

Del reconocimiento de beligerancia al de grupo armado o terrorista: ¿nuevos sujetos para un nuevo derecho?*

Rafael Prieto Sanjuán**

Beligerantes, combatientes, rebeldes, mercenarios y terroristas: ¿son o no son sujetos del derecho internacional? Si lo son, ¿en qué medida desarrollan su personalidad jurídica? Esta cuestión va más allá del aspecto teórico, toda vez que de su respuesta depende la aplicabilidad de la normatividad internacional a tales personas. En efecto, la subjetividad o capacidad es un requisito fundamental para actuar o ser sujeto de un determinado orden jurídico, en este caso, el internacional. Y, si admitimos la existencia de nuevos sujetos de derecho internacional (en adelante, DI), ¿no estaríamos a la vez aceptando la transformación del sistema o reconociendo un “nuevo derecho”?

Estas son algunas de las inquietudes que pretendemos resolver a partir de las reflexiones que nos suscitan ciertos actos de violencia organizada, pero irregular; es decir, diferente del monopolio de la fuerza en cabeza del Estado, pues, independientemente de su legitimidad, nadie discute su calidad de sujeto o personalidad jurídica internacional. Ahora bien, la aprehensión de este fenómeno por el DI nos obliga a adoptar un marco teórico respecto al tema de la subjetividad en general, en la primera parte del escrito. En cuanto a los conflictos armados, la ausencia de práctica nos confirmará que el reconocimiento de beligerancia, como mecanismo

* Este capítulo corresponde a un resultado parcial del proyecto *Renovaciones del derecho internacional*, inscrito en la línea de Globalización y desarrollo del derecho internacional del Grupo de Investigación Centro de Estudios de Derecho Internacional y Derecho Global Francisco Suárez, S. J., reconocido por Colciencias en categoría A.

** Doctor en Derecho (Universidad de París II). Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, investigador de su Centro de Estudios de Derecho Internacional (CEDI) y miembro activo de las Sociedades Francesa (SFDI) y Europea de Derecho Internacional (SEDI).

de obtención de una relativa capacidad internacional, ha perdido su vigencia, lo cual se plantea en la segunda parte. De hecho, las obligaciones que vinculan a un grupo, a los combatientes (regulares o irregulares) o a todo aquel que ejerza una violencia que supere su ámbito privado o personal podría ser sujeto del derecho internacional, como veremos en una tercera parte.

¿Quién es sujeto del derecho internacional?

Uno de los problemas más importantes que debe resolver todo estudioso del derecho tiene que ver con la identificación y la condición o estatus de los sujetos en determinados ordenamientos o regímenes jurídicos.¹ Para ello, podemos acudir a diversas teorías acerca de la subjetividad y escoger aquella que resulte más operativa o coherente con nuestro sistema de derecho, según el enfoque doctrinal o jurisprudencial, acordado al tema.

Fundamentos ideológicos o doctrinales

Siguiendo al profesor Julio Barberis, en el DI resultan útiles los conceptos de *sujeto de la teoría pura del derecho y la teoría de la responsabilidad* o, como él mismo lo propone, como destinatario directo y efectivo de un derecho o de una obligación internacional.²

Teoría pura del derecho

De acuerdo con el ámbito de validez personal de la norma jurídica, el afirmar que un individuo es sujeto de una obligación jurídica, quiere decir que su conducta aparece descrita como obligatoria por el ordenamiento jurídico, pero también que tiene la capacidad para crear normas en dicho ordenamiento, el cual, a su vez, le reconoce personalidad jurídica. Así, en palabras de Hans Kelsen, el otorgar personalidad jurídica a un individuo significa que su conducta es un contenido de derechos y obligaciones.³

¹ Véanse, entre otros, Goyard-Fabre, Simone. "Sujet de droit et objet de droit: défense de l'humanisme", en *Cahiers de philosophie politique et juridique* (Memorias del Coloquio *Sujet de droit et objet de droit. L'homme est-il le seul sujet de droit ?*, No. 22, mayo de 1992, pp. 7-30. Grzegorzczuk, Ch. "Le sujet de droit: trois hypostases", en *Annuaire de philosophie du droit*, 1989, t. 34, pp. 9-24; O'Connell, D. P. "La personnalité en droit international", en *Revue générale de droit international public* (RGDIP), t. 67, 1963/I, pp. 5-43; Mosler, Hermann. "Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public", en *Mélanges Rolin*, 1964, pp. 228-251.

² Barberis, Julio A. *Los sujetos de DI actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 20-26.

³ Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Viena, 1960, pp. 193-194, citado por Barberis, op. cit., p. 20.

Ahora, lo interesante de esta teoría para nosotros, es que se aplica tanto a personas físicas como jurídicas o morales, con una extensión que puede ser más o menos amplia, según lo establezca el correspondiente ordenamiento jurídico al que pertenezca. Piénsese en los menores de edad, las minorías indígenas, los miembros de las fuerzas armadas, una empresa comercial o una fundación, etc. Así, el contenido de la personalidad de cada uno podrá variar en función de lo que el correspondiente orden jurídico le reconozca u otorgue como titular de derechos y obligaciones.

Entonces, para nosotros, un grupo armado irregular y sus integrantes, por el solo hecho de que sus conductas hayan sido contempladas por un determinado sistema jurídico, los convierte en sujetos de éste, así como sucede con el derecho internacional humanitario (DIH, en adelante) cuando establece, ya sea de forma explícita o implícita, quiénes son sus destinatarios o los titulares de derechos y obligaciones dentro de dicho régimen. Buen ejemplo de ello lo constituye el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar” (las cursivas son del autor). O el mismo Protocolo II de 1977, al definir el ámbito de aplicación personal (art. 2):

1. El presente Protocolo *se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable (...) a todas las personas afectadas por un conflicto armado* en el sentido del artículo 1 [“en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados”].
2. Al fin del conflicto armado, *todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquél*, así como las que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista. (Las cursivas son del autor)

Se infiere entonces que tanto el grupo o movimiento armado como los combatientes, individualmente considerados, y aun irregulares o ilegales, se encuentran vinculados o beneficiados por la norma, según sea el caso y en la medida en que su condición y sus actos son regulados por ella. No obstante, cabe resaltar que de acuerdo con la teoría pura, la persona es, y no simplemente posee, un estatuto jurídico, es decir, un conjunto de derechos y deberes, incluso cuando se refiere a la persona de naturaleza colectiva, pues para Kelsen el derecho sólo regula conductas

humanas; otra cosa es que lo haga de manera directa o indirecta, como sucede con el DI, a través del Estado o las organizaciones internacionales.

Después de referirnos rápidamente a la regulación (permisión, obligación o prohibición) de la conducta humana en la teoría pura del derecho, vale la pena que profundicemos en las consecuencias de la violación de la norma.

