atenuarían los efectos adversos del control *de facto* en la población civil.

Al respecto, se debe reconocer como limitante el hecho de que algunos Estados no han ratificado el Estatuto de Roma, por lo que se deben analizar otros mecanismos para que la CPI tenga jurisdicción en esos casos. Además, para efecto de la eventual enmienda al artículo 8 del Estatuto de Roma, se debe establecer claramente una lista de actos que deberán ser incluidos o hacer referencia a disposiciones específicas de instrumentos internacionales de derechos humanos y de DIH. Sin embargo, esto debe ser objeto de otra investigación.

Si bien existe el riesgo de que las enmiendas propuestas sean objetadas por Estados que han ratificado el Protocolo II adicional y el Estatuto de Roma, como sucedió durante los debates para la adopción del artículo 3 común y el Protocolo II, la comunidad internacional debe tener presente que difícilmente se puede blindar al régimen del control *de facto* si los Estados continúan priorizando sus derechos soberanos por sobre la vida de sus propios habitantes. Pues con lo expuesto, se ha evidenciado que el actual régimen del control *de facto* bajo el DIH, es insuficiente para contrarrestar los efectos que un CANI de alta intensidad tiene con relación a los civiles.