Teoría de la responsabilidad

Los profesores Constantin Th. Eustathiades y Wilhem Wengler son los principales expositores de esta teoría, la que a nuestro juicio resulta de mayor actualidad, con la tendencia de judicialización internacional de los autores de crímenes de guerra y lesa humanidad. Así, de acuerdo con el primero, para ser considerado sujeto de derecho internacional, es esencial ser titular de un derecho y poder ejercerlo mediante reclamación internacional (lo que podríamos llamar competencia sustantiva y adjetiva o judicial) o también ser titular de una obligación jurídica y tener la capacidad de cometer un delito internacional.⁴ Para el profesor griego, estas dos situaciones tienen en común el elemento de responsabilidad internacional: la primera, en función de la capacidad del sujeto para invocar y hacer valer un derecho en el plano internacional (lo mismo que Kelsen llamaba ser titular de un derecho subjetivo), mientras que la segunda situación consiste en la capacidad para asumir dicha responsabilidad. Según este autor, para determinar la capacidad de cometer un delito se debe establecer quién puede ser responsable, esto es, quién sufre las consecuencias del ilícito o asume las consecuencias del incumplimiento del deber jurídico.⁵

En tal sentido, es claro que si un grupo armado (sea estatal o ilegal) o un individuo tienen la capacidad de cometer un crimen y responder por él ante una jurisdicción internacional, como sucedió en los Tribunales de Nuremberg y Tokio, u otros creados para la correspondiente ocasión, o aun, respecto de la misma Corte Penal Internacional (CPI), es necesario admitir que dicha persona o entidad es sujeto del DI.⁶ En otras palabras, la capacidad delictiva en el plano internacional

⁴ Eustathiades, Constantin Th. “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 84, 1953/III, pp. 397-672; 414-415.

⁵ *Ibid.*, pp. 416 y 424.

⁶ Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas o colectivas, llama la atención la forma en que fue prevista por el Art. 9 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg (Acuerdo cuatripartito de Londres del 8 de agosto de 1945), según el cual, “[e]n el juicio de aquella persona o personas miembros de

convierte a sus autores en sujetos de un ordenamiento especial, a saber, el derecho penal internacional, ya que regula no solamente derechos y obligaciones, sino también los aspectos relativos a la represión.

Por su parte, Wengler desarrolla más ampliamente esta teoría, al diferenciar de manera clara entre delito o acto antijurídico, y la responsabilidad en sí.⁷ El primero es el antecedente de la sanción, mientras que la responsabilidad consiste en ser su destinatario. Es decir, independientemente de la autoría del delito, otro puede ser quien finalmente sufra las consecuencias; o sea, el autor del acto antijurídico y el destinatario de la sanción no guardan necesariamente la misma identidad en la teoría de la responsabilidad propuesta por el profesor de Berlín.

Para sustentar su tesis, Wengler estima que, por ejemplo, no sólo el Estado puede ser el objeto de represalias, a lo que adherimos totalmente, pues en lo que el autor denomina el derecho de la guerra, muchas veces resulta evidente que un individuo o un grupo armado diferente del autor del ilícito asuman las consecuencias de éste. Además de una fracción del Estado, como lo propone el autor, una organización terrorista como Al-Qaeda o la comunidad sobre la cual ejerce su influencia o que le sirve de pertrecho, podría terminar asumiendo las consecuencias aunque no se le pudiera imputar a la segunda la autoría del hecho que origina la sanción. Ejemplos como éstos son numerosos en la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o por los mismos Estados, al actuar de manera descentralizada o en legítima defensa.

Por este hecho (ser destinatario de la sanción internacional), el individuo, la comunidad o el grupo al que pertenece se convierte en sujeto de derecho internacional, según la teoría de la responsabilidad. Dicho en otras palabras, ser responsable internacionalmente implica ser sujeto de DI, y no lo contrario, como lo sostuvo la teoría pura del derecho, esto es, por el hecho de que la conducta sea regulada directamente por el orden jurídico correspondiente. Ahora bien, frente a

algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal". Texto en: Prieto Sanjuán, Rafael A. *La internacionalización de la jurisdicción penal. De Versalles a Bagdad*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2005, p. 36.

⁷ Wengler, Wilhem. "Der Begriff des Völkerrechtssubjektes im Lichte der politischen Gegenwart", en *Die Friedens-Warte*, t. 51, 1951/53, p. 113 (versión en español: "La noción de sujeto de derecho internacional público examinada bajo el aspecto de algunos fenómenos actuales", en *REDI*, vol. IV, 1951/III, pp. 831-859).

estas teorías, la jurisprudencia internacional ha desarrollado su propia concepción que merece ser traída a colación.

El aporte de la jurisprudencia internacional

El aporte de la jurisprudencia trata básicamente de lo que la jurisdicción internacional realizó en el siglo pasado.

Primera mitad del siglo XX

Bien importante para nuestra reflexión son las opiniones consultivas No. 15 (*Tribunales de Dantzig*, 1928) de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ) y de su sucesora, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a propósito de las reparaciones al servicio de las Naciones Unidas, en 1949.

Así, por primera vez, en 1928, un órgano jurisdiccional internacional se pronunciaba en favor de la subjetividad de los individuos. En efecto, en el caso relativo a la *Competencia de los tribunales de la ciudad libre de Dantzig*, para reglamentar las condiciones laborales de los agentes locales en los ferrocarriles poloneses,⁸ surgió el interrogante de saber si los empleados ferroviarios de Dantzig tenían la capacidad para hacer valer directamente los derechos conferidos por un tratado internacional, y ello sin que previamente se hubiera incorporado dicho instrumento en el orden interno del respectivo país. Más exactamente, se trataba de saber si los funcionarios de los ferrocarriles de Dantzig —en servicio para Polonia— podían incoar directamente una acción contra la compañía que los contrató, para obtener reparación por los daños sufridos como consecuencia de la violación de los derechos que les había reconocido el tratado celebrado entre la ciudad de Dantzig y Polonia.

La posición del gobierno polonés, correspondiente al derecho clásico de la época, se negaba a reconocer en el ámbito internacional cualquier derecho diferente al de los Estados o, para el caso *subjudice*, los derechos y obligaciones entre las partes contratantes, las únicas aptas para generar un proceso de responsabilidad internacional. A lo que la CPJI respondió:

Según un principio bien establecido en derecho internacional, el *Beamtenabkommen* al ser un acuerdo internacional, no puede, como tal, crear directamente derechos y obligaciones para los individuos. No se puede negar que el objeto mismo de un

⁸ Dantzig y Polonia constituían en la época dos administraciones diferentes.

acuerdo internacional, según la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes de ciertas reglas precisas que crean derechos y obligaciones individuales y aplicables por los tribunales nacionales.⁹

Observamos entonces, cómo, la Corte sigue un argumento clásico ab initio para, enseguida, apartarse e innovar en el punto esencial que nos interesa. Así, según el dictamen de la CPJI, el acuerdo entre las dos entidades antes mencionadas sí podía crear directamente derechos en cabeza de los empleados de la ciudad de Dantzig, que trabajaban para los ferrocarriles de Polonia, que efectivamente podían hacer valer ante los tribunales de dicha ciudad.

De esta manera, se abre paso a la pérdida del monopolio de la personalidad internacional de los Estados y las organizaciones internacionales, y aunque su capacidad para actuar internacionalmente depende todavía en una buena medida del Estado del que son nacionales o de la organización internacional (en adelante, OI) de la cual son funcionarios, las personas físicas aparecen en adelante como otro sujeto de derecho internacional; planteamiento que sería además confirmado por la sucesora de la CPJI.

En efecto, en la Opinión Consultiva *sobre Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, al afirmar que las Naciones Unidas son un sujeto de derecho internacional, la CIJ precisó con extraordinaria claridad que sujeto “significa (...) que tiene una capacidad de ser titular de derechos y deberes internacionales y que tiene la capacidad de prevalerse de sus derechos por vía de reclamación internacional”.¹⁰

Son entonces, al menos, dos los elementos que definen la subjetividad internacional según el alto tribunal. Por un lado, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, es decir, la aptitud para hacer valer o ejercer ciertos derechos, lo que está íntimamente ligado al aspecto pasivo de la citada frase, o sea, la capacidad para asumir los deberes y obligaciones que les corresponden a los sujetos que reivindican una personalidad internacional. Por ejemplo, para el Estado, el atributo de soberanía del cual se desprenden los derechos de exclusividad territorial le impone igualmente la obligación de no ejercerla o de no permitir que sobre su territorio se adelanten actos en detrimento de los otros Estados o de

⁹ CPIJ. *Collection of Advisory Opinions*. Serie B, N° 15, 3 de marzo de 1928, pp. 17-18. Traducción del autor.

¹⁰ CIJ. *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 11 de abril de 1949, p. 179.

las OI. Por el otro, es necesario tener efectivamente la capacidad para prevalerse de manera directa de los derechos por vía de reclamación internacional; en otras palabras, la capacidad de instaurar demandas ante una jurisdicción internacional y de actuar dentro de un proceso de dicha índole.

Estos criterios son cumulativos, y no alternativos; es decir, para ser sujeto de derecho internacional se requiere capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, y la posibilidad de hacer valer los primeros en dicho orden. En tal sentido, no cabe duda de que, tanto los Estados como las OI son sujetos plenos de derecho internacional. Ahora bien, este dictamen es particularmente importante en relación con la personalidad internacional de otras entidades diferentes de las tradicionales, pues como lo afirmó además la Corte en esa ocasión: “Los sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a la naturaleza o a la extensión de sus derechos”.¹¹ Bajo este supuesto, habríamos de entrar en la segunda mitad de la pasada centuria.

Segunda mitad del siglo XX

En esta época encontramos dos aportes importantes. El primero, en el fallo de la CIJ sobre *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos),¹² donde se trataron algunos de los más importantes temas del derecho internacional, a saber, entre otros, fuentes, Naciones Unidas, soberanía, intervención armada, solución de diferendos y responsabilidad internacional. Evidentemente, son los aspectos de derecho humanitario e imputación los que llaman de manera particular nuestra atención en esta ocasión. Pues, además del minado de los puertos y de la violación del espacio aéreo nicaragüenses por los norteamericanos, el alto tribunal consideró que el apoyo y el entrenamiento dado a las fuerzas contrarrevolucionarias trasgredían el derecho de los conflictos armados, del cual el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra viene a ser una obligación de carácter general, es decir, independiente de su vigencia como fuente formal estricta o derecho convencional.

En cuanto a la imputación de los actos cometidos en detrimento de la soberanía nicaragüense, la Corte rechazó que la fuerza *Contra* pudiera ser considerada un órgano de Estados Unidos, pues se habría requerido demostrar la existencia de un

¹¹ *Ibid.*, p. 178.

¹² CIJ, *op. cit.*, 27 de junio de 1986.

control necesario de éstos hacia aquélla.¹³ Sin embargo, no descartó que ese grupo pudiera ser responsable en el plano internacional, aun cuando la competencia de la Corte estuviera restringida a los asuntos contenciosos entre los Estados:

109. (...) a pesar de los subsidios importantes y las otras formas de resistencia que le suministraba los Estados Unidos, no está claramente establecido que de hecho éstos ejercían en todas las actividades de los *contras* una autoridad tal que se pudiese considerar a los *contras* como actuando en su nombre.

115. (...) Esos actos [“contrarios a los derechos humanos y al derecho humanitario alegados por el Estado demandante”] habrían podido muy bien ser cometidos por miembros de la fuerza *contra* por fuera del control de los Estados Unidos. Para que la responsabilidad jurídica de estos últimos sea vinculada debería en principio haberse establecido que tenían el control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales las violaciones en cuestión se habrían producido.

116. [La Corte] estima que los *contras* siguen siendo responsables de sus actos y que los Estados Unidos no tienen por qué responder por los actos de éstos sino por su conducta en relación con Nicaragua [...] Lo que la Corte debe examinar, no son las denuncias relativas a las violaciones de derechos humanos y derecho humanitario que habrían cometidos los *contras* [ni] tiene que establecer si de hecho cometieron violaciones de derecho humanitario que les son atribuidas.¹⁴

El segundo fallo en llamar nuestra atención, a partir del cual se abre paso a la consolidación de la responsabilidad penal internacional de los individuos, es el pronunciado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) a propósito del asunto *Tadić*.¹⁵ A nuestro juicio, es la jurisprudencia fundadora del derecho penal internacional contemporáneo. Esto, en razón del aporte trascendental del TPIY sobre la competencia para conocer crímenes internacionales cometidos con ocasión de un conflicto armado interno y, abstracción hecha de los elementos procesales, también por su aporte en el plano de la responsabilidad penal individual por infracciones graves al derecho humanitario, crímenes de lesa humanidad y violaciones de las leyes o usos de la guerra terrestre.

¹³ *Ibid.*, párrs. 93-122.

¹⁴ Traducción del autor.

¹⁵ *El Fiscal c. Dusko Tadić*, TPIY, La Haya, 7 de mayo de 1997 (fallo) y 15 de julio de 1999 (apelación). Véanse análisis y documentos en Prieto Sanjuán, Rafael A. Tadi_. *Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2005.

No obstante lo anterior, lo que nos interesa del fallo y la apelación en este caso es el ejercicio de imputación que realiza el TPIY en relación con las infracciones sobre personas protegidas por el DIH, en la medida en que era necesario determinar si los actos adoptados por una de las partes en el conflicto armado podían vincular efectivamente su responsabilidad internacional. En tal sentido, se requiere no solamente que la norma se encuentre vigente en el momento de su trasgresión, sino que, además, ésta le sea imputable al autor del comportamiento reprochado,¹⁶ lo que implica la existencia de su capacidad jurídica. En otras palabras, no se puede imputar la violación de una norma a quien no es sujeto de ella; para el caso examinado, si no se aceptare, aun de forma implícita, la capacidad delictiva internacional de las milicias serbias (que combatían en el conflicto interno de Bosnia-Herzegovina) a las que pertenecía el acusado, no podría imputársele las infracciones graves a los Convenios de Ginebra previstos para los conflictos armados internacionales.

Resulta de lo anterior, que el TPIY debía determinar hasta qué punto y, de acuerdo con su interpretación del conflicto armado, las víctimas podrían considerarse personas protegidas o en poder del enemigo (para los conflictos internacionales). El primer fallo, sobre la cuestión, fue negativo, pues, independientemente de la gravedad de los hechos, la Sala de Primera Instancia estimó “que el Ejército de la *Republika Srpska* no se podría considerar como un órgano de facto o un agente del Gobierno de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)”,¹⁷ como para concluir que el conflicto armado era de carácter internacional (por la intervención de la RFY). Se trataría simplemente de un conflicto interno entre diferentes facciones de Bosnia Herzegovina, concepto que después sería refutado por la Sala de Apelaciones del Tribunal¹⁸.

Ahora bien, pese a que la práctica judicial sigue siendo tímida en admitir la personalidad internacional de las entidades no estatales, lo que resulta interesante es la afirmación de la responsabilidad penal de sus miembros por crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad. Sin embargo, cada vez que un grupo ilegal

¹⁶ Véase el proyecto de la Comisión de DI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Para una síntesis e indexación sobre su largo recorrido, Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

¹⁷ TPIY. *El Fiscal c. Dusko Tadic*, fallo del 7 de mayo de 1997, párr. 607.

¹⁸ TPIY. *El Fiscal c. Dusko Tadic*, fallo del 15 de julio de 1999, Cap. IV, párrs. 68-171.

(ejércitos irregulares, guerrillas, paramilitares, milicias, etc.) sea el destinatario de la sanción internacional, bien sea la de un Estado (por fuera de sus fronteras) o la de una OI, estaríamos frente al tácito reconocimiento de una cierta capacidad internacional, delictiva o penal, si se quiere, en el mismo plano (el internacional). En otros términos, interpretando a Wengler y a Eustathiades, el hecho de que un individuo o una colectividad sean objeto de sanción internacional demuestra su capacidad para ser sujeto de un determinado ordenamiento jurídico, en este caso, el derecho de los conflictos armados.

En fin, todo lo anterior tiene consecuencia directa en la percepción que tengamos de la subjetividad internacional, pues como lo sostiene el profesor Barberis: “[e]l derecho sólo confiere personalidad a un ente atribuyéndole derechos o deberes, pero no diciendo que es un sujeto de derecho [...] Una cosa son las normas en vigor que conforman un orden jurídico y otra son la descripción y la sistematización que el jurista hace de dichas normas”. Esto, para distinguir entre el derecho positivo (que existe) y la ciencia del derecho (la que lo estudia) y concluir que, “[s]ujeto de derecho es la denominación que los juristas dan a los destinatarios de derechos u obligaciones en las condiciones indicadas”.¹⁹ Pero al fin y al cabo, como lo sostiene Barberis, apoyándose en la filosofía del lenguaje, “el jurista es libre de adoptar el concepto de sujeto que desee; sólo debe ser consecuente con él en su descripción del derecho”.²⁰ Pues, eso intentaremos nosotros, sirviéndonos de estos conceptos con “criterios de utilidad, simplicidad y exactitud”, y trataremos de responder si estamos frente a sujetos diferentes de los que nos presentaba el DI clásico, como en el caso del reconocimiento de beligerancia.

Anacronismo de la comunidad beligerante

Los Estados ya no se declaran ni hacen la guerra; actúan en legítima defensa o adoptan medidas excepcionales que implican el uso de la fuerza. Este es el lenguaje más sutil empleado por la Carta de las Naciones Unidas²¹ y, en general, por sus miembros, para referirse esencialmente a lo mismo. De la misma manera, en el orden nacional, los Estados no suelen hacer la guerra a un “enemigo interno”. Hacerlo equivaldría a reconocerle una cierta capacidad beligerante que iría más allá del simple vandalismo; por eso lo combaten o actúan “para preservar el orden público”.

¹⁹ Barberis, *op. cit.*, p. 27.

²⁰ *Ibid.*, p. 24.

²¹ Véase, en particular, art. 2.4 y el Capítulo VII de la Carta.

Sin embargo, dado que el denominado reconocimiento de beligerancia llegó a convertirse en una figura del DI de los conflictos armados (otrota llamado *derecho de la guerra*) y que algunos todavía dedican reflexiones sobre su vigencia,²² es importante precisar el contexto de la institución del reconocimiento, en general, para entender la desuetud de la beligerancia, en particular.

Precisiones sobre el reconocimiento, en general

En términos generales, el reconocimiento se entiende como “la expresión unilateral de la voluntad de un Estado de reconocer como válido y oponible en lo que a él concierne, un hecho o una situación jurídica”,²³ aunque también sabemos que esta figura puede tener una naturaleza multilateral o institucional, es decir, teniendo como fuente un acto colectivo o la decisión de una OI. Así, podremos entender la diferencia entre reconocimiento de Estado y el de gobierno, bien sea de *facto* o *de jure*, como formas de proceder.

Reconocimiento de Estado y de gobierno

El primer tipo de reconocimiento al que generalmente se hace referencia es el relacionado con el nacimiento de una nueva entidad estatal o, tomando las palabras del profesor Joe Verhoeven, es aquel acordado “a la personalidad estatal que nace al orden jurídico internacional”.²⁴ A partir del acto de reconocimiento se establecen unas relaciones de carácter jurídico que se limitan esencialmente al autor de dicho acto y a la entidad que afirma reconocer, aun cuando tal acto tenga un carácter declarativo mas no constitutivo de la calidad de Estado. Adicionalmente, a propósito de los conflictos armados, cabe anotar que una vez admitida la existencia de un nuevo Estado, su personalidad corresponde a la de una entidad estatal y ya no a la del movimiento insurreccional que habría podido darle origen.

Ahora bien, el reconocimiento de un Estado y el de su Gobierno son cosas diferentes, pues en el último caso se presenta una sustitución (constitucional o no)

²² Por ejemplo, Ramelli, Alejandro. *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

²³ Dupuy, Pierre-Marie. *Droit international public*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 2000, pp. 88 y 324. Véanse igualmente los clásicos de sir Lauterpacht, Hersch. *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947; Charpentier, Jean. *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pedone, 1956, y Verhoeven, Joe. *La reconnaissance dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 1975.

²⁴ Verhoeven, *op. cit.*, p. 7.

del poder, que preserva la continuidad de la identidad jurídica del Estado.²⁵ Pero las dos formas de reconocimiento también pueden presentarse de manera simultánea; por ejemplo, cuando una rebelión logra derrocar a quienes ostentan el poder, con la posibilidad para los terceros de estar confrontados a la coexistencia de dos gobiernos que pretenden ser las autoridades legítimas de un mismo Estado.

Formas de reconocimiento

Por estos motivos los terceros Estados y las OI tienden hacia la prudencia antes de pronunciarse de manera expresa, formal o hasta solemne, respecto de la nueva situación, por lo que a veces prefieren proceder a un reconocimiento implícito o tácito. En cuanto a la primera forma, encontramos una libertad absoluta para hacer el reconocimiento de Estado o de Gobierno: por medio de una declaración presidencial, el canje de notas diplomáticas, la adopción de una ley por el correspondiente órgano legislativo, etc. Ahora, resulta más interesante la manera como se puede inferir la posición del Estado de ciertos comportamientos oficiales, por ejemplo, el establecimiento de relaciones bilaterales entre la entidad que aspira al reconocimiento y aquella (Estado u OI) que tiene la capacidad de producir efectos jurídicos con éste. No obstante, sólo la existencia de verdaderos derechos y obligaciones puede darle efectividad a dicho reconocimiento; esto es, a través del establecimiento de delegaciones diplomáticas o la admisión de la nueva entidad, con voz y voto, en el seno de una OI, o la suscripción de instrumentos convencionales.²⁶

Así, otra manera que tendríamos de clasificar los tipos de reconocimiento sería en función del número de partes que lo hagan, de forma individual o colectiva, es decir, con una declaración conjunta o a través de una OI; recordando, sin embargo, que el acto de reconocimiento sólo vincula a quien lo emite y que éste no puede considerarse de carácter constitutivo. De otra manera, se podrían crear tantos Estados como voluntades existieren en el orden internacional.

Con estas breves precisiones conceptuales, podemos entrar a estudiar lo que ha sido el tercer tipo de reconocimiento y que se relaciona directamente con las situaciones de conflicto armado interno.

²⁵ Véase Marek, Krystyna. *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2ª ed., Ed. Droz, Ginebra, 1968.

²⁶ Cfr. Plattner, Denise. “La portée juridique des déclarations de respect du droit international humanitaire qui émanent de mouvements en lutte dans un conflit armé”, en *Revue Belge de Droit International*, vol. 28, 1984-1985/I, pp. 298-320.

El reconocimiento de la oposición armada

También confundido con el reconocimiento de insurrección, el reconocimiento de beligerancia tiene un origen consuetudinario, el cual vale la pena aclarar con respecto al primero, como tránsito o desaparición del segundo.

Reconocimiento de beligerancia

En este caso, el reconocimiento de beligerancia permite atribuirle a la oposición armada la personalidad internacional que podría tener un gobierno de facto y asimilar el poder que ejerce sobre una porción o todo el territorio al de una potencia ocupante.

Aparecido a principios del siglo XX, el reconocimiento de la oposición armada por el gobierno establecido se fundó, por una parte, en el hecho de que el conflicto hubiera desbordado la eficacia de las leyes internas, haciendo necesaria la aplicación de una normativa especial para conducir las acciones armadas. Y, por otra parte, como explicación a la pretensión del gobierno de asegurar su irresponsabilidad respecto de situaciones que escapan de su control territorial.

El ejemplo más citado es el del conflicto secesionista estadounidense, cuando el estado de guerra fue jurídicamente reconocido por la Corte Suprema de Estados Unidos en diciembre de 1862, después de que el Ejecutivo, con ocasión de la declaración del blocus, hubiera reconocido implícitamente la beligerancia, y en el mismo sentido, el Congreso de la Confederación, el 6 de mayo del mismo año. Así, el ejercicio de la guerra, el bloqueo de un puerto en poder de los insurgentes, la aceptación de una mediación o la celebración de un armisticio pueden ser apreciados como formas de reconocimiento implícito.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de beligerancia de la disidencia u oposición armada por parte de un tercero, puede indicar que éste considera a las partes enfrentadas como jurídicamente iguales, aunque en la mayoría de los casos, lo que se pretende en realidad es garantizar intereses más precisos. En efecto, el Estado extranjero puede buscar que sus nacionales, bienes e inversiones sean salvaguardados de los efectos de las hostilidades; así como asegurar su comercio con las zonas controladas por la insurgencia o que hacen tránsito por su territorio. Sin embargo, conviene insistir en que las consecuencias jurídicas en las relaciones entre el Estado presa del conflicto y la facción insurgente no depende del tercero, ya que el reconocimiento efectuado por éste sólo lo vincula o le es oponible a él mismo.²⁷

²⁷ Cfr. Duculesco, V. "Effet de la reconnaissance de l'état de belligérance par les tiers, y compris les organisations internationales, sur le statut juridique des conflits armés à caractère non international", en RGDIP, t. 79, 1975/I, pp. 125-151.

Entendido el marco general del reconocimiento de beligerancia, es importante señalar que esta institución se encontraba lo suficientemente consolidada a finales del siglo XIX, como para iniciar un proceso de codificación, en primera instancia, de carácter privado. Así, el Instituto de DI admitió que, si generalmente el reconocimiento por el gobierno afectado no estaba sometido a ninguna condición, el que realizaba un tercer Estado debía estar precedido de tres elementos que caractericen a la insurgencia armada. Éstos son: la posesión efectiva de una parte del territorio del Estado presa del conflicto, el ejercicio de una jurisdicción de hecho, una organización y una conducción de lucha conforme a las leyes y costumbres de la guerra.²⁸

Precisamente, con ocasión de la Conferencia de Paz de La Haya, se destacaría la adopción de la Convención IV de 1907, donde se establece que:

... [l]as leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes:

1. Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos;
2. Tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia;
3. Llevar las armas ostensiblemente;
4. Sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.

En los países en que las milicias o los Cuerpos de voluntarios formen el ejército o hagan parte de él, tanto aquéllas como éstos quedan comprendidos bajo la denominación de ejército.²⁹

Una vez que el movimiento insurreccional ha sido reconocido como comunidad beligerante se aplica el *jus in belli* en su integridad, como si se tratara de cualquier conflicto armado entre Estados, con un conjunto de derechos y obligaciones. No obstante, esta situación tiene un carácter provisional, pues si el movimiento insurgente triunfa (por derrocamiento del poder o por secesión

²⁸ Instituto de Derecho Internacional. *Derechos y deberes de las potencias extranjeras, en el caso de movimiento insurreccional, para con los gobiernos establecidos y reconocidos, que se encuentran enfrentados a la insurrección* (traducción del autor). Reglamento adoptado en la sesión de Neuchâtel el 8 de septiembre de 1900. *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XVIII, pp. 227-229.

²⁹ Art. 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convención N° IV). La Haya, 18 de octubre de 1907. *Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye 15 juin-18 octobre 1907, Actes et Documents*, La Haya, 1907, vol. I, pp. 626-637. Versión en español reproducida en M. Raventós y Noguera e I. de Oyarzábal Velarde, *Textos internacionales*, Barcelona, Bosch, 1936 y, en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades: colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados*, 2ª ed. revisada y actualizada, Ginebra, 1996, pp. 19-29.

del Estado afectado), asume una calidad estatal definitiva. Por el contrario, si es derrotado, no se le aplica el derecho de la guerra, sino que sus miembros podrán ser judicializados de acuerdo con las leyes internas, las cuales tampoco dejan de aplicarse por el Estado afectado incluso durante el conflicto, a menos que haya reconocido el estatus de beligerante a la insurrección armada.

No obstante, el reconocimiento de beligerancia no ha podido resistir ciertas ambigüedades y reticencias de los Estados. Por un lado, en razón del temor del gobierno constitucional del apoyo político y militar que podría tener la causa de sus adversarios y, por otro, la prevención de los terceros en el sentido de que su acto de reconocimiento pueda ser considerado un gesto inamistoso o una indebida ingerencia y, en fin, porque sin un ganador definitivo, quien reconoce corre el riesgo de no obtener reparación por los eventuales perjuicios causados a sus intereses con ocasión del conflicto armado o la acción de los insurgentes.

Estos motivos fueron en resumen los causantes de una pronta desuetud del reconocimiento de beligerancia y de su sustitución por una expresión de menor implicación jurídica.

Reconocimiento de insurrección

De hecho, para evitar las acusaciones de ingerencia, los Estados optaron por reconocer más bien la insurrección que el estado de guerra. Así lo podemos constatar en las insurrecciones cubanas y diversas revoluciones latinoamericanas, desde 1869, como término intermedio entre el reconocimiento de beligerancia y una ausencia total de reconocimiento.

De este modo, cuando las condiciones materiales no eran llenadas o cuando no parecía oportuno el reconocimiento de beligerancia, se prefería un reconocimiento de insurgencia. Éste podría ser el caso de la Guerra Civil española (1936-1939), donde el régimen del general Franco no fue reconocido más que por dos Estados, aunque reunía todas las condiciones necesarias para ser reconocido como beligerante.

Para ciertos autores, como Julio Barberis, la insurgencia “aparece como un acontecimiento frente al cual, el Estado en cuyo territorio tiene lugar adopta medidas de derecho interno para eliminarla y los Estados extranjeros que pudiesen verse afectados por sus consecuencias establecen también, en sus ordenamientos internos, normas para prevenirlas”.³⁰ En cuanto a la conducción del conflicto

³⁰ Barberis, *op. cit.*, p. 122.

armado, es muy probable que el reconocimiento de terceros internacionalice su carácter, mientras que el reconocimiento por el Estado presa del conflicto busca limitar los efectos de las hostilidades y recuperar el control del orden público, sin que ello influya en el estatus de los combatientes.

Dicho lo anterior, resulta aún más ambiguo el reconocimiento de insurrección que el de beligerancia, dado que podría ser interpretado como un reconocimiento implícito de beligerancia. En fin, resulta curioso de todas maneras que el Segundo Protocolo de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra haya retomado los índices del reconocimiento de beligerancia para definir su ámbito de aplicación material a 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.³¹

De esta manera, el Protocolo II tiene un ámbito más reducido que el Art. 3 común, en la medida en que limita su aplicación a los conflictos entre fuerzas estatales y oposición armada y excluye “las 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”.³² De cualquier forma, el hecho de reconocer una cierta capacidad internacional a un ente incide en su subjetividad, así se determine convencionalmente que su estatus no se verá afectado, tal como ocurre con el artículo 3 común (*in fine*) de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Pero, a nuestro juicio, este tipo de disposiciones sólo busca evitar —infructuosamente a veces— el recelo del los Estados respecto de incurrir en un eventual reconocimiento de beligerancia, ya que con o sin éste, el DIH admite la titularidad de derechos y obligaciones de las personas que participan directamente en las hostilidades. De igual forma, no importa que el gobierno concernido o un tercero adopten diferentes expresiones para referirse a la oposición armada o a los

³¹ Art. 1.1 del 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), 8 de junio de 1977.

³² *Ibid.*, art. 1.2.

grupos irregulares, pues su aprehensión por el DI corresponde a circunstancias objetivas, así como la atribución de determinadas consecuencias que le hacen sujeto de este ordenamiento. De otra manera, sería muy fácil entrar y salir del sistema, por la voluntad de las partes o las circunstancias políticas y no objetivas, como es la participación en el conflicto.

Demostrado a nuestro juicio el anacronismo de la situación de beligerancia, es importante señalar la vigencia del DIH, con lo que se da por terminada la discusión sobre un eventual reconocimiento expreso o tácito de las entidades no estatales.

Combatientes y terroristas, vinculados por el derecho internacional

Recordemos en primer lugar que el derecho humanitario no se interesa en definir quién es sujeto de ese ordenamiento, sino que establece las condiciones, los derechos y las obligaciones de las personas involucradas o afectadas por el conflicto armado, con el ánimo de limitar los efectos de las hostilidades. Tampoco tiene por vocación establecer un régimen penal internacional; por el contrario, los Convenios de Ginebra adoptan un mecanismo de competencia universal (léase interestatal) en relación con la represión de las infracciones graves cometidas en conflictos internacionales, por lo que queda en manos de los Estados la aplicación de su propia ley, la obligación de investigar dichas infracciones y reprimir o cooperar con la entrega de los presuntos autores a las potencias extranjeras que así lo soliciten. Por ello interesa que, después de abordar el DIH, observemos la manera en que el derecho penal internacional (DPI) reconoce la capacidad internacional de sus sujetos.

Los sujetos del derecho internacional humanitario

El DIH, *jus in bello*, o, más exactamente, el régimen de las personas en poder del adversario, comprende al menos tres clases de sujetos, a saber: las entidades estatales, las no estatales y, abstracción hecha de las víctimas del conflicto, las personas que participan directamente en las hostilidades.

Las altas potencias contratantes

Este es el nombre con el que suele describirse a las partes que han ratificado un tratado internacional y, en particular, a los Estados parte a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, aunque el DIH no se limite exclusivamente a estos instrumentos. Como se puede observar, las OI generalmente

no suscriben dichos tratados, por la simple razón que su misión no comprende, en principio, el adelantamiento de acciones armadas (salvo en el caso de alianzas defensivas) y, en la medida en que la responsabilidad de los Estados que participan con contingentes nacionales subsume la de la Organización.³³

En materia humanitaria, los Estados tienen la doble obligación de respeto y garantía de los derechos de las personas protegidas por dichos instrumentos. Así, por ejemplo, el artículo primero común de los cuatro Convenios de 1949 dispone de manera simple pero sin ambigüedades que “[l]as Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”. Esta doble obligación tiene varias aristas, que comprenden aspectos como el de incorporar los instrumentos internacionales en el ordenamiento interno, adoptando la legislación y las normas complementarias necesarias para la implementación del correspondiente instrumento, para nuestro caso, las de difusión y diseminación del derecho humanitario, no sólo entre las fuerzas armadas, sino entre la población civil.

Notamos entonces una dimensión de carácter preventivo tendiente a que el Estado y sus hombres respeten las normas del DIH, pero, adicionalmente, que la población civil conozca cuáles son sus derechos, y, finalmente, que se establezcan los mecanismos necesarios para reprimir las posibles violaciones o infracciones graves y demás delitos cometidos en relación con el conflicto armado.

Grupos armados irregulares

El DI, concebido como un derecho formulado por los Estados y para los Estados, en su visión clásica no habría podido admitir la personalidad internacional de aquellas organizaciones al margen de la ley, si no fuera por la capacidad de éstas de llevar los conflictos armados más allá de sus fronteras territoriales y normativas. Vimos que el reconocimiento de la comunidad beligerante fue la primera institución en atribuirle consecuencias jurídicas en cuanto al derecho aplicable (pasando de un derecho interno a un “derecho de la guerra”) y a la subjetividad de tales entidades.

³³ Mucho menos podríamos hablar de las ONG como sujetos de DI, salvo en el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), como un híbrido del DIH por mandato expreso de los Estados, o en el caso de ciertos instrumentos internacionales que admiten una capacidad limitada de las ONG. Por ejemplo, la *Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado*. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 49/59 (anexo) del 9 de diciembre de 1994.

Así, pudimos observar cómo algunos grupos insurgentes, que ni siquiera poseían una personalidad jurídica en el plano interno, adquirirían esta posibilidad en DI.

También se hizo referencia a un reconocimiento de insurrección, con el ánimo de atender exclusivamente las relaciones con tales movimientos, y a fin de evitar que dicha actitud fuera interpretada como un reconocimiento implícito de beligerancia. Sin embargo, a partir de la adopción del artículo 3 común de 1949, los Estados procuraron su tranquilidad precisando que la aplicación de las normas humanitarias no habría de ser interpretada como un cambio en el estatuto de las partes en conflicto. Ahora bien, no nos queda duda de que, muy a su pesar, los Estados venían de reconocer la subjetividad internacional a las partes en “caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”.

Considerado hoy en día, no sólo como parte del derecho consuetudinario, sino, además, como norma imperativa, el artículo 3 común sería desarrollado por el Protocolo II de 1977, donde se hace alusión expresa a la disidencia armada, es decir, diferente del Estado, al reconocerle, bajo ciertas condiciones, tanto derechos como obligaciones en la conducción de las hostilidades y la protección de las víctimas. Pero, lo que más resulta interesante es la elevación a la categoría de conflicto internacional de aquellos “conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas”,³⁴ es decir, los movimientos de liberación nacional, de resistencia y contra el apartheid. Otorgados así, derechos y obligaciones en el régimen de los conflictos armados internacionales, se les convirtió en sujetos de dicho ordenamiento y se les reconoció, por ende, su correspondiente personalidad jurídica.

Otros instrumentos de DIH han procedido de la misma forma, sin que la historia haya cambiado: se desconoce cualquier veleidad de beligerancia y, por el contrario, se afirma la vocación humanitaria de esta rama del DI, por tratarse de un interés de las personas y no un interés propio de los Estados o las entidades no estatales.

Las personas que participan directamente en las hostilidades

Con la expresión personas que participan directamente en las hostilidades, un poco más extenso pero más preciso, el DIH se dirige a los combatientes, regulares o irregulares, que participan en el esfuerzo militar. Además del artículo 1º del

³⁴ Art. 1.4 del Protocolo II.

Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, el artículo 43 del Protocolo I define los miembros de las fuerzas armadas como:

1. (...) 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. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.
2. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

Es lo que se conoce como combatiente privilegiado, es decir, que puede aspirar a su estatus de prisionero de guerra, mientras que se deniega dicha calidad al combatiente irregular: espías y mercenarios, aun cuando el concepto moderno de persona privada de la libertad permite que sea exigible un tratamiento mínimo de humanidad, aun en los conflictos armados no internacionales, donde se desconoce la calidad de prisionero de guerra.³⁵ En la misma medida, los miembros de la población civil que participen de forma directa en las hostilidades podrán perder su inmunidad y convertirse en objetos lícitos de la acción militar de la contraparte mientras dure su participación.³⁶

No obstante lo anterior, es evidente que las interpretaciones jurídicas, a propósito de la naturaleza y contenido de la participación en un conflicto armado —incluso sobre su existencia—, permiten que quienes utilizan la violencia en detrimento de los derechos fundamentales de la población civil o de las personas que habiendo participado en las hostilidades han cesado de hacerlo (porque han depuesto las armas o han sido puestas fuera de combate por enfermedad, herida o detención, etc.) sean tratados con los más diversos términos: delincuentes, bandidos, terroristas, etc. Pero ello no impide que a una cierta escala sean sujetos del DIH o del DPI, por su participación en el conflicto y la violación de obligaciones que les son inherentes.

³⁵ Art. 5 del Protocolo II.

³⁶ Art. 13.3 del Protocolo II.

Terroristas, sujetos del DPI

Aunque el DIH no otorga una definición de terrorista, se entiende que quien libra actividades terroristas lo es. El problema reside en que tampoco existe una concepción unívoca del terrorismo, por lo que se prefiere hablar de criminales de guerra, genocidas y de lesa humanidad.

Aprehensión del DIH y el DI general

Si examinamos el DIH, no encontraremos la definición de terrorista ni de terrorismo. Se establece solamente que “[n]o serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”,³⁷ así como “los actos de terrorismo”.³⁸

Ciertamente, la razón principal de ello reside en la dificultad para encontrar una definición de consenso, pero también por el hecho de que el terrorismo es un método, el cual ha sido empleado tanto en tiempos de paz como de guerra, en conflictos armados internacionales y no internacionales, aunque sobre todo en estos últimos, por órganos del Estado y entidades no estatales.³⁹

Así, la extraordinaria maleabilidad del término *terrorista* no resuelve la cuestión de determinar quién es terrorista, aun cuando la doctrina se haya alineado respecto a ciertos instrumentos de carácter general adoptados por la comunidad internacional (vía tratado⁴⁰ o por resoluciones del Consejo de Seguridad de las

³⁷ Art. 51.2 Pro. I y Art. 13.2 del Protocolo II.

³⁸ Art. 4.2.d) del Protocolo II.

³⁹ Véanse, entre otros, el número especial dedicado al tema en la Revista Internacional de la Cruz Roja, especialmente la contribución de Gasser, Hans-Peter. “Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario”, en RICR, No. 847, 2002, (traducción del original en inglés, “Acts of terror, ‘terrorism’ and international humanitarian law”, disponible en <http://www.cicr.org>). Cfr. Prieto Sanjuán, Rafael. “Terrorismo y derecho humanitario en caso de conflicto armado interno”, en Vargas, A. (ed.). *Guerra, violencia y terrorismo*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Redunipaz, 1999, pp. 113-128.

⁴⁰ Los tratados denominados de la familia de las Naciones Unidas en materia de terrorismo, son:

- Convención sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963.
- Convención para la represión de la captura ilícita de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.
- Convención para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmada en Montreal el 23 de septiembre de 1971.
- Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive sus agentes diplomáticos, adoptada por la Asamblea General (Resolución 3166 (XXVIII)) de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973, AGNU, del 14 de diciembre de 1973.

Naciones Unidas⁴¹), que conllevan a inferir que quien utilice determinados medios con fines terroristas es un terrorista.

A partir del momento en que se identifican los grupos y sus miembros como terroristas, bien sea por su inclusión en listas elabora por los Estados, como aquellos de Norteamérica o de la Unión Europea; por la inclusión de los nombres de militantes en circulares rojas de la Interpol, o por decisión del Consejo de Seguridad, nace para los Estados la obligación de cooperar en su captura y judicialización. Sin embargo, se trata nuevamente de un mecanismo interestatal sobre la base de la competencia universal (como comentábamos a propósito de los Convenios de Ginebra) e implementado con el enfoque procesal de juzgar o entregar (*aut dedere aut judicare*).

En resumen, el combatiente, tanto como el terrorista, es destinatario de la norma internacional y, en consecuencia, sujeto del correspondiente ordenamiento

-
- Convención internacional contra la toma de rehenes, adoptada por la Asamblea General (Resolución 34/146) de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.
 - Convención sobre la protección física de las materias nucleares, firmada en Viena el 3 de marzo de 1980.
 - Protocolo para la represión de los actos ilícitos de violencia en aeropuertos que sirven a la aviación civil internacional, adicional a la Convención para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.
 - Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, celebrada en Roma el 10 de marzo de 1988.
 - Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la Plataforma Continental, celebrado en Roma el 10 de marzo de 1988.
 - Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, firmado en Montreal el 1º de marzo de 1991.
 - Convención internacional para la represión de atentados terroristas con explosivos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 52/164) del 15 de diciembre de 1997.
 - Convención internacional para la represión de la financiación de terrorismo, adoptada por la Asamblea General (Resolución 54/109) de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.
 - Convención internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 59/290), el 13 de abril de 2005.

Mientras que en el plano regional tenemos: la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional (OEA, Washington, 2 de febrero 1971), al igual que los tratados regionales como los celebrados por Europa, por los países de la Liga Árabe y los de la SAARC, para la “represión del terrorismo” (Estrasburgo, 1977, El Cairo 1998, Katmandú 1987, respectivamente), para “combatir el terrorismo”, celebrados por la Organización Internacional Islámica, por la OUA (Argiers, 1999) y por la CEI (Minsk, 1999) o “contra el terrorismo” (OEA, Washington, 2002).

⁴¹ Véanse, entre otras, las resoluciones sobre cuestiones relacionadas con la Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista. S/Res. 731 del 21 de enero de 1992; la situación en Afganistán. S/Res. 1267 del 15 de octubre de 1999. Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo. S/Res. 1373 del 28 de septiembre de 2001, y demás que le siguieron.

jurídico, pese a que la jurisdicción internacional esté reservada exclusivamente para crímenes bien definidos por la comunidad internacional.

Criminales de guerra, de lesa humanidad y genocidas

Los criminales de guerra y lesa humanidad fueron identificados por primera vez por el Tribunal de Nuremberg, aun cuando posteriormente no fuera adoptado un instrumento convencional que permitiera la continuidad de la subjetividad internacional de aquéllos.⁴² Caso contrario fue el ocurrido con el genocidio, el cual no tenía una definición normativa en el Estatuto del mencionado Tribunal, pero que muy pronto fue adoptado por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.⁴³

Dicho lo anterior, el desarrollo de un derecho consuetudinario, el fin de la Guerra Fría y el impulso que recibirían y darían los tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda con su jurisprudencia a mediados del decenio pasado facilitarían la adopción del Estatuto de la CPI, con competencia para juzgar a los responsables de los más graves crímenes. Sin embargo, notaremos que dicho Estatuto no contempla el terrorismo como crimen; en consecuencia, tampoco podríamos hablar de terroristas bajo ese marco jurídico.⁴⁴

Ahora bien, en el Estatuto de la CPI no aparece ni definición ni categorización expresa de los autores de los crímenes, sino los elementos de los mencionados crímenes. Así que por la vía de la interpretación de éstos podríamos identificar la capacidad delictiva de sus autores en el ámbito internacional o, más precisamente, de la CPI. Esto es, la de los combatientes, a propósito de los crímenes de guerra,⁴⁵ cometidos con ocasión de un conflicto armado internacional o no, en relación con la protección de las personas en poder del enemigo (Derecho de Ginebra) y la conducción de hostilidades (Derecho de La Haya) y, desde luego, independientemente de la existencia de un conflicto armado, la capacidad criminal de los autores de genocidio y crímenes de lesa humanidad.⁴⁶

⁴² Excepción especial hecha por la Asamblea General de las Naciones Unidas al adoptar los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*. AGNU, Resolución 3074 (XXVIII) del 3 de diciembre de 1973.

⁴³ AGNU, Resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948.

⁴⁴ Sobre este proceso normativo, véase Prieto Sanjuán, *La internacionalización de la jurisdicción penal...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

⁴⁵ Art. 8 del Estatuto de la CPI.

⁴⁶ *Ibid.*, arts. 6 y 7, respectivamente.

¿Las personas que cometen estos crímenes son o no terroristas? En el marco del Estatuto de la CPI, no; lo que no significa que no sean responsables de otros crímenes, pero, como convenimos al principio: el jurista debe ser consecuente con la terminología que decida emplear. La denominación de terrorista queda entonces al arbitrio de decisiones políticas, para referirse al movimiento o al autor de ciertos actos que los Estados han decidido incorporar en sus legislaciones nacionales, o bien como pronunciamiento de algunas OI, que deciden atribuir consecuencias jurídicas a los grupos, individuos o Estados relacionados con el terrorismo.

A manera de conclusión

Definitivamente la figura del reconocimiento es una institución del DI que no ha perdido su vigencia, de manera diferente a la que ocurrió con el caso específico del reconocimiento de beligerancia: al no existir la guerra como concepto jurídico y, una vez prohibido el uso de la fuerza, resultaría improductivo desarrollar el tema. Lo que importa es analizar la manera como se vienen dando otras formas de reconocimiento, normativo, antes que nada, en la medida en que el ordenamiento internacional integra sujetos con una determinada capacidad jurídica, tanto en el plano de los derechos como de las obligaciones. Enseguida, lo más atractivo para nosotros, lo concerniente a las consecuencias del ilícito, es decir, la responsabilidad internacional, la que nos permite ir más allá de la simple retórica, para identificar claramente quién es sujeto de un determinado ordenamiento.

En fin, para responder a la pregunta acerca de si estaríamos siendo testigos del nacimiento de nuevos sujetos en un nuevo derecho, pensamos que la posibilidad de crear nuevas categorías subjetivas está lejos de ser agotada en DI. De hecho, cada cierto tiempo, este ordenamiento reconoce o amplía la personalidad de entidades no estatales, como sucede con algunas firmas multinacionales en el marco del derecho de las inversiones internacionales, respecto de algunas ONG, en derecho humanitario, o de los individuos, en el derecho penal internacional. Lo que sucede, como lo señaló la CIJ hace seis décadas, es que no todos los sujetos tienen la misma extensión o contenido de personalidad.

Ahora, ¿estamos frente a un nuevo derecho, un tercer ordenamiento jurídico, diferente del derecho interno y del internacional (como cuando se sugirió a propósito de la *lex mercatoria*)? La verdad, no tanto: el derecho transnacional (donde participan las personas privadas) o el derecho global, como expresión del fenómeno de mundialización que integra a los actores de las relaciones internacionales y que

tiende a estandarizar las normas, no es sino una expresión de la evolución, casi que natural del mismo DI. En efecto, no hay que olvidar que éste nació como expresión moderna del antiguo *iuris gentium*, con una vocación universal, atendiendo las necesidades de la guerra y de las comunicaciones (derecho del mar), actividades esencialmente humanas, aun cuando se avance, tal frontispicio, la legitimidad y las prerrogativas de la potencia pública del Estado como sujeto original del DI.

La situación privilegiada del Estado en DI no ha cambiado ni podemos esperar que cambié mucho; es más, valdría la pena preguntarse si sería conveniente que cambiará, dado su carácter de elemento regulador del derecho. ¿No habría incluso un riesgo de anarquía si admitimos la creación permanente y desordenada de nuevas categorías de sujetos de DI...? Aquello sobre lo cual no nos cabe duda es que el DI requiere un fortalecimiento de sus instituciones para que sus nobles ideales no se conviertan en quimera, y se logre eliminar así su dependencia del factor potencia, determinante hasta el presente en las relaciones internacionales.

Bibliografía

- Barberis, Julio A. *Los sujetos de DI actual*, Madrid, Tecnos, 1984.
- Charpentier, Jean. *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pedone, 1956.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades: colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados*, 2ª ed. revisada y actualizada, Ginebra, 1996.
- Corte Internacional de Justicia (CIJ). *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 11 de abril de 1949.
- Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ). *Collection of Advisory Opinions*. Serie B, Nº 15, 3 de marzo de 1928.
- Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Duculesco, V. "Effet de la reconnaissance de l'état de belligérance par les tiers, y compris les organisations internationales, sur le statut juridique des conflits armés à caractère non international", en RGDIP, t. 79, 1975/I, pp. 125-151.
- Dupuy, Pierre-Marie. *Droit international public*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 2000.
- Eustathiades, Constantin Th. "Les sujets du droit international et la responsabilité

- international. Nouvelles tendances”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 84, 1953/III.
- Gasser, Hans-Peter. “Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario”, en RICR, No. 847, 2002.
- Goyard-Fabre, Simone. “Sujet de droit et objet de droit: défense de l’humanisme”, en *Cahiers de philosophie politique et juridique. Memorias del Coloquio Sujet de droit et objet de droit. L’homme est-il le seul sujet de droit?*, No. 22, mayo de 1992, pp. 7-30.
- Grzegorzczuk, Ch. “Le sujet de droit. Trois hypostases”, en *Annuaire de philosophie du droit*, 1989, t. 34, pp. 9-24.
- Instituto de Derecho Internacional. *Derechos y deberes de las potencias extranjeras, en el caso de movimiento insurreccional, para con los gobiernos establecidos y reconocidos, que se encuentran enfrentados a la insurrección.*
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960 (reimpresión 1976), Franz (Viena), Deuticke.
- Lauterpacht, Hersch. *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947.
- Marek, Krystyna. *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2ª ed., Ginebra, Droz, 1968.
- Mosler, Hermann “Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public », en *Mélanges Rolin*, 1964, pp. 228-251.
- O’Connell, D. P. “La personnalité en droit international”, en *Revue général de droit international public (RGDIP)*, t. 67, 1963/I, pp. 5-43.
- Plattner, Denise. “La portée juridique des déclarations de respect du droit international humanitaire qui émanent de mouvements en lutte dans un conflit armé”, en *Revue Belge de Droit International*, vol. 28, 1984-1985/I, pp. 298-320.
- Prieto Sanjuán, Rafael A. *La internacionalización de la jurisdicción penal. De Versalles a Bagdad*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/Medellín, Biblioteca Jurídica Díké, 2005.
- . *Tadic. Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/Medellín, Biblioteca Jurídica Díké, 2005.
- . “Terrorismo y derecho humanitario en caso de conflicto armado interno”, en Vargas, A. (ed.). *Guerra, violencia y terrorismo*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Redunipaz, 1999, pp. 113-128.

- Ramelli, Alejandro. *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Raventós y Noguer, M. y Oyarzábal Velarde, I. de. *Textos internacionales*, Barcelona, Bosch, 1936.
- Verhoeven, Joe. *La reconnaissance dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 1975.
- Wengler, Wilhem. “Der Begriff des Völkerrechtssubjektes im Lichte der politischen Gegenwart”, en *Die Friedens-Warte*, t. 51, 1951/53 [versión en español: “La noción de sujeto de derecho internacional público examinada bajo el aspecto de algunos fenómenos actuales”, en REDI, vol. IV, 1951/III, pp. 831-859